

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

2016
132

Edição Eletrônica

**JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

Repositório de jurisprudência, na versão impressa, autorizado pelos Registros n. 8/1985 do Supremo Tribunal Federal e n. 18/1991 do Superior Tribunal de Justiça, e, na versão eletrônica, pelo Registro n. 79/2015 do Superior Tribunal de Justiça.

Ano XLIII — 1º semestre de 2016 — N. 132 — Florianópolis — SC — 2016

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

Diretor

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

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

Des. Alexandre d'Ivanenko – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau Leopoldo Augusto Brüggemann

Juiz de Direito Marcelo Pons Meirelles

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

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

21cm.

Semestral.

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

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

ISSN: 1981-402X.

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

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

SUMÁRIO

9	COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
23	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
87	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
125	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
127	Primeira Vice-Presidência
136	Conselho da Magistratura
141	Órgão Especial
158	Câmara Civil Especial
175	Câmara Especial Regional de Chapecó
288	Grupo de Câmaras de Direito Civil
350	Primeira Câmara de Direito Civil
397	Segunda Câmara de Direito Civil
454	Terceira Câmara de Direito Civil
483	Quarta Câmara de Direito Civil
525	Quinta Câmara de Direito Civil
601	Sexta Câmara de Direito Civil
644	Grupo de Câmaras de Direito Comercial
664	Primeira Câmara de Direito Comercial
681	Segunda Câmara de Direito Comercial
722	Terceira Câmara de Direito Comercial
752	Quarta Câmara de Direito Comercial

784	Quinta Câmara de Direito Comercial
814	Grupo de Câmaras de Direito Público
855	Primeira Câmara de Direito Público
918	Segunda Câmara de Direito Público
962	Terceira Câmara de Direito Público
989	Quarta Câmara de Direito Público
1024	Seção Criminal
1082	Primeira Câmara Criminal
1123	Segunda Câmara Criminal
1204	Terceira Câmara Criminal
1236	Quarta Câmara Criminal
1282	Primeiro Grau
1349	ARTIGO
1375	DISCURSOS
1403	RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA
1425	ÍNDICE NUMÉRICO
1430	ÍNDICE POR ASSUNTO
1451	ÍNDICE ONOMÁSTICO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Outubro 2016)

Presidente

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO

Segundo Vice-Presidente

Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador JAIME RAMOS

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS

DESEMBARGADORES

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

Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargador JOSÉ INACIO SCHAEFER
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador TULLIO José Moura PINHEIRO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Desembargador EDEMAR GRUBER
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Desembargador SAUL STEIL
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI

JUÍZES DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau ODSO 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 FRANCO SKI
Juiz de Direito de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CÉSAR SCHWEITZER
Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI
Juiz de Direito de Segundo Grau HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ MAURÍCIO LISBOA

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

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

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

Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Desembargador EDEMAR GRUBER
Desembargador STANLEY BRAGA
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Desembargador SAUL STEIL
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – Presidente
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULLIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargadora REJANE ANDERSEN (Des. PEDRO MANOEL ABREU)
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR (Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)
Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA (Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA)
Desembargadora SORAYA NUNES LINS (Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS)

Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR (Des. JÂNIO de Souza MACHADO)
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC

Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA – Presidente
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI
Juíza de Direito de Segundo Grau HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ MAURÍCIO LISBOA

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA (Juiz JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO)
Desembargador NEWTON TRISOTTO (Juiz JORGE LUIS COSTA BEBER)
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA (Juiz JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO)
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador MARCUS TULLIO SARTORATO
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES (Juíza ROSANE PORTELLA WOLFF)
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

Desembargador DOMINGOS PALUDO
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador SAUL STEIL (Juiz GERSON CHEREM II)
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING – Presidente
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Desembargador SAUL STEIL (Juiz GERSON CHEREM II)
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador NEWTON TRISOTTO (Juiz JORGE LUIS COSTA BEBER)
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA – Presidente e. e.
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador FERNANDO CARIONI – Presidente
Desembargador MARCUS TULLIO SARTORATO
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA (Juiz JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO)
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR – Presidente e. e.
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO (Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES (Juíza ROSANE PORTELLA WOLFF)
Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF (Cooperadora)

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargadora DENISE VOLPATO – Presidente

Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA (Juiz JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO)

Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA

Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ (Cooperador)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente

Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER (Juiz JOSÉ EVERALDO SILVA)

Desembargadora REJANE ANDERSEN

Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA

Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO (Juiz GUILHERME NUNES BORN)

Desembargadora SORAYA NUNES LINS

Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO

Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Juíza DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI)

Desembargador ROBSON LUZ VARELLA

Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO

Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA

Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – Presidente

Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO

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

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargadora REJANE ANDERSEN – Presidente

Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO – Presidente
Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Juíza DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI)
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI (Cooperadora)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER (Juiz JOSÉ EVERALDO SILVA)
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO (Juiz GUILHERME NUNES BORN)
Desembargadora SORAYA NUNES LINS
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (Cooperador)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ – Presidente e. e.
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU (Juiz JÚLIO CÉSAR KNOLL)
Desembargador CÉSAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI (Juiz FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO)
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ (Juiz PAULO RICARDO BRUSCHI)
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador RICARDO José ROESLER

Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador EDEMAR GRUBER

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA – Presidente
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
(Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador RONEI DANIELLI – Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU (Juiz JÚLIO CÉSAR KNOLL)
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador RICARDO José ROESLER – Presidente
Desembargador EDEMAR GRUBER
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ (Juíza PAULO RICARDO BRUSCHI)
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI (Cooperador)

SEÇÃO CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO (Juiz LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN)
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS (Juíza CINTHIA

BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER)
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador JOSÉ INACIO SCHAEFER
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO (Juiz LUIZ CESAR SCHWEITZER)
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO (Juiz VOLNEI CELSO TOMAZINI)
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador JOSÉ INACIO SCHAEFER
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO (Juiz LUIZ CESAR SCHWEITZER)
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CÉSAR SCHWEITZER (Cooperador)
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO
(Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO (Juiz VOLNEI CELSO TOMAZINI)
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO (Juiz LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN)
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN (Cooperador)

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO – Presidente
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS (Juíza CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER)
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz CARLOS ROBERTO DA SILVA

SECRETARIA-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Secretário Juiz JEFFERSON ZANINI

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz Corregedor CYD CARLOS DA SILVEIRA
Juíza Corregedora MARIA PAULA KERN
Juíza Corregedora SIMONE BOING GUIMARÃES
Juiz Corregedor LUIZ HENRIQUE BONATELLI
Juíza Corregedora LÍLIAN TELLES DE SÁ VIEIRA

JUÍZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar LUÍS FELIPE CANEVER
Juiz Auxiliar ALEXANDRE MORAI'S DA ROSA

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar MARCELO PONS MEIRELLES

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

MICHELE HORTZ

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

RICARDO ALBINO FRANÇA

SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL

Recurso Extraordinário n. 778889, de Pernambuco

Relator: Min. Roberto Barroso

Recorrente: Mônica Correia de Araújo

Advogados: Ana Cavalcanti Belfort e outro(s)

Recorrida: União

Advogado: Advogado-Geral da União

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE.

1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.

2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.

4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus

projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.

5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.

6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008.

7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.

8. Tese da repercussão geral: *“Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”*.

RELATÓRIO

1. Mônica Correia de Araújo, servidora pública da justiça federal, obteve guarda provisória, para fins de adoção, de menor impúbere que contava com um ano, um mês e dias de vida. Em razão desse fato, requereu à administração pública licença maternidade, benefício este que lhe foi deferido, pelo prazo de 30 dias, com base no art. 210 da Lei nº 8.112/1990. Posteriormente, a licença maternidade foi prorrogada,

pelo prazo de 15 dias, com base na Lei nº 11.770/2008, no Decreto nº 6.691/2008 e na Resolução nº 30/2008 do Conselho da Justiça Federal (CJF). Confira-se o teor dos dispositivos infraconstitucionais:

Lei nº 8.112/1990

“Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de **criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.**

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de **criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.**” (Grifou-se)

Lei 11.770/2008

“Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal. [...]”

Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.”

Decreto nº 6.690/2008

“Art. 2º Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. [...]”

§ 3º O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no *caput* será igualmente garantido **a quem adotar ou obtiver guarda judicial** para fins de adoção de criança, na seguinte proporção: [...].

I - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o **art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991** [Regime Geral da Previdência]:

a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade;

b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e

c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade.

II - para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990 [Regime Especial de Previdência Estatutário]:

a) **quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e**

b) **quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.**” (Grifou-se)

Resolução nº 30/2008-CJF

“Art. 3º Será garantida a prorrogação da licença também à magistrada ou à servidora que adotarem [sic.] criança ou obtiverem [sic.] guarda judicial para fins de adoção. [...].

§ 1º À magistrada ou à servidora que adotarem criança ou obtiverem guarda judicial de **criança de até 1 (um) ano de idade serão concedidos 45 (quarenta e cinco) dias de prorrogação.**

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de **criança com mais de 1 (um) ano de idade, serão concedidos 15 (quinze) dias de prorrogação.**” (Grifou-se)

2. A impetrante gozou, portanto, do total de 45 dias de licença maternidade. Entende, contudo, que fazia jus a prazo superior – de 180 dias de benefício – sendo 120 dias, a título de licença maternidade, e 60 dias, a título de prorrogação.

3. No que respeita à licença maternidade de 120 dias, alega que *(i)* este foi o prazo mínimo de licença conferido às gestantes pela Constituição (art. 7º, XVIII, CF); e que *(ii)* a Carta vedou o tratamento discriminatório entre filhos naturais e filhos adotivos (art. 227, §6º, CF).

Confira-se o que dispõem as referidas normas constitucionais:

Constituição de 1988:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;” (Grifou-se)

“Art. 227.....

§ 6º Os **filhos**, havidos ou não da relação do casamento, ou **por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações**, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Grifou-se)

4. No que respeita à prorrogação da licença, pelo prazo de 60 dias, como previsto nos arts. 1º e 3º da Lei nº 11.770/2008, alega que o decreto federal e a resolução do Conselho da Justiça Federal discriminam onde a Constituição e a Lei nº 11.770/2008 não discriminaram e tampouco autorizam qualquer diferenciação, sendo produto, por isso, de abuso do poder regulamentar.

5. Em síntese, portanto, a postulante defende que o prazo da licença maternidade e da sua prorrogação, conferido às gestantes no total de 180 dias, não pode ser superior ao prazo conferido às mães-adoptantes, independentemente da idade da criança adotada, sob pena de violação do direito dos filhos adotivos à isonomia de tratamento com os filhos naturais.

6. Com base nesses fundamentos, a requerente impetrou mandado de segurança pleiteando o benefício pelo prazo de 180 dias. Em primeiro grau, a liminar foi indeferida e a ordem rejeitada, por se ter concluído que: (i) a licença-gestante, prevista na Constituição, e a licença maternidade, normatizada pelo art. 210 da Lei nº 8.112/1990, são institutos diversos; (ii) a licença-gestante visa a preservar o interesse de adaptação e o reforço do vínculo entre a criança e a mãe, mas nela predomina o propósito de preservar a saúde da genitora, que pode se afastar de suas funções

antes do parto ou após o parto, para recuperar-se das alterações físicas e psíquicas decorrentes da gravidez; *(iii)* no caso de adoção, a mãe não passa por tais eventos, de modo que trata-se de situação substancialmente diversa, a justificar tratamento distinto.

7. Em segundo grau, a sentença foi mantida, por argumentos semelhantes, em acórdão assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. ADOÇÃO DE CRIANÇA. LICENÇA À ADOTANTE. EQUIPARAÇÃO COM AS SERVIDORAS GESTANTES. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 8.112/90, ART. 210 E RESOLUÇÃO Nº 30/2008-CJF. **INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SITUAÇÕES FÁTICAS DIVERSAS.** (...). 2. A diferenciação de períodos de licença-maternidade estabelecida pela Lei nº 8112/90, bem como pela Resolução nº 30/2008 para as servidoras que adotam uma criança e para aquelas que geram os filhos naturalmente **não ofende o** princípio da isonomia previsto na Constituição Federal, eis que existem diferentes necessidades para ambas as mulheres, as quais não se encontram inseridas em uma mesma situação fática, motivo pelo qual existem prazos diversos para as licenças de cada uma. 3. **As mães biológicas, durante a gestação, passam por transformações físicas e psicológicas, além de submeterem-se ao procedimento do parto, precisando de um maior período de tempo em repouso não só para a recuperação pós-parto, mas também para proteger sua própria saúde, haja vista que por questões fisiológicas não conseguem desempenhar suas atividades profissionais.** 4. Não bastassem essas razões, a servidora que deu à luz necessita amamentar por 6 (seis) meses, período recomendado pelos médicos para que a criança se desenvolva de uma maneira saudável. As mães adotivas, por sua vez, não passam por qualquer intervenção médica, tampouco amamentam seus filhos, justificando, assim, a diferença entre as duas situações e a necessidade de concessão dos prazos diversos para a licença-maternidade. 5. O legislador estabeleceu tempo razoável à efetiva convivência familiar entre a mãe e o filho adotivo, possibilitando-se estreitar os laços afetivos entre ambos e assegurar o saudável crescimento do menor, não havendo

como equiparar os períodos entre as licenças à gestante e à adotante. 6. Apelação improvida.” (Grifou-se)

8. A impetrante interpôs, então, recurso extraordinário, invocando violação ao art. 7º, XVIII, c/c art. 39, §3º, CF e ao art. 227, §6º, CF, pelos argumentos já articulados. Foi reconhecida repercussão geral.

9. A Procuradoria Geral da República manifestou-se favoravelmente ao provimento do recurso extraordinário, com base na tutela constitucional da família, no direito à igualdade entre os filhos e no postulado da prioridade do melhor interesse do menor.

10. O caso coloca, portanto, a seguinte questão: A lei pode instituir prazos diferenciados para a licença maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes? E, entre filhos adotados, é legítima a diferenciação do prazo da licença em função da idade da criança adotada?

É o relatório.

VOTO

I. INTRODUÇÃO

Há uma tradição filosófica, à qual me filio, de que o mundo se encontra em mudança permanente, em eterno fluxo. Ela vem desde Heráclito (540-480 a.C.) e tem um dos seus pontos altos em Hegel (1770-1831). A ideia básica nessa concepção filosófica é a de que a história é um processo lento, mas constante, de aperfeiçoamento moral e espiritual da humanidade. O processo civilizatório nos conduz na direção do bem e da justiça. Creio que assim seja, mesmo quando não se possa perceber olhando da superfície.

A matéria discutida neste processo é um bom exemplo dessa evolução. Trata-se aqui dos direitos das crianças, dos direitos das mulheres

e do papel da adoção, sobretudo no ambiente de menores desamparados. Ao longo do tempo, houve significativa mudança na realidade e na compreensão dos valores envolvidos nessa complexa relação. Por isso, é boa hora para este Tribunal revisitar o assunto.

I.1. A HIPÓTESE

1. Como relatado, discute-se neste recurso extraordinário, com repercussão geral, basicamente: i) se é legítimo que a lei estabeleça prazos de licença maternidade diversos para a servidora gestante e para a servidora que venha a adotar uma criança; e ii) se é legítimo diferenciar o prazo de licença maternidade em função da idade da criança adotada. No desenvolvimento do argumento, faz-se uma análise do tema da proteção da infância e da sua evolução antes e depois da Constituição de 1988.

I.2. A IMPORTÂNCIA DA ADOÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA

2. Embora seja uma figura conhecida desde os tempos bíblicos, a adoção sempre foi cercada de restrições, preconceitos ou travestida em forma camuflada de recrutamento de mão de obra familiar. Foi longa a trajetória que levou as crianças adotadas da condição de filhos de segunda categoria à posição de igualdade com os filhos biológicos.

3. Mais recentemente, a adoção passou a ser tratada não apenas como uma forma de acudir os interesses dos casais inférteis, mas também como uma forma relevante – ainda que excepcional (ao menos idealmente) – de inserção da criança e do adolescente em uma família substituta. Na prática, ela se tornou, gradativamente, uma política pública prioritariamente voltada para atender os interesses do adotado. Merece registro o fato de que, nos últimos anos, superando preconceitos de naturezas diversas, a jurisprudência passou a legitimar inclusive as adoções por casais homossexuais¹.

1 STF, RE 846.102, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 05.03.2015, *DJe*, 18.3.2015; STJ,

4. Ao longo do presente voto, procura-se demonstrar a evolução da disciplina da adoção, no plano doméstico e internacional, realçando o seu papel na proteção da infância e da adolescência.

II. A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA NO BRASIL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

II.1. O MENOR CARENTE ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

5. A história da “proteção” da infância, no Brasil, inicia-se na década de 1920 e, curiosamente, não tinha por objetivo o desenvolvimento saudável do menor. Ao contrário, voltava-se para a tutela da ordem urbana e da segurança pública, “perturbadas” pela presença de menores desvalidos e pedintes perambulando pelas ruas. Com esse fim e ao longo de muitas décadas, a política pública desenvolvida nesta matéria pautou-se primordialmente pela retirada das crianças carentes das ruas e por sua internação compulsória em instituições (tal política será referida, doravante, como institucionalização)².

6. A institucionalização de tais menores acrescentou à infância

REsp 1281093, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2012, *DJe*, 04.02.2013; TJRS, AC 70013801592, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006, DJ, 12.04.2006.

2 A compreensão da especificidade da infância e da necessidade de estabelecer regras para tutelá-la é relativamente recente na história do Ocidente. Foi alcançada apenas no século XX, como produto dos avanços da medicina, das ciências jurídicas, pedagógicas e psicológicas. No âmbito internacional, com o final da Segunda Guerra Mundial, e tendo em vista a necessidade de prestar assistência a um grande contingente de crianças órfãs ou separadas de seus pais, a atenção sobre as crianças entrou na agenda dos países. A partir de então, produziram-se relevantes declarações e convenções internacionais voltadas à tutela da infância, entre as quais destacam-se: i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 25.2), ii) a Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 (que afirmou o princípio do interesse superior da criança, como princípio norteador das ações do Estado na matéria); e iii) a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças de 1989 (que reafirmou tal princípio).

pobre – muitas vezes já marcada pela subabitação, pela desnutrição e pelos maus-tratos – um novo trauma: a separação da família e da comunidade de origem. Nos abrigos, internatos e orfanatos, as crianças eram entregues a um tratamento impessoal, marcado pela alta rotatividade de cuidadores, com os quais dificilmente chegavam a desenvolver um vínculo individualizado. Grande parte dos menores perdia o contato com seus parentes e era submetida, com frequência, a uma orientação massificada de castigos coletivos, de práticas educativas baseadas em ameaças e em punições corporais. No lugar do amor e do cuidado, as crianças carentes e institucionalizadas experimentavam a violência.

7. Assim, a política pública de institucionalização em massa gerou *um enorme contingente de crianças abandonadas, emocionalmente comprometidas e marginalizadas*³, para as quais a adoção era basicamente a única, remota, esperança de afeto, de retorno à sociedade e de conquistar um lugar no mundo.

II.2. A FAMÍLIA E A ADOÇÃO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

8. De acordo com o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916), a “família legítima”, hierarquizada, liderada pelo *pater familia* e composta pelos filhos biológicos, havidos na constância do casamento ou legitimados por este, era protegida como *um fim em si mesma* e com o propósito de preservar o patrimônio de seus membros. Atribuía-se ao marido a condição de “chefe da sociedade conjugal”, bem como o poder de decisão sobre seus demais integrantes. Cabia a ele a representação da família, seu sustento, a administração dos bens e a autorização para que a mulher tivesse uma profissão. À mulher reservava-se um papel secundário, de mera “colaboradora” e, portanto, de sujeição ao cônjuge⁴.

3 WEBER, Lídia Natália D. Abandono, institucionalização e adoção no Brasil: problemas e soluções. O Social em Questão, n. 14, 2005, p. 53-70.

4 CC/1916 (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962): “Art. 233. O marido

9. Os filhos foram, então, classificados em legítimos (havidos na constância do casamento), legitimados (pelo posterior casamento), ilegítimos (passíveis de reconhecimento), incestuosos ou adúlterinos (não passíveis de reconhecimento) e, por fim, previram-se os *filhos adotivos*⁵. Os filhos adotivos eram discriminados pelo próprio Direito: a adoção não produzia efeitos, caso comprovada a concepção de filho natural no momento da sua consumação⁶, e os filhos adotivos tinham direito apenas à metade da herança devida aos filhos legítimos supervenientes⁷. De fato, o filho adotivo era encarado, então, como uma ameaça para os filhos biológicos, como um problema para a preservação do patrimônio na família, como um filho de segunda categoria, altamente estigmatizado, não detentor dos mesmos direitos titularizados pelos demais filhos.

10. Posteriormente, a Lei 4.655/1965 permitiu a “legitimação” de menores abandonados, *desde que gozassem de até 7 anos*, e previu, ainda, a “legitimação adotiva” do menor com mais de 7 anos, que já se encontrasse sob a guarda dos legitimantes, à época em que tivesse completado tal idade. Entretanto, determinou que o legitimado adotivo não teria os mesmos direitos do filho legítimo superveniente à adoção, em caso de sucessão⁸.

11. Portanto, de um lado, a política pública estatal rompia os laços existentes entre os menores carentes, suas famílias e comunidades, gerava a sua institucionalização e o seu abandono. De outro, estigmatizava aqueles é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251)”.

5 CC/1916, art. 352 a 368.

6 CC/1916, art. 377.

7 CC/1916, art. 1.605: “§ 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes”.

8 Lei 4.655/1965, art. 9º: “O legitimado adotivo tem os mesmos direitos e deveres do filho legítimo, *salvo no caso de sucessão, se concorrer com filho legítimo superveniente à adoção*” (grifou-se).

poucos que chegavam a ser adotados, negando-lhes uma condição de efetiva igualdade com os demais filhos ou o pleno reconhecimento como membro de uma família.

III. A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

III.1. O AVANÇO DOS DIREITOS DO MENOR NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

12. A história da proteção à infância, à família e à mulher se altera profundamente com a redemocratização do Brasil e com a promulgação da Constituição de 1988. A nova Carta estabelece uma ruptura com o regime anterior. Define como fundamento da República a *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III). E compromete-se com a *tutela do indivíduo e de seu valor intrínseco como um fim em si mesmo*, afastando qualquer possibilidade de sua instrumentalização em favor dos interesses da comunidade. Nas novas circunstâncias, deixa de ser concebível lançar mão de políticas públicas voltadas à infância com o propósito de preservar a ordem urbana ou a segurança pública. Passa-se a proteger as crianças em prol de seu próprio bem-estar e de seu adequado desenvolvimento.

13. Em coerência com tal concepção de tutela da pessoa, o art. 227 da Constituição estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança *todos* os direitos necessários ao seu adequado desenvolvimento, assentando os *princípios da proteção integral* e da *prioridade dos direitos das crianças e adolescentes*. Afirma, ainda, o direito do menor à convivência familiar e comunitária. Confira-se o teor do dispositivo:

“Art. 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência,*

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (Grifou-se)

14. A própria Carta expressa, assim, por meio da palavra “prioridade”, a *precedência em abstracto* e “*prima facie*” dos direitos dos menores, em caso de colisão com outras normas⁹. E o faz por se ter entendido que, em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, devem elas sujeitar-se a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia¹⁰. Por isso, as decisões concernentes às crianças devem buscar atender ao *princípio do superior interesse do menor*.

III.2. A FUNCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA E A IGUALDADE ENTRE OS FILHOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

15. O artigo 227 da Constituição expressa, ainda, a *funcionalização do conceito de família*. A família passa a ser compreendida como o *locus* do afeto e do companheirismo. Passa a ser tutelada como *meio* essencial para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus membros. Os filhos adquirem uma posição de centralidade nesta nova família. Ela é o núcleo em que a sua socialização tem início.

16. Em paralelo, afirma-se a igualdade entre os homens e as mulheres, reconhecendo-se a identidade dos direitos e deveres a serem desempenhados por cada qual, no que respeita à sociedade conjugal (CF, art. 226, § 5º)¹¹. Migra-se, assim, da família hierarquizada e chefiada pelo *pater família* para a família democratizada, igualitária, centrada nos filhos

9 BITTENCOURT, Sávio. *A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36.

10 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, [s.a.], p. 148 e ss; BITTENCOURT, Sávio. *A Nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36.

11 CF/88, art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...). § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (grifou-se).

e voltada à realização de seus membros¹².

17. No que respeita à maternidade, a Constituição determina que a sua proteção constitui direito social (CF, art. 6º c/c art. 201). Estabelece como objetivos da assistência social a tutela “à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, bem como o “amparo às crianças e a adolescentes carentes” (CF, art. 203, I e II). E assegura o direito de “*licença à gestante*” – esta é a expressão empregada por seu texto –, em favor das trabalhadoras e servidoras públicas, atribuindo-lhes o direito ao prazo mínimo de 120 dias de afastamento remunerado do trabalho (CF, art. 7º, XVIII, c/c art. 39, § 3º). Veja-se o teor dos dispositivos pertinentes:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...].

XVIII - licença à *gestante*, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. (Grifou-se)

“Art. 39. (...). § 3º *Aplica-se aos servidores* ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.” (Grifou-se)

18. O art. 227 e seus parágrafos determinam, ainda, ao Poder Público que estimule o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado, procurando afastar a opção pela institucionalização. Por fim, o § 6º do mesmo dispositivo *garante*,

12 FACHIN, Luiz Edson. *Da Paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996; e *Famílias: entre o Público e o Privado: Problematizando Espacialidades à Luz da Fenomenologia Paralática*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 23, p. 5-13, ago./set. 2011; TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 473-518; MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família de novo – estrutura e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago., p. 588.

expressamente, aos filhos biológicos e adotivos, os mesmos direitos, vedando qualquer discriminação entre eles. Veja-se o que diz este último dispositivo:

“Art. 227. [...]. § 6º *Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*” (Grifou-se)

19. As referidas normas constitucionais promoveram, portanto, uma ruptura expressa e inequívoca com a legislação sancionatória, repressora e discriminatória que marcou o regime anterior e inspiraram a produção de um novo conjunto de normas infraconstitucionais voltadas a conferir-lhes efetividade.

III.3. O ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 88

20. Em 13 de julho de 1990, o legislador ordinário editou a Lei 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que revogou o antigo Código de Menores. O ECA reiterou a igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos¹³. Previu o direito das crianças de serem criadas, preferencialmente, por sua própria família. Atribuiu ao Estado o dever de amparar eventuais núcleos familiares desprovidos de recursos, de forma a tornar possível a presença das crianças carentes junto a seus pais e à comunidade. E estabeleceu que o pátrio poder deve ser exercido nas mesmas condições pelo pai e pela mãe¹⁴. Posteriormente, a Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009 (Lei Nacional de Adoção), acrescentou ao ECA normas que limitaram o tempo de institucionalização das crianças a um prazo não superior a 2 anos¹⁵.

13 Lei 8.069/1990, art. 20.

14 Lei 8.069/1990, art. 19, 21 e 23.

15 Lei 8.069/1990, com redação conferida pela Lei 12.010/2009, art. 19: “§ 2º *A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda*

21. As disposições constitucionais antes indicadas, o ECA e a nova Lei de Adoção são produto de uma melhor compreensão sobre a questão da infância, bem como uma resposta ao fracasso e à inadequação da política pública de institucionalização desenvolvida até então. Estudos sobre as causas da criminalidade e da violência infantil demonstraram que os delitos praticados pelas crianças carentes estavam intimamente ligados à pobreza e às suas condições precárias de vida. Quando a Constituição de 1988 entrou em vigor, mais da metade das crianças e adolescentes brasileiros vivia em famílias com rendimentos de até meio salário mínimo¹⁶. E a institucionalização agravava o problema, por retirar tais crianças de qualquer convívio familiar, afetivo ou comunitário. Por isso, ao lado dos mencionados diplomas, que buscavam superar a institucionalização e favorecer a adoção, outros buscaram avançar na promoção da adaptação da criança carente a novos núcleos familiares.

IV. A EVOLUÇÃO DAS NORMAS SOBRE A LICENÇA ADOTANTE

22. É nesse contexto que se insere o disposto no artigo 210 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei 8.112/1990), que passa a prever, de forma avançada para a época, o direito das servidoras à licença adotante de 90 dias, em caso de obtenção de adoção ou de guarda judicial de criança com até 1 (um) ano de idade, bem como o direito à licença de 30 (trinta) dias, em caso de criança com mais de um ano. Confirma-se a dicção dos enunciados normativos respectivos:

“Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (*um*) ano de idade, serão concedidos 90 (*noventa*) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança *com*

ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária”.

16 MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. *Op. cit.*, p. 46-57.

mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.” (Grifou-se)

23. Na ocasião em que foi aprovada a Lei 8.112/1990, a Constituição de 1988 estava em vigor havia menos de 2 anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente fora aprovado meses antes. Tratava-se, portanto, dos primórdios da vigência do novo regramento voltado à tutela da infância, do início da construção de um novo paradigma. O deferimento da licença adotante em tal contexto representava um avanço. Passava-se a contemplar com ela uma categoria que ainda não gozava do direito a uma licença parental remunerada. Embora a norma não equiparasse o prazo de licença adotante ao prazo de licença gestante (de 120 dias), não havia, na previsão, um propósito de discriminação da mãe adotante ou de um reconhecimento a menor dos direitos dos filhos adotivos. Tratava-se, ao contrário, de uma norma que promovia a *inclusão* das famílias que adotavam, de acordo com a compreensão que se tinha sobre o assunto à época.

24. No âmbito do Direito Trabalho sequer havia previsão de licença equivalente, fato que levou as trabalhadoras adotantes de então a ajuizarem ações, a fim de obterem benefício semelhante, invocando, para tal, o direito à licença previsto no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal. Entretanto, tais pretensões foram afastadas, no ano de 2000, pelo Supremo Tribunal Federal, que, em sede de recurso extraordinário (RE 197.807), manifestou o entendimento de que *(i)* o deferimento da licença prevista no art. 7º, XVIII estaria vinculado ao “fato jurídico gestação” e *(ii)* a situação da mãe adotante não seria equiparável à situação da mãe gestante, uma vez que, no primeiro caso, não ocorreria gravidez ou parto, não havendo que se falar em licença gestante, cujo fim precípua era proteger a saúde da mãe¹⁷.

17 Confira-se a ementa do julgado: “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria”

25. A resposta do Legislador à decisão do STF não tardaria. Dois anos mais tarde, o Novo Código Civil (Lei 10.406/2002) tornou a afirmar a igualdade de direitos entre filhos biológicos e adotivos¹⁸, e a Lei 10.421/2002 incluiu na CLT o artigo 392-A, estabelecendo o direito à licença maternidade em favor da empregada adotante, de maneira escalonada, de acordo com a idade da criança, à semelhança do que fora previsto no Estatuto dos Servidores Federais. Havia, contudo, um avanço na nova norma inserida na CLT, comparativamente à norma que constava do Estatuto dos Servidores. A norma celetista fixou prazos maiores para a licença adotante (comparativamente àquela do Estatuto dos Servidores), *sendo que o mais elevado deles, aplicável em caso de adoção de criança de até um ano de idade, possuía a mesma extensão da licença gestante (120 dias)*. Confira-se o seu teor:

“Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º.

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de *criança até 1 (um) ano de idade*, o período de licença será de *120 (cento e vinte) dias*.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de *criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade*, o período de licença será de *60 (sessenta) dias*.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de *criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade*, o período de licença será de *30 (trinta) dias*.” (Grifou-se)

26. A Lei 10.421/2002 estabeleceu, ainda, o direito do cônjuge ou do companheiro ao prazo remanescente da licença, em caso de falecimento da mãe durante a sua fruição. E previu o direito do empregado-adotante

(RE 197.807, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 30.05.2000, DJ, 18.08.2000).

18 CC/2002, art. 1.596.

ao mesmo benefício¹⁹. Com tais inovações, deixou claro que a função essencial da licença maternidade passava a ser a *proteção do interesse do menor* que, tanto no caso da filiação natural, quanto da adotiva, precisa adaptar-se à família e estabelecer laços de afeto que são fundamentais para o seu desenvolvimento saudável.

27. Justamente por isso, a referida lei previu que o direito ao período remanescente de licença, em caso de falecimento da mãe, passa ao pai. E, inexistente a mãe-adotiva, o pai-adotivo fruirá do direito à licença maternidade. Em nenhum dos casos, o pai terá passado por uma gestação ou por um parto. Não teve necessidade de se recuperar de qualquer evento físico. O que se busca, ao transferir o direito à fruição da licença ao pai nestes casos, é atender às necessidades emocionais da criança. Há, portanto, uma evolução da compreensão do instituto da licença com a Lei 10.421/2002, tanto no que respeita a seus fins, quanto no que respeita a seu prazo.

28. Mais adiante, foi aprovada a Lei 11.770/2008, que criou o “Programa Empresa Cidadã” e possibilitou que as empresas a ele vinculadas prorrogassem a duração da licença maternidade de suas empregadas por 60 dias. Em seu art. 1º, § 2º, essa Lei estabeleceu que a prorrogação da licença seria garantida, *na mesma proporção – ou seja, no percentual de 50% do prazo original do benefício* – em caso de adoção. Em seu art. 2º, a Lei autorizou, ainda, que a administração pública assegurasse benefício idêntico²⁰.

19 Lei 10.421/2002: “Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, *é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença* por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. Art. 392-C. *Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar* ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.” (Grifou-se)

20 Lei 11.770/2008: “Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso

29. À época da edição da Lei 11.770/2008, como já mencionado, o prazo de licença das *empregadas adotantes* era escalonado em: 120 dias, para crianças de até um ano; 60 dias, para crianças entre 1 e 4 anos; e 30 dias, para crianças com mais de 4 anos. Já o prazo de licença das *servidoras adotantes* era: de 90 dias, para crianças até 1 ano de idade; e de 30 dias, para crianças acima de 1 ano.

30. A fim de assegurar a extensão da licença adotante nos termos da Lei 11.770/2008 – e, portanto, “na mesma proporção” (50% do prazo original da licença gestante) –, o Decreto 6.690/2008 atribuiu às *empregadas públicas adotantes* o direito à extensão de 60 dias, para crianças de até um ano; 30 dias, para crianças entre 1 e 4 anos; e 15 dias, para crianças com mais de 4 anos. E, seguindo a mesma lógica, previu, em favor das *servidoras adotantes*, o direito à extensão de 45 dias, para crianças de até um ano; e de 15 dias, para crianças com mais de 1 ano²¹.

31. Ainda na esteira do Programa Empresa Cidadã, a Resolução nº 30/2008 do Conselho da Justiça Federal (CJF) previu que também XVIII do *caput* do art. 7º da Constituição Federal. (...). § 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei” (grifou-se).

21 Decreto 6.690/2008: “Art. 2º. Serão beneficiadas pelo Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. [...] § 3º O benefício a que fazem jus as servidoras públicas mencionadas no *caput* será igualmente garantido a quem adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na seguinte proporção: I - para as servidoras públicas em gozo do *benefício de que trata o art. 71-A da Lei nº 8.213, de 1991* [salário-maternidade, aplicável às servidoras submetidas ao regime celetista]: a) sessenta dias, no caso de criança de até um ano de idade; b) trinta dias, no caso de criança de mais de um e menos de quatro anos de idade; e c) quinze dias, no caso de criança de quatro a oito anos de idade; II - *para as servidoras públicas em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei nº 8.112, de 1990* [licença adotante, prevista para as servidoras submetidas ao regime estatutário]: a) quarenta e cinco dias, no caso de criança de até um ano de idade; e b) quinze dias, no caso de criança com mais de um ano de idade.” (Grifou-se)

as magistradas ou serventuárias que adotassem teriam direito – tanto quanto as demais servidoras federais – a 45 dias de prorrogação da licença parental, no caso de criança de até um ano de idade, ou a 15 dias de prorrogação, no caso de criança com mais de um ano de idade²².

32. Aproximadamente um ano mais tarde, contudo, foi editada a Lei Nacional de Adoção (Lei 12.010/2009), que suprimiu os parágrafos do art. 392-A da CLT e, por consequência, *igualou, no âmbito do Direito do Trabalho, os prazos da licença gestante e da licença adotante*, independentemente da idade da criança adotada, consagrando o entendimento de que, além de serem, ambas as licenças, espécies do gênero licença maternidade, *a licença adotante deveria corresponder, no mínimo, ao mesmo “quantum” de proteção conferido à licença gestante, independentemente da idade da criança adotada* (de 120 dias, nos termos do artigo 7º, XVIII, CF). Confirma-se a redação dos dispositivos:

“Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (*cento e vinte*) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.4.2002).

Art. 392-A. *À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º.* (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002)” (Grifou-se)

33. Entretanto, não se modificou expressamente o Decreto 6.690/2008, que regulamentara a aplicação do Programa Empresa Cidadã para empregadas públicas. Os períodos de extensão de licença

22 Resolução 30/2008, CJP: “Art. 3º Será garantida a prorrogação da licença também à magistrada ou à servidora que adotarem criança ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção. § 1º À magistrada ou à servidora que adotarem criança ou obtiverem guarda judicial de criança de até 1 (um) ano de idade serão concedidos 45 (quarenta e cinco) dias de prorrogação. § 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade serão concedidos 15 (quinze) dias de prorrogação”.

maternidade nele previstos permaneceram distintos, na literalidade do texto, conforme se tratasse de empregada gestante ou de empregada adotante. Não há dúvida, contudo, de que tal distinção foi tacitamente revogada pela Lei Nacional de Adoção e que a diferença não mais subsiste.

34. De fato, considerando que a finalidade clara do Programa Empresa Cidadã foi a de conferir uma extensão da licença maternidade da ordem de 50% da licença original, a partir do momento em que a Lei Nacional de Adoção igualou o prazo de tal licença original, independentemente da idade da criança adotada, para mães gestantes e adotantes, igualou-se, implicitamente, o tempo de extensão desse benefício, no que respeita aos contratos celetistas de trabalho (afinal se ambas as licenças originais são de 120 dias, suas prorrogações de 50% só podem corresponder a 60 dias).

35. A dificuldade de sistematização da matéria se fez presente igualmente no que respeita ao prazo e à extensão da licença adotante em favor dos servidores públicos. Apesar de toda a evolução ocorrida no âmbito celetista, não se promoveu a adequada atualização do Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/1990, art. 210). Assim, o Estatuto, *originalmente, uma norma inclusiva, que promovia um avanço, tornou-se uma lei anacrônica, restritiva do direito à licença adotante*, se comparado ao mesmo benefício, tal como assegurado pela legislação trabalhista. Os diversos prazos de licença maternidade mencionados acima encontram-se resumidos na tabela abaixo.

PRAZOS DA LICENÇA GESTANTE E DA LICENÇA ADOTANTE

LICENÇA	REGIME	PRAZO	EXTENSÃO	NORMA
EMPREGADA GESTANTE	CLT	120 dias	60 dias	Art. 392, CLT
EMPREGADA ADOTANTE, MENOR DE QUALQUER IDADE	CLT	120 dias	60 dias	Art. 392-A, CLT e Art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.770/2008
SERVIDORA GESTANTE	ESTATUTÁRIO	120 dias	60 dias	Art. 207, Lei nº 8112/1990
SERVIDORA ADOTANTE, MENOR ATÉ 1 ANO	ESTATUTÁRIO	90 dias	45 dias	Art. 210, Lei nº 8112/1990, Art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.770/2008 e Art. 2º, § 3º, II, b, Decreto nº 6690/2008
SERVIDORA ADOTANTE, MENOR COM MAIS DE UM ANO	ESTATUTÁRIO	30 dias	15 dias	Art. 210, par. único, Lei nº 8.112/1990, Art. 1º, § 2º, da Lei nº 11.770/2008 e Art. 2º, § 3º, II, b, Decreto nº 6690/2008

36. Portanto, de acordo com a legislação infraconstitucional, as crianças adotadas por trabalhadoras do Poder Público, regidas pela CLT, são beneficiadas por uma licença maternidade de 120 dias, prorrogáveis por até 60 dias, independentemente da idade (à semelhança do tratamento dado à licença-gestante pela legislação); ao passo que as crianças adotadas por servidoras públicas, com vínculo estatutário, beneficiam-se de licença de 90 dias, prorrogável por 45 dias, se tiverem até um 1 ano; ou por licença de 30 dias, prorrogável por 15 dias, se forem mais velhas²³.

23 No caso das empregadas *privadas* e das servidoras *militares*, a falta de

V. A JURISPRUDÊNCIA

37. A jurisprudência sobre o prazo da licença adotante das servidoras públicas tem se mostrado conflitante. Geralmente, as decisões judiciais que legitimam o deferimento de prazos distintos de licença-gestante e de licença-adotante afirmam, como já assinalado, que não há isonomia entre as duas situações porque: *(i)* a gestante precisa recuperar-se fisicamente da gestação e do parto e deve amamentar o bebê, circunstâncias que não estão presentes na experiência da adoção; *(ii)* o Judiciário não pode estender benefício conferido pelo Regime Geral de Previdência a beneficiário do Regime Especial de Previdência do Servidor Público, pois estaria atuando como legislador positivo, o que lhe seria vedado. Há, neste sentido, além da antiga decisão do STF no RE 197.807, já citado, acórdãos do Superior Tribunal de Justiça²⁴, do

sistematização produziu incongruências ainda mais graves. Quanto às primeiras, o Decreto nº 7.052/2009, editado posteriormente à Lei 12.010/2009, com a mera finalidade de regulamentar a aplicação do Programa Empresa Cidadã para empregadas privadas, dispôs sobre a extensão da licença adotante, estipulando um escalonamento de prazos com base no escalonamento do prazo da licença adotante original, *sem levar em conta que o escalonamento desta já havia sido revogado pela Lei 12.010/2009*. Já quanto às *militares* adotantes, a Lei nº 13.109/2015 reproduziu acriticamente as normas aplicáveis às servidoras públicas federais, sem considerar os avanços ocorridos em âmbito celetista, no concerne à igualação entre licença gestante e adotante. Em ambos os casos (do decreto e da lei das militares), as normas tinham propósitos inclusivos, de promover um avanço, e não uma discriminação. No caso do decreto, por se tratar de norma regulamentar, este não podia conflitar com a lei, sob pena de nulidade. No segundo caso, da lei das militares, a intenção era apenas a de positivar e estender às militares tais benefícios, evitando discussões judiciais sobre o assunto. Nota-se, portanto, que a circunstância de a licença adotante e sua extensão terem sido previstas em diplomas diversos, caso o vínculo de trabalho fosse celetista, estatutário ou militar, privado ou público, prejudicou a sistematização do instituto.

24 STJ, Quinta Turma, RMS 12.504, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 25.11.2003, *DJ*, 08.03.2004; STJ, Primeira Turma, RMS 33.255, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 02.06.2011, *DJe*, 08.06.2011; STJ, Segunda Turma, RMS 41.796, rel. Min. Humberto Martins, j. 03.02.2015, *DJe*, 09.02.2015.

TRF-1²⁵, do TRF-2²⁶, TRF-3²⁷ e do TRF-5²⁸.

38. Já as decisões que reconhecem o direito ao prazo de licença adotante, em condições isonômicas, a empregadas públicas celetistas e servidoras públicas argumentam que: *(i)* o propósito da licença é, sobretudo, atender às necessidades da criança e assegurar o seu desenvolvimento saudável; e *(ii)* a diferenciação dos prazos da licença-gestante e da licença-adotante viola o direito à igualdade entre filhos biológicos e adotivos. Há, neste último sentido, duas decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Joaquim Barbosa no STF²⁹, bem como decisões do TRF-1³⁰, do TRF-3³¹,

25 Distrito Federal e Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins), 1ª Seção, Processo nº 0043378-31.2006.4.01.0000, rel. Des. Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, DJ, 21.09.2007.

26 Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo), 6ª Turma Especializada, Processo nº 201451010087901, rel. Des. Guilherme Couto e Castro, j. 01.12.2014; 8ª Turma Especializada, Processo nº 201151010122080, rel. Des. Marcelo Pereira da Silva, j. 05.11.2014.

27 TRF-3 (Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul), 5ª Turma, Processo nº 0015146-80.2009.4.03.6100, rel. Des. Luiz Stefanini, rel. p. acórdão Des. Antônio Cedenho, e-DJF3, 15.05.2012.

28 TRF-5 (Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe), 2ª Turma, Processo nº 08002626720144058400, rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, j. 10.06.2014; Processo nº 08000221320114058100, rel. Des. Francisco Wildo, j. 27.03.2013; Processo nº 00201108720114058300, rel. Des. Francisco Barros Dias, j. 09.10.2012.

29 STF, RE 203.851, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 06.05.2009, DJe, 27.05.2009; RE 640.216, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05.10.2012, DJe, 22.10.2012.

30 TRF-1 (Distrito Federal e Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins), 1ª Turma, Processo nº 0042327-70.2002.4.01.3800, rel. Des. José Amilcar Machado, DJ, 15.05.2006.

31 TRF-3 (Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul), 4ª Seção, Processo nº 0004433-80.2013.4.03.6108, rel. Des. Paulo Fontes, DJe, 21.01.2015; Processo nº 0019832-43.2013.4.03.0000, rel. Des. José Lunardelli, DJe, 24.10.2014.

do TRF-4³² e do TRF-5³³.

VI. O EXAME DO CASO

VI.1. A EVOLUÇÃO DA LICENÇA ADOTANTE

39. Ficou claro, da exposição desenvolvida até aqui, que a Constituição de 1988 produziu uma profunda ruptura com a legislação repressiva e excludente dos direitos do menor carente, que a precedeu. Alteram-se, com a nova Carta: *o valor reconhecido à pessoa*, vista, em sua dignidade, como um fim em si mesma; *o alcance conferido à proteção à infância e à juventude*, em razão da vulnerabilidade de seres em formação; *a função da família*, como instrumento para a sua realização; e *o propósito do Direito de Família*, voltado a assegurá-la. Para que não houvesse dúvida, vedou-se, ainda, de forma expressa, o tratamento desigual entre filhos biológicos e adotivos.

40. Em consequência, a compreensão sobre a posição do filho adotivo e, naturalmente, sobre a licença adotante passou por avanços significativos na legislação infraconstitucional: *(i)* como já relatado, em 1990, uma norma inovadora e progressista previra o direito dos servidores a uma licença adotante de 90 (noventa) dias, em caso de adoção de criança com até um 1 (um) ano – embora a licença gestante já durasse, então, 120 (cento e vinte) dias; entretanto, *(ii)* em 2002, a licença adotante foi prevista também em favor dos empregados e, no caso de adoção de crianças de até um ano, fixada em 120 (cento e vinte) dias (Lei 10.421/2002), mesmo prazo da licença gestante

32 TRF-4 (Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul), 4ª Turma, Processo nº 5040161-76.2014.404.7000, rel. Des. Vivian Josete Pantaleão, *DJe*, 26.02.2015; 3ª Turma, Processo nº 5013914-09.2014.404.0000, rel. Des. Fernando Quadros da Silva, *DJe*, 11.09.2014; Processo nº 5001933-32.2014.404.7000, rel. Des. Marga Inge Barth Tessler, *DJe*, 26.08.2014.

33 TRF-5 (Estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe), 4ª Turma, Processo nº 00057098320114058300, rel. Des. Ivan Lira de Carvalho, *DJe*, 05.07.2012; Processo nº 000693934201140500000, rel. Des. Margarida Cantarelli, *DJe*, 12.08.2011.

trabalhista; *(iii)* por fim, em 2009, a licença adotante trabalhista passou a ser de 120 (cento e vinte) dias independentemente da idade da criança.

41. O histórico acima demonstra que o Direito brasileiro vem manifestando, desde a promulgação da Constituição de 1988, por seu poder constituinte originário, por seu poder constituinte derivado e pelo legislador ordinário, o firme propósito de avançar na proteção conferida à criança e ao filho adotivo. É de acordo com essa evolução, com a cadeia de normas antes descrita e à luz dos compromissos e dos valores que elas expressam, que o alcance da licença maternidade das servidoras públicas deve ser interpretado³⁴. No caso em exame, todos os capítulos desta história avançaram, paulatinamente, para majorar a proteção dada à criança adotada e igualar seus direitos aos direitos fruídos pelos filhos biológicos.

42. Assim, observado tal parâmetro, há um único entendimento compatível com a história que vem sendo escrita sobre os direitos da criança e do adolescente no Brasil: aquele que beneficia o menor, ao menos, com uma licença maternidade com prazo idêntico ao da licença a que faz jus o filho biológico. Esse é o sentido e alcance que se deve dar ao

34 De acordo com Ronald Dworkin, toda decisão judicial se fundamenta em algum princípio, que permite o desenvolvimento do direito para outras circunstâncias ainda não reveladas. O direito é um sistema, um conjunto coerente de princípios que orienta a solução de novos casos. Os princípios não são como as regras. A interpretação que os implementa não vem previamente descrita por um comando preciso. O que um determinado princípio requer, em dada situação concreta, deve ser avaliado como um “romance em cadeia”. Cada capítulo de um romance parte e é compatível com o capítulo que o antecede, mas inova e faz a história evoluir. Da mesma maneira, a decisão de cada caso que coloque em discussão um determinado princípio deve ser *coerente* com as decisões anteriores, com as indicações do legislador e, ao mesmo tempo, deve fazer o direito avançar. Essa formulação é denominada “direito como integridade” pelo autor (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 215-331). No caso em exame, todos os capítulos desta história avançam paulatinamente no sentido de majorar a proteção dada à criança adotada e de igualar seus direitos aos direitos fruídos pelos filhos biológicos.

art. 7º, XVIII, da Constituição, à luz dos compromissos de valores e de princípios assumidos pela sociedade brasileira ao adotar a Constituição de 1988. É, ainda, o entendimento que assegura a integridade do Direito. Mesmo que o STF tenha se manifestado em sentido diverso, no passado, e mesmo que não tenha havido alteração do texto do art. 7º, XVIII, o significado que lhe é atribuído se alterou. Trata-se de caso típico de mutação constitucional, em que a mudança na compreensão da realidade social altera o próprio significado do direito³⁵.

43. Este é, ainda, o único entendimento compatível com a igualdade entre filhos biológicos e filhos adotivos, como se passa a demonstrar.

VI.2. A IGUALDADE ENTRE FILHOS BIOLÓGICOS E ADOTIVOS: A CONDIÇÃO MAIS GRAVOSA DA CRIANÇA ADOTADA

44. Crianças adotadas, não raro, têm em seu histórico: experiências pré-natais adversas à saúde, períodos prolongados em unidades neonatais, cuidados inadequados, abuso físico, psíquico ou sexual, perdas e separações. Esses fatores, a privação do contato do menor com a mãe nos primeiros meses de vida, ou em momentos críticos de seu desenvolvimento, e a institucionalização por períodos prolongados (que, infelizmente, ainda é uma realidade no Brasil)³⁶, podem produzir efeitos

35 Sobre o tema, já observei: “A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 165).

36 BITTENCOURT, Sávio. *A Nova Lei de Adoção*. *Op. cit.*, p. 7.

altamente comprometedores da capacidade da criança de estabelecer laços afetivos saudáveis com os pais adotivos e de adaptar-se à nova família³⁷.

45. Estudos internacionais dão conta de que quanto maior é o tempo de institucionalização de uma criança, mais difícil costuma ser a adaptação à família adotiva. Por outro lado, indicam também que o fator mais relevante para a recuperação dessas crianças e para a superação de tais dificuldades é a presença, a disponibilidade e a afetividade dos pais adotivos, que precisam apresentar um intenso comprometimento com o menor (“agressive attachment behavior”) no início de seu convívio³⁸.

46. Tais estudos noticiam, ainda, que crianças adotadas têm maior probabilidade – em alguns casos, o dobro da probabilidade – de demandar cuidados especiais quanto à saúde, quando comparadas com crianças não adotadas³⁹. E, eventualmente, este aspecto só é identificado

37 WEBER, Lídia Natália D. Abandono, Institucionalização e Adoção no Brasil: problemas e soluções. *O Social em Questão*, n. 14, p. 53-70; LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange. Guia de Adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família. São Paulo: Ed. Roca, 2014, p. 346-384.

38 CHISHOLM, Kim; CARTER, Margaret C.; AMES, Elinor W.; MORRISON, Sara J. Attachment security and indiscriminately friendly behavior in children adopted from Romanian orphanages. *Development and Psychopathology*, v. 7, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 283-294. Para conclusões semelhantes, confrontar, ainda, estudo norte-americano sobre crianças adotadas oriundas da União Soviética. V. MCGUINNESS, Teena; PALLANSCH, Leona. Competence of Children Adopted from the Former Soviet Union. *Family Relations*, v. 4, p. 457-464, out. 2000. Vale ressaltar, contudo, que nas adoções internacionais a adaptação à nova família apresenta dificuldades adicionais que não serão abordadas aqui e a dificuldade de criação de laços afetivo é superior.

39 A título de ilustração, v. National Survey of Adoptive Parents, U.S. Department of Health and Human Services, dados coletados entre 2007 e 2008. Disponível em: <http://aspe.hhs.gov/basic-report/national-survey-adoptive-parents-nsap>. Acesso em: 20 out. 2015. Não se obteve acesso a pesquisas nacionais com semelhante grau de detalhamento.

com a sua chegada à nova família, quando se descobrem que os menores são portadores de patologias para as quais não foram testados ou até de patologias para as quais foram testados e supostamente tiveram resultados negativos.

47. Portanto, a adaptação de uma criança adotada a uma nova família e os primeiros meses de convívio demandam tempo, paciência e disponibilidade da parte dos pais. O menor chega de um ambiente inóspito a um “espaço entranho”. Precisa sentir-se aceito e amado para considerar-se parte daquela família. Muitas crianças temem uma nova rejeição, um novo abandono e, após um período inicial, passam a “testar” os pais adotivos, com comportamentos inadequados, com o propósito (inconsciente) de se assegurar de seu amor e de sua aceitação e, então, novos obstáculos devem ser superados para a construção de um vínculo seguro.

48. Não há nada na realidade das adoções, muito menos na realidade das adoções tardias, que indique que crianças mais velhas precisam de menos cuidado ou de menos atenção do que bebês. Pelo contrário, a plena adaptação nas adoções tardias é um desafio ainda maior, já que crianças mais velhas possivelmente foram expostas por tempo maior a cuidados inadequados, traumas e institucionalizações.

49. É preciso ter em conta igualmente que casais inférteis geralmente buscam adotar bebês ou crianças muito novas, que lhes permitam vivenciar todas as etapas da maternidade biológica. A dificuldade de adoção de crianças com mais de 3 anos de idade é muito maior. De acordo com dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, através do Cadastro Nacional de Adoção, do total dos atuais pretendentes à adoção, 68,35% desejam adotar crianças de até 3 anos, sendo que estas representam aproximadamente 4,23% do total de crianças disponíveis para a adoção. 95,76% das crianças disponíveis têm idade superior a 3

anos e grande parte delas encontram-se em instituições⁴⁰.

50. Ora, se, para filhos biológicos, conectados às suas mães desde o útero, jamais negligenciados, jamais abusados, jamais feridos, há necessidade de uma licença mínima de 120 dias, violaria o direito dos filhos adotados à igualdade e à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente, pretender que crianças em condições muito mais graves gozem de período inferior de convívio com as mães.

51. No âmbito dos direitos sociais, a tutela da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente é empregada na definição da extensão das obrigações positivas que podem ser exigidas do Estado, quando este se abstém, total ou parcialmente, de adotar a promoção de direitos tutelados constitucionalmente. O teste da proporcionalidade, neste contexto, sujeita-se aos mesmos subprincípios aplicáveis ao exame da proporcionalidade voltado à vedação de excesso⁴¹. Assim, diante de uma norma questionada por proteger de forma insuficiente um direito, deve-se indagar: (i) se a proteção deficiente é adequada a e/ou se a deficiência promove um fim constitucional legítimo; (ii) se é necessária, ou se havia medida mais eficiente sob o prisma do direito protegido deficientemente,

40 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Relatório gerado em 09.07.2015. Os dados do CNJ não computam todas as crianças institucionalizadas porque grande parte delas não tem pátrio poder destituído e, por isso, não está ainda disponível para adoção. Rosana Maria Souza de Barros relata resultados um pouco discrepantes. A partir de levantamento realizado pelo setor social da 1ª Vara da Infância e da Juventude de Belém, Estado do Pará, em 2007, com base em dados que cobriam o período de janeiro de 2003 a dezembro de 2006, do total de 168 pretendentes habilitados para adoção, 52,39% preferiam crianças de até 1 ano de idade, 20,23% preferiam crianças até 2 anos de idade, totalizando, assim, 72,62% de habilitados que pretendiam adotar crianças entre 0 e 2 anos de idade (BARROS, Rosana Maria Souza de. *Adoção e Família. A Preferência pela Faixa Etária. Certezas e Incertezas*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 25).

41 SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Rio de Janeiro: Forum, 2013, p. 480-483.

que permitisse tutelar o direito a que ele se opõe na mesma medida; (iii) se é proporcional em sentido estrito a proteção deficiente porque os custos justificam os benefícios gerados⁴².

52. Ora, não há dúvida de que a estipulação de uma licença maternidade menor para as servidoras, em caso de adoção (em contraste com a licença-gestante), e que o fato de tal prazo ser escalonado de forma inversamente proporcional à idade das crianças adotadas, deixa de promover a adequada tutela do menor e, por outro lado, não promove qualquer interesse constitucional legítimo. Não atende, portanto, ao subprincípio da adequação. É, na verdade, um equívoco decorrente de uma má-compreensão da realidade e das dificuldades enfrentadas nos processos de adoção.

53. Diante de um quadro de grande dificuldade de adoção de crianças acima de 3 anos de idade, constitui um desestímulo para a adoção tardia e um contrassenso o fato de se conferir à mãe adotante uma licença irrisória ou desproporcional às necessidades emocionais do menor. Ao contrário, interessa ao Estado que tais crianças saiam dos abrigos (que dependem, em grande número, de verbas públicas) e sejam acolhidas com sucesso por famílias que zelarão por elas, em lugar de contribuírem para o incremento das estatísticas criminais.

54. Além disso, o Estado tem, para com as crianças carentes e institucionalizadas, uma dívida moral, quer em decorrência das políticas de combate à pobreza que não realizou, quer em virtude das políticas públicas inadequadas que agravaram os problemas da infância pobre com a institucionalização⁴³. A tarefa não realizada pelo Estado é assumida

42 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

43 De acordo com estudo do Instituto de Pesquisa em Economia Aplicada – IPEA, realizado aproximadamente 16 anos após a promulgação da Constituição de 1988, tendo por objeto exclusivamente instituições de acolhimento que recebiam verbas federais, 24,1% das crianças que viviam em instituições ali se encontravam por

pela família-adoptante. O mínimo que o Poder Público pode fazer por estas famílias e por estas crianças é conferir-lhes condições adequadas de adaptação e superação.

55. Assim, só se pode concluir que o texto do art. 7º, XVIII da Constituição (c/c art. 227, § 6º, CF), ao se valer da expressão “licença gestante”, produziu, inadvertidamente, um comando cujo teor literal foi subinclusivo. O exame dos demais dispositivos constitucionais já invocados confirma o entendimento – sistemático – de que o referido dispositivo, em verdade, assegurou a “licença maternidade” de 120 dias (tanto em caso de mãe gestante, quanto em caso de mãe adotante), sem diferenciar entre filhos biológicos e filhos adotivos, quaisquer que sejam as idades destes últimos. Por essa razão, são inválidas as normas infraconstitucionais que disponham em sentido contrário.

VI.3. A AUTONOMIA DA MULHER

56. Mas não é tudo. Um último ponto deve ser abordado sobre a matéria; um argumento tão relevante quanto a proteção da criança, porque lida, igualmente, com a defesa de uma minoria, sobre a qual, curiosamente, silencia grande parte da academia brasileira e da jurisprudência. Os carência de recursos materiais, 18,8% por abandono pelos pais ou responsáveis, 11,6% por violência doméstica. E a pobreza ainda era a principal causa de institucionalização. 41,8% dos institucionalizados não tinham qualquer contato com suas famílias de origem. 52,6% das crianças vivia há mais de 2 anos nos abrigos. Quase 20% das crianças viviam em instituições por mais de 6 anos. V. Levantamento Nacional dos Abrigos para Crianças e Adolescentes da Rede SAC. SILVA, Enid Rocha [coord.], Brasília, 2004, p. 35. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=5481. Acesso em: 20 out. 2015. Em sentido diverso, afirmando que os principais fatores de institucionalização eram, em primeiro lugar, o alcoolismo, seguido do uso de drogas, da violência física e sexual, da miséria, da doença, da ausência dos pais por cumprimento de pena, na maioria dos casos, por tráfico ou homicídio. V. ORIONTE, Ivana; SOUZA, Sônia Margarida Gomes. O significado do abandono para crianças institucionalizadas. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, v. 11, n. 17, p. 29-46, jun. 2005.

desafios da família que adota uma criança não são pequenos, mas, devido a razões culturais, *o membro da família mais onerado pela experiência é a mulher*. E o não desenvolvimento de um discurso feminino sobre a questão é, por si só, sinal da naturalização da desigualdade e do estigma.

57. A mãe-adoptante que é, em regra, a principal cuidadora da criança, tem uma enorme tarefa pela frente com a adoção. A chegada da criança produz um substancial impacto sobre a sua vida, que passa a girar em torno da saúde, das dores, das dificuldades do filho. Ela será menos disponível para si mesma, para o trabalho, para a vida social, para a família e será muito mais demandada em casa.

58. Estudos sobre a depressão pós-parto e sobre a depressão pós-adoção dão conta de que o percentual de mulheres que sofrem de depressão é semelhante, tanto no caso da maternidade biológica quanto no caso da maternidade por adoção. Aproximadamente 15% das mães gestantes e 15% das mães-adoptantes são atingidas pela depressão, segundo alguns estudos⁴⁴. Esses resultados sugerem que a “depressão pós-maternidade” pode não ser um fenômeno puramente biológico ou hormonal e estar ligado ao estresse psicológico e ambiental decorrente da chegada da criança, da intensa demanda que se instala sobre a mulher e da necessidade de compatibilizá-la com todos os demais papéis e tarefas que lhe incumbem⁴⁵.

44 PERSAUD, Raj Apud PAUL-CARSON, Patricia. Employment Insurance Benefits for Adoptive Parents. Executive Summary for The Adoption Council of Canada. 2011. Disponível em: <http://www.adoption.ca/ei-benefits-for-adoptive-parents>. Acesso em 05 nov. 2015.

45 Para um estudo que identifica percentual superior a 15% de depressão pós-adoção, relacionando um percentual maior de manifestação de sintomas depressivos às primeiras 4 semanas de convívio e seu declínio, com o passar do tempo: v. Fiels ES, Meuchel JM, Jaffe CJ, Jha M, Payne JL. Post Adoption Depression. Arch Womens Ment Health, 2010, p. 147-151. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/?term=Fields%20ES%5BAuthor%5D&cauthor=true&cauthor_uid=20119862. Acesso em: 03 nov. 2015. Este estudo ressalva, contudo, a necessidade

59. Não por acaso a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* determina que os Estados devem adotar medidas destinadas a proteger a maternidade, com o propósito de assegurar a igualdade entre homens e mulheres, bem como de forma a *possibilitar o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher e a sua participação, em condições idênticas, na vida política, social, econômica e cultural de seu país*⁴⁶.

60. De fato, a licença maternidade tem por objetivo auxiliar a mulher a ultrapassar o período de adaptação e de transição em decorrência da chegada do novo filho e *não deve ser desproporcional ao desafio por ela enfrentado*, sob pena de não atender aos fins para os quais o benefício é previsto. O sucesso de tal adaptação depende da sua disponibilidade emocional. Assim, o art. 7º, XVIII da Constituição deve ser interpretado em consonância com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres, bem como tendo em vista o respeito à proporcionalidade, em sua vertente de vedação à proteção deficiente. Não há justificativa

de levantamentos complementares para a confirmação da depressão pós-adoção e dos fatores relacionados a ela. Aparentemente em sentido contrário, afirmando que a adoção reduziu a manifestação de sintomas depressivos em um grupo de mulheres, v. SENECKY, Y.; AGASSI, Hanoch; INBAR, Dov et al. Post-adoption depression among adoptive mothers. Maio, 2009. Disponível em: [http://www.jad-journal.com/article/S0165-0327\(08\)00359-5/abstract](http://www.jad-journal.com/article/S0165-0327(08)00359-5/abstract). Acesso em 05 nov. 2015.

46 *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*: “Artigo 3º. Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, *para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher*, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais *em igualdade de condições com o homem*. (...). Artigo 11. (...). 2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-Partes tomarão as medidas adequadas para: (...) *b) Implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antigüidade ou benefícios sociais; (...)*”.

plausível para conferir uma licença de 120 dias, prorrogável por 60 dias, à mãe que gera seu próprio bebê e, ao mesmo tempo, conferir licença de apenas 30 dias, prorrogável por mais 15 dias, para a mãe que abraça o desafio de receber uma criança mais velha, com a qual precisará construir, pedra por pedra, uma relação de afeto desejada, mas temida.

61. Assim, também com base nessas considerações, a única interpretação passível de compatibilizar o referido art. 7º, XVIII com os direitos à dignidade, à autonomia e à igualdade das mulheres é aquele que reconhece que o seu comando, em verdade, pretendeu alcançar toda e qualquer licença maternidade. Por idênticos fundamentos, são nulas as normas que diferenciaram entre as licenças aplicáveis a filhos biológicos e filhos adotivos e entre filhos adotivos de diferentes idades.

VII. ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES POSTAS PELO CASO

62. Diante do exposto e em resposta às questões de direito postas pelo presente caso, concludo que: *(i)* a lei não pode instituir prazos diferenciados de licença gestante e adotante ou de suas prorrogações; e *(ii)* a lei não pode estipular prazo de licença adotante inferior, nos casos de adoções tardias. Entendimento diverso contrariaria a proteção constitucional à maternidade (CF, art. 6º e 7º, XIII), a prioridade do superior interesse da criança, a doutrina da proteção integral (CF, arts. 226 e 227), o direito dos filhos adotados à igualdade de tratamento com filhos biológicos (CF, art. 227, § 6º), o direito da mulher adotante à dignidade, à igualdade e à autonomia (CF, art. 5º, *caput* e inc. III) e o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição à proteção deficiente (CF, art. 5º, LV). Supero, assim, o entendimento afirmado no RE 197.807 e reconheço a ocorrência de mutação constitucional.

63. A despeito da alteração de interpretação que esta decisão representa, não há indício de que a atribuição de efeitos retroativos

gerará grave insegurança jurídica ou ônus desproporcional ao Poder Público. Por outro lado, a fruição da licença adotante, mesmo que tardia, atende aos princípios que regem a tutela do menor. Por essa razão, *entendo que o prazo remanescente de licença das mães que adotaram em data anterior à presente decisão poderá ser gozado, a qualquer tempo, extinguindo-se tal direito apenas com a maioridade da criança*. Registro, contudo, a impossibilidade de conversão da licença parental não gozada em indenização, uma vez que o pagamento em espécie não atende ao superior interesse do menor, nem tampouco poderia ser justificado a partir das razões que fundamentam este voto.

VIII. CONCLUSÃO

64. Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para reconhecer o direito da recorrente ao prazo remanescente da licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, seja de 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença, previstos no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, acrescidos dos 60 dias de prorrogação, tal como permitido pela legislação. Assento, para fins de repercussão geral, a seguinte tese: “*Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada*”.

É como voto.

Habeas Corpus n. 129.696, de São Paulo

Relator: Min. Dias Toffoli

Paciente: Luciano Desidério Serapico

Impetrante: Joaquim Jair Ximenes Aguiar Junior

Coator: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

Habeas corpus. Penal. Condenação. Prescrição. Incidência do art. 115 do Código Penal. Impossibilidade. Paciente com idade inferior a 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória. Precedentes. Ordem denegada.

1. Segundo a jurisprudência majoritária da Corte, a regra do art. 115 do Código Penal somente é aplicada ao agente com 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória.
2. Entendimento jurisprudencial proveniente da interpretação literal do art. 115 do Código Penal.
3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de abril de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de Luciano Desidério Serápico, apontando como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no AREsp nº 623.671/SP, Relator o Ministro **Sebastião Reis Júnior**.

Sustenta o impetrante, em síntese, a consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal. Aduz, para tanto, que o fato de o paciente ter completado 70 (setenta) anos antes do trânsito em julgado de sua condenação atrairia a incidência do art. 115 do Código Penal.

Nesse contexto, afirma que, em razão da pena fixada (2 anos de reclusão), o lapso prescricional de 4 (quatro) anos (CP, art. 109, inciso V), reduzido de sua metade (CP, art. 115), já teria sido alcançado entre o recebimento da denúncia (18/3/09) e a sentença recorrível (14/11/11).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para se declarar a extinção da punibilidade do paciente, em virtude da consumação da prescrição da pretensão punitiva.

Indeferi a liminar e solicitei informações ao Superior Tribunal de Justiça, que foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República **Deborah Duprat**, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Conforme relatado, a impetração volta-se contra acórdão da Sexta Turma

do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no AREsp nº 623.671/SP, Relator o Ministro **Sebastião Reis Júnior**.

Eis o teor do julgado ora questionado:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RAZÕES QUE NÃO INDICAM NENHUM DOS VÍCIOS DO ART. 619 DO CPP. INADMISSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NÃO OCORRÊNCIA. Embargos de declaração rejeitados” (fl. 21 do anexo 7).

Essa é a razão pela qual se insurge o impetrante neste *writ*.

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça não evidencia ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. Pelo contrário, o julgado em questão se encontra suficientemente motivado, estando justificado o convencimento formado.

Consoante destacou o Ministro **Sebastião Reis Júnior** em seu voto,

“o recorrente alega que faz jus à redução pela metade do lapso prescricional, o que implicaria a prescrição dos demais eventos.

Ocorre que a redação do art. 115 do Código Penal exige para isso que, **na data da sentença**, o réu já tenha 70 anos, sendo que, no caso, a sentença foi prolatada em 14/11/2011 (fl. 517), quando o recorrente ainda tinha 65 anos de idade (cf. informação de fl. 268).

Logo, o lapso prescricional exigido é de 4 anos, sendo evidente que não ocorreu a prescrição nos termos apontados”.

O entendimento da Segunda Turma, não obstante a existência de julgado em sentido diverso da Primeira Turma (HC nº 120.457/PE, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 23/5/14), é uníssono no sentido de que “[a] regra da redução pela metade para a contagem do lapso prescricional, prevista no art. 115 do Código Penal, somente é aplicada se

o agente tiver 70 anos na data da sentença condenatória” (AI nº 791.656/SC-AgR, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe 2/12/11).

No mesmo sentido:

“Inúmeros precedentes, firmados por ambas Turmas do STF e apoiados em abalizado entendimento doutrinário, são no sentido de que a redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do Código Penal é aplicável ao agente maior de 70 anos na data da sentença, e não na data em que o título executivo penal condenatório se tornou imutável. 2. Recurso ordinário improvido” (RHC nº 125.56/DR, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 20/5/15).

Destaco ainda: HC nº 127.692/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe 3/8/15; HC nº 107.498/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe 14/6/12; HC nº 107.398/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 24/5/11.

Logo, por considerar que esse entendimento é proveniente da interpretação literal do art. 115 do Código Penal, que prevê a redução à metade dos prazos de prescrição quando o criminoso é, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos, há de se concluir pelo acerto do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que essa regra não se aplica ao paciente, pois, tal como constou do parecer da Procuradoria Geral da República, ele “somente completou 70 anos em 23/5/2015, isto é, bem após a sentença condenatória, publicada em 14/11/2011”.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

É como voto.

Agravo Regimental na Petição n. 5.491, do Distrito Federal

Relator: Min. Gilmar Mendes

Agravante: Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil

Advogada: Mariana Prado Garcia de Queiroz Velho

Agravado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Procurador: Procurador-Geral Federal

1. Agravo regimental em petição 2. Não cabimento de recurso ordinário constitucional em sede de execução em mandado de segurança. 3. Rol de hipóteses de cabimento do recurso ordinário, do art. 102, II, “a”, CF, é taxativo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

Brasília, 24 de fevereiro de 2015.

Ministro GILMAR MENDES

RELATOR

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão de minha lavra que negou seguimento a uma petição de agravo de instrumento, tendo em vista a manifesta inadmissibilidade.

Em síntese, a ora agravante, ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL, obteve a segurança pleiteada no Superior Tribunal de Justiça. No entanto, o ora agravado, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, opôs embargos à execução, alegando, entre outros aspectos, litispendência da execução em relação às execuções promovidas no MS 4.000/DF e no MS 4.151/DF. O argumento foi acolhido pela Corte Superior de Justiça, em decisão monocrática, motivo pelo qual a decisão foi agravada e, posteriormente, embargada.

Após o insucesso dos recursos interpostos, a agravante interpôs recurso ordinário, o qual foi inadmitido pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a ausência de previsão legal. Daí, a interposição de petição de agravo de instrumento, requerendo o trânsito do recurso ordinário. Neguei-lhe seguimento, conforme fundamentos da inadmissão pelo STJ – ausência de previsão legal do recurso e impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade, diante da configuração de erro grosseiro.

Por esse motivo, foi interposto o presente agravo regimental, no qual se reiteram os argumentos anteriores, enfatizando a tese do cabimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):

No agravo regimental, não ficou demonstrado o desacerto da decisão agravada.

Como já consignado na decisão agravada, o cabimento do recurso ordinário é restrito às hipóteses previstas no art. 102, inciso II, “a”, da Constituição Federal – o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão.

Por óbvio, somente é possível denegar a segurança na fase de conhecimento da impugnação, razão pela qual é incabível a interposição do recurso em sede executiva. Logo, não cabe o recurso previsto no art. 102, inciso II, “a”, CF, na fase executiva, conforme apontado na decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Ressalto que a garantia do duplo grau de jurisdição não implica a ampliação das hipóteses de interposição de recurso ordinário previstas no permissivo constitucional.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

Extradução n. 1.397, do Distrito Federal

Relator: Min. Dias Toffoli

Requerente: Governo do Chile

Extraditando: Abraham Angel Tamarin Grez ou Marcelo Alejandro Tamarin Grez ou Abraham

Tamarin ou Tamarin Grez

Procurador: Defensor Público-Geral Federal

EMENTA

Extradução executória. Governo do Chile. Pedido instruído com os documentos necessários para a sua análise. Atendimento aos requisitos da Lei nº 6.815/80 e do Acordo de Extradução entre os Estados Parte do Mercosul. Roubo qualificado (art. 436 do Código Penal do Chile e art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal Brasileiro). Dupla tipicidade. Reconhecimento. Prescrição da pretensão executória. Não ocorrência, tanto sob a óptica da legislação alienígena quanto sob a óptica da legislação brasileira. Extraditando que, no curso do prazo prescricional da pena que lhe foi imposta pelo Estado Requerente, cometeu novos crimes no Brasil. Interrupção da prescrição pela reincidência (art. 117, VI, Código Penal). Extraditando que cumpria pena no Brasil por outras condenações. Prescrição que não corre nesse período (art. 116, parágrafo único, Código Penal). Reexame de fatos subjacentes à condenação. Impossibilidade. Sistema de contenciosidade limitada. Precedentes. Eventual existência de filhos brasileiros. Irrelevância. Súmula nº 421 do Supremo Tribunal Federal. Compatibilidade com a Constituição Federal. Precedentes. Pedido deferido. Detração do tempo de prisão a que o extraditando tiver sido submetido no Brasil (art. 91, II, da Lei nº 6.815/80).

1. O pedido formulado pelo Governo do Chile, com base no Acordo de Extradução entre os Estados Parte do Mercosul, atende aos pressupostos necessários a seu deferimento, nos termos da Lei nº 6.815/80.
2. O extraditando foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 1 (um) dia de prisão e os fatos a ele imputados correspondem, no Brasil, ao crime

de roubo qualificado, previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, satisfazendo, assim, ao requisito da dupla tipicidade previsto no art. 77, II, da Lei nº 6.815/80.

3. Não ocorreu a prescrição da pretensão executória, consoante os textos legais apresentados pelo Estado requerente e a legislação penal brasileira (arts. 109, III e 110 do Código Penal).

4. No curso do prazo prescricional da pretensão executória da pena que lhe foi imposta pelo Estado Requerente, o extraditando cometeu novos crimes no Brasil, de modo que a reincidência interrompeu a prescrição (art. 117, VI, do Código Penal Brasileiro).

5. Não bastasse isso, o extraditando já se encontrava preso no Brasil por força de outras condenações. E, “depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo” (art. 116, parágrafo único, do Código Penal brasileiro).

6. O pedido foi instruído com os documentos necessários para sua análise, trazendo indicações seguras a respeito da identidade do extraditando, do local, da data, da natureza, das circunstâncias e da qualificação legal dos fatos delituosos. Está, portanto, em perfeita consonância com as regras do art. 18 do Acordo de Extradicação entre os Estados Parte do Mercosul e do art. 80, *caput*, da Lei nº 6.815/80.

7. É irrelevante, para fins de extradicação, o fato de o extraditando ter filhos brasileiros, nos termos da Súmula nº 421 do Supremo Tribunal Federal, que é compatível com a Constituição Federal. Precedentes.

8. De acordo com o art. 91, II, da Lei nº 6.815/80, o Governo do Chile deverá assegurar a detração referente ao período em que o extraditando tiver permanecido preso à disposição do Supremo Tribunal Federal (art. 91, II, da Lei nº 6.815/80 e art. 17 do Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul).

9. Para esse fim, considerando-se que ele cumpre pena por outras condenações no Brasil, deverá ser computado o tempo de prisão

provisória transcorrido entre a data da prisão do extraditando (27/5/15) e a data do trânsito em julgado do presente acórdão.

10. Extradicação deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir a extradicação. Acordam, ademais, os Ministros, por maioria de votos, em reconhecer a aplicação da detração do tempo de prisão cautelar para fins da extradicação em relação à pena a ser cumprida no país requerente, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Teori Zavascki.

Brasília, 16 de fevereiro de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Trata-se de pedido de extradicação executória formulado pelo Governo do Chile, encaminhado por via diplomática ao Ministério das Relações Exteriores, com base no Tratado de Extradicação firmado entre os Estados Parte do Mercosul, pelo qual aquele governo pede a extradicação do nacional chileno **Abraham Angel Tamarin Grez** ou **Marcelo Alejandro Tamarin Grez**, condenado naquele País pelo crime de “roubo com intimidação”.

Colhe-se da Nota Verbal nº 45/2015 que o extraditando foi

condenado, em 27/3/2000, pelo 17º juízo criminal de Santiago (atual 34º juízo), à pena de 5 (cinco) anos e 1 (um) dia de prisão (fls. 5/11), por infração ao art. 436 do Código Penal Chileno.

Em 13/6/2000, referido juízo ordenou a prisão do extraditando (fls. 280 e 284), cuja condenação tornou-se definitiva quando, após a confirmação da sentença condenatória em grau de apelação, em **6/11/02**, “[foi] ditado o cumpra-se” (fl. 293).

Em 14/5/15, decretei a prisão preventiva do extraditando, por entender preenchidos os requisitos legais (fls. 330/331).

O extraditando foi preso em 27/5/15 (fl. 343), citado e interrogado (fls. 370/372).

Por intermédio da Defensoria Pública da União, o extraditando apresentou defesa escrita, nos seguintes termos:

“(…)

2.1. Da prescrição da pretensão executória segundo a legislação brasileira.

O Tratado de Extradicação firmado entre o Brasil e o Chile, promulgado pelo Decreto 1.888, de 17 de agosto de 1937, estabelecia, em seu Artigo IV, c, que não seria concedida a extradicação *quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou do requerido.*

Idêntica regra reproduz-se no Acordo de Extradicação Entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile, promulgado pelo Decreto 5.867, de 3 de agosto de 2006, mais especificamente no Artigo 9.

Justamente por se cuidar de regras idênticas, dispensar-se-ia a defesa de elucubrações a respeito do diploma legal que deva prevalecer. De qualquer modo, em homenagem ao rigor técnico, afirma-se que, pelo critério temporal, o Acordo entre os Países do Mercosul, Bolívia e Chile prevalece sobre o tratado específico firmado entre Brasil e Chile.

No caso, está caracterizada a prescrição da pena, segundo as leis brasileiras.

Deveras, após o curso do processo, o título condenatório tornou-se firme ao expedir-se o “cumpra-se” em 6 de novembro de 2002 (fl. 143).

Eis, portanto, o marco inicial da prescrição da pretensão executória, nos termos do art. 112, 1, do Código Penal.

A sanção aplicada - 5 anos e 1 dia - remete ao módulo prescricional de 12 anos, nos termos do art. 109, III, do Código Penal.

Não há o aumento de 1/3 no módulo prescricional, previsto no art. 110, *caput*, do Código Penal, na medida em que não é possível caracterizar a reincidência do extraditando a partir do delito pelo qual foi condenado, motivador do pedido de extradição.

O réu só é considerado tecnicamente reincidente quando pratica novo crime após o trânsito em julgado da condenação anterior (art. 63 do Código Penal).

A folha de antecedentes que instruiu o pedido de extradição denota a existência do Processo n. 949, por *manejo em estado de ebriedad*, que resultou em condenação, em 21 de dezembro de 1981, à pena de 100 dias de presídio menor, suspensão por 6 meses da licença de dirigir e vigilância por um ano de medida alternativa (fl. 134). Após o término da pena anunciado na certidão, transcorreu tempo superior aos 5 anos previstos no art. 64, I, do Código Penal, antes do advento do delito que motiva a extradição em 16 de agosto de 1990. Assim, quanto à incidência criminal em destaque, depurou-se a reincidência.

Identifica-se, também, o Processo 2.088/1987, por *falsedad en acto de justicia militar*. Todavia, a condenação, marcada em 27 de abril de 1993, ocorreu posteriormente aos fatos que motivam a extradição, observados em 16 de agosto de 1990 (fl. 135).

Nas demais incidências criminais, não há qualquer menção a

condenações (fls. 135/137).

Afirma-se, portanto, a aplicação do módulo prescricional de 12 anos.

A contar do momento em que o título condenatório tornou-se firme - 6 de novembro de 2002 -, transcorreu incólume o prazo prescricional de 12 anos.

Deveras, a localização do extraditando pela Interpol deu-se apenas em 22 de janeiro de 2014. O pedido de extradição foi protocolado em 12/5/2015. A prisão para fins de extradição foi decretada em 13 de maio de 2015 e veio a ser concretizada em 27 de maio de 2015.

Dessa forma, no lapso de 12 anos, contado do trânsito em julgado e transcorrido em 5 de novembro de 2014, não se iniciou o cumprimento da pena imposta no Chile que motiva o pedido de extradição.

Assim, caracteriza-se a ocorrência da prescrição da pretensão executória segundo a legislação brasileira, o que impõe o indeferimento do pedido de extradição.

3. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se o indeferimento do pedido de extradição, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão executória segundo a legislação brasileira.

Postula-se, por fim, a intimação pessoal de membro da Defensoria Pública da União, bem como a observância das demais prerrogativas atribuídas aos membros da Instituição.”

O Ministério Público Federal, pelo parecer do Subprocurador-Geral da República **Edson Oliveira de Almeida**, assim opinou pelo deferimento da extradição:

““1. Trata-se de pedido de extradição executória formulado pelo Governo do Chile, segundo os termos da Nota Verbal nº 45/2015 (fls. 05).

2. O extraditando foi condenado pelo Trigesimo Quarto Tribunal Criminal de Santiago, em 27.03.2000, à pena privativa de liberdade de cinco (5) anos e um (1) dia, pela prática do crime de roubo.

3. Em 13 de maio de 2015 foi decretada a prisão preventiva para fins de extradição (fl. 330/331), cumprida em 27.05.2015 (fl. 339). O requerido já estava recolhido na Penitenciária de Itai/SP, onde cumpre pena por crimes cometidos no Brasil.

4. O extraditando foi interrogado em 08.09.2015 (fls. 370/371).

5. A defesa alega a ocorrência da prescrição e ao final, pugna pelo indeferimento do pedido de extradição (fls. 388/390).

6. A extradição é de ser deferida.

7. O pedido de extradição executória formulado pelo Governo do Chile mostra conformidade com o Tratado de Extradição entre o Brasil e o Chile (Decreto 1888/1937) e com a Lei 6.815/1980. Está instruído com cópia da sentença condenatória e legislação sobre os crimes, penas e prescrição. Portanto, há elementos suficientes para o exame da legalidade da pretensão extradicional.

8. É competente a Justiça do país requerente, pois o extraditando é nacional do Chile, país onde ocorreram os fatos. Também não há dúvida quanto à dupla incriminação, uma vez que os fatos imputados ao extraditando também estão previstos na legislação penal brasileira (roubo: Código Penal, art. 157).

9. Conforme dispõe o art. 85, § 1º, da Lei nº 6815/80 “*A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição*”, não cabendo pesquisar os elementos de convicção nos quais se fundou a Justiça do Estado estrangeiro para proferir a sentença condenatória: *‘no sistema belga - ao qual filiada a lei extradicional brasileira, não cabe ao Supremo Tribunal - ao cabo de um processo em que, ao contrário do que sucede no sistema*

anglo-saxão, não há dilação probatória - adentrar o mérito da sentença com base na qual requerida a extradição. Precedentes. (Extradição 1009, rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 10.11.2006).

10. Quanto à prescrição, que é da pretensão executória, por se cuidar de pedido para execução de pena imposta por sentença condenatória transitada em julgado: A sentença é de 27.03.2000, sendo imposta a pena de 5 anos e 1 dia. A sentença foi confirmada pela Corte de Apelações de Santiago em 14.10.2002 (fl. 144). O trânsito em julgado ocorreu em 6.11.2002 (fl. 143).

11. No Chile a pena imposta ao extraditando prescreve em 15 (quinze) anos, conforme o art. 94 do Código Penal chileno. 11. 313). E o art. 99 do Código Penal do Chile dispõe ainda: *‘Esta prescrição é interrompida, ficando sem efeito o tempo decorrido, quando o réu, durante a mesma, cometer outro crime ou infração simples, sem prejuízo de que comece a contar novamente’.*

12. No Brasil, a pena de 5 anos e 1 dia prescreve em 12 (doze) anos (art. 109. III do CP).

13. Mas, pela lei brasileira, há causas interruptivas e suspensivas a serem consideradas em relação ao prazo da prescrição.

14. O documento de fl. 339 indica que, ao ser cumprido o mandado de prisão expedido pelo Ministro-Relator. O extraditando já estava recolhido na Penitenciária de Itai/SP. E em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo verificou-se que, por crimes cometidos no Brasil, o extraditando foi definitivamente condenado pela Justiça paulista em três ações penais, que estão afetas à Vara das Execuções Penais de Avaré/SP.

15. A reincidência é causa interruptiva da prescrição da pretensão executória (Código Penal art. 117. VI). Por outro lado, dispõe o art. 116, parágrafo único, do Código Penal, que *‘depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo’.*

16. Ademais, a prescrição da pretensão executória também é interrompida com a prisão do extraditando (Código Penal art. 117, V): *‘nos termos do art. 117-V do nosso Código Penal, também tem efeito interruptivo a prisão para fins de extradição’* (Extradição 774/Itália, rel. Min. Ellen Gracie; Extradição 1.085/Itália, rel. Min. César Peluzo; Extradição 694/Itália, rel. Min. Sydney Sanches). A prisão para fins de extradição ocorreu em 27.05.2015.

17. Tal o quadro, considerados os marcos interruptivos e suspensivos, designadamente a reincidência por crimes ocorridos aproximadamente em 2010 e 2011 e o tempo em que o condenado esteve preso pelos crimes cometidos no Brasil, não se verifica o transcurso do prazo prescricional.

18. Por fim, quanto à detração (art. 91, II, da lei 6.815/80), deve ser computado apenas o tempo em que o extraditando esteve preso para fins de extradição, com exclusão do período correspondente às execuções das condenações brasileiras: *‘o período de detração é, tão somente, aquele em que o extraditando ficou à disposição do Supremo Tribunal Federal com a finalidade de garantir a realização da entrega ao governo requerente (art. 91, inciso II, da Lei nº 6.815/80)’* (Extradição 1335/Argentina, rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 14.10.2014).

19. Isso posto, opino pelo deferimento da extradição, com observância dos artigos 89 e 67 da Lei 6.815/80, uma vez que o extraditando está cumprindo pena por condenação imposta pela Justiça brasileira.”

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, trata-se de extradição executória do nacional chileno **Abraham Angel Tamarin Grez** ou **Marcelo Alejandro Tamarin Grez**, requerida pelo Governo do Chile, cujo objeto é o cumprimento da pena de 5 (cinco) anos e 1 (um) dia de prisão que lhe foi imposta pelo crime de “roubo com intimidação” (art. 436 do Código Penal chileno).

O Estado requerente possui competência para a instrução e o julgamento dos fatos narrados nos documentos que instruem a Nota Verbal nº 45/2015, pois o crime imputado ao extraditando foi praticado em seu território (art. 78, I, da Lei nº 6.815/80).

O crime também não possui conotação política, afastando-se, portanto, a vedação do art. 77 da Lei nº 6.815/80 e do art. 5º do Acordo de Extradicação entre os Estados Parte do Mercosul. O pedido formal de extradicação foi devidamente instruído pelo Estado requerente com cópias da sentença condenatória e da ordem de prisão, havendo indicações seguras a respeito da identidade do extraditando, bem como do local, da data, da natureza e das circunstâncias do crime, conforme se verifica nos documentos de fls. 157/326 (art. 80 da Lei nº 6.815/80 e art. 18 do Acordo de Extradicação entre os Estados Parte do Mercosul).

O requisito da dupla tipicidade foi preenchido, haja vista que o crime imputado ao extraditando (roubo qualificado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes) encontra correspondência no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal Brasileiro.

Também se encontra presente o requisito da dupla punibilidade, haja vista que não ocorreu a prescrição da pretensão executória sob a óptica da legislação de ambos os Estados (art. 77, VI, da Lei nº 6.815/80 e art. 9º do Acordo de Extradicação).

A condenação do extraditando tornou-se definitiva quando, após a confirmação da sentença condenatória em grau de apelação, em 6/11/02, “[foi] ditado o cumpra-se” (fl. 293). De acordo com o art. 98 do Código Penal chileno, a prescrição da pretensão executória, na espécie, se verifica em 15 (quinze) anos, a qual se interrompe, nos termos do art. 99 do citado diploma legal, se o réu cometer novo crime (fl. 314).

Esse prazo não transcorreu desde o trânsito em julgado (6/11/02).

Por sua vez, nos termos dos arts. 109, III, e 110 do Código Penal

brasileiro, a pena imposta ao extraditando prescreve em 12 (doze) anos.

Logo, considerando-se que o pedido de extradição somente foi protocolado no Supremo Tribunal Federal em 12/5/15 (fl. 2), a prescrição da pretensão executória, **em princípio**, teria ocorrido em 5/11/14, de acordo com a legislação brasileira.

Ocorre que, nos termos do art. 117, VI, do Código Penal brasileiro, a reincidência interrompe a prescrição.

Como destacado pelo Ministério Público Federal,

“[o] documento de fl. 339 indica que, ao ser cumprido o mandado de prisão expedido pelo Ministro-Relator. O extraditando já estava recolhido na Penitenciária de Itai/SP. E em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo verificou-se que, por crimes cometidos no Brasil, o extraditando foi definitivamente condenado pela Justiça paulista em três ações penais, que estão afetadas à Vara das Execuções Penais de Avaré/SP”.

De fato, o extraditando foi definitivamente condenado no Brasil a um total de 21 (vinte e um) anos, 1 (um) mês e 26 (vinte e seis) dias de reclusão.

Foi ele condenado **i)** pela 11ª Vara Criminal de São Paulo à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, por furto qualificado praticado em **1º/8/06**, e **ii)** pela 15ª Vara Criminal de São Paulo, à pena de 8 (oito) anos de reclusão, por roubo duplamente qualificado praticado em **4/11/10** (vide fls. 403/425).

Logo, em **1º/8/06**, interrompeu-se, pela reincidência, o curso da prescrição da pretensão executória relativo à pena que lhe foi imposta no Chile.

Não bastasse isso, “depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo” (art. 116, parágrafo único, do

Código Penal brasileiro).

Como o extraditando se encontra preso por condenações definitivas no Brasil e, de acordo com as informações prestadas pela Vara das Execuções Criminais de Avaré/SP, tem penas a cumprir até 28/6/24 (fl. 405), a prescrição não correu nesse período.

Portanto, sob todos os ângulos, não se operou a prescrição da pretensão executória da pena imposta ao extraditando.

Outrossim, o extraditando, ao ser interrogado, apresentou sua versão para os fatos a ele imputados (confira-se mídia juntada à fl. 372).

Descabe, todavia, incursionar no mérito dessas imputações.

Esta Suprema Corte tem, reiteradamente, assinalado que

“o modelo extradicional vigente no Brasil – que consagra o sistema de contenciosidade limitada, fundado em norma legal (Estatuto do Estrangeiro, art. 85, § 1º) reputada compatível com o texto da Constituição da República (RTJ 105/4-5 - RTJ 160/433-434 - RTJ 161/409-411 - RTJ 183/42-43 - Ext 811/República do Peru) – não autoriza que se renove, no âmbito da ação de extradição passiva promovida perante o Supremo Tribunal Federal, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se efetive o reexame do quadro probatório ou a discussão sobre o mérito da acusação ou da condenação emanadas de órgão competente do Estado estrangeiro” (Ext nº 866/PT, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJ de 13/2/04).

Perfilhando esse entendimento, destaque, também, os seguintes precedentes:

“EXTRADIÇÃO. GOVERNO DA ITÁLIA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA VOLTADA AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, CONCURSO EM EXTORSÃO E CONCURSO EM LESÕES GRAVES. EXTRADITANDO QUE POSSUI DOENÇA MENTAL ATESTADA POR LAUDO. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE AFASTADA. ANÁLISE QUE CABE AO

ESTADO REQUERENTE. PRESENÇA DA DUPLA TIPICIDADE. INOCORRÊNCIA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, TANTO PELA LEI BRASILEIRA COMO PELA LEI ITALIANA QUANTO AOS FATOS RELATIVOS AOS MANDADOS DE PRISÃO EXPEDIDOS PELA JUSTIÇA ITALIANA. AUSÊNCIA DE ÓBICE AO DEFERIMENTO DA EXTRADIÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA RECONHECIDA, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. PEDIDO PARCIALMENTE DEFERIDO.

1. Os crimes de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, associação para o tráfico, extorsão e lesões graves, pelos quais o extraditando foi condenado na Itália, encontram tipos penais correspondentes no ordenamento jurídico brasileiro. Presente, portanto, o requisito da dupla tipicidade.

2. Não cabe a esta Corte examinar matéria atinente à eventual inimizabilidade do extraditando, pois no Brasil o processo extradicional se pauta pelo princípio da contenciosidade limitada. Cabe ao Estado requerente a análise sobre aplicação de pena ou medida de segurança ao extraditando.

3. A prescrição da pretensão executória regulada pela pena residual em caso de fuga não admite o cômputo do tempo de prisão provisória. Precedentes. Prescrição consumada em 11.06.2006, em relação à sentença penal condenatória proferida pela justiça italiana em 11.06.1994, nos termos da legislação brasileira.

4. Prescrição não ocorrida, porém, à luz da legislação brasileira, tampouco nos termos da lei italiana, quanto aos fatos que deram origem aos mandados de prisão expedidos pela justiça italiana.

5. Pedido de extradição parcialmente deferido” (Ext nº 932/IT, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 28/3/08 – grifos nossos).

“EXTRADIÇÃO PASSIVA DE CARÁTER EXECUTÓRIO - INEXISTÊNCIA DE TRATADO DE EXTRADIÇÃO ENTRE

O BRASIL E A REPÚBLICA TCHECA - PROMESSA DE RECIPROCIDADE - FUNDAMENTO JURÍDICO SUFICIENTE - DUPLA TÍPICIDADE - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE ESTELIONATO - PRETENDIDA NULIDADE DO JULGAMENTO DO EXTRADITANDO, PORQUE ALEGADAMENTE REALIZADO SOB A ÉGIDE DE REGIME AUTORITÁRIO - INOCORRÊNCIA - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE *FAIR TRIAL* E DE JULGAMENTO POLÍTICO - AFIRMAÇÃO INCONSISTENTE - PRETENDIDA DISCUSSÃO SOBRE A PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE TRIBUNAL DO ESTADO REQUERENTE - INADMISSIBILIDADE - SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA - EXTRADIÇÃO DEFERIDA. INEXISTÊNCIA DE TRATADO DE EXTRADIÇÃO E OFERECIMENTO DE PROMESSA DE RECIPROCIDADE POR PARTE DO ESTADO REQUERENTE. - A inexistência de tratado de extradição não impede a formulação e o eventual atendimento do pleito extradicional, desde que o Estado requerente prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente (Nota Verbal) formalmente transmitido por via diplomática.

Doutrina. Precedentes. EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS: PARADIGMA ÉTICO-JURÍDICO CUJA OBSERVÂNCIA CONDICIONA O DEFERIMENTO DO PEDIDO EXTRADICIONAL. - A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso). – O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do *due process of law* (RTJ 134/56-58 - RTJ 177/485-488), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade

entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. Demonstração, no caso, de que o regime político que informa as instituições do Estado requerente reveste-se de caráter democrático, assegurador das liberdades públicas fundamentais.

EXTRADIÇÃO E DUPLA TIPICIDADE. - A possível diversidade formal concernente ao *nomen juris* das entidades delituosas não atua como causa obstativa da extradição, desde que o fato imputado constitua crime sob a dupla perspectiva dos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil e no Estado estrangeiro que requer a efetivação da medida extradicional. O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente, sendo irrelevante, para esse específico efeito, a eventual variação terminológica registrada nas leis penais em confronto. O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (*essentialia delicti*), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos.

PROCESSO EXTRADICIONAL E SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA: INADMISSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE O TRIBUNAL DO ESTADO REQUERENTE. - A ação de extradição passiva não confere, ao Supremo Tribunal Federal, qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apóia. - O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro (RTJ 140/436 - RTJ 160/105 - RTJ 161/409-411 - RTJ 170/746-747 - RTJ 183/42-43), não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradicional perante o Supremo Tribunal Federal. Revelar-se-á excepcionalmente possível, no entanto, a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, de aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, sempre que tal exame se mostrar indispensável à solução de controvérsia pertinente

(a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política tanto do delito atribuído ao extraditando quanto das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro” (Ext nº 897/TC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 18/2/05 - grifos nossos).

Nesse sentido, ainda, o magistério de Mirtô Fraga, para quem,

“ao apreciar a legalidade e a procedência do pedido, o Supremo examina os pressupostos (art. 77) e as condições (art. 78) da extradição. Não se manifesta sobre o mérito do pedido, não aprecia a justiça ou injustiça da condenação ou do processo no Estado requerente (...)” (**O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 1985. p. 336).

O Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul estabelece, em seu art. 2º, que

“darão causa à extradição os atos tipificados como delito segundo as leis do Estado Parte requerente e do Estado Parte requerido, independentemente da denominação dada ao crime, os quais sejam puníveis em ambos os Estados com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a dois anos”.

Por fim, nos termos da Súmula nº 421 do Supremo Tribunal Federal, “não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro”.

Irrelevante, portanto, para fins de extradição, o fato de o extraditando ter alegado que tem companheira e filhos brasileiros.

Nesse sentido, Ext. nº 1.074/RFA, Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, *DJe* de 13/6/08, de cuja ementa destaco:

“EXISTÊNCIA DE FAMÍLIA BRASILEIRA (UNIÃO ESTÁVEL), NOTADAMENTE DE FILHO COM NACIONALIDADE BRASILEIRA ORIGINÁRIA – SITUAÇÃO QUE NÃO IMPEDE

A EXTRADIÇÃO – COMPATIBILIDADE DA SÚMULA 421/STF COM A VIGENTE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEFERIDO.

- **A existência** de relações familiares, **a comprovação** de vínculo conjugal **ou a convivência** *'more uxorio'* do extraditando **com pessoa** de nacionalidade brasileira constituem **atos destituídos de relevância** jurídica para efeitos extradicionais, **não impedindo**, em consequência, **a efetivação** da extradição do súdito estrangeiro. **Precedentes.**

- **Não impede a extradição** o fato de o súdito estrangeiro ser casado ou viver em união estável com pessoa de nacionalidade brasileira, **ainda** que com esta possua filho brasileiro.

- **A Súmula 421/STF** revela-se **compatível** com a **vigente** Constituição da República, pois, **em tema** de cooperação internacional **na repressão** a atos de criminalidade comum, **a existência** de vínculos conjugais e/ou familiares com pessoas de nacionalidade brasileira **não se qualifica** como causa obstativa a extradição. **Precedentes.**”

Portanto, na minha compreensão, encontram-se presentes todos os requisitos legais necessários ao deferimento da extradição.

Ante o exposto, **defiro o pedido de extradição**, ressaltando que deverá ser efetuada a detração do tempo de prisão provisória referente ao período em que o extraditando permaneceu à disposição do Supremo Tribunal Federal (art. 91, II, da Lei nº 6.815/80 e art. 17 do Acordo de Extradição entre os Estados Parte do Mercosul).

Para tanto, deverá ser computado apenas o tempo de prisão provisória transcorrido entre a data da prisão do extraditando (27/5/15) e a data do trânsito em julgado do presente acórdão.

Finalmente, considerando-se que o extraditando registra diversas condenações definitivas no Brasil, onde cumprirá pena até 28/6/24, deverá ser observado o disposto no art. 89 da Lei nº 6.815/80.

É como voto.

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

Embargos de Declaração no Mandado de Segurança n. 21.315, do Distrito Federal

Relatora: Mina. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região)

Embargante: Paulo Rodrigues Vieira

Advogados: Viviane Barci de Moraes e outro(s)

Lucas Marsili da Cunha e outro(s)

Laerte José de Castro Sampaio e outro(s)

Embargada: União Federal

Procurador: Advocacia-Geral da União

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.
2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.
3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirar tal *decisum*.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 08 de junho de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Herman Benjamin

PRESIDENTE

Ministra Diva Malerbi

(Desembargadora Convocada TRF 3ª Região)

RELATORA

RELATÓRIO

A SRA. MINISTRA DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO): Trata-se de embargos de declaração, com pedido de efeito modificativo, opostos contra acórdão que indeferiu, liminarmente, a inicial de mandado de segurança, julgando extinto o processo sem julgamento do mérito (e-STJ, fls. 352/353). Trago à baila:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO PROCESSANTE. SUSPEIÇÃO. PRAZO DECADENCIAL PARA IMPETRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÃO MANDAMENTAL E AÇÃO ORDINÁRIA. DISCUSSÃO RELATIVA À MESMA MATÉRIA. RECONHECIMENTO.

1. A Lei n. 12.016/09, em seu art. 23, no mesmo sentido já consagrado pela lei anterior, previu o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do Mandado de Segurança. Prazo este que possui, como termo inicial, a ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

2. O ato apontado como coator é a Portaria n. 1.372, de 25 de junho de 2014, que reconduziu os dois nomes participantes dos trâmites anteriores. Não há, pois, que se falar em decadência.

3. Por outro lado, verifica-se a ocorrência da preliminar da litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400. A causa de pedir e pedido de ambos os feitos dizem respeito à quebra da imparcialidade na apuração administrativa, tendo em vista composição de dois servidores na Sindicância, instaurada por meio da Portaria n. 432, de 24 de novembro de 2012 (Processo n. 02000.002524/2012-11), bem como participação, dos mesmos dois servidores, no Processo Administrativo Disciplinar (PAD n. 00190.004329/2013-82, Portaria n. 316, de 14.02.2013, publicada na página 32 da Seção n. 2 do Diário Oficial da União (DOU) de 18.02.2013), cuja Comissão foi novamente reconduzida pela Portaria n. 1.372, de 25.06.2014, publicada em 26.06.2014.

4. “É excepcionalmente possível a ocorrência de litispendência ou coisa julgada entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, entendendo-se que tal fenômeno se caracteriza quando há identidade jurídica, ou seja, quando as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas; no pedido mandamental, a autoridade administrativa, e, na ação ordinária, a própria entidade de Direito Público” (AgRg no REsp 1.339.178/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 07/03/2013).

5. Extinção do *mandamus* sem apreciação do mérito, com fulcro no art. 212 do RISTJ, art. 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/2009, e art. 267, V, do Código de Processo Civil (litispendência). Revogada a liminar.

Prejudicado o agravo regimental.

Alega a parte recorrente que, “[...] na referida decisão, não se verifica pronunciamento acerca do fato de que, na ação anulatória, que se julga como litispendente, sequer havia sido acostada uma série de documentos e fatos, em especial a nota técnica da CGU (aprovada pelo Corregedor-Geral da União), consistente no órgão máximo de correição do executivo federal, que firmou o entendimento confirmando a existência da Sindicância, da qual participaram os mesmos dois membros impedidos, que emitiram juízo de valor negativo sobre o impetrante [...]”. Argumenta, ainda, que “[...] existem precedentes desta Corte no sentido de que a regra geral para casos similares é a da tríplice identidade, conforme dicção dos §§ 2º e 3º do artigo 301 do CPC/73, que não restou configurada no presente caso, vez que, não se trata de repetição de ‘ação que está em curso’, nos termos do artigo 337, § 3º do CPC [...]” (e-STJ), fls. 372/374).

Requer o conhecimento e acolhimento para, sanadas as omissões e contradições apontadas, emprestar-lhes efeito modificativo.

É o relatório.

VOTO

A SRA. MINISTRA DIVA MALERBI – DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO (Relatora): Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado.

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente

para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal *decisum*.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.549.809 – DF (2015/02630)

Relatora: Mina. Maria Thereza de Assis Moura

Agravante: Leonardo Henrici da Costa

Advogados: Fábio Pires Fialho

Pedro Machado de Almeida Castro

Tatiana Zenni de Carvalho Guimaraes Francisco

Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. ROUBO MAJORADO. AUTOMÓVEL SUBTRAÍDO E TRANSPORTADO PARA OUTRO ESTADO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. INCIDÊNCIA. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. ARREPENDIMENTO EFICAZ. DELITO CONSUMADO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 65, I, “b”, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não há falar em violação do princípio da colegialidade, uma vez que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no *caput* do artigo 57 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento a recurso quando manifestamente improcedente ou em confronto com jurisprudência dominante deste Tribunal Superior.
2. Para configurar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, IV, do Código Penal, basta que haja subtração de veículo automotor e que ele seja transportado para outro Estado da Federação ou mesmo para o exterior.
3. O instituto do arrependimento eficaz e da desistência voluntária somente são aplicáveis a delito que não tenha sido consumado.
4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo no julgamento após o voto vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior negando provimento ao agravo regimental, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (voto-vista), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 02 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento)

RELATÓRIO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
(Relatora):**

Trata-se de agravo regimental interposto por LEONARDO HENRICI DA COSTA contra decisão da minha lavra que deu parcial provimento ao recurso especial, tendo sido assim ementada:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. AUTOMÓVEL SUBTRAÍDO E TRANSPORTADO PARA OUTRO ESTADO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. VIOLAÇÃO DO ART. 65, III, “b”, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ATENUANTE DA CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. ART. 543-C DO CPC. PENA MAIOR QUE 4 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

Alega o agravante que “A razão do presente Agravo está clara ao combater a decisão recorrida em seus próprios fundamentos, a qual impossibilitou a análise colegiada de questões às quais não incide a viabilidade do julgamento monocrático” (fl. 1.320).

Em relação à causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, IV, do Código Penal, sustenta que “a simples passagem do veículo por outro Estado não tem o condão de implicar o aumento da pena” bem como que “A incidência da causa de aumento se dá enquanto dificulte a procura do veículo automotor. É esta a *ratio* da norma. No caso dos autos, o próprio requerente, por sua vontade, devolveu o objeto do crime à vítima, fato incontroverso nestes autos” (fls. 1.325/1.326).

Argumenta que “a r. Decisão em tela merece reforma no que diz respeito ao reconhecimento da desistência voluntária e do arrependimento eficaz” (fl. 1.326). Para tanto, assevera que, “não obstante ter o veículo atravessado a fronteira do Distrito Federal, lá não permaneceu ou foi abandonado, exigindo esforços policiais para sua localização. Pelo contrário. O próprio requerente o devolveu na rua da vítima, próximo a sua residência, circunstância que assenta a voluntariedade da conduta e que, como o próprio Superior Tribunal de Justiça já definiu, não deve impedir a condução das benesses do arrependimento eficaz ou mesmo da confissão espontânea” (fls. 1.326/1.327).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a apresentação do feito à julgamento perante a 6ª Turma.

É o relatório.

VOTO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
(Relatora):**

Não obstante a irresignação do recorrente, mantenho a decisão impugnada por seus próprios fundamentos.

De início, não há falar em violação ao princípio da colegialidade, uma vez que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no *caput* e no § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ou dar provimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

A propósito:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO PELO RELATOR. ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. TETO REMUNERATÓRIO. INCLUSÃO DE VANTAGENS PESSOAIS. EC Nº 41/2003. OFENSA À COISA JULGADA, AO ATO JURÍDICO PERFEITO E À IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 37, XI, DA CF. NORMA DE EFICÁCIA PLENA.

1. Não há ofensa ao art. 557 do CPC quando o relator nega seguimento a recurso ordinário interposto contra acórdão que decidiu em consonância com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no RMS 25362/RJ, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe de 19/03/2012)

Ademais, tem-se entendido que o princípio da colegialidade restará sempre preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito dos Tribunais Superiores.

Quanto à alegada causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, IV, do Código Penal, o Tribunal de origem afirmou que (fls. 1.144/1.145):

Conforme relatado, a defesa constituída pleiteia o afastamento da majorante prevista no inciso IV do § 2º do artigo 157 do Código Penal, ao argumento de que ocorrerá a desistência voluntária ou arrependimento eficaz por parte do réu Leonardo, quando este, de forma anônima, informou à polícia a localização da *res* subtraída (QE 32 do Guará II, próximo à casa da vítima), dias após o cometimento do roubo e conseqüente transporte do veículo para outro Estado da Federação (Goiás). Pugna também pelo afastamento da reincidência, visto que a condenação em que se baseou o MM Juiz não serve de lastro para configurá-la, em respeito ao inciso I do artigo 64 do Código Penal. Subsidiariamente, em caso de manutenção da referida agravante, requer a compensação integral entre esta e a atenuante da confissão espontânea. Por fim, pleiteia a fixação do regime inicial semiaberto.

A douta Procuradora de Justiça Doutora Margarida Café bem analisou as teses defensivas relativas ao decote da majorante prevista no inciso IV do § 2º do artigo 157 do CP, respondendo fundamentadamente os argumentos lançados na peça recursal e, por isto mesmo, peço vênha para transcrever o que consta do duto parecer ministerial que, por sua vez, adoto como razões de decidir. *Verbis*:

[...] No que concerne à exclusão da majorante relativa ao transporte do veículo subtraído para outro Estado, o pleito não procede. Ora, o veículo que efetivamente vai para outro estado torna o delito mais grave, pois dificulta sobremaneira a recuperação do bem pela vítima. No caso, conforme destacou o MM. Juiz *a quo*, fls. 745, a causa de aumento ora guerreada restou caracterizada:

‘No que concerne à qualificadora [majorante] prevista no inciso IV do referido dispositivo, está comprovado nos autos que os acusados abasteceram o veículo subtraído em Luziânia/GO. No mesmo dia, esconderam a res no estado de Goiás, em frente a um bar. Portanto, deve esta causa de aumento incidir no presente caso, conforme jurisprudência do TJDF:’

‘Exige-se, para a incidência da hipótese de causa de aumento de pena do crime de roubo, prevista no inc. IV, do § 2º, do art. 157, do CP, que o veículo seja transportado para outro estado ou para o exterior, tendo o agente esse fim’. (20080111332093APR, Relator ARNALDO CAMANHO DE ASSIS, 2ª Turma Criminal, DJ 07/07/2010 p. 167).

Ao analisar a tese defensiva a amparar o instituto do arrependimento eficaz, conclui-se que não procede. Exige a norma do art. 15 do Código Penal que o arrependimento do agente seja realmente eficaz, capaz de impedir o resultado. O benefício não há de ser aplicado caso o autor dos atos executórios, embora arrependido, não consiga evitar que o resultado se produza, por qualquer causa.

Ao ser interrogado em juízo, o Apelante relatou, fl. 365:

‘que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que naquela data estava em um bar bebendo em companhia de Adilson; que após foram em outro bar e encontraram com os demais denunciados; que todos estavam em um Fusca de Adilson; que em determinado momento viram o carro da vítima e todos estavam alterados; que eles renderam a vítima; que não sabia que Marcelo estava armado; que quando deu por conta quis recuar mas eles não deixaram; que a partir daí achou melhor permanecer no grupo para proteger a própria vítima e não deixou em momento algum que a agredissem; que no dia seguinte entrou em contato com eles para que eles devolvessem o carro mas só conseguiu localizá-los uns três dias depois; que foi o próprio interrogando que ligou para a polícia fazendo uma denúncia anônima do local onde o veículo se encontrava [...]’

Bem de ver que as elementares constantes do tipo penal não ocorreram no caso em tela, pois o delito se consumou e o Apelante aderiu a todas as etapas do ilícito. [...] (fls. 959/960).

Daí se mostra irretorquível a manutenção da majorante pelo transporte do veículo automotor roubado para outro estado da Federação.

O artigo 157, § 2º, IV, estabelece que:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;

Dessa forma, para configurar a referida causa de aumento de pena, basta que haja subtração de veículo automotor e que ele seja transportado para outro Estado da Federação ou mesmo para o exterior.

No caso, narra a denúncia que os réus subtraíram, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, o veículo da vítima em frente à sua casa, no Guará, e o esconderam no Estado de Goiás, o que é suficiente para configurar a causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, IV, do Código Penal.

No que se refere ao reconhecimento da desistência voluntária ou do arrependimento eficaz, tal argumento também não merece prosperar. Ouça-se o magistério de Paulo Cesar Busato:

O autor que desiste da prática delitiva cujo intento havia iniciado tem tratamento jurídico diverso daquele que leva a cabo o seu plano.

Os fundamentos da existência dessa benesse são disputados por diferentes perspectivas. Von Liszt definia a desistência voluntária como uma ponte de outro construída pelo legislador, para favorecer e estimular o autor a desistir da produção do resultado, pelo que o fundamento do prêmio da desistência residiria em considerações político criminais; já Wezel, bem como Jescheck e Weigand, mais céticos a respeito das possibilidades efetivas de dissuasão por essa via, entenderam ser ela simplesmente a concessão de uma graça ao autor que efetivamente desistia, para diferenciá-lo daqueles que levam a cabo seu intento, minimizando os riscos ao bem jurídico. Uma outra razão é apontada por Kuhl, quem afirma que em face de autores que desistem de uma prática delitiva, não há fundamentação de prevenção geral ou especial que justifique a aplicação da pena.

Independente de qual seja o fundamento, o fato é que a perspectiva é adotada expressamente pelo art. 15 do Código Penal brasileiro, o qual regula as hipóteses de desistência da tentativa e suas consequências.

A regra geral é que em todos os casos em que se iniciou uma tentativa de delito, caso o sujeito desista de produzir o resultado, responderá pelos atos já praticados.

Se o desenrolar do procedimento típico é interrompido pela vontade do agente, poderá haver arrependimento eficaz ou desistência voluntária. (**DIREITO PENAL** – Parte Geral. 2ª ed., Ed. Atlas, p. 684/685)

Dessa forma, para a desistência da tentativa, não pode haver a produção do resultado, até porque, a aplicação desse instituto afasta a condenação pelo crime consumado, mas o agente responderá pelos atos já praticados.

Com efeito, na desistência voluntária exige-se a não consumação do delito quando o seu autor pode livremente prosseguir na ação. Tratando-se de delito consumado, não há possibilidade de reconhecimento deste instituto.

No arrependimento eficaz, também, o agente, após ter exaurido todos os meios de execução do delito, mas sem, contudo, ter ocorrido a consumação, pratica nova atividade que impeça a consumação do crime.

Dessa forma, os dois institutos somente podem ser aplicados quando se tratar de conduta que não tenha sido consumada. O crime de roubo consuma-se com a efetiva subtração da coisa. Assim, não é possível reconhecer a existência nem da desistência voluntária e nem do arrependimento eficaz quando supostamente, dias após a consumação do delito (subtração do automóvel), o réu informa à polícia, de forma anônima, o paradeiro da res subtraída.

Ademais, ao contrário do que quer fazer crer o recorrente, nem o magistrado de primeiro grau e nem o tribunal de origem reconheceram que o réu efetivamente devolveu o bem à vítima. O próprio recorrente afirma que, de forma anônima, informou à polícia a localização do bem subtraído. Dessa forma, considerando que a delação foi anônima, não é possível atribuir a sua autoria ao recorrente.

Deve incidir, portanto, a causa de aumento de pena descrita no artigo 157, § 2º, IV, do Código Penal.

No que se refere à atenuante prevista no artigo 65, III, “b”, do Código Penal, verifica-se que a tese suscitada nas razões recursais não foi objeto de apreciação pela Corte de origem, tampouco foram opostos embargos de declaração para fins de prequestionamento.

Desse modo, na espécie têm incidência, por simetria, os Enunciados 282 e 356 da Súmula do Excelso Pretório, respectivamente, *in verbis*:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Saliente-se que é indispensável o efetivo exame da matéria pelo acórdão recorrido, em atenção ao disposto no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio da apreciação da questão federal pelo Tribunal *a quo*, de modo a se evitar a supressão de instância.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. ROUBO MAJORADO TENTADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. REDUÇÃO DA PENA (ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL) EM GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

2. Não houve prévio debate sobre o pedido de redução da pena-base imposta ao réu. Nem sequer foram opostos embargos de declaração na origem para ventilar a matéria. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF, em razão da falta de prequestionamento.

(...)

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 78.926/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, *DJe* 26/08/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO IMPUGNADO EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL CONTRARIADO. SÚMULA 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As alegadas violações dos arts. 59 e 65, inciso I, do Código Penal, não foram objeto de prequestionamento, uma vez que a Corte *a quo*, conforme ressaltado pela decisão ora agravada, “não emitiu juízo de valor sobre essas normas, o que atrai a incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal”.

(...)

(AgRg no AREsp 42.432/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, *DJe* 15/03/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. Os conteúdos normativos dos dispositivos tidos por violados não foram objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, restando ausente, assim, o requisito indispensável do prequestionamento da

matéria. Não exercitados embargos de declaração para suprir eventual omissão, deixou de ser atendido o mencionado requisito. Aplicação, por analogia, das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

(...)

(AgRg no Ag 404.619/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, *DJe* 05/09/2011)

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

É como voto.

***Habeas Corpus* n. 338840 – SC (2015/025971-2)**

Relatora: Mina. Maria Thereza de Assis Moura

Impetrante: Simone Custodio

Advogados: Evaristo Kuhnen e outro(s)

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Meike Schuster

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. A causa de diminuição de pena relativa ao artigo 16 do Código Penal (arrependimento posterior) somente tem aplicação se houver a integral reparação do dano ou a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, variando índice da redução da pena em função da maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima. Na espécie, não foi preenchido o requisito relativo à reparação integral do dano, eis que as instâncias de origem consignaram que houve apenas devolução parcial. Maiores considerações acerca do preenchimento dos requisitos legais para o reconhecimento da minorante implicariam no reexame do acervo fático e probatório dos autos, inviável em sede de *habeas corpus*.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as

acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: Prosseguindo o julgamento, após o voto vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior não conhecendo a ordem e os votos dos Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Rogerio Schietti Cruz e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) no mesmo sentido, a Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (voto-vista), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

RELATORA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MEIKE SCHUSTER, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n.º 2013.046976-1).

Consta autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição à pena de 17 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 90 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 316 do Código Penal (cinco vezes). Confira-se o teor do *decisum*, no que interessa (fl. 466):

Em outra rota, conforme consta na declaração que acompanhou o caderno inquisitivo, tem-se que a ré devolveu o valor cobrado

indevidamente das vítimas apenas após o crime se tornar público, com investigação já instaurada, não fazendo jus, assim, ao benefício do arrependimento posterior, como postulado pela defesa.

Não se conformando com os termos da sentença, a Defesa apelou, sendo dado parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir a pena da paciente para 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão. O aresto está assim fundamentado (fls. 959/960):

A defesa, por sua vez, requer a aplicação da atenuante do artigo 65, III, alínea b, do Código Penal, em razão da reparação dos danos.

No entanto, analisando cuidadosamente as declarações das vítimas, entendo que a procura destas e o reembolso de alguns valores cobrados a maior sequer pode ser considerado como atenuante, na forma do artigo 65, inciso III, alínea b, do Código Penal, porquanto esta circunstância exige uma espécie de intenção de reparação do dano pelo arrependimento do agente, com fito de evitar um prejuízo maior. Outrossim, é preciso o devido aceite da vítima, o que também não ocorreu *in casu*. Ademais, no hipótese em tela, a partir das mencionadas declarações é fácil se vislumbrar que a acusada buscou reembolsar as vítimas com o nítido propósito de resgatar os recibos emitidos com os valores cobrados a maior, aniquilando as provas existentes contra si, e ainda obter uma declaração de cada uma de que nada possuíam contra o 2º Ofício de Registros e Imóveis daquela comarca. Ou seja, não há falar em qualquer tipo de arrependimento por parte da acusada Meike, motivo pelo qual se rejeita a aplicação da atenuante invocada.

Ainda, pelos mesmos motivos, afasto a aplicação da causa de diminuição da pena do arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que “a Paciente não só efetuou a devolução dos valores que teriam sido cobrados excessivamente, como devolveu de maneira integral às vítimas todos os valores pagos, TUDO ISSO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA” (fl. 4) “ou seja, mesmo aqueles valores que eram devidos

em razão dos serviços executados, a Paciente, voluntariamente, devolveu às vítimas - configurando nítido arrependimento posterior, a teor do que dispõe o art. 16 do CP” (fl. 5).

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, no patamar de 2/3. O presente *writ* foi distribuído à minha relatoria por prevenção ao AREsp nº 724.751/SC, interposto também em favor da ora paciente, no qual não conheci do recurso porque intempestivo.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 1191-1193.

As informações foram juntadas às fls. 1197-1208 e 1210-1317.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 1322-1326, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Célia Regina Souza Delgado, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
(Relatora):**

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

No que se refere à alegada violação do artigo 16 do Código Penal, é pacífico o entendimento de que o ato de reparação do dano ou restituição da coisa há de ser voluntário, ainda que não necessariamente espontâneo. Por outro lado, embora não se trate de tese unânime, predomina na doutrina penal brasileira a tese segundo a qual, além de voluntária, a reparação do dano há de ser integral.

A esse respeito, confira-se o escólio de Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto:

Para que haja a redução, exige-se: a. Reparação do dano ou restituição da coisa. Se aquela não for completa ou esta não for total, a redução da pena pode ser negada. Evidentemente, tendo havido prejuízo à vítima, este art. 16 refere-se tão-só à reparação do dano material e não à do dano moral. (...) (*Código Penal Comentado*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 71).

Do mesmo sentir é a lição de Julio Fabbrini Mirabete, para quem a reparação do dano ou restituição da coisa deve ser total:

A reparação deve também abranger todo o prejuízo causado ao sujeito passivo do crime, e a devolução parcial ou o ressarcimento incompleto poderão constituir apenas circunstância atenuante na fixação da pena (art. 66). (*Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 156)

Oportuno ainda trazer à baila o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Condição da reparação do dano ou da restituição da coisa: deve ser feita de modo integral. Sendo parcial, não se pode aplicar o benefício ao agente. (*Código Penal Comentando*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 201).

Assim, com a devida vênia daqueles que entendem em sentido contrário, a meu ver somente há falar em aplicação da referida causa de causa de diminuição de pena, relativa ao arrependimento posterior se houver a integral reparação do dano ou restituição da coisa, quando a vítima será totalmente ressarcida do prejuízo sofrido.

Saliente-se, em remate, que a previsão legal de índices diversos de redução da pena (de um terço a dois terços) há de ser interpretada em função do momento da reparação ou restituição integral do dano ou coisa à vítima, levando-se em conta a maior ou menor celeridade na respectiva devolução.

Sobre o tema, oportuno o escólio de Alberto Silva Franco:

A maior ou menor redução de pena não está vinculada ao *quantum* do ressarcimento: se pleno, diminuição máxima; se incompleto, diminuição mínima. Em verdade, como já foi posto em relevo no Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, sendo relator o Juiz Nilo Wolff, o que pode servir de parâmetro, para a aplicação da causa redutora de pena, não é o *quantum* do ressarcimento, mas, sim, a presteza com que o agente ressarça o dano ou restitua a coisa à vítima. Quanto mais próximo do fato criminoso se der o ressarcimento ou a restituição da coisa, maior deverá ser o limite redutivo.

Quanto mais próximo do recebimento da denúncia ou da queixa, menor o índice de diminuição. É evidente que há uma lógica neste equacionamento: busca-se, com ele, incentivar o agente a pôr cobro, desde logo, ao prejuízo sofrido pela vítima. Quanto mais tardia for sua atitude, pior para ele, tanto que, se vier a fazê-lo após recebimento da denúncia ou queixa, não terá mais em seu favor uma causa redutora de pena, mas, tão-somente, uma atenuante, que estará sempre balizada pelo mínimo legal cominado ao tipo. (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, volume 1: parte geral. 7ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 275).

A corroborar a assertiva de que há necessidade de integral reparação do dano ou restituição da coisa para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal, confirmam-se alguns dos inúmeros precedentes deste Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PECULATO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ NA PRETENSÃO MINISTERIAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. NÃO

OCORRÊNCIA. INSURGÊNCIA PARCIALMENTE CONHECIDA E DESPROVIDA.

1. A teor do art. 557, § 1º-A, do CPC, aplicável subsidiariamente na seara penal, o relator poderá dar provimento a recurso especial se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com Súmula ou jurisprudência dominante do STJ, justamente o que se verificou no caso.

2. No que diz respeito à alegada ofensa ao enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça na pretensão ministerial de reforma da pena-base atribuída à ré, constata-se a ausência de interesse recursal, tendo em vista que a decisão agravada rejeitou o respectivo pleito justamente em razão da incidência do óbice apontado, razão pela qual a insurgência não deve ser conhecida neste ponto.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a incidência do instituto do arrependimento posterior pressupõe a integral reparação do dano antes do recebimento da denúncia, cuja fração de diminuição de pena será fixada de acordo com o aspecto temporal entre a prática do ilícito e a conduta voluntária do agente em restituir à vítima o seu prejuízo.

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido. (AgRg no REsp 1262608/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, *DJe* 21/10/2015)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. INVERSÃO. NULIDADE RELATIVA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11.719/08. NOVA CITAÇÃO. DESCABIMENTO. INTERROGATÓRIO POR CARTA PRECATÓRIA. INDEFERIMENTO. CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO.

1. A nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista permitindo a inquirição das testemunhas diretamente pelas partes, mas não extinguiu a possibilidade de que o Juiz também formule perguntas, não havendo

nulidade qualquer se é oportunizado à defesa perguntar diretamente às testemunhas, mormente porque eventual inobservância à ordem de inquirição caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, pena de preclusão.

2. Incabível a renovação do ato processual se o réu foi regular e previamente citado para a audiência marcada antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/08 que, por se tratar de norma de natureza procedimental, submete-se ao princípio *tempus regit actum*, devendo a lei ser aplicada a partir da sua entrada em vigor, com aproveitamento dos atos pretéritos.

3. É inviável o recurso especial na parte em que não impugna os fundamentos do acórdão recorrido. Incidência do enunciado nº 283/STF.

4. Não há nulidade decorrente do indeferimento, na audiência de instrução e julgamento, do pedido de realização do interrogatório por carta precatória se a defesa não justificou a ausência do réu, que haveria, de qualquer modo, de comparecer à audiência que era destinada não somente ao interrogatório dos réus mas também à oitiva das testemunhas, não havendo razão legal para cindir o ato procedimental uno, em obséquio à regra da concentração dos atos processuais trazida pela Lei nº 11.719/08.

5. A causa de diminuição de pena relativa ao artigo 16 do Código Penal (arrepentimento posterior) somente tem aplicação se houver a integral reparação do dano ou a restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, variando o índice de redução da pena em função da maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima.

6. Recurso especial improvido. (REsp 1302566/RS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014)

HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. MATÉRIA JÁ APRECIADA POR ESTA CORTE. REITERAÇÃO DE PEDIDO. TESE DE QUE NÃO RESTOU CARACTERIZADO O DELITO.

REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR. IMPROCEDÊNCIA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. 1. No que diz respeito ao pedido de afastamento da agravante da reincidência, constata-se que a súplica constitui mera reiteração de pedido já apreciado por esta Corte. 2. O exame da alegação de que não restou caracterizado o crime de apropriação indébita demanda, no caso, a reapreciação de matéria fático-probatória, incabível na estreita via do *habeas corpus*.

3. A aplicação do art. 16 do Código Penal exige a comprovação da integral reparação do dano ou a restituição da coisa até o recebimento da denúncia, devendo o ato ser voluntário. Na espécie, os mencionados requisitos não foram preenchidos. Precedentes.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (grifo nosso - HC 151.254/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, *DJe* 02/12/2011)

HABEAS CORPUS. PECULATO-DESVIO. *ANIMUS REM SIBI HABENDI*. RESTITUIÇÃO PARCIAL DO VALOR DESVIADO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO.

1. No peculato, a restituição do valor desviado não importa, por si só, no afastamento do *animus rem sibi habendi*, até porque, para a caracterização do tipo penal do artigo 312 é irrelevante a efetiva obtenção da vantagem ilícita.

2. Não há falar na incidência do artigo 16 do Código Penal, que trata de redução de pena em face de arrependimento posterior, quando a restituição da res apropriada é apenas parcial. (Precedentes)

3. Em sendo cabível a imposição de pena alternativa, é imperativo legal que se determine o exame da substituição da pena privativa de liberdade aplicada, como impõe o inciso IV do artigo 59 do Código Penal.

4. Ordem parcialmente concedida. (HC 18.032/RO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2002, DJ 18/08/2003, p. 230, REPDJ 20/10/2003, p. 299)

Isso estabelecido, quanto ao presente caso, impende destacar trecho da sentença condenatória:

Por fim, e de se consignar que todo o dinheiro cobrado a maior das vítimas era revertido em favor da **ré Meike, sendo esta; inclusive, quem arcou com a devolução parcial dos valores quando o ilícito foi descoberto.** (fls. 472-473)

Eis o teor do aresto impugnado, no que interessa:

A defesa, por sua vez, requer a aplicação da atenuante do artigo 65, III, alínea b, do Código Penal, em razão da reparação dos danos. No entanto, **analisando cuidadosamente as declarações das vítimas, entendo que a procura destas e o reembolso de alguns valores cobrados a maior sequer pode ser considerado como atenuante, na forma do artigo 65, inciso III, alínea b, do Código Penal**, porquanto esta circunstância exige uma espécie de intenção de reparação do dano pelo arrependimento do agente, com fito de evitar um prejuízo maior. Outrossim, é preciso o devido aceite da vítima, o que também não ocorreu *in casu*. Ademais, no hipótese em tela, a partir das mencionadas declarações é fácil se vislumbrar que a acusada buscou reembolsar as vítimas com o nítido propósito de resgatar os recibos emitidos com os valores cobrados a maior, aniquilando as provas existentes contra si, e ainda obter uma declaração de cada uma de que nada possuíam contra o 2º Ofício de Registros e Imóveis daquela comarca. Ou seja, não há falar em qualquer tipo de arrependimento por parte da acusada Meike, motivo pelo qual se rejeita a aplicação da atenuante invocada. **Ainda, pelos mesmos motivos, afastado a aplicação da causa de diminuição da pena do arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal).** (fls. 959-960).

Dessarte, inexistindo restituição integral do dano suportado pelas vítimas antes do recebimento da denúncia, maiores considerações acerca do preenchimento dos requisitos legais para o reconhecimento

da minorante implicariam no reexame do acervo fático e probatório dos autos, inviável em sede de *habeas corpus*.

De fato, não se mostra plausível nova análise do contexto fático-probatório por esta Corte Superior, que não constitui terceira instância recursal, sendo vedado o reexame de provas nesta via augusta.

Nesse diapasão, diante da esposada jurisprudência desta Corte, cumpre ainda registrar que não prospera a seguinte alegação da Defesa:

40. Assim, tem-se que o art. 16 do CP, deve ser aplicado sempre que houver o ressarcimento por parte do réu, ainda que se opere de maneira proporcional.

41. Qualquer interpretação diversa, configura afronta ao disposto no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, conferindo tratamento desigual às partes, bem como configura em interpretação extensiva em desfavor do réu, o que é vedado em matéria penal.

42. Desta feita, considerada a possibilidade de ressarcimento proporcional por certo que a aplicação da redução de 1/3 a 2/3 deve se operar, na menor proporção para aquele que efetuou o ressarcimento de maneira não integral, e a redução maior, qual seja 2/3, para aquele que efetuou a restituição ampla, esta última é a situação que se verifica no caso em tela.

43. Outra conclusão não se pode admitir, sob pena de conferir uma redução de pena maior aquele que efetuou a restituição de modo proporcional do que aquele que realizou a restituição integral. (fls. 10-11).

Assim, tem-se que a impetração substitutiva de recurso especial não comporta a extraordinária cognição.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.

Recurso Especial n. 1555004 – SC (2015/0218945-5)

Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Genomma Laboratories do Brasil Ltda.

Advogados: Fábio Rosas e outro(s)

Recorrida: Fazenda Nacional

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PRODUTO IMPORTADO. SABÃO ANTIACNE. CLASSIFICAÇÃO PERANTE À ANVISA COMO COSMÉTICO. AUTORIDADE ADUANEIRA QUE ENTENDE SER MEDICAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ATRIBUIÇÃO DA AUTORIDADE SANITÁRIA (ANVISA) NA CLASSIFICAÇÃO DO PRODUTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Incumbe à ANVISA regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam à saúde pública (art. 8º. da Lei 9.782/99).

2. Não pertence às atribuições fiscais e aduaneiras, alterar a classificação de um produto, inclusive porque os seus agentes não dispõem do conhecimento técnico-científico exigido para esse mister.

3. Produto classificado pela ANVISA como cosmético. Atribuição privativa da Autoridade Sanitária, que refoge à competência da Autoridade Aduaneira.

4. Recurso Especial do contribuinte provido para restabelecer a sentença de fls. 974/975.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos

votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Assistiu ao julgamento o Dr. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, pela parte RECORRENTE: GENOMMA LABORATORIES DO BRASIL LTDA.

Brasília/DF, 16 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

MINISTRO RELATOR

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial interposto por GENOMMA LABORATORIES DO BRASIL LTDA., com fundamento nas alíneas a e c do art. 105, III da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão proferido pelo egrégio TRF da 4ª Região, assim ementado:

IMPORTAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO FISCAL. NCM. NOTAS EXPLICATIVAS.

Não cabe aplicação de normas exaradas pela ANVISA para fins de classificação fiscal, mormente quando as Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias elucidam eventual dúvida a respeito da posição em que deve ser classificada a mercadoria importada (fls. 1.048).

2. Os Embargos Declaratórios foram rejeitados (fls. 1.118/1.123).
3. Nas razões do seu Apelo Nobre (fls. 1.158/1.185), alega a

recorrente, além de divergência jurisprudencial, violação de dispositivos legais, sob os seguintes argumentos:

(i) ofensa ao artigo 535, inciso II, do CPC - *data maxima venia*, o V. Acórdão recorrido é nulo, pois os Embargos de Declaração opostos foram rejeitados, de maneira que não foram analisados os pontos essenciais para o deslinde da questão. Dentre esses pontos, vale notar que o V. Acórdão recorrido omitiu-se sobre o fato de que a NESH (norma anterior) foi revogada, no ponto discutido nos presentes autos, pelo Tratado do Mercosul (preâmbulo e artigos 15 e 16 do Decreto Legislativo nº. 118/95 - norma posterior). Ora, o Tratado do Mercosul foi editado com objetivo de implementar união aduaneira com etapa para a construção do mercado comum. O Tratado do Mercosul e as suas normas complementares (Resolução GMC Mercosul nº. 24/2001) determinam expressamente como o Brasil deve classificar sabonetes (para fins de união aduaneira), bem com que cabe à ANVISA introduzir essas regras no Brasil - portanto, qualquer determinação em contrário da NESH deve ser considerada revogada, pois é norma anterior ao Tratado do Mercosul. Não existe dúvida de que esse tratamento é aplicável para fins aduaneiros (união aduaneira) e, portanto, para fins tributários;

(ii) ofensa aos artigos 2º, 7º. e 8º., *caput* e incisos I e III, da Lei nº. 9782/99, 2º., *caput*, do Decreto nº. 8077/13, que tratam da competência exclusiva da ANVISA para classificar o Asepxia, bem como ao artigo 110 do Código Tributário Nacional (CTN), expressão legal do princípio segundo qual o Direito Tributário é de sobreposição e não deve contrariar as definições de outros ramos do direito. Nesse ponto, não existe dúvida de que a definição/classificação dada pela ANVISA deve prevalecer;

(iii) que como vimos no item (i) acima, as conclusões do V. Acórdão recorrido colidem com as determinações do Tratado do Mercosul (contrariedade). Ao aplicar a NESH (norma anterior ao Tratado), o V. Acórdão recorrido simplesmente contraria/nega vigência ao Tratado do Mercosul (norma posterior à NESH). Ora, o Tratado do Mercosul e as suas normas complementares determinam expressamente como o Brasil deve classificar tais sabonetes (para fins de união aduaneira), bem como que cabe à ANVISA introduzir essas regras no Brasil - portanto,

qualquer determinação em contrário da NESH deve ser considerada revogada, pois é norma anterior ao Tratado do Mercosul. Nesse ponto, *data maxima venia*, restou violado o artigo 98 do Código Tributário Nacional, o artigo 94, parágrafo único, do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº. 6.759/2009), bem como foram violados/foi negada vigência aos artigos 15 e 16 do Decreto Legislativo nº. 188/95 (artigos 15 e 16 do Decreto nº. 1.901/96), bem como à Resolução GMC Mercosul nº. 24/2011 e à Resolução RDC nº. 03/2012; e

(iv) dissídio jurisprudencial - *data venia*, o V. Acórdão recorrido é divergente de acórdãos proferidos pelos Egrégios Tribunais Regionais Federais da Terceira e da Primeira Regiões na interpretação de dispositivos legais discutidos nos presentes autos. As decisões paradigmas determinam que a classificação atribuída pela ANVISA deve prevalecer para fins fiscais. Vale notar que em um desses casos, a própria União defendia a aplicação das regras da ANVISA (Apelação Cível nº. 0002240-06.2006.4.03.6119, TRF3) (fls. 1.164/1.165).

4. Contrarrazões às fls. 1.215/1.229, o Apelo Especial foi admitido na origem (fls. 1.243).

5. Deferi liminar na Medida Cautelar (24.816/SC) para conceder efeito suspensivo ao Apelo Especial.

6. É o relatório.

VOTO

1. Preliminarmente, afasta-se de plano qualquer violação do art. 535 do CPC, visto que a lide foi resolvida com a devida fundamentação, ainda que sob ótica diversa daquela almejada pela Recorrente.

2. Destaca-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório o caráter de infringência do julgado. Nesse sentido: AgR no AREsp. 12.346/RO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 26.8.2011.

3. Passa-se à análise do mérito recursal, traçando um breve histórico da lide.

4. A recorrente buscando ver seu produto comercializado (sabonete de marca ASEPXIA) dentro da classificação da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM 3401.11.90), *enquadrado pela ANVISA como cosmético*, ajuizou ação ordinária na origem, que teve seu pedido julgado procedente (fls. 974/975).

5. O Tribunal Regional Federal da 4ª. Região reformou a sentença para classificar o produto no parágrafo único do art. 94 do Regulamento Aduaneiro (Decreto 6.759/2009) que estabelece que para fins de classificação das mercadorias, a interpretação do conteúdo das posições e desdobramentos da Nomenclatura Comum do Mercosul será feita com observância das Regras Gerais para Interpretação, das Regras Gerais Complementares e das Notas Complementares e, subsidiariamente, das Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias, da Organização Mundial das Aduanas (Decreto-Lei nº 1.154, de 1º de março de 1971, art. 3º, *caput*). Dessa forma, entendeu que as Regras Gerais para Interpretação, as Regras Gerais Complementares e as Notas Complementares não elucidavam a questão e, assim, aplicou as Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias que classifica como sabonete medicinal aqueles que contiverem ácido bórico, ácido salicílico, enxofre e sulfamidas (Capítulo 34, I, d do Decreto 435/1992).

6. Afirma a recorrente que a importação de seus produtos é classificada como cosmético (NCM 3401.11.90), inclusive por orientação da ANVISA (conforme registro de fls. 70/723), e repudia o recente entendimento da Autoridade Aduaneira de Itajaí/SC em determinar a classificação como sabão medicinal (NCM 3401.11.10).

7. Cinge-se a controvérsia em determinar a classificação NCM

(Nomenclatura Comum do Mercosul) de sabonetes da marca ASEPXIA. De um lado, defende o recorrente – amparado em parecer da ANVISA – que o produto é cosmético. De outro, defende a autoridade Aduaneira que o produto deve ser enquadrado como medicamento, em vista de conter composto chamado Antiacnil-3 que, por sua vez, é resultante da combinação de dois ingredientes (ácido salicílico e ácido glicólico).

8. Pois bem, incumbe à ANVISA regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam a saúde pública (art. 8º. da Lei 9.782/99):

Art. 8º. - Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º. - Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

I - medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;

II - alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;

III - cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes;

IV - saneantes destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação em ambientes domiciliares, hospitalares e coletivos;

V - conjuntos, reagentes e insumos destinados a diagnóstico;

VI - equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos e hemoterápicos e de diagnóstico laboratorial e por imagem;

VII - imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados;

VIII - órgãos, tecidos humanos e veterinários para uso em transplantes ou reconstituições;

IX - radioisótopos para uso diagnóstico *in vivo* e radiofármacos e produtos radioativos utilizados em diagnóstico e terapia;

X - cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco;

XI - quaisquer produtos que envolvam a possibilidade de risco à saúde, obtidos por engenharia genética, por outro procedimento ou ainda submetidos a fontes de radiação.

§ 2º. - Consideram-se serviços submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência, aqueles voltados para a atenção ambulatorial, seja de rotina ou de emergência, os realizados em regime de internação, os serviços de apoio diagnóstico e terapêutico, bem como aqueles que impliquem a incorporação de novas tecnologias.

§ 3º. - Sem prejuízo do disposto nos § 1º. e 2º. deste artigo, submetem-se ao regime de vigilância sanitária as instalações físicas, equipamentos, tecnologias, ambientes e procedimentos envolvidos em todas as fases dos processos de produção dos bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária, incluindo a destinação dos respectivos resíduos.

§ 4º. - Agência poderá regulamentar outros produtos e serviços de interesse para o controle de riscos à saúde da população, alcançados pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.

§ 5º. - A Agência poderá dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas.

§ 6º. - O Ministro de Estado da Saúde poderá determinar a realização de ações previstas nas competências da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em casos específicos e que impliquem risco à saúde da população.

§ 7º. - O ato de que trata o § 6º. deverá ser publicado no Diário Oficial da União.

§ 8º. - Consideram-se serviços e instalações submetidos ao controle e fiscalização sanitária aqueles relacionados com as atividades de portos, aeroportos e fronteiras e nas estações aduaneiras e terminais alfandegados, serviços de transportes aquáticos, terrestres e aéreos.

9. Destarte, é da ANVISA a atribuição em definir o que é medicamento e o que é cosmético; convém recordar, neste ponto, mas apenas para fixar um dos pontos fundamentais do sistema normativo de organização dos poderes do Estado, que, quando se confere a certo e determinado órgão administrativo alguma atribuição operacional, se está, *ipso facto*, excluindo os demais órgãos administrativos do desempenho legítimo dessa mesma atribuição; essa é uma das pilastras do sistema organizativo e funcional estatal e abalá-la seria o mesmo que abrir a porta da Administração para a confusão, a celeuma e mesmo o caos.

10. Apenas para estender um pouco mais esta reflexão, embora nem fosse necessário, permito-me anotar que, neste caso, cabe à ANVISA não somente atribuição de realizar a classificação do produto, mas também o dever da vigilância sanitária, coisa que, a toda evidência, não pertence às atribuições fiscais e aduaneiras, inclusive porque os seus agentes não dispõem do conhecimento técnico-científico exigido para esse mister; se, por acaso, algum fiscal ou agente aduaneiro detiver conhecimento químico farmacêutico capaz de realizar essa análise, ainda assim, não poderia fazê-lo, por lhe faltar a competência funcional; a mesma coisa ocorre nos julgamentos judiciais, quando a matéria controversa depende de conhecimento especializado, hipótese em que se requer a participação esclarecedora de um perito, ainda que o Magistrado domine a solução dos problemas do fato.

11. Na verdade – e essa é uma observação de abrangência mais larga – a distribuição de competências ou atribuições entre diferentes órgãos ou agentes da Administração atende, também, a uma recomendação de garantia dos administrados, porquanto, na hipótese de cumulação de

funções no mesmo agente, como se pode facilmente concluir, terminar por atribuir a esse mesmo agente uma potestade incontralável, já que poderia determinar situações arbitrárias e desrespeitosas dos direitos subjetivos; assim, se a Aduana pudesse classificar livremente os produtos importados, é evidente que as alíquotas aplicadas seriam sempre as mais elevadas.

12. Neste caso, aliás, deve-se sublinhar que a ANVISA expediu um Parecer definindo a natureza cosmetológica do sabão antiacne (fls. 707/723), de modo que se pode considerar, na via administrativa essa questão como uma questão encerrada, até porque, a Aduana não é instância revisora das decisões da ANVISA.

13. Assim, dá-se provimento ao Recurso Especial para restabelecer a sentença de fls. 974/975.

14. É como voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Suspensão de Execução de Sentença n. 2015.095180-6, de Joinville

Relator: Des. Torres Marques

DECISÃO MONOCRÁTICA

O Município de Joinville, com fundamento no art. 4º, § 1º, da Lei n. 8.437/92, requereu a suspensão dos efeitos da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública daquela comarca, nos autos da Ação Civil Pública n. 0039874-78.2013.8.24.0038, interposta pelo Ministério Público, que confirmou a liminar concedida e condenou o ente público a implantar medidas de regularização das Unidades Básicas de Saúde (UBSs), entre elas, edificação e reforma de unidades, garantia de acessibilidade, contratação de pessoal e fornecimento de medicamentos, e pagamento de multa para o caso de descumprimento.

Sustentou que contra a decisão interpôs recurso de apelação, cujo despacho de admissibilidade ainda não foi proferido. Também, que foi indeferida a liminar na Medida Cautelar que intentou perante este Tribunal de Justiça, com embargos rejeitados.

Asseverou que o conteúdo da decisão representa perigo de lesão à economia, à saúde e à ordem públicas, pois acarreta interferência do Poder Judiciário nas atribuições próprias do Executivo e desequilibra as finanças municipais, em razão da necessidade de realocação emergencial de recursos destinados a outras áreas essenciais.

Alegou que, ao contrário do que considerou o magistrado na sentença, assim como o relator da Medida Cautelar, aplicou mais de 30% (trinta por cento) do orçamento em saúde pública.

Reiterou teses apresentadas na ação civil pública, as quais afirma não terem sido analisadas na sentença e, por fim, discorreu sobre os vícios da decisão.

Na origem, em 12 de janeiro, o recurso de apelação foi recebido no efeito devolutivo.

É o relatório.

O pedido de suspensão contra ato do Poder Público encontra-se delimitado no art. 4º da Lei n. 8.437/92, o qual estabelece que a providência justifica-se tão somente para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. O parágrafo 1º do referido artigo autoriza a sua aplicação à sentença proferida em processo de ação civil pública.

Consiste em medida invasiva, em regra desprovida de contraditório prévio, cujas hipóteses de cabimento devem ser interpretadas restritivamente, de sorte que o deferimento do pedido somente é possível se verificado, no caso concreto, os requisitos supramencionados.

Nesses termos, comporta exame apenas a tese de ameaça de lesão à economia, à saúde e à ordem públicas, sob o fundamento, em síntese, de insuficiência e necessidade de realocação de recursos para o cumprimento da decisão.

Não obstante, verifico que o requerente foi intimado, em 19 de maio de 2014, da decisão que concedeu a liminar e fixou prazo de até 120 (cento e vinte) dias para o cumprimento das medidas deferidas. Dessa forma, o Município não foi surpreendido pela sentença.

Ademais, caso já estivesse cumprindo o determinado, como afirmou, desde a contestação, bastava apresentar relatório circunstanciado do que foi realizado, ainda mais se considerarmos que as medidas impostas na liminar e confirmadas na sentença, nas alíneas 1 e 3 do item “a”, 2 do item “b”, assim como no item “c”, não apresentam carga imperativa e, por consequência, não autorizam a suspensão. Dependem, para sua comprovação, de verificação posterior, como, aliás, afirmou o relator da Medida Cautelar Inominada n. 2015.073719-6, interposta contra a mesma decisão, em 25/11/2015:

Por derradeiro, esclareça-se que a aplicação da multa só deverá ocorrer após a verificação efetiva de cumprimento ou não das medidas judiciais, o que só poderá ocorrer necessariamente, por providências técnicas que permitam chegar à conclusão, a critério do julgador, o que afasta por completo a configuração perigo na demora (Rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Quanto ao contido na alínea 2 do item “a”, e nas alíneas 1 e 3 do item “b”, não há dados concretos acerca do prejuízo que acarretariam à administração, e a simples possibilidade de mobilização extraordinária de esforços e fora da rotina inviabiliza a mensuração da real repercussão gerada em virtude da execução imediata da sentença, que, repita-se, confirmou a liminar concedida em maio de 2014.

Sobre o tema, Caio Cesar Rocha leciona:

O ônus de demonstração tanto da lesão em si quanto de sua gravidade e irreparabilidade em prejuízo da Administração é do próprio ente requerente, que deve fazê-lo já na inicial do pedido de suspensão, sob pena de não conhecimento ou indeferimento do mesmo (Pedido de Suspensão de decisões contra o Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179).

No que diz respeito à necessidade de comprovar o dano, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, em decisão da lavra do Ministro Cezar Peluso:

Para efeito de suspensão, a lesão há de ser de grande monta e não meramente hipotética ou potencial, não sendo suficiente o fato de o Poder Público ter interesse, de uma forma ou de outra, na causa. O que se quer é que a medida pela qual se procura impedir a execução do ato tenha dimensão maior, mais ampla. É que, em pedidos de suspensão, o grave dano aos interesses públicos tutelados não se presume. Deve ser provado pelo requerente, ante a natureza incidental deste tipo de processo, que não admite profunda dilação probatória. Neste caso, não há prova de que se atingiu, na extensão exigida pelo dispositivo legal, a ordem pública (SL 467/DF, j. 22/8/2011) (grifei).

No mais, o pleito está alicerçado na antijuridicidade da decisão, em virtude da discussão sobre eventuais vícios do processo e dela própria, matérias que refogem ao âmbito da suspensão, uma vez que pretende resolver, pela via excepcional, matéria afeta à esfera recursal.

Diante disso, ressalto que se encontra sedimentado no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a suspensão de sentença não pode ser utilizada como sucedâneo recursal. Para ilustrar, transcrevo trecho da decisão monocrática proferida pelo então Presidente da Corte, Ministro Joaquim Barbosa:

A suspensão de segurança não serve de sucedâneo ao recurso ou à medida judicial ordinariamente disponível à impugnação de ato ou de decisão que se crê equivocada. De forma semelhante, a suspensão de segurança não deve desestimular ou tolher o devido processo legal em curso perante os juízos singulares e os tribunais, como se avocatória fosse. [...]

O que se vê, portanto, é o claro propósito de utilizar o pedido de suspensão de segurança como sucedâneo recursal. E a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é pacífica em rechaçar pedidos de suspensão com nítido caráter de recurso. (Suspensão de Segurança n. 4684/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 30/11/2012).

Dessarte, por não se encontrar concretamente demonstrado nos autos o alegado risco à ordem, à saúde e à economia públicas, inviável a concessão da suspensão almejada.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

Publique-se. Intime-se.

Cumpridas as formalidades legais, archive-se.

Florianópolis, 15 de janeiro de 2016.

Torres Marques

1º VICE-PRESIDENTE

Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4002090-11.2016.8.24.0000, de Blumenau

Requerente: M. de B.

Procuradora do Município: Bruna Luiza Barni (OAB n. 3373/SC)

Requeridos: I. C. de S. e outros

Defensor Público: Albert Silva Lima

Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

O Município de Blumenau requereu, com base no art. 4º da Lei n. 8.437/92, a suspensão dos efeitos da liminar deferida pela Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Blumenau, nos autos do Mandado de Segurança n. 030581-94.2016.8.24.008, impetrado por I. C. de S., que determinou ao Município a disponibilidade de vaga e matrícula da criança, em período integral, em Centro Educacional Infantil da rede pública daquele Município, em prazo não superior a 30 (trinta) dias.

O requerente sustentou que o deferimento da liminar configura risco de grave lesão à ordem e à economia públicas, além de ferir o princípio da igualdade. Isso porque, além de inexistirem vagas para o atendimento de todas as crianças residentes no Município de Blumenau, no mês de outubro de 2013 foi editado o Decreto n. 10.162/2013 que dispõe sobre a “fila única” no qual o sistema dá transparência ao número de crianças aguardando vagas em todos os CEIs do mencionado Município.

Alegou, ainda, que a criança ingressou com mandado de segurança em 1 de fevereiro deste ano e já no mês de abril conseguiu a liminar, ultrapassando crianças que aguardam há muito mais tempo que ela na fila de espera por vagas em Centros de Educação Infantil do Município.

Por fim, requereu a suspensão da liminar, estendendo-se os seus efeitos às decisões proferidas nos autos ns. 030585-34.2016.8.24.008 e 030582-79.2016.8.24.008 e, em sendo este negado, postula a composição

junto ao TJSC para que os entes do Poder Executivo, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública ajustem e adotem medidas satisfativas com o fito de elaborarem critérios taxativos para a disponibilização de vagas em creches.

É o relatório.

Decido.

Como é cediço, o pedido de suspensão da antecipação de tutela deferida contra o Poder Público está previsto no art. 4º da Lei n. 8.437/192 e assim se justifica unicamente “em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

A respeito do assunto, leciona Hely Lopes Meireles:

Sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença providência drástica e excepcional, só se justifica quando a decisão posa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade, que aconselhe sua sustação até o julgamento final do mandado (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 106).

É importante destacar também que, em se tratando de medida de caráter extremo, condicionada ao cumprimento dos requisitos legais taxativamente enumerados no art. 4º da Lei 8.437/192, compete ao postulante, porque ônus seu, alegar e, por conseguinte, instruir o pedido com elementos aptos a comprovar que o cumprimento da decisão objurgada importará grave lesão a um dos bens jurídicos tutelados pela lei de regência.

Neste sentido tem se posicionado o colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS IMPROCEDENTES. APELAÇÃO. CARÁTER DEFINITIVO DA EXECUÇÃO. LEI 8.437/92, ART.

4º. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Para a concessão de suspensão de liminar não basta a demonstração da plausibilidade do direito, sendo imprescindível a comprovação de efetivo risco de grave lesão a pelo menos um dos bens tutelados pela norma de regência: ordem, segurança, saúde e economia públicas.

2. A medida extrema não pode ser utilizada como simples via processual de atalho para a modificação de decisão desfavorável ao ente público. 3. Agravo a que se nega provimento (AgLS n. 39/203. Corte Especial. Min. Edson Vidigal, DJU. 07.06.204).

Ocorre que o pedido formulado não há como ser deferido, tendo em vista as razões trazidas pelo requerente, as quais não demonstram, de forma satisfatória, a possível incidência de qualquer das situações previstas na lei de regência, bem como pelo fato de que elas mais tratam de questões concernentes ao próprio mérito da ação originária, a serem deliberadas no juízo de primeiro grau ou na via recursal ordinária, mas não na via deste incidente processual que, conforme orientação dos Tribunais Superiores, não é sucedâneo recursal.

No caso em tela, observa-se que o Ente não demonstrou o perigo de lesão à ordem e à economia públicas, visto que apenas mencionou suposto impacto financeiro e necessidade de inclusão prévia das despesas decorrentes de matrícula na Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, em observância aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, instruindo ainda o presente feito com informações acerca do Decreto n. 10.162/2013 que dispõe sobre a “fila única” – posição de espera de crianças em Centros de Educação Infantil do Município, documentos que não possuem o condão de demonstrar o grave risco de prejuízo à ordem e à economia pública, requisito *sine qua non* à procedência do pedido de suspensão.

É interessante perceber a organização do Município no que tange à listagem de crianças em ordem cronológica para o ingresso em creches

e pré-escolas, como é o caso da “fila única”, criada pelo decreto de n. 10.162/2013. Por outro lado, “importante mencionar que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, [...] Tal prerrogativa jurídica, em consequência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal” (Pedido de Suspensão de Liminar n. 201.076818-2, de Itajaí, rel. Des. Gaspar Rubik, j. em 06-10-201).

Em caso similar ao presente, destaca-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Celso de Melo:

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 21, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

[.] - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 21, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em

creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível” (STF. RE nº 43696/SP. J. em 26/10/2005. DJ 07/1/2005).

E, no mesmo sentido, colhe-se ementário do Superior Tribunal de Justiça:

“Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.” (Resp 104197/MS, Min. Humberto Martins).

Assim, em vista de todas as razões e, não estando concretamente demonstrado nos autos o alegado risco à ordem e à economia pública, inviável a concessão da suspensão almejada.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

Florianópolis, 27 de maio de 2016.

Alexandre d'Ivanenko
1º VICE-PRESIDENTE

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Pedido de Providências n. 2016.900017-0

Requerente: Sindicato dos Leiloeiros Oficiais e Leiloeiros Rurais de Santa Catarina – SINDILEISC

Relator: Des. Ricardo Roesler

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PROCEDIMENTO PARA ESCOLHA E NOMEAÇÃO DE LEILOEIROS PARA ALIENAÇÕES JUDICIAIS NAS COMARCAS DESTES ESTADO FEDERADO. VEDAÇÃO DE NOMEAÇÃO DE LEILOEIROS NÃO MATRICULADOS NA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA. POSSIBILIDADE DE, HAVENDO VIABILIDADE TÉCNICA, REALIZAR LEILÃO PREFERENCIALMENTE EM FORMATO ELETRÔNICO. PROPOSTA DE RESOLUÇÃO APRESENTADA PELA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA. SUBMISSÃO AO CONSELHO DA MAGISTRATURA. APROVAÇÃO. REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO CM N. 1/2007 E DEMAIS DISPOSIÇÕES EM CONTRÁRIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Providências n. 2016.900017-0, em que é requerente SINDILEISC – Sindicato dos Leiloeiros Oficiais e Leiloeiros Rurais de Santa Catarina:

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, aprovar a proposta de Resolução CM apresentada pela Corregedoria-Geral da Justiça que “Estabelece o procedimento de nomeação dos leiloeiros para alienações judiciais nas comarcas de circunscrição do estado de Santa Catarina e revoga a Resolução CM n. 1 de 25 de abril de 2007”. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 9 de maio de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Torres Marques, e dele participaram, os Exmos. Srs. Desembargadores ROBSON LUZ VARELLA, Ernani Guetten de Almeida, Sérgio Roberto Baasch Luz, Ricardo Fontes, Sérgio Izidoro Heil e RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 9 de maio de 2016.

Ricardo Roesler

RELATOR

RELATÓRIO

Cuidam os autos de pedido de providências deflagrado pelo Sindicato dos Leiloeiros Oficiais e Leiloeiros Rurais de Santa Catarina – SINDILEISC, em que apontam irregularidades referentes à nomeação de leiloeiros de outros estados da federação, com a realização de leilões em meio eletrônico. Afirmam que a legislação prevê critério territorial para a nomeação desses profissionais, pois apregoa que a profissão será exercida exclusivamente na unidade federativa de circunscrição da Junta Comercial em que está matriculado. Também argumentam que seria necessário que as comarcas organizassem, mediante inscrição dos interessados, e análise do cumprimento de determinados requisitos, listas para a realização dos leilões, mediante rodízio. Mencionaram que os leiloeiros catarinenses são preparados para bem exercer a função e que o sindicato requerente procura aprimorar seus profissionais, denunciando quem não cumpre regularmente a profissão. Teceu, ainda, outras considerações, postulando: a suspensão de hastas públicas realizadas por meio eletrônico; a proibição

de realização de hasta pública por empresas de outros estados; que sejam comunicadas as comarcas sobre a irregularidade de contratação de leiloeiros de outros estados e que não estão presencialmente nos leilões; que sejam informadas as empresas e profissionais privados de fora do Estado a ilegalidade da conduta de realizar leilão neste Estado sem a respectiva inscrição na respectiva Junta Comercial; que seja proibida a contratação de pessoa jurídica para a realização de leilões neste Estado; que seja aberto um credenciamento para leiloeiros do Estado, para que possam manifestar seu interesse e exercer sua profissão junto aos fóruns estaduais; que seja realizado um cadastramento dos leiloeiros junto ao sistema eletrônico do TJSC (fl. 6).

Houve a manifestação da Corregedoria-Geral da Justiça, que inclusive propôs a edição de uma resolução sobre o tema (fls. 19-27).

Feito isso, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

Conforme muito bem elucidado pela eminente Juíza-Corregedora Maria Paula Kern, a profissão de leiloeiro público deve ser exercida por profissionais matriculados nas juntas comerciais dos respectivos Estados, segundo disposições contidas no Decreto n. 21.981/1932; aos leiloeiros rurais aplica-se o disposto na Lei n. 4.021/1961. Além disso, há, conforme possibilita o Decreto n. 1.800/1996, a Instrução Normativa n. 17/2013, a qual disciplina e uniformiza os aspectos relacionados à concessão ou cancelamento de matrículas dos leiloeiros públicos pelas juntas comerciais.

Este dispositivo (IN 17/2013) determina, em seu art. 25, que o leiloeiro exercerá sua profissão exclusivamente na unidade federativa de circunscrição da Junta Comercial que o matriculou. Ademais, a

delimitação territorial, quanto ao desempenho da função de leiloeiro, também é fortalecida pelo art. 26 da IN 17/2013, que exige, para a concessão da matrícula, o domicílio, por mais de cinco anos, na unidade federativa onde pretenda exercê-la. Adiante, o art. 35 da mesma Instrução Normativa, dispõe que é proibido ao leiloeiro, sob pena de cancelamento da matrícula, violar a regra do art. 25.

Desse modo, conclui-se não ser admissível a realização de leilão por profissional que não esteja devidamente matriculado na Junta Comercial do respectivo Estado.

Diante disso, bem como da necessidade de regulamentação de critérios de nomeação de leiloeiro público, atenta às novas disposições, sobre a questão, do Código de Processo Civil, a Corregedoria-Geral da Justiça sugeriu, a propósito, edição de uma resolução, cujos termos seguiram ao parecer (deixo de menciona-lo na íntegra, para evitar o desnecessário exercício da tautologia).

Quanto ao leilão eletrônico, a modalidade, segundo orientação do CNJ, deve ser adotada preferencialmente. Todavia, aquele órgão não exclui eventual regulamentação pelo Tribunal, a quem compete dispor sobre o credenciamento dos leiloeiros, consoante disposição do NCPC.

No âmbito desta Corte, há apenas a recomendação de que a nomeação dos leiloeiros deve seguir critério de antiguidade no credenciamento da Junta Comercial, caso não seja indicado pelo exequente (Resolução CM n. 1/2007).

Segundo a constatação da Corregedoria-Geral, de fato, os magistrados e servidores adotam critérios próprios, que podem não observar a regularidade cadastral dos leiloeiros, já que estes apresentam-se nas unidades e solicitam a inclusão no rodízio de designações (fl. 22-verso).

Por fim, quanto ao pleito de cadastramento no SAJ, destaco que a

medida, no processo eletrônico, está autorizada pela Lei n. 11.419/2006 e na Resolução Conjunta GP/CGJ 3/2013 deste Tribunal. O leiloeiro poderá cadastra-se no portal e-SAJ, na condição de usuário externo.

Diante disso, e a teor do que constou da manifestação da CGJ, voto pela aprovação da proposta de Resolução CM apresentada pela Corregedoria-Geral da Justiça que “Estabelece o procedimento de nomeação dos leiloeiros para alienações judiciais nas comarcas de circunscrição do estado de Santa Catarina e revoga a Resolução CM n. 1 de 25 de abril de 2007”.

É como voto.

ÓRGÃO ESPECIAL

Petição n. 9141148-75.2015.8.24.0000

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

PROPOSTA DE SÚMULA. COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE TOXICÔMANO. ATRIBUIÇÃO DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA QUANDO O FEITO ENVOLVER PEDIDO COMINATÓRIO EM FACE DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO, INDEPENDENTEMENTE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO COM O DEPENDENTE QUÍMICO, RESSALVADAS AS HIPÓTESES NAS QUAIS HÁ CUMULAÇÃO DE PEDIDO DE INTERDIÇÃO, TUTELA OU CURATELA, CASOS EM QUE A DISCUSSÃO É ATINENTE À CAPACIDADE CIVIL E AO ESTADO DA PESSOA, E O FEITO, ENTÃO, COMETE-SE AO DIREITO DE FAMÍLIA. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL E DE CORTES DE OUTROS TRIBUNAIS DO PAÍS. ENUNCIADO APROVADO À UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Petição n. 9141148-75.2015.8.24.0000, da comarca do Tribunal, em que é Requerente(s) Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e (s).

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, acolher o voto do relator no sentido de exarar enunciado sumular nos seguintes termos: “Compete às Varas da Fazenda Pública processar e julgar a ação de internação compulsória de toxicômano dirigida contra o Estado de Santa Catarina ou contra um de seus municípios, havendo ou não litisconsórcio passivo com o dependente químico, desde que não cumuladas com pedido de interdição, tutela ou curatela, porquanto, nestes casos, prevalece a discussão sobre a capacidade civil e o estado das pessoas, matérias de índole eminentemente civil, afetas, pois, ao Direito de Família”.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Torres Marques, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Nelson Schaefer Martins, Fernando Carioni, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, César Abreu, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Lédio Rosa de Andrade, Sérgio Izidoro Heil, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, Ronei Danielli, Rodrigo Collaço, Pedro Manoel Abreu, Newton Trisotto e Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 02/03/2016.

Desembargador Eládio Torret Rocha

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de expediente inaugurado pela Diretoria-Geral Judiciária, com fulcro no que restou deliberado na sessão do Órgão Especial ocorrida em 15.07.2015 ao ensejo do julgamento do conflito de competência n. 2015.016894-4, o qual objetiva a elaboração de enunciado sumular a respeito do tema de que cuidou, para que seja submetido à apreciação da colenda Corte, a teor do que permite e disciplina o art. 3º, inc. III, do Ato Regimental n. 101/2010.

Este é o relatório.

VOTO

Exposição de motivos

A questão jurídica apreciada naquela oportunidade pelo Órgão Especial dizia respeito à competência, em primeiro grau, para processar e

julgar ação de internação compulsória movida por genitor de toxicômano que pretendia ver declarada a interdição do filho e o acolhimento institucional em unidade terapêutica às expensas do Município de Içara.

A celeuma, portanto, estabeleceu-se entre os juízes responsáveis, naquela comarca, pela condução das unidades judiciárias afetas ao Direito de Família e à Fazenda Pública, ambos escorados em precedente derivado deste Órgão Especial, daí a menção feita por este Relator, ao ensejo do julgamento, da necessidade de pacificação definitiva do tema, a fim de evitar a indesejada insegurança jurídica dos jurisdicionados e dos órgãos judiciários de primeira instância e, por outro lado, fomentar a estabilização da jurisprudência da Corte.

Com efeito, a discussão envolve, de regra, aparente colidência entre a norma que prevê a atribuição dos **juízos da Família** para dirimir causas de *interdição, tutela, bem como quaisquer outras relativas ao estado e à capacidade das pessoas* (art. 96, inc. I, alíneas “c” e “h”, do Código de Divisão Judiciária do Estado de Santa Catarina – Lei n. 5.624/79), e a norma que estabelece a competência do **juízo fazendário** para julgar os feitos nos quais *a Fazenda Pública estadual ou municipal forem interessadas, como autoras ou rés, assistentes ou oponentes* (art. 99, inc. I, “c”, da mesma codificação).

Sabe-se, por um lado, que a competência fazendária, tanto em primeiro como em segundo graus, responde aos critérios *ratione personae* e *ratione materiae*, de modo que, em tese, os juízos fazendários possuem atribuição para processar e julgar os feitos movidos contra a Fazenda Pública, estadual ou municipal, quando envolver discussão acerca da implementação de medidas concretas e individuais de promoção do direito à saúde, incluído, neste conceito, o tratamento terapêutico da dependência toxicológica.

Também é correto inferir, por outro lado, que a ação de internação

compulsória de toxicômano – diferentemente do que sucede nas ações mandamentais que visam unicamente compelir o poder público a implementar determinado tratamento de saúde ou fornecer certo medicamento – implica, geralmente, discussão acerca da capacidade civil do dependente, sua interdição e a gerência de seus bens e interesses por tutor ou curador, matéria de índole eminentemente civil, afeta, pois, ao Direito de Família.

A expressão jurisprudencial da Corte orientava-se, maciçamente, até tempos recentes, à fixação da competência, em casos tais, à área da jurisdição de Família, porquanto se entendia prevalente a discussão sobre o estado da pessoa, de modo que a participação passiva do Estado ou do Município cingir-se-ia, tão-somente, à implementação, no âmbito das respectivas secretarias de Assistência Social, e ao custeio da medida postulada.

Cito, a propósito, dentre outros, os seguintes precedentes deste Órgão Especial: 1) CC n. 2014.010787-1, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 19.03.2014; 2) CC n. 2013.040944-2, Rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 04.12.2013; 3) CC n. 2013.040943-5, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 21.08.2013; 4) CC n. 2013.027041-8, Rel. Des. Fernando Carioni, j. em 17.07.2013; 5) CC n. 2014.016590-7, Rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 18.06.2014; 6) CC n. 2013.049112-2, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 04.12.2013.

Entretanto, o precedente mais recente do Órgão Especial trilhou caminho diverso, fixando a competência da vara da Fazenda Pública para processar e julgar processo no qual se discutia a internação compulsória de indivíduo acometido por quadro inicial de esquizofrenia, dado também haver debate paralelo acerca da necessidade ou não de sua interdição.

Eis a ementa do julgado:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE

INTERDIÇÃO DE INCAPAZ C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA O MUNICÍPIO - CONFLITO ENTRE OS JUÍZOS DE DIREITO DA 1ª E DA 2ª VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE BIGUAÇU - INTERNAÇÃO DE PESSOA PORTADORA DE ESQUIZOFRENIA ÀS CUSTAS DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL - PRESENÇA DO ENTE PÚBLICO NO POLO PASSIVO DA AÇÃO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL (COMPETENTE PARA JULGAR FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA) E NÃO DO JUÍZO DA 1ª VARA CÍVEL (COMPETENTE PARA JULGAR FEITOS DE FAMÍLIA) - CONFLITO IMPROCEDENTE. Em se tratando de pedido de internação compulsória de pessoa portadora de esquizofrenia, em estabelecimento adequado (direito à saúde), formulado contra o Estado ou um Município, a competência é do Juízo da Vara da Fazenda Pública (art. 99, I, “c”, do CDOJESC)” (CC n. 2014.040159-7, Rel. Des. Jaime Ramos, j. em 17.06.2015).

Demonstrada, portanto, de forma analítica, a necessidade de pacificação do tema nos órgãos jurisdicionais de primeira instância e, bem assim, de unidirecionamento da orientação jurisprudencial na Corte – e, ainda, consideradas as circunstâncias e argumentos levantados pelos eminentes desembargadores que participaram da sessão de julgamento deste Órgão Especial ocorrida em 15.07.2015 –, proponho a criação de enunciado sumular (art. 3º, inc. III, do Ato Regimental n. 101/2010), justamente visando a distinção dos casos nos quais a competência é das unidades fazendárias e aquelas que devem ser cometidas às varas da Família.

Assim, entendo competir às Varas da Fazenda Pública processar e julgar as ações de internação compulsória de toxicômanos dirigidas contra o Estado de Santa Catarina ou contra um de seus municípios, havendo ou não litisconsórcio passivo com o dependente químico, desde que não cumuladas com pedido de interdição, tutela ou curatela, porquanto, nestes casos, prevalece a discussão sobre a capacidade civil

e o estado das pessoas, matérias estas, então, de índole eminentemente civil, afetas, pois, ao Direito de Família.

Friso que a orientação susodescrita se compatibiliza, na máxima potencialidade possível, com os precedentes do Órgão Especial – inclusive aquele ocorrido à última oportunidade –, e, igualmente, com o que vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

Menciono, a propósito que, no julgamento do HC n. 130.155/SP, a Terceira Turma do STJ, sob relatoria do Min. Massami Uyeda, em 04.05.2010, assentou a lógica segundo a qual, envolvendo, no caso concreto, discussão acerca da internação compulsória postulada no bojo de ação de interdição, a competência para o julgamento, naquela Corte, de acordo com o Regimento Interno, seria de uma das turmas submetidas às Seções de Direito Privado, e não às de Direito Público, tampouco de Direito Penal.

Também partilham desta posição os seguintes Tribunais pátrios:

A) Tribunal de Justiça do Maranhão:

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. SAÚDE MENTAL. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTE QUÍMICO. COMPETÊNCIA *RATIONE PERSONAE*.

1. Versando a lide apenas sobre a necessidade de internação compulsória, e não de eventual incapacidade do dependente químico, não há falar em remessa dos autos ao Juízo especializado da Vara de Família, tanto mais quando se verifica que uma das partes que compõem o polo passivo da ação é o Município, ente público que tem a prerrogativa de ser processado e julgado em Vara Fazendária, ex vi do art. 10 do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Maranhão” (AI n. 0535932014, Órgão Especial, Rel. Des. Paulo Sérgio Velten Pereira, j. 15.10.2015).

B) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MATÉRIA.

INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTE QUÍMICA. COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES.

Cuidando-se de demanda em que se discute o estado e a capacidade civil do indivíduo, é competente para processamento e julgamento do feito a Vara de Família e Sucessões. CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE. (CC Nº 70058980145, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sandra Brisolará Medeiros, j. 20.03.2014);

C) Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTE QUÍMICO. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE FAZENDA ESTADUAL E AUTARQUIAS.

Por pretender a autora tão somente a internação compulsória de sua mãe em clínica especializada para tratar dependentes, não sendo objeto do pedido a declaração de incapacidade, interdição, nem outro tema concernente à família, e sendo o direito à saúde a questão de fundo discutida nos autos de evidente interesse público, podendo o Estado ser compelido a fornecer o tratamento de saúde adequado à paciente, a competência para processar e julgar o feito é do Juízo da Vara de Fazenda Estadual e Autarquias” (CC n. 100000130649668000, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Duarte de Paula, j. 16.01.2014).

D) Tribunal de Justiça de São Paulo:

“*Conflito* Negativo de *Competência*. Ação de *internação compulsória* objetivando tratamento de drogadição, intentada pelo autor em face de sua irmã e da Municipalidade de Limeira – Vara da Família e Sucessões e Vara da Fazenda Pública – Determinação de emenda da petição inicial para constar pedido cumulado de Interdição – Demanda que se enquadra nos critérios que determinam a *competência* da Vara da Família e Sucessões, definida no artigo 37, incisos I e II, do Decreto-Lei Complementar nº 03/69, do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Discussão afeta ao estado e/ou a capacidade do requerido – *Competência* da Vara da Família e Sucessões. *Conflito* procedente - *Competência* do Juízo Suscitante” (CC n. 0062914-81.2015.8.26.0000, Câmara Especial, Rel. Des. Ricardo Dip, j. 14.12.2015).

E) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Internação compulsória de pessoa relativamente incapaz para tratamento de dependência química. Acesso à saúde. Dever do Estado. Direito público subjetivo. Inteligência do artigo 196 da CRFB. Possibilidade de um dos entes estatais vir a cumprir a obrigação. Aplicação da regra prevista nos artigos 86, I, “a”, 94 e 97 do CODJERJ. Ausência de pleito de interdição. Não há que se falar em ilegitimidade da pessoa jurídica de direito público. Procedência do conflito para declarar a competência do Juízo suscitado” (CC n. 0016495-32.2014.8.19.0000, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Adolpho Mello, j. 01.07.2014).

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de obrigação de fazer visando à internação compulsória do filho da requerente para tratamento de doença mental, distribuída ao Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu, que declinou, de ofício, de sua competência para uma das Varas de Família da Comarca de Nova Iguaçu-Mesquita. Proposta a ação contra o município e versando acerca de direito público à saúde, prevalece o interesse fazendário, competindo ao Juízo suscitado, nos termos do artigo 86, inciso I, ‘a’, do CODJERJ o julgamento do processo. Precedentes deste Tribunal. Parecer do Ministério Público em consonância. Declaração de competência do MM. Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu para processar e julgar o feito” (CC n. 0017126-73.2014.8.19.0000, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Patrícia Serra Vieira, j. 30.04.2014).

Estabelecidas, pois, as premissas de discrimen entre as competências das varas fazendárias e das varas cíveis/família em tema de ação de internação compulsória de toxicômanos, bem como a necessidade de se assentar posição uniforme no âmbito desta Corte acerca da temática, resta ao Órgão Especial exarar o enunciado sumular, o qual, na posição de relator, proponho nos seguintes termos:

Proposta de enunciado sumular:

“Compete às Varas da Fazenda Pública processar e julgar a ação de internação compulsória de toxicômano dirigida contra o Estado de Santa Catarina ou contra um de seus municípios, havendo ou não litisconsórcio passivo com o dependente químico, desde que não cumuladas com pedido de interdição, tutela ou curatela, porquanto, nestes casos, prevalece a discussão sobre a capacidade civil e o estado das pessoas, matérias de índole eminentemente civil, afetas, pois, ao Direito de Família”.

É, pois, a proposta que submeto à apreciação dos eminentes colegas.

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9143625-71.2015.8.24.0000

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARTE FINAL DO INCISO XII DO ARTIGO 79 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DA PALHOÇA. DETERMINAÇÃO DE ENCAMINHAMENTO DE “ACORDOS, CONVÊNIOS, CONVENÇÕES, AJUSTES E ATOS JURÍDICOS ANÁLOGOS” PELO PREFEITO À CÂMARA MUNICIPAL. INEXISTÊNCIA, PELA LEI, DE OBRIGATORIEDADE DE RATIFICAÇÃO DOS ATOS PELOS EDIS. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO DO EXECUTIVO AO LEGISLATIVO. MÁCULA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CARACTERIZADA. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PREVISÃO DE CRIME DE RESPONSABILIDADE EM CASO DE DESATENDIMENTO DA REGRA. INVIABILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE TAL ESPÉCIE DE SANÇÃO POR LEI MUNICIPAL. STF, SÚMULA 722 E SÚMULA VINCULANTE 46. INCONSTITUCIONALIDADE VERIFICADA. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2015.051084-4, de Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que é requerente Ministério Público do Estado de Santa Catarina e requerida Câmara Municipal de Vereadores do Município de Palhoça:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “sob pena de responsabilidade”, constante do inciso XII do artigo 79 da Lei Orgânica do município de Palhoça. Custas legais.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Nelson Schaefer Martins e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Jânio

Machado, Des. Sônia Maria Schmitz, Des. Ronei Danielli, Des. Rodrigo Collaço, Des. Pedro Manoel Abreu, Des. Newton Trisotto, Des. Luiz César Medeiros, Des. Nelson Schaefer Martins, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Des. Fernando Carioni, Des. Torres Marques, Des. Rui Fortes, Des. Marcus Túlio Sartorato, Des. Cesar Abreu, Des. Salim Schead dos Santos, Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Des. Cid Goulart, Des. Alexandre d'Ivanenko, Des. Lédio Rosa de Andrade e Des. Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 20 de janeiro de 2016.

Desembargador Sérgio Izidoro Heil

RELATOR

RELATÓRIO

Trato de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por meio da Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e Institucionais, do Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade – CECCON e da 2ª Promotora de Justiça da Comarca de Palhoça, em questionamento à expressão “*os quais encaminhará à Câmara Municipal para conhecimento, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de responsabilidade*”, constante da parte final do inciso XII do artigo 79 da Lei Orgânica do Município de Palhoça.

Em suma, refere o *parquet* que tal dispositivo, na parcela impugnada, revela-se ilegal por prever sanção a conduta não prevista no rol de atribuições do Chefe do Executivo estabelecido pela Constituição Federal de 1988, o qual deve ser seguido pela Lei Orgânica em razão do princípio da simetria. Acrescentou também a ausência de previsão constitucional para que a omissão da conduta prevista no artigo seja considerada crime de responsabilidade, razão pela qual não caberia ao diploma infraconstitucional fazê-lo. Afirmou, ainda,

que não cabe interferência de outros Poderes no exercício das atribuições da chefia do Executivo, excetuada apenas, no caso da previsão legal ora impugnada, a criação de consórcios públicos, a qual deve ser precedida por autorização legislativa.

Concluiu requerendo a procedência do pedido inicial, a fim de ser declarada a inconstitucionalidade da expressão questionada.

Notificado, o Presidente do Legislativo municipal prestou informações e defendeu a norma, afirmando que a previsão legal não ofende a Constituição Estadual, limitando-se a permitir o controle recíproco entre os Poderes, situação que se afina ao princípio da tripartição das funções estatais (fls. 18/23).

No mesmo sentido, também asseverando a constitucionalidade do dispositivo, o Prefeito Municipal e o Procurador-Geral do ente federativo apresentaram, em petição conjunta, informações e defesa da norma (fls. 24/27).

O Ministério Público foi ouvido, na forma dos artigos 9º da Lei Estadual n. 12.069/01 e 8º da Lei 9.868/99, manifestando-se pela procedência do pleito.

VOTO

O Ministério Público, por três de seus membros, propôs a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando parte do inciso XII do artigo 79 da Lei Orgânica do Município de Palhoça. Embora a pretensão dirija-se apenas a parcela do texto do dispositivo, transcrevo-o na íntegra, para melhor compreensão:

Art. 79. São atribuições privativas do Prefeito Municipal:

(...)

XII - celebrar com quaisquer órgãos públicos dos Municípios, dos Estados e da União, bem como com entidades privadas sem fins lucrativos, acordos, convênios, convenções, ajustes e atos jurídicos análogos, os quais encaminhará à Câmara Municipal para conhecimento, no prazo de 30 (trinta), sob pena de responsabilidade (...).

Como visto por ocasião do relatório, o objeto deste controle concentrado é apenas a expressão “*os quais encaminhará à Câmara Municipal para conhecimento, no prazo de 30 (trinta), sob pena de responsabilidade*”

Penso que tal dispositivo pode ser repartido em duas normas: a primeira, indicando a obrigatoriedade de encaminhamento de certos tipos de contratos administrativos (“*acordos, convênios, convenções, ajustes e atos jurídicos análogos*”, na dicção legal) ao Legislativo municipal, no prazo de 30 (trinta) dias; a segunda, estabelecendo sanção para descumprimento de tal ato.

Entendo ser relevante a distinção porque os dois comandos, não obstante interligados, podem ser analisados distintamente. Embora a sanção não possa sobreviver sem a prescrição de um dado comportamento, a recíproca não é verdadeira. É possível manter no ordenamento jurídico uma prescrição de uma conduta sem que haja sanção definida, ainda que tal cenário importe em enfraquecimento da coercibilidade do Direito.

Faço este registro porque, a meu sentir, é este o caminho a ser adotado na hipótese vertente, já que, segundo penso – e aqui já adianto o desfecho que entendo adequado ao caso –, apenas a previsão de configuração de crime de responsabilidade é que deve ser considerada inconstitucional.

A fim de solver a questão, no tocante à imposição de envio dos atos ao Legislativo municipal, mostra-se indispensável lembrar que a Constituição Estadual, a exemplo da Carta da República, estabelece como um de seus princípios fundamentais a separação dos Poderes. Segundo este, a cada um dos Poderes Constituídos dos entes federativos cabe, com prevalência sobre os demais, uma parcela das atribuições indispensáveis ao funcionamento do Estado.

Ao Executivo, nesta distribuição, coube, precipuamente, “(...) a

prática dos atos de Chefia de Estado, de Governo e de administração” (MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1.209). Assim, não cabe ao Legislativo ou ao Judiciário exercer atos de tal cunho, o que se traduziria em indevida intromissão de competência exclusiva do Executivo e consequente ofensa ao princípio da independência dos Poderes, a menos que tal possibilidade derive de autorização, explícita ou implícita, da Constituição.

Isto não significa, contudo, que a atuação de um dado Poder não se encontra imune a qualquer influência de outro. A tripartição das funções estatais vem acompanhado da necessária fiscalização recíproca, por meio do denominado sistema de “freios e contrapesos”. Sobre o tema, novamente a lição de Alexandre de Moraes:

Lembremo-nos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado ‘freios e contrapesos’ (*checks and balances*) (*in*: Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 411).

Sob esta ótica, o Supremo Tribunal Federal assim já decidiu:

Separação e independência dos Poderes: pesos e contrapesos: imperatividade, no ponto, do modelo federal.

1. Sem embargo de diversidade de modelos concretos, o princípio da divisão dos poderes, no Estado de Direito, tem sido sempre concebido como instrumento da recíproca limitação deles em favor das liberdades

clássicas: daí constituir em traço marcante de todas as suas formulações positivas os “pesos e contrapesos” adotados.

2. A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é um dos contrapesos da Constituição Federal à separação e independência dos Poderes: cuida-se, porém, de interferência que só a Constituição da República pode legitimar.

3. Do relevo primacial dos “pesos e contrapesos” no paradigma de divisão dos poderes, segue-se que à norma infraconstitucional - aí incluída, em relação à Federal, a constituição dos Estados-membros -, não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita de outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República. (ADI 3046/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15/04/2004).

A meu sentir, a previsão questionada, na parte em que impõe à chefia do Executivo o encaminhamento dos atos jurídicos em questão ao Legislativo, não representa qualquer invasão indevida da competência privativa do Prefeito. Isto porque, segundo o texto da lei, é devido apenas o encaminhamento de tais documentos para conhecimento da Câmara municipal, não havendo a necessidade de ratificação, confirmação, chancela ou qualquer outra forma de aprovação dos mesmos pelos edis. Não há, então, subordinação da atuação típica do Executivo, expressão máxima das funções que lhe são atribuídas constitucionalmente, a outro Poder; existe, tão-somente a possibilidade de dar conhecimento aos legisladores locais sobre atos de relevo da municipalidade, permitindo-lhes exercer adequadamente a fiscalização recíproca referida anteriormente.

Neste passo, penso que a previsão legal não contraria o princípio da tripartição das funções estatais. Antes, deriva ela, ainda que implicitamente, do sistema de freios e contrapesos, parte inseparável da distribuição da atuação estatal entre Poderes diversos. Em verdade, segundo entendo, há plena afinidade entre a regra ora questionada e as normas constitucionais, tanto da Carta da República, quanto da Carta do Estado.

Acresço não vislumbrar, no referido dispositivo, nenhuma nova atribuição ao Executivo, dissonante da previsão constitucional. A remessa dos atos ao conhecimento do Legislativo apenas se presta a realizar, com maior intensidade, o princípio da publicidade dos atos administrativos, insculpido nas Constituições Federal e do Estado de Santa Catarina, respectivamente, nos artigos 37 e 16. Ora, sendo a Câmara formada por representantes do povo e emanando deste todo o poder, conforme estabelecido pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei Ápice, não há sede mais adequada para controle dos atos do Executivo, razão pela qual a prestação de tais informações contribui para o dever de transparência que deve nortear a atuação estatal.

Entendo, portanto, que a regra em questão, nesta parte, não incide em inconstitucionalidade, razão pela qual improcede o pedido quanto a este ponto.

Penso, porém, que o resultado deva ser diverso em relação à sanção para o caso de inobservância, pelo Chefe do Executivo, da obrigação de envio dos atos jurídicos para conhecimento do Legislativo.

Consoante se extrai do texto legal, a falta de atendimento a tal preceito configuraria “responsabilidade” do alcaide. Pontuo que, embora a expressão utilizada pelo texto legal seja ampla – “*sob pena de responsabilidade*” –, tenho de concluir que a menção ali realizada trata da caracterização de crime de responsabilidade. Ora, a assunção do cargo de Prefeito se dá mediante eleição, de modo a possuir natureza político-administrativa o vínculo formado entre o ocupante de tal cargo e o ente estatal. Por isso, a respectiva penalização não poderia se dar em outra órbita, mormente considerando a ausência de previsão de sanção em qualquer outra esfera para tal omissão.

Isto ponderado, registro que a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada com a edição da súmula 722, posteriormente

convertida na súmula vinculante 46, posicionou-se no sentido que “*a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União*”. Portanto, não tocando ao município determinar quais condutas tipificam crime de responsabilidade, é devido o reconhecimento da inconstitucionalidade desta parcela do preceito em análise.

Por fim, ressalto que, embora o fundamento acima utilizado não tenha sido arguido pela inicial deste controle concentrado, nada obsta sua adoção como razão de decidir. A respeito, é preciso lembrar que as ações diretas de inconstitucionalidade possuem causa de pedir aberta, consoante ensinamento de Hely Lopes Meirelles em sua clássica obra “*Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*”:

É interessante notar que, a despeito da necessidade legal da indicação dos fundamentos jurídicos na petição inicial, não fica o STF adstrito a eles na apreciação, que faz, da constitucionalidade dos dispositivos questionados. É dominante no âmbito do Tribunal que na ação direta de inconstitucionalidade prevalece o princípio da *causa petendi* aberta (MEIRELLES, Hely Lopes, et. al. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 32. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 384).

Logo, não há motivo para deixar de reconhecer a incompatibilidade da sanção à Constituição, em razão da falta de competência legislativa do município.

Ante o exposto, voto pela parcial procedência do pedido, apenas para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “*sob pena de responsabilidade*”, constante do inciso XII do artigo 79 da Lei Orgânica do Município de Palhoça.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Agravo (§ 1º do art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2016.000864-1/0001.00, de São Francisco do Sul

Relatora: Desa. Substa. Cláudia Lambert de Faria

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO RECURSO – DECISÃO AGRAVADA QUE APENAS INDEFERIU O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, MANTENDO ANTERIOR PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE JÁ FOI OBJETO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2014.061337-4 INTERPOSTO PELA MESMA PARTE – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – ART. 473 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

“O agravo de instrumento interposto contra decisão que, ao analisar pedido de reconsideração formulado na peça contestatória, apenas confirma pronunciamento anterior que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, já impugnado pela mesma espécie de recurso, não merece ser conhecido, haja vista a ocorrência da preclusão consumativa. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.011720-9, da Capital, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 06-09-2012).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento nº 2016.000864-1/0001.00, da 2ª Vara Cível, da comarca de São Francisco do Sul, em que são Agravantes Jose Lucio da Silva e outro e Agravados Mario Miers e outro:

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Zanelato.

Florianópolis, 17 de março de 2016.

Cláudia Lambert de Faria

RELATORA

RELATÓRIO

Jose Lucio da Silva e outro, irrisignados com a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento, interpuseram agravo interno do § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil, requerendo a reforma da decisão e, sucessivamente, o provimento do recurso, para regular seguimento do agravo originário.

VOTO

Conheço do presente agravo, porque é tempestivo e observou os demais requisitos de admissibilidade.

Esta relatora, por meio da decisão monocrática de fls. 49/54, negou seguimento ao agravo de instrumento, por considerar que a decisão agravada (fl. 25) apenas manteve pronunciamento judicial anterior (fls. 27/29), contra o qual os agravantes já interpuseram o Agravo de Instrumento nº 2014.061337-4 (fls. 153/162 – autos de origem).

Note-se que a pretensão dos recorrentes, qual seja, permissão para a continuidade da obra em terreno de sua propriedade não pode ser analisada por este Órgão julgador, porquanto a decisão que efetivamente deferiu o embargo foi a de fls. 27/29, contra a qual já foi interposto outro agravo de instrumento.

Salienta-se, ainda, que, em momento posterior à negativa de seguimento ao agravo interposto em face da decisão de fls. 27/29, os réus/agravantes peticionaram nos autos (fls. 190/193 dos autos de origem), pugnando pela reconsideração da decisão liminar.

Após a audiência conciliatória (fls. 227/228 – autos de origem), os réus/agravantes apresentaram nova petição (fls. 294/298 dos autos de origem), com alegações congêneres àquelas anteriormente expostas, postulando, novamente, a reconsideração da decisão liminar de fls. 27/29, tendo, então, o magistrado proferido a decisão de primeiro grau agravada:

R.h.

I - Ao compulsar os autos, verifica-se que foi confeccionado o ofício ao perito (fl. 274). Entretanto, até o presente momento, não houve confirmação do recebimento através de AR.

Sendo assim, certifique-se o Cartório, se houve retorno do AR. Caso negativo, peça-se novo ofício, com urgência.

II - Quanto ao pedido de reconsideração (fls. 294/298), mantenho a decisão de fls. 72/74 por seus próprios fundamentos. Assim, aguarde-se a realização da perícia.

Intimem-se.

Com efeito, a decisão atacada proferida pelo juízo *a quo* apenas ratificou a decisão proferida em 22/07/2014, que concedeu a liminar de embargo da obra, não apresentando qualquer fundamentação diferente. Aliás, importante registrar que o agravo de instrumento ora em debate apresenta, basicamente, os mesmos fundamentos do Agravo de Instrumento nº 2014.061337-4.

Da mesma forma, junto aos pedidos de reconsideração, não foram acostadas provas novas que pudessem alterar o convencimento

do juiz singular exposto na primeira decisão de fls. 27/29, pois, naquele momento, o julgador já deixou claro que a regularidade da obra junto aos órgãos municipais não seria suficiente para obstar o embargo da mesma, bem como que permitir o prosseguimento da construção não seria razoável, pois a mesma poderia, *“ao final, ser desfeita em virtude de ordem judicial que determine sua demolição, restando infrutífero o dispêndio de tempo e dinheiro por parte dos réus e evidenciando o prejuízo a ser suportado por ambas as partes.”*

Assim sendo, é impossível o prosseguimento do segundo agravo de instrumento, tendo em vista a interposição de anterior recurso sobre a mesma matéria. Entendimento diverso violaria o princípio da unirrecorribilidade, o qual determina que cada questão só pode ser combatida por meio de um único recurso.

Ademais, cumpre transcrever a regra prevista no art. 473 do Código de Processo Civil, que proíbe a apreciação de questão decidida sobre a qual operou-se a preclusão: *“é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”*.

Sobre o assunto, os doutrinadores Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam:

Preclusão. É a perda da faculdade de praticar ato processual. Pode ser temporal, prevista na norma sob comentário, mas também lógica ou consumativa. A preclusão tem como destinatários principais as partes, mas também incide sobre os poderes do juiz, que não pode decidir novamente questões já decididas (CPC 473), salvo as de ordem pública, que não são atingidas pela preclusão.

Preclusão temporal. Ocorre quando a perda da faculdade de praticar ato processual se dá em virtude de haver decorrido o prazo, sem que a parte tivesse praticado o ato, ou tenha praticado a destempo ou de forma incompleta ou irregular (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 578).

Nesse sentido, colhem-se os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CONDENATÓRIA C/C ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO FORMULADO NA PEÇA CONTESTATÓRIA. PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL ANTERIOR IMPUGNADO A TEMPO E MODO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. RECURSO NÃO CONHECIDO. **O agravo de instrumento interposto contra decisão que, ao analisar pedido de reconsideração formulado na peça contestatória, apenas confirma pronunciamento anterior que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, já impugnado pela mesma espécie de recurso, não merece ser conhecido, haja vista a ocorrência da preclusão consumativa.** (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.011720-9, da Capital, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 06-09-2012 – grifo meu).

[...] **“Não pode a parte recorrente, traçando caminho diverso, pretender aquilo que não alcançara com a INTERPOSIÇÃO do AGRAVO anterior. Uma vez protocolizado o recurso, ocorre para a parte PRECLUSÃO CONSUMATIVA, não podendo a matéria ser objeto de outro recurso”.** (TJSC - AI n. 2007.008756-0, Rel. Des. Substituto Jaime Luiz Vicari, j. em 14/06/2007). (TJSC – Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em AI n. 2009.011286-9, de Palhoça, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. em 12/04/2010 – grifo meu).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL SECURITÁRIA. INVERSÃO DE ÔNUS DE PROVA E APLICAÇÃO DO CDC. PRECLUSÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO, NESTA PARTE. A norma proíbe a rediscussão de questão já decidida no mesmo processo, sob o fundamento da preclusão. As questões dispositivas decididas no processo não podem ser reapreciadas pelo juiz. A preclusão indica a perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei (preclusão temporal), ou, pelo fato de já havê-la exercido (preclusão consumativa), ou, ainda, pela prática de ato incompatível com aquele que se pretenda

exercitar no processo (preclusão lógica) (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado: 7. ed., RT, 2003, p. 805 e 809). (TJSC – Agravo de Instrumento n. 2008.068640-2, de Palhoça. Relator: Des. Carlos Prudêncio. Julgado em 25/09/2009).

AGRAVO INOMINADO DO ARTIGO 557, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO - MATÉRIA DE FUNDO JÁ DEBATIDA EM OUTRO RECURSO DA MESMA ESPÉCIE - PRECLUSÃO CONSUMATIVA. O conteúdo da interlocutória do Juízo a quo, que já foi objeto de recurso, não pode ser atacado novamente, pela mesma parte, em outro agravo de instrumento, ainda que este segundo recurso impugne nova decisão da Autoridade Judiciária. Estes são os efeitos da preclusão consumativa, que impedem que o litigante ressuscite questões já decididas pelo juiz. (TJSC – AI n° 2006.040796-5, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. em 08/03/2007 – grifo meu).

Dessa forma, o agravo de instrumento não preencheu os requisitos de admissibilidade e por isso, acertadamente, teve seu seguimento negado.

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

Agravo (§ 1º do art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2015.079983-5/0001.00, de Urubici

Relator: Des. Artur Jenichen Filho

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ANTE SUA INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NO ÚLTIMO DIA DO PRAZO APÓS O TÉRMINO DO EXPEDIENTE FORENSE. PLANTÃO JUDICIAL. RECURSO INTEMPESTIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 172, 3º, DO CPC.

Segundo entendimento desta Corte, o protocolo de petições e recursos deve ser efetuado dentro do horário do expediente forense regulado pela lei de organização judiciária local. 2. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 667918 PI 2015/0042157-9, Rel: Ministro Mauro Campbell Marques, j. 5.5.2015 – grifei). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2015.079983-5/0001.00, da Comarca de Urubici (Vara Única), em que é agravante Banco do Brasil S/A, e agravado Osni Stange:

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 28 de janeiro de 2016, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cláudia Lambert de Faria.

Florianópolis, 28 de janeiro de 2016.

Artur Jenichen Filho

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo (art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil) interposto por Banco do Brasil S/A, contra decisão monocrática de fl. 321-323, que negou seguimento ao recurso pela sua intempestividade.

Aduz a parte recorrente que a negativa é descabida, pois entende que o protocolo após o horário de expediente não fere as disposições do § 3º do art. 172 do CPC, vez que o Tribunal mantém o setor de protocolo em funcionamento.

Cita que os processos eletrônicos permitem o protocolo até as 24h e requer a flexibilização da regra, para estender esse horário também aos processos físicos.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O agravo de instrumento objeto do presente recurso deve ser considerado intempestivo porque foi protocolado no último dia do prazo recursal, fora do expediente forense, durante o plantão judiciário, em afronta ao que dispõe o art. 172, § 3º, do Código de Processo Civil.

Apesar do Tribunal manter o funcionamento do setor de protocolo, conforme foi apontado pela parte agravante, após o horário do expediente forense ele funciona apenas em regime de Plantão Judicial, seguindo o disposto no Ato Regimental n. 107/2010-TJ, assim como ocorre com outros setores, que devem atender exclusivamente às

matérias determinadas no art. 2º da norma supracitada. Não é o caso dos presentes autos.

Da análise dos autos constata-se que a agravante fora intimada da decisão agravada de fl. 299-308, na data de 26.10.2015, conforme certidão de fl. 312, de modo que o lapso de 10 (dez) dias para a interposição do agravo de instrumento expirou na data de 5.11.2015, e nesse mesmo dia fora protocolado às 21h5min, após o encerramento do expediente normal de trabalho (que encerra às 19h, conforme art. 1º da resolução n. 07/2006 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina) e estranhamente recebido em regime de plantão.

Dessa forma, o recurso de agravo de instrumento proposto pela recorrente é manifestamente intempestivo, conforme bem define a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO FORA DO HORÁRIO DO EXPEDIENTE FORENSE. INTEMPESTIVIDADE. **1. Segundo entendimento desta Corte, o protocolo de petições e recursos deve ser efetuado dentro do horário do expediente forense regulado pela lei de organização judiciária local.** 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 667918 PI 2015/0042157-9, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, j. 5.5.2015 - grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO APÓS ENCERRAMENTO DO HORÁRIO DE EXPEDIENTE. INTEMPESTIVIDADE. **1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que é intempestivo o recurso interposto no último dia do prazo após o encerramento do horário de expediente. Precedentes.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no Ag n. 955824 MG 2007/0189385-0, Rel. Min. Raul Araújo, j. 28.5.2013 – grifei).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO APÓS O

TÉRMINO DO EXPEDIENTE FORENSE. INTEMPESTIVIDADE. ARTS. 172, § 3º, DO CPC. - A protocolização de petições e recursos deve ser efetuada dentro do horário de expediente regulado pela lei local, ao teor do art. 172, § 3º, do CPC. Na hipótese, protocolada a apelação após o encerramento do expediente, no último dia do prazo recursal, no regime do plantão judiciário, é intempestivo o recurso interposto agravado. - Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp: 114755 PI 2012/0018044-8, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 2.8.2012).

Nesse sentido também já decidiu este Tribunal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CAUSÍDICO QUE INTERPÕE RECURSO POR MEIO DE FAX, APÓS O HORÁRIO DO EXPEDIENTE DO TRIBUNAL, NA DATA FINAL DO PRAZO. INTEMPESTIVIDADE. “Conforme se verifica do artigo 172, § 3º, do Código de Processo Civil, as petições submetidas a prazo deverão ser protocoladas no horário do expediente forense, regulamentado pela lei de organização judiciária local. Na hipótese, **protocolado após o encerramento do expediente no último dia do prazo recursal, intempestivo é o agravo de instrumento**” (AgRg no Ag 655.109/PI, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 18.8.2005, DJ 14.11.2005) **EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.** (TJSC, ED n. 2009.046190-6, Rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. 16.6.2010 – grifei).

APELAÇÃO CÍVEL. PLEITO DE ADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM SERVIÇO DE TELEFONIA. PROTOCOLO NOS CORREIOS APÓS O TÉRMINO DO EXPEDIENTE FORENSE. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

‘Não pode ser conhecido, por intempestivo, o recurso interposto, por telefax, após o encerramento do expediente forense do último dia do prazo legal e que, por sobre isso, contém apenas duas laudas de um total de nove do original apresentado posteriormente’ (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.024104-8, de Imaruí. Relator: Juiz Newton Janke. j. em: 6/11/2003)” (AC n. 2008.041066-9, de Capivari de Baixo, Rel. Des. Substituto Rodrigo Antônio, j. em 21.8.2008).

Da mesma, os demais Tribunais estaduais pátrios:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTEMPESTIVIDADE. PROTOCOLO EFETUADO NO ÚLTIMO DIA DO PRAZO, MAS FORA DO HORÁRIO DE EXPEDIENTE FORENSE, ÀS 18H03MIN. RECURSO INTEMPESTIVO PELA INOBSERVÂNCIA DO ART. 172, § 3º, CPC. PRECEDENTES DO TJRS E DO STJ. NEGADO SEGUIMENTO, POR DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento N° 70060612801, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 11/07/2014) (TJRS, AI n. 70060612801, Rel. Mylene Maria Michel, j. 11.7.2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPESAS CONDOMINIAIS. COBRANÇA. Recurso enviado por fax no último dia do prazo e fora do horário de expediente forense. Agravo de Instrumento intempestivo. Recurso não conhecido. (TJSP, AI n. 990103979508, Rel. Des. Felipe Ferreira, j. 15.9.2010).

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – RECURSO INTERPOSTO NO PLANTAO JUDICIAL – ÚLTIMO DIA DO PRAZO – INTEMPESTIVO – ART. 172, 3º DO CPC – NAO CONHECIMENTO. Conforme se verifica do artigo 172, 3º, do Código de Processo Civil, as petições submetidas a prazo, como é o caso dos recursos, deverão ser protocoladas no horário do expediente forense. Na hipótese, protocolado após o encerramento do expediente no último dia do prazo recursal, intempestivo é o recurso. Decisão unânime. (TJPI, AI n. 201000010013048, Rel. Des. Brandão de Carvalho, j. 13.10.2010).

Não há que se falar em flexibilização da norma para estender o horário do peticionado nos processos físicos até às 24h, como ocorre com os processos virtuais, tendo em vista que tal entendimento importaria na ampliação do expediente forense o que geraria custos adicionais.

Ressalta-se que durante o Plantão Judicial os setores deste Tribunal operam com número reduzido de funcionários.

Logo, inarredável o reconhecimento da intempestividade.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Agravo (§ 1º do art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2016.004290-4/0001.00, de Criciúma

Relator: Des. Artur Jenichen Filho

AGRAVO (“ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”). INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO POR EXTEMPORANEIDADE. ALEGAÇÃO DE PROTOCOLIZAÇÃO VIA POSTAL ORDINÁRIA. EXEGESE DO ART. 6º DA RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 4/05 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CÓPIA DO COMPROVANTE DE POSTAGEM “AR” COLACIONADO TÃO SOMENTE NA OPORTUNIDADE DE INTERPOSIÇÃO DO RECLAMO VISANDO ATACAR A MONOCRÁTICA QUE CONSTATOU TAL IRREGULARIDADE. INVIABILIDADE DE SUPRESSÃO DE DEFEITO VERIFICADO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N.º 2 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO INTERPOSTOS SOB A ÉGIDE DO CPC DE 1973. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO PRIMAZIA DA SOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 4º DO CPC/2015).

“A parte que, ao escolher se utilizar dos correios para enviar recurso ao juízo competente, deve fazer constar o comprovante de envio para a análise da tempestividade. Inexistente tal alerta deve-se utilizar como paradigma a data constante no carimbo mecânico do cartório responsável pelo seu recebimento”. In Embargos de Declaração em Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento nº 2015.061784-9/0001.01, de Lages.

Compete ao agravante a formação perfeita e completa do instrumento, sendo-lhe vedado, posteriormente, suprir defeito outrora constatado no momento de interposição do recurso inaugural. Pretendendo o recorrente comprovar a tempestividade de seu inconformismo remetido via postal, deveria este ter colacionado o respectivo comprovante de envio juntamente com as originárias razões de insurgência, sob pena

de ver inacolhida, de plano, sua pretensão recursal. (TJSC, Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2007.054648-0, de São Miguel do Oeste, Rel. Des. ROBSON LUZ VARELLA, j. 10.7.2008).

A prova da tempestividade em casos assim se faz com a anexação do comprovante de postagem emitido pelos Correios à primeira lauda do recurso apresentado, conforme o disposto no art. 6º da Resolução Conjunta n. 04/05 deste e. TJSC. (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2011.080391-2, Rel. Domingos Paludo, j. 23.2.2012).

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Enunciado Administrativo n.º 2 do STJ.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2016.004290-4/0001.00, da Comarca de Criciúma (Vara da Família), em que é agravante F. S. de M., e agravada G. V. de M.:

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos, Presidente, e Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, Revisor.

Florianópolis, 19 de maio de 2016.

Artur Jenichen Filho

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo (art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil) interposto contra a decisão monocrática de fl. 92-93, que negou seguimento ao agravo de instrumento em razão da intempestividade.

Alega a parte agravante, em síntese, que o agravo de instrumento foi interposto por intermédio do protocolo dos correios, tempestivamente.

Este é o relatório.

VOTO

Em análise da decisão monocrática agravada, percebo que essa não merece reforma, posto que corretamente aplicada ao caso concreto a norma de regência.

Do exame dos autos, verifica-se que o agravante foi intimado da decisão vergastada em 7.1.2016 (fl. 64), durante a suspensão de prazo ocorrida entre 20 de dezembro de 2015 e 17 de janeiro de 2016. Portanto, conforme o disposto no art. 184 do CPC, considera-se o agravante intimado no dia 18.1.2016, com o início do prazo em 19.01.2016 (terça-feira).

Não obstante, o prazo final para interposição do recurso ter sido no dia 28.1.2016 (quinta-feira), o presente recurso foi protocolado em 29.1.2016 (sexta-feira), logo, de forma extemporânea.

Alega a agravante que o agravo teria sido tempestivamente protocolado no dia 27.1.2016, por meio dos correios, o que pretendeu provar a partir da juntada da cópia dos comprovantes de fl. 79/80 (cartão do “AR” e histórico do rastreamento de correspondência SEDEX), os quais não acompanharam originariamente o recurso.

Não deixa dúvidas o art. 6º da Resolução Conjunta n. 4 de 2005:

Art. 6º. A comprovação do depósito da petição à EBCT será feita por documento próprio expedido pela empresa responsável pelo recebimento das correspondências. **Este comprovante servirá para aferição da tempestividade no cumprimento dos atos processuais e deverá ser anexado à primeira lauda da petição e/ou recurso apresentado (grifei).**

Parágrafo único. Na cópia da petição ou do recurso apresentado nos Correios, deverão ser especificados, por meio de carimbo-dador, horário e data de recebimento, com identificação da agência recebedora e do funcionário atendente (nome e número da matrícula).

Colhe-se dos julgados:

AGRAVO(ART.557,§1º,DOCP)EMAGRAVODEINSTRUMENTO - INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO RECURSO EM RAZÃO DA INTEMPESTIVIDADE DO RECLAMO - **POSTAGEM DO RECURSO ATRAVÉS DOS CORREIOS - COMPROVANTE ACOSTADO AOS AUTOS SOMENTE COM A INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS - ÔNUS DA PARTE NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.** “[...] Pretendendo o recorrente comprovar a tempestividade de seu inconformismo remetido via postal, deveria este ter colacionado o respectivo comprovante de envio juntamente com as originárias razões de insurgência, sob pena de ver inacolhida, de plano, sua pretensão recursal. (TJSC - Agravo em Agravo de Instrumento n. 2007.054648-0/0001.00, de São Miguel do Oeste, Rel. Des. Substituto ROBSON LUZ VARELLA, j. em 10.7.2008). (TJSC, Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2013.071264-8, de Joinville, Rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, j. 23.1.2014 – grifei).

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO INTEMPESTIVO. PROTOCOLO POSTAL INTEGRADO. COMPROVANTE DE POSTAGEM ANEXADO À PRIMEIRA LAUDA DO RECURSO,

SEM IDENTIFICAÇÃO DO FUNCIONÁRIO ATENDENTE (ASSINATURA E MATRÍCULA) E CARIMBO-DATADOR. ART. 6º DA RESOLUÇÃO CONJUNTA N. 04/05 DESTE TJSC. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIR A TEMPESTIVIDADE. RECURSO DESPROVIDO. **A prova da tempestividade em casos assim se faz com a anexação do comprovante de postagem emitido pelos Correios à primeira lauda do recurso apresentado, conforme o disposto no art. 6º da Resolução Conjunta n. 04/05 deste e. TJSC.** Inobservado o prazo de dez dias, contados da data da intimação da decisão, para interposição do agravo, nega-se-lhe seguimento. (TJSC, Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2013.054685-0, de Caçador, Rel. Des. Domingos Paludo, j. 23.1.2014 – grifei).

É de se considerar que o agravo de instrumento, ao menos no momento de sua interposição, efetivamente não preencheu os requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual é de ser mantida a decisão interlocutória agravada.

Saliento que a admissibilidade de ambos os recursos se deu na égide do CPC/1973, razão pela qual não se aplicará o princípio da primazia de julgamento do mérito, previsto no art. 4º do CPC/2015, inclusive por orientação do Superior Tribunal de Justiça, que assim manifestou-se, por intermédio do enunciado administrativo n.º 2.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

Apelação Cível n. 2014.072124-8, de Itá

Relator: Des. Subst. Rubens Schulz

APELAÇÃO CÍVEL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. DESTTUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL PRATICADO PELO GENITOR. CIÊNCIA DA GENITORA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. DESTTUIÇÃO EM RELAÇÃO AO GENITOR E SUSPENSÃO EM RELAÇÃO À GENITORA.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE DESTTUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DE AMBOS OS PAIS BIOLÓGICOS.

RECURSO DOS REQUERIDOS. REQUERIMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DA LIDE E IMEDIATA REINserÇÃO DOS FILHOS NO ÂMBITO FAMILIAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DE ABUSO SEXUAL E INVENÇÃO DOS FATOS.

PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL EM RELAÇÃO A FILHA QUE ATINGIU A MAIORIDADE CIVIL DURANTE A TRAMITAÇÃO DA DEMANDA. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR. EXEGESE DO ARTIGO 1.635, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO, NESTE PONTO.

MÉRITO. ABUSOS PERPETRADOS COM A CONVIVÊNCIA DA GENITORA. ATOS DELATADOS PELAS FILHAS. INÉRCIA DA MÃE FRENTE À VIOLÊNCIA. OPÇÃO PELO CONVÍVIO COM O MARIDO. EXPOSIÇÃO E PERMANÊNCIA DAS FILHAS MENORES COM O PAI ABUSADOR. CONSUMO EXCESSIVO DE ÁLCOOL E MAUS-TRATOS QUE AGRAVAM A SITUAÇÃO. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMPROVADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.638, INCISOS I E II, DO CÓDIGO

CIVIL. INSERÇÃO AO CONVÍVIO MATERNO E PATERNO INVIÁVEL. SENTENÇA REFORMADA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO A AMBOS OS GENITORES DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO.

RECURSOS CONHECIDOS EM PARTE, E NESTA, PROVIDO O DO MINISTÉRIO PÚBLICO E IMPROVIDO O DOS RÉUS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.072124-8, da comarca de Itá (Vara Única), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelados V. R. M. e outro:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, extinguir o feito, sem resolução de mérito, em relação à M. L. C. M, que atingiu a maioria civil no curso da tramitação processual, resultando na perda superveniente do interesse de agir, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC; e, conhecer em parte do apelo, para, nesta fração, conceder provimento ao recurso do Ministério Público, decretando-se a perda do poder familiar de ambos os genitores em relação aos filhos S. T. C. M, G. D. C. M. e L. G. C. M., e negar provimento ao recurso dos réus.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. João Batista Góes Ulysséa, presidente com voto, e Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, como revisor.

Chapecó, 15 de fevereiro de 2016.

Rubens Schulz

RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da Vara Única da comarca de Itá o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou Ação de Destituição do Poder Familiar em face de V. R. M. e S. G. C.

Alega que os requeridos são pais biológicos dos infantes M. L. C. M. (nascida em 11.12.1996), S. T. C. M. (nascida em 19.10.1999), G. D. C. M (nascido em 22.4.2004) e L. G. C. M. (nascida em 25.8.2007) porém descumpriram com os deveres inerentes ao poder familiar em relação aos filhos.

Afirma que o requerido abusou sexualmente das filhas e que a requerida, ciente dos atos praticados pelo companheiro, além de não ter defendido as menores, permitiu que o abusador castigasse a adolescente pelo relato.

Menciona que a genitora jamais poderia ter ignorado fatos de tamanha gravidade, principalmente se deles tomou conhecimento.

Acrescenta que além da violência sexual foi constatado que os requeridos cometeram atos de maus-tratos e são dependentes alcoólicos

Pretende a decretação da destituição do poder familiar dos requeridos.

Decisão interlocutória de fls. 54-56 decretou liminarmente a suspensão do poder familiar dos genitores.

Relatório Social acostado às fls. 57-62.

Relatório Interdisciplinar juntado às fls. 63-68.

Estudo Social acostado às fls. 77-92.

Citados, os requeridos contestaram a ação impugnando os fatos narrados na inicial. Alegaram que o genitor jamais realizou qualquer

tipo de abuso contra os filhos. Destacaram que os exames realizados nada constataram e que o depoimento infantil deve ser recebido com ressalvas. Requerem a improcedência do pedido e a imediata reintegração dos menores no seio familiar.

Estudo Social na residência da tia e avó maternas realizado às fls. 152-157.

Estudo social na residência dos requeridos acostado às fls. 163-170.

Realizada audiência de instrução e julgamento, com a oitiva de testemunhas (fls. 171-177 e 209).

Relatório de Acompanhamento Familiar juntado às fls. 179-181 e Relatório Informativo às fs. 182-185.

Às fls. 214-216 foi juntada decisão de ação de medidas protetivas revogando o acolhimento institucional e concedendo a guarda dos menores à tia materna.

Relatório informativo às fls. 228-229.

Alegações finais apresentadas.

Relatório Social às fls. 254-258

Às fls. 259-274 foi proferida sentença julgando parcialmente procedente o pedido para destituir do poder familiar o genitor e suspender do poder familiar a genitora em relação aos filhos.

Irresignadas, as partes apelaram da sentença. O Ministério Público requerendo a destituição do poder familiar de ambos os cônjuges e os requeridos pretendendo a improcedência do pedido.

Contrarrazões apresentadas.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo.

Sr. Dr. Vânio Martins de Faria, pelo conhecimento dos recursos mas provimento apenas da insurgência interposta pelo Ministério Público.

Este é o relatório.

VOTO

Pretendem os recorrentes a reforma da sentença que decretou a destituição do poder familiar do genitor e a suspensão em relação à genitora em relação aos filhos.

O Ministério Público pleiteia a destituição do poder familiar de ambos os cônjuges, enquanto os genitores requerem a improcedência da lide.

Inicialmente, destaca-se que a filha M. L. C. M. (nascida em 11.12.1996) atingiu a maioridade civil no decorrer da tramitação processual, o que configura a perda superveniente do interesse de agir, provocando a extinção do poder familiar dos demandados, nos termos do artigo 1.635, inciso III, do Código Civil.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR JULGADA PROCEDENTE. INCONFORMISMO DA MÃE. DEMANDA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DA GENITORA DA ADOLESCENTE. VÍTIMA QUE ALCANÇA A MAIORIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.635 DO CÓDIGO CIVIL. CESSAÇÃO DO PODER FAMILIAR. PERDA DE UTILIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL PERSEGUIDO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR SUPERVENIENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. ART. 267, VI, DO CPC. RECURSO PREJUDICADO (Apelação Cível n. 2008.071283-1, de Santa Rosa do Sul, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 9-7-2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER

FAMILIAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DOS GENITORES. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. FILHA QUE ATINGIU A MAIORIDADE CIVIL NO DECURSO DA DEMANDA. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR. ART. 1.635, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NESTE PONTO. Tendo uma das filhas adolescentes dos Réus atingido a maioridade civil no curso do processo de destituição do poder familiar, revela-se pertinente a extinção do feito, sem resolução de mérito, em relação a ela, pela perda superveniente do interesse processual, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. MANUTENÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL. IMPOSSIBILIDADE. ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE ABANDONO MORAL, EDUCACIONAL, MATERIAL E AFETIVO. GENITORES QUE FAZEM USO ABUSIVO DE ÁLCOOL. RESISTÊNCIA AO TRATAMENTO. ALICIAMENTO DA FILHA À PROSTITUIÇÃO PELOS GENITORES. ARTS. 1.637, *CAPUT*, E 1.638, INCISOS II E III, DO CÓDIGO CIVIL. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. INTERESSE DA ADOLESCENTE NO CASO CONCRETO. ADOLESCENTE PRÓXIMA DE ATINGIR A MAIORIDADE CIVIL E PERMANÊNCIA SOB A GUARDA DE IRMÃ MAIS VELHA. SENTENÇA REFORMADA APENAS NESTE ASPECTO. A suspensão ou a destituição do poder familiar são medidas extremas que devem ser aplicadas apenas quando verificada a impossibilidade de manutenção da autoridade parental dos genitores. Assim, o uso abusivo de álcool pelos pais e o aliciamento da própria filha à prostituição, além do uso de drogas, com esta permanecendo em situação de abandono moral, intelectual, afetivo e material, como distante do desenvolvimento sadio, inviabiliza a manutenção da autoridade parental deles. Todavia, ainda que graves os fatos perpetrados pelos pais, pertinente a suspensão do poder familiar e, desta forma, resguardar-se o interesse da menor, visto que garantida a sua permanência sob a guarda de membro da família extensa, além de sua aproximação com a maioridade civil. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA FRAÇÃO, PROVIDO PARCIALMENTE. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.073991-5, de Turvo, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 30-07-2015).

Desse modo conheço dos recursos apenas em parte.

No mérito, tocante aos demais filhos menores, extrai-se dos autos nítida afronta aos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e, em especial, à criança, representando verdadeira violação ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social dos infantes tutelados na presente ação.

Neste sentido, destaca-se o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Além disso, dispõe o artigo 227 da Constituição Federal ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, o que, por si só, justifica e fundamenta a procedência do pedido inicial formulado pelo Ministério Público.

No caso, as crianças, desde a mais tenra idade, foram submetidas à maus-tratos, exposição ao excessivo consumo de álcool, assédio e abuso sexual do próprio pai, com a ciência da genitora.

Tais fatos foram minuciosamente narrados no Inquérito Policial de fls. 19-47 e também constam dos relatórios e estudos sociais acostados aos autos.

No Relatório Social de fls. 57-62 uma das adolescentes afirma ter “muito medo de ficar em casa, devido as constantes brigas familiares, uso de álcool por parte dos genitores [...]. Por várias vezes relatou medo da convivência familiar, mas que devido ao amor que sente pelas irmãs, se sujeita a continuar vivendo da mesma maneira”. Narraram as menores os casos de abuso do pai cujas abordagens aconteciam geralmente “quando a mãe por motivos de saúde, era hospitalizada”. Destacaram que uma das adolescentes “em uma discussão falou para a mãe que o pai estava tentando abusar da irmã menor, da mesma forma como havia abusado das maiores, por este motivo a mãe parou de falar com as filhas e tornou-se agressiva com as mesmas, acredita que a mãe contou para o pai esses fatos, pois o pai por motivo fútil espancou M.”. Por outro lado, a genitora, ao ser questionada acerca da denúncia de violência “reagiu negativamente, afirmou ser mentira, que conhecia seu esposo e garantia que ele nunca havia faltado com respeito com suas filhas”. Há também relato de suspeita de que a irmã mais velha F. também tenha sofrido abusos do pai.

O Relatório Interdisciplinar de fls. 63-68 traz apontamento importante sobre o reflexo do abuso sofrido pelas crianças e da omissão da genitora: “Na maioria das vezes as crianças vítimas de violência sexual sentem-se desprotegidas pelo outro responsável, habitualmente a mãe, que permitiu a aproximação do abusador, e inseguras, pois imaginam que não serão ouvidas ou acreditadas, além de envergonhadas, por isso acabam calando-se, muitas vezes por toda a vida. Mas ao tomar conhecimento que a irmã caçula L. também estaria passando pela mesma situação já vivenciada por ambas, optaram por não mais calar-se, e S. resolveu relatar a diretora da escola, Sra. Rosmeri, o que acontecia em casa, que prontamente fez a denúncia ao Conselho Tutelar. [...] Essa forma de violência doméstica usualmente acontece de forma repetitiva, insidiosa, sem que a criança tome, inicialmente, consciência do ato abusivo do adulto, que a coloca como provocadora e participante, levando muitas

vezes a crer que ela é a culpada”. De fato, a genitora “hesitou em acreditar no relato das filhas, chegou a falar que elas destruíram a família, e que se algo acontecesse com ela seria culpa das filhas. A denúncia de abuso foi confirmada pela irmã mais velha: “Na triagem com a Equipe Técnica quando questionada sobre os abusos acima relatados pelas irmãs, relatou ter conhecimento parcial dos fatos, e que há cerca de quatro anos atrás Maria teria a procurado para relatar que estava sendo abusada [...]”. Esta também mencionou ter sofrido abuso pelo avô paterno e agressões físicas do pai, com ciência pela genitora: “narra ter sido abusada sexualmente pelo avô paterno [...] na época ela relatou o ocorrido para a mãe, que não a deixou mais sozinha com o avô. Quanto as agressões físicas efetuadas pelo pai, Fátima afirma que ele é agressivo, e que ela apanhou dele há poucos meses atrás [...]. O modo como ele agrediu Fátima se assemelha com o ocorrido com Maria, ele lhe deu socos, e puxões de cabelo, deixando hematomas”.

Os fatos narrados evidenciam com detalhes os abusos e maus-tratos reiterados sofridos pelas crianças e a convivência materna, sendo que em razão da omissão da genitora sofreram e suportaram a violência calados até que os atos começaram a ser praticados com a irmã caçula. E, mesmo assim, diante da pressão realizada pelos genitores sentiram-se culpados e amedrontados por terem denunciado os fatos, manifestando receio das consequências que a delação poderia gerar contra eles próprios e também contra seus pais, mencionando, inclusive, receio de suicídio dos genitores.

Ou seja, a violência perpetrada pelos genitores transcendeu a física imediata e se estendeu gravemente à psicológica, impondo aos filhos a culpa por terem “destruído a família”.

Além disso, há menção no Estudo Social de fl. 77-92 de embriaguez de mãe e da relação que mantém com os filhos: “Convém mencionar que na data de 17.06 realizamos visita domiciliar entre às 14h e 15h e

na ocasião Sra. S. se encontrava alcoolizada. Nesta ocasião mencionou que quer todos os filhos de volta ao seu convívio e afirmou várias vezes que precisa de M. e S. para realizar os trabalhos domésticos que ela se encontra impedida de fazer em decorrência de seu problema de coluna. Pelas filhas maiores não realizou nenhuma manifestação de afeto, apenas pelos filhos menores”. Há relatos de que a genitora “já tentou suicídio por duas vezes”. O Parecer Técnico concluiu: “que os relatos das adolescentes trazem evidências de que realmente houve o assédio/abuso sexual por parte do pai com as filhas. O histórico social demonstra a existência de problemas de saúde física, emocional e de ordem social, com o agravante de quadro de alcoolismo dos pais. [...] ficou evidente que os genitores utilizavam de violência física como forma de conduzir o processo socioeducativo dos filhos. A genitora demonstrou ser passiva às ações do companheiro e usa problemas de saúde que apresenta como forma de não exercer seu papel na família.”.

E, mesmo após o acolhimento, a genitora culpou as filhas pelas denúncias.

Extrai-se do Relatório Informativo de fls. 101-102: “Durante a ligação a mãe mostrou um comportamento de revolta e agressividade [...]. [...] a mãe falou que a culpa delas estarem institucionalizadas era somente delas, que inventaram toda essa história de abuso, e que o fato nunca ocorreu, afirmou ainda acreditar no pai, chamando-as várias vezes de mentirosas”.

As demais provas constantes dos autos apenas confirmam o acima exposto, o que força a concluir que ambos os genitores atentaram quanto ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que no seu artigo 5º traz: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Ressalta-se que, apesar da destituição do poder familiar ser medida extrema e deve ser aplicada apenas quando verificada a impossibilidade de manutenção da autoridade parental com os genitores, o caso em análise deve resguardar, precipuamente, os interesses das crianças, considerando que seus direitos mais básicos foram violados por ambos os genitores.

Acerca da matéria, ensina Maria Berenice Dias:

A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva. Para Waldyr Grisard, tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual ou socialmente. A autoridade parental é o veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-los à autonomia responsável (Manual de Direito das Famílias. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 378).

Já Guilherme Gonçalves Strenger leciona:

A razão primordial que deve presidir a atribuição da guarda em tais casos é o interesse do menor, que constitui o grande bem a conduzir o juiz, no sentido de verificar a melhor vantagem para o menor, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio (Guarda de Filhos, São Paulo: LTr, 1998, p. 56).

Portanto, está claramente caracterizada a ocorrência das hipóteses previstas no art. 1.638, incisos I e II, do Código Civil, que conduz à perda do poder familiar.

Neste sentido, a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA GENITORA. ABANDONO FÍSICO E MORAL CARACTERIZADO. INDÍCIOS DE ABUSO SEXUAL PERPETRADO NO ÂMBITO

FAMILIAR. MALOGRO DE MEDIDAS ADOTADAS PELO CONSELHO TUTELAR. REITERAÇÃO DE CONDUTAS QUE EM ÉPOCA RECENTE CULMINARAM COM IDÊNTICO DESFECHO. IMPOSSIBILIDADE DE PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO BIOLÓGICO. OBSERVÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DO *DECISUM* QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.006127-3, de Coronel Freitas, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. 10-06-2013).

APELAÇÃO CÍVEL. INFÂNCIA E JUVENTUDE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. ABUSO SEXUAL PRATICADO PELO PADRASTO. CONVIVÊNCIA DA GENITORA. NÃO COMPROVAÇÃO. VIOLAÇÕES QUE OCORRERAM SOMENTE NA AUSÊNCIA DA MÃE. ESTUDOS SOCIAIS FAVORÁVEIS. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR QUE NÃO MAIS ATENDE AO MELHOR INTERESSE DA MENOR. - A destituição ou suspensão do poder familiar é medida extrema e potencialmente lesiva ao desenvolvimento da criança e do adolescente, da qual só se deve lançar mão quando a violação aos direitos do infante justifique sua extirpação do seio familiar. - Não obstante a gravidade da violência sofrida pela infante no âmbito doméstico, ficou claro que os abusos perpetrados pelo padrasto ocorreram apenas na ausência da genitora e sem a sua convivência. Constatada em mais de um estudo social a capacidade da mãe para voltar a exercer o poder familiar, desejo este manifestado também pela criança, o pedido de suspensão mostra-se divorciado do melhor interesse da menina, devendo ser indeferido. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.037765-0, de Sombrio, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 11-06-2015).

A tese de que as adolescentes teriam inventado as acusações com o objetivo de terem mais liberdade vai totalmente de encontro com todas as provas colacionadas nos autos.

Aliás, o estudo social realizado na residência da tia materna, que possui a guarda dos menores, relata bom comportamento, sem qualquer

tipo de rebeldia ou atitude que pudesse prejudicar a harmonia familiar (fls. 254-257). A Assistente Social, inclusive, relata *“Durante a abordagem percebi que a relação deles transcorre com normalidade, respeito, comunicação, união, afeto, além da maturidade dos irmãos [...]”*.

Por fim, necessário destacar que, aliado ao fato de inexistir qualquer melhora no comportamento dos genitores durante o período de acompanhamento e acolhimento, houve tentativa de burlar o Poder Judiciário forjando uma separação, cujo fato foi relatado no Estudo Social de fls. 163-170: *“No mês de dezembro Sra. S. G. C. entrou com pedido de separação de corpos, planejando que com a saída do genitor do lar a prole pudesse retornar ao seu convívio. Como tal fato não ocorreu, Sr. V. R. M. retornou ao lar, levando-nos a concluir que tal separação foi uma forma de burlar a justiça para que a prole retornasse ao convívio dos genitores (a própria Sra. S. G. C. Nos fez tal declaração). [...] Em entrevista realizada com os genitores da prole em questão em data de 20.01 do corrente ano e visita domiciliar foi possível constatar que o casal continua convivendo conjuntamente. Sra S. G. C. Mencionou (chorando) que foi muito difícil ficar afastada do Sr. V. R. M., que jamais se separaram de fato e que de nada valeu o distanciamento dos dois, pois os filhos não retornaram para a casa.”*

No mesmo parecer concluiu a Assistente Social que: *“Através do Estudo Social empreendido conclui-se que a problemática da família mostra-se complexa: maus-tratos dos genitores; denúncia de abuso sexual que o Sr. V. R. M. teria cometido; alcoolismo de ambos os genitores (os quais não se percebem alcoolistas, conseqüentemente não se submetem a tratamento); genitora não protetiva para com os filhos e sim para com o companheiro; negação por parte da Sra. S. G. C. de que o companheiro tenha cometido violência sexual contra as filhas; o desejo manifesto pela Sra. S. G. C. de que o retorno dos filhos significaria que as adolescentes iriam ajudá-la nos afazeres domésticos (isto visto como uma obrigação)*

– não surgiu em seu discurso o desejo do retorno em função do vínculo afetivo que por ventura possa existir. [...] Isto posto, concluímos que o retorno dos irmãos à casa dos genitores fatalmente significaria uma repetição das mesmas situações de violência e de risco. Diante disso, entendemos que esta possibilidade deva ser prontamente descartada” (fls. 168-169).

Portanto, todas as provas convergem no sentido de que a destituição do poder familiar de ambos os genitores é medida aplicável ao caso.

Ante o exposto, o voto é no sentido de extinguir o feito, sem resolução de mérito, em relação à M. L. C. M, que atingiu a maioria civil no curso da tramitação processual, resultando na perda superveniente do interesse de agir, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC; e, conhecer em parte do apelo, para, nesta fração, conceder provimento ao recurso do Ministério Público, decretando-se a perda do poder familiar de ambos os genitores em relação aos filhos S. T. C. M, G. D. C. M. e L. G. C. M., e negar provimento ao recurso dos réus.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2013.040688-6, de São Miguel do Oeste

Relatora: Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EMPRESARIAL. SEGURADO PRINCIPAL QUE CEIFOU A PRÓPRIA VIDA (SUICÍDIO). PEDIDO INDENIZATÓRIO ADMINISTRATIVO NEGADO SOB O ARGUMENTO QUE A MORTE OCORREU DURANTE O PRAZO DE CARÊNCIA CONTRATUAL. OFENSA AOS ARTS. 797 E 798 DO CÓDIGO CIVIL. CAUSA DA MORTE QUE SE TRATA DE RISCO EXPRESSAMENTE EXCLUÍDO PELA APÓLICE. TESES INFUNDADAS. SEGURADORA QUE NÃO COMPROVOU A PREMEDITAÇÃO E A MÁ-FÉ DO SEGURADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. ARGUIÇÃO DE AUSÊNCIA DE COBERTURA SECURITÁRIA ANTE O DESRESPEITO À CARÊNCIA LEGAL E CONTRATUAL. INSUBSISTÊNCIA. ÔNUS DA SEGURADORA PROVAR A PREMEDITAÇÃO E MÁ-FÉ DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE DAS SÚMULAS 105 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E 61 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE AINDA ESTÃO EM VIGÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. ENTENDIMENTOS CONTRÁRIOS QUE AINDA NÃO SE CONSOLIDARAM NA CORTE SUPERIOR QUANTO A ANÁLISE DO CRITÉRIO OBJETIVO DO ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

I - “É ônus da seguradora produzir a prova da premeditação inequívoca do suicídio cometido pelo segurado caso pretenda afastar o direito à indenização securitária, mesmo porque o art. 798 do Código Civil de 2002 não alterou o entendimento consagrado nas Súmulas 105/STF e 61/STJ (AgRg no AREsp n. 418622/SC, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 17.11.2015).”

II - “A norma [do art. 798 do CC/02] é surpreendente e nada feliz, porque estabeleceu uma espécie de suicídio com prazo de carência, inovando em

uma matéria que já estava muito bem equacionada pela doutrina e pela jurisprudência. Essa norma também, se for interpretada literalmente, levar-nos-á a verdadeiros absurdos. Se a finalidade do legislador foi a de afastar a premeditação, acabou apenas por estabelecer um prazo maior para ela. Agora será preciso planejar o suicídio com mais de dois anos de antecedência, de sorte que se o suicídio ocorrer depois disso presume-se que não houve premeditação. Mas se ocorrer antes, ainda que o suicida seja um infeliz, com profunda depressão, em estado de alucinação etc., mesmo assim, se a norma for aplicada literalmente, não haverá indenização (Cavaliere Filho, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, 4ª ed., p. 426, 433 e 437).”

RECURSO ADESIVO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. POSSIBILIDADE PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.040688-6, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara Cível), em que é apte/rdoad Marítima Seguros S/A, e apda/rtead Ana Gabriel Sertorio:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, após verificação da divergência, em julgamento realizado na forma do artigo 942, *caput* e § 1º do CPC, por unanimidade, conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento; por maioria de votos, conhecer do recurso adesivo e, por votação unânime, dar-lhe provimento para majorar os honorários de sucumbência para 20%. Custas legais. Vencidos os Desembargadores Luiz Antônio Zanini Fornerolli e Hildemar Meneguzzi de Carvalho que não conhecem do recurso em relação ao pedido da majoração da verba honorária, com declaração de voto no tocante.

O julgamento, realizado no dia 21 de março de 2016, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador João Batista Góes Ulysséa, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores

Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch, Desembargador Rubens Schulz e Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli.

Chapecó, 21 de março de 2016.

Hildemar Meneguzzi de Carvalho

RELATORA

RELATÓRIO

Ana Gabriel Sertorio ajuizou Ação de Cobrança contra Marítima Seguros S/A, alegando, em síntese, que o seu filho, Tiago Gabriel, veio a óbito em 23.10.2010 devido a um suicídio. Asseverou que é beneficiária de um contrato de seguro de vida em que seu filho figurava como segurado principal, uma vez que se trata de um seguro na modalidade empresarial, o qual fora contratado pela empresa empregadora do falecido (COOP CLAA S M OESTE SICOOB SM SC), com vigência de 1º.6.2010 até 30.4.2011, apólice n. 80.001931.

Ressaltou que realizou o pedido administrativo do seguro, contudo, não obteve êxito, pois, segundo a resposta administrativa da ré, o suicídio fora cometido durante a carência contratual de dois anos, o que é excluído pela apólice contratual.

Requeru, pois, a condenação da seguradora no pagamento da indenização relacionada a morte do segurado no valor de R\$ 25.000,00 e do pagamento do auxílio funeral no valor de R\$ 3.000,00, acrescido de juros de mora e correção monetária.

A seguradora contestou o feito às fls. 25/41.

Houve réplica às fls. 43/48.

A apólice do seguro foi juntada somente às fls. 49/75.

A audiência conciliatória não obteve êxito (fl. 85).

A sentença, por sua vez, julgou os pedidos da autora procedentes, condenando a seguradora requerida no pagamento da indenização no valor de R\$ 28.000,00, acrescidos de correção monetária desde a data do óbito, bem como de juros de mora, contados da citação e honorários advocatícios na monta de 10% sobre o valor da condenação.

Não conformada, a seguradora interpôs recurso de apelação às fls. 93/105.

Em suas razões recursais, sustenta que o óbito do segurado ocorreu no prazo de carência contratual, que é de dois anos para o evento de suicídio e que, além disso, figura como risco expressamente excluído pela apólice, fato que afasta sua condenação ao pagamento da indenização, ressaltando, ainda, ser desnecessária a comprovação da premeditação por parte do segurador. Nesses termos é que requereu a reforma da sentença para que seja afastada sua condenação.

A apelada apresentou contrarrazões às fls. 107/111, a qual pugnou pela manutenção da sentença e, às fls. 112/114, interpôs recurso adesivo, oportunidade em que requereu a majoração dos honorários advocatícios para a monta de 20% sobre o valor da condenação.

Após, ascenderam os autos.

Este é o relatório.

VOTO

1.1 Da Admissibilidade recursal

Inicialmente, é preciso registrar que no último dia 18 de março de 2016 passou a vigor o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), o qual aplica-se imediatamente: “*Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973*”.

Entretanto, não se pode olvidar que a nova lei deve respeitar os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma processual revogada: “*Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*”.

A doutrina especializada explica melhor:

Vigência da lei processual. A lei processual tem vigência imediata e se aplica aos processos pendentes, mas rege sempre para o futuro [...]. Para justificar a aplicação da lei nova aos feitos pendentes, a doutrina fala em “retroatividade apenas na aparência” [...]. Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como *atos jurídicos processuais perfeitos*, estando protegidos pela garantia constitucional da CF 5.º XXXVI, não podendo ser atingidos pela lei nova (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 228).

No mesmo sentido:

A lei do recurso é a lei do dia em que se tornou recorrível a decisão. A abertura de prazo recursal dá lugar a uma situação jurídica pendente-aguarda-se a interposição ou não do recurso: O recorrente tem direito à observação do direito vigente à época da abertura do prazo recursal. Fora daí há ofensa a direito processual adquirido e efeito retroativo da legislação. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 113).

O Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 9 de março deste ano, editou alguns enunciados administrativos para disciplinar o direito intertemporal processual, com destaque ao enunciado número 2 (dois):

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973

(relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Feitos os devidos esclarecimentos e considerando que a decisão atacada foi proferida na vigência do CPC/1973, conheço do recurso, porquanto atende os requisitos de admissibilidade recursais (intrínsecos, que são o cabimento, a legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e extrínsecos, que são o preparo, a tempestividade e a regularidade formal).

2 Do recurso de apelação

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Marítima Seguros S/A contra a sentença que julgou os pedidos da apelada procedentes, condenando a seguradora no pagamento da indenização no valor de R\$ 28.000,00, acrescidos de correção monetária e juros de mora.

Em suas razões de recurso, sustenta a seguradora que há no contrato um prazo de carência de dois anos para o evento de suicídio e que, além disso, figura como risco expressamente excluído pela apólice, fato que afasta sua condenação ao pagamento da indenização, porquanto a morte do segurado ocorreu antes de escoado esse prazo carencial, ressaltando, ainda, ser desnecessária a comprovação da premeditação por parte do segurador.

Contudo, entendo, pois, que a sentença deve ser mantida.

Explico e fundamento.

Inicialmente, é preciso registrar que a discussão gravita tão somente acerca do suicídio cometido pelo segurado dentro do prazo de carência firmado no contrato.

Como é cediço, os artigos 797 e 798 do Código Civil dispõem ser

lícito a seguradora estipular um prazo de carência para o pagamento da indenização, bem como destacam que o beneficiário do capital segurado não tem direito a monta indenizatória caso o contratante-consumidor se suicide nos primeiros dois anos da vigência do contrato, vejamos:

Art. 797. No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro.

Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Registra-se que, na vigência do Código Civil de 1916, somente nos casos que houvesse comprovação da premeditação, ônus da seguradora, o pagamento da indenização, nos casos de suicídio no prazo de carência, poderia ser negado.

Ocorre que, a doutrina e a jurisprudência, com o passar dos anos, principalmente com a implementação das súmulas 105 do STF: “*Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro*” e 61 do STJ: “*O seguro de vida cobre suicídio não premeditado*”, ambas produzidas quando ainda vigia o código civilista de 1916, trouxeram ao ordenamento jurídico a necessidade da comprovação do suicídio premeditado.

Por conseguinte, a redação dos artigos 797 e 798 do atual Código Civil demonstra a verdadeira intenção do legislador em se evitar as fraudes contratuais, estipulando, assim, um prazo mínimo para que, nos casos de suicídio, possa haver a(s) indenização(ões) a(os) beneficiário(s) do seguro, valendo acrescentar que a boa-fé contratual é presumida, enquanto que a má-fé deve ser provada.

Porém, frise-se que com os entendimentos doutrinários e

jurisprudenciais, não se excluiu a necessidade da comprovação acerca da premeditação, até porque ao se tratar de relação de consumo, a boa-fé é regra e a má-fé deve ser comprovada.

Para corroborar com tal assertiva, assim destacou o Min. Massami Uyeda no REsp n. 1.077.342, j. em 22.6.2010, STJ:

[...] É evidente que a razão motivadora da norma é a prevenção contra fraude ao seguro. Porém, admitir que aquele que comete suicídio dentro do prazo previsto no Código Civil vigente age de forma fraudulenta, contratando o seguro com a intenção de provocar o sinistro, seria injusto. Mesmo porque a boa-fé deve ser sempre presumida enquanto que a má-fé, ao contrário, necessita de prova escorreita de sua existência. Assim, o fato de o suicídio ter ocorrido no período de carência previsto pelo Código Civil por si só não acarreta a exclusão do dever de indenizar já que o disposto no artigo 798, *caput*, do Código Civil de 2002 não afastou a necessidade da comprovação inequívoca da premeditação do suicídio. A tese do ora recorrido, fundamenta-se no argumento da premeditação e, ainda, de que o artigo 798 do Código Civil de 2002 prevê que o beneficiário de seguro não tem direito ao capital quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência do contrato. A interpretação literal ao disposto no artigo 798 do Código Civil de 2002, representa exegese estanque, que não considera a realidade do caso com os preceitos de ordem pública estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicável obrigatoriamente aqui, em que se está diante de uma típica relação de consumo. Na realidade, há certa confusão entre a premeditação ao suicídio por ocasião da contratação, com premeditação ao próprio ato. Uma coisa é a contratação causada pela premeditação ao suicídio. Outra, diferente, é a preparação do ato suicida. Sem dúvida que, o que permite a exclusão de cobertura é a primeira hipótese, o que não se verifica no caso dos autos. Repita-se, por oportuno, não há, *in casu*, prova alguma da premeditação da segurada em se matar. Entretanto, se o suicídio ocorrer nos dois primeiros anos ao início da vigência do contrato ou de sua renovação, a indenização só não será devida, se demonstrado, de forma inequívoca, pela seguradora, que houve premeditação na ocasião da contratação do seguro, utilizando-se

de laudos médicos psiquiátricos, do perfil psicológico do contratante, se faz uso de medicação antidepressiva, etc., semelhante ao que se faz em relação aos seguros de planos de saúde. É importante, sobretudo, que se prestigie a boa-fé do contratante [...]

Não bastasse, a atual redação dos arts. 797 e 798 do atual Código Civil, sempre foram alvo de questionamentos pelos Tribunais, porquanto não está expresso na lei que, se o segurado vier a se suicidar antes do término da carência contratual, estaria ele agindo com má-fé no intuito de fraudar o contrato firmado.

Sobre o tema, explica Caio Mario da Silva Pereira:

O Código de 2002 deu tratamento inusitado às hipóteses de suicídio. Em seu art. 798 determinou que o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros 2 (dois) anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso. Esta regra deve ser interpretada no sentido de que após 2 anos da contratação do seguro presume-se que o suicídio não foi premeditado. Se o suicídio ocorrer menos de 2 anos após a contratação do seguro caberá à seguradora demonstrar que o segurado assim fez exclusivamente para obter em favor de terceiro o pagamento da indenização. Essa prova da premeditação é imprescindível, sob pena de o segurador obter enriquecimento sem causa, diante das pesquisas da ciência no campo da medicina envolvendo a patologia da depressão. Essa tinha sido a solução sugerida por mim no Código das Obrigações, e adotada no Código de 2002 (Instituições de Direito Civil. 11. ed. Rio de Janeiro, 2004, v. 3, p. 467).

É necessário ressaltar que não há como afirmar que todo suicida age de forma premeditada a ponto de fraudar a relação contratual, uma vez que conforme ensina Clóvis Beviláqua, “*O suicídio, todavia, presume-se sempre como ato de inconsciência, cabendo a quem tiver interesse provar o contrário, de modo a destruir tal presunção*” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XIX/286, 7ª ed.).”

Doutro norte, registre-se que o principal objetivo do contrato de seguro de vida é cobrir riscos contratados, futuros e incertos, presumindo-se, sempre, a boa-fé contratual, observando-se os princípios da transparência e lealdade.

Nada impede, contudo, que o segurador comprove a má-fé do segurado no intuito de fraudar a atividade securitizadora. Esta, pois, é a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

Onde não houver boa-fé o seguro se torna impraticável. Se nos fosse possível usar uma imagem, diríamos que a boa-fé é a alma do contrato de seguro, o seu verdadeiro sopro de vida. E assim é em decorrência de suas próprias características, já examinadas: se o seguro é uma operação de massa, sempre realizada em escala comercial e fundada no estrito equilíbrio da mutualidade; se não é possível discutir previamente as suas cláusulas, uniformemente estabelecidas nas condições gerais da apólice; enfim, se o seguro, para atingir sua finalidade social, tem que ser rápido, eficiente, não podendo ficar na dependência de burocráticos processos de fiscalização, nem de morosas pesquisas por parte das seguradoras, então, a sua viabilidade depende da mais estrita boa-fé de ambas as partes. Se cada uma não usar de veracidade, o seguro se torna impraticável. (...) Somente o fato exclusivo do segurado pode ser invocado como excludente de responsabilidade do segurador, mesmo assim quando se tratar de dolo ou má-fé. (...) Na vigência do Código de 1916, em face do disposto no seu art. 1.454, houve controvérsia quanto a ser ou não necessário conduta intencional do segurado para configurar o agravamento do risco capaz de levar à perda do direito ao seguro. Prevaleceu o entendimento no sentido da intencionalidade, agora expressamente adotado no art. 768 do Código Civil de 2002: 'o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.' Não bastará, portanto, mera imprudência ou negligência do segurado. (CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, 4ª ed., p. 426, 433 e 437).

Não obstante, conforme acima mencionado, a nova regra inculpada no então atual e vigente Código Civil implica na interpretação que, se o

suicídio ocorrer após findados os dois anos de carência, o fato, então, não seria premeditado, o que, como cediço, gera infundáveis dúvidas sobre a matéria, uma vez que bastaria ao segurado aguardar o lapso de dois anos para simplesmente “provar” que não agiu de forma premeditada.

Porém, os arts. 797 e 798 do Código Civil são amplamente criticados nesse ponto pela doutrina, pois se assim fosse apenas estar-se-ia ampliando o prazo da própria premeditação, e não a excluindo, uma vez que com a redação do art. 798, presume-se que se o segurado se suicida após os dois anos da carência, este não teria cometido qualquer ato premeditado. Sobre o tema, assim disse o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho:

A norma [do art. 798 do CC/02] é surpreendente e nada feliz, porque estabeleceu uma espécie de suicídio com prazo de carência, inovando em uma matéria que já estava muito bem equacionada pela doutrina e pela jurisprudência. Essa norma também, se for interpretada literalmente, levar-nos-á a verdadeiros absurdos. Se a finalidade do legislador foi a de afastar a premeditação, acabou apenas por estabelecer um prazo maior para ela. Agora será preciso planejar o suicídio com mais de dois anos de antecedência, de sorte que se o suicídio ocorrer depois disso presume-se que não houve premeditação. Mas se ocorrer antes, ainda que o suicida seja um infeliz, com profunda depressão, em estado de alucinação etc., mesmo assim, se a norma for aplicada literalmente, não haverá indenização (*op. cit.* – p. 426, 433 e 437).

De mais a mais, o relato da Ministra Nancy Andrighi, em seu voto-vista no REsp n. 1.077.342, STJ, estabeleceu que, no Direito Alemão, considerando as particularidades rechaçadas pelo doutrinador Sérgio Cavalieri Filho acima descritas, formulou o § 161 da lei de contratos de seguro (VGG –*Versicherungsvertragsgesetz*), referindo que o mencionado dispositivo isenta a seguradora do pagamento de indenização nos casos em que o segurado se suicida no prazo de três anos contados da celebração do contrato, porém, estipula que a referida

regra não é aplicável nos casos em que o suicídio foi cometido em estado de desarranjo mental patológico, demonstrando, assim, a intenção do legislador Alemão em resguardar a boa-fé contratual.

É pertinente acrescentar que o critério da premeditação deve ser analisado caso a caso, uma vez que o ato suicida praticado no intuito de fraudar o seguro se trata de evidente má-fé, a qual deve ser absolutamente comprovada.

Sobre a temática, destaca-se um trecho do artigo publicado por Ernesto Tzirulnik no sítio do Consultor Jurídico – Conjur, em 7.4.2015, o qual critica severamente a redação do art. 798 do CC, asseverando que se o prejuízo é causado de forma dolosa não há risco, destacando, por exemplo, que um incêndio intencional cometido pelo segurado ou beneficiário jamais será coberto pelo seguro, assim como o naufrágio doloso.

O mesmo autor ainda destacou:

A distinção entre o premeditado e o não premeditado, o intencional e o não intencional, como o sadio e o doentio, é um problema que se coloca nos mais diferentes países. “The intent of the insured is a major element, as reflected in ‘sane or insane’ language found in many suicide clauses.” (Suicide and the Life Insurance Death Claim, p. 380. Edgar Sentell, Senior Vice President – General Counsel of Southern Farm Bureau Life Insurance Company in Jackson, Mississippi). O velho Código de 1916 contemplava essa diversidade de situações e vedada apenas a contratação do “premeditado por pessoa em seu juízo” (art. 1.440). As seguradoras não se conformavam. Seguros de vida eram poucos, seus capitais em geral elevados. As seguradoras procuraram, então, emitir suas apólices contendo uma cláusula fixando carência para a cobertura do suicídio. Como acontecia em exemplos estadunidenses e europeus, tomara o prazo de dois anos na maioria das apólices. Foi grande a litigiosidade e, finalmente, sobreveio, em dezembro de 1963, a Súmula 105 do Supremo Tribunal Federal, que vetou a eficácia da cláusula de carência no caso de suicídio não premeditado: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio

do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro.” Os seguros de vida continuaram sendo operados pelas seguradoras de forma não especializada, com taxas de prêmio mais copiadas e inventadas do que resultantes da técnica securitária. Com capitais elevadíssimos e grande concentração individual de apólices. Em geral, com custos de distribuição altíssimos, sem as redes imensas que hoje os espalham a custos dissolvidos. Um suicídio, até o final dos anos 1980, poderia causar perdas parecidas com os sinistros de danos catastróficos. Isto nos dias de hoje é praticamente impossível, graças à grande massificação e aos cuidadosos critérios de subscrição de riscos utilizados pelas seguradoras, melhor assistidas e fiscalizadas pelos atuários e técnicos especializados. Mas eram outros os tempos. O suicídio se transformara num objeto de luta inegociável. A litigiosidade acabou determinando a repetição de recursos, e a edição da Súmula 61 do Superior Tribunal de Justiça: “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado” [...] Embora a regra não tenha utilizado “premeditado ou não”, muitos entenderam que o legislador teria se valido da mesma régua cronológica utilizada nas apólices que foram reprovadas pelo STF e pelo STJ. Isso significaria que o suicídio, qualquer um deles, mesmo o por doença, por ingestão de substâncias, por ato de desespero, estariam todos a descoberto por dois anos. Quem pulasse de um edifício Joelma em fogo arderia com a negativa do pagamento do capital! Os certificados de seguro e as apólices, também é bom lembrar nesta terra de CDC, costumam ter vigências mensais ou anuais. Isto dispara situações como 24 vigências mensais ou, conforme o caso, duas vigências anuais inteiras como “carência”. Chega-se assim, não raro, a absurdas situações de carências maiores do que as vigências contratuais! Se o suicídio ocorresse nos primeiros dois anos da vigência inicial ou “recondução” do contrato, a seguradora nada pagaria; se ocorresse depois, a seguradora seria obrigada a pagar. Segundo os que consideram isso um “critério objetivo”, até o suicídio premeditado, planejado, e como tal provado, seria indenizável depois de dois anos. Ou seja, se abria uma vala para a cobertura do dolo do segurado, da destruição premeditada, desejada, planejada e lesiva para os cofres da seguradora [...]

Não suficiente, é oportuno enriquecer a discussão asseverando que há em tramitação na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei n.

3.555/2004, de relatoria de José Eduardo Cardozo, o qual trata acerca de uma legislação específica acerca do contrato de seguro.

O referido projeto traz em seu art. 121 a nova alteração do art. 798 do atual Código Civil no sentido que o suicídio, ainda que não premeditado, mas ocorrido nos dois primeiros anos da data da celebração do contrato, exclui o direito do beneficiário em receber a indenização do capital segurado, veja-se:

Art. 798. O beneficiário não terá direito ao recebimento do capital quando o suicídio do segurado, ainda que não intencional, ocorrer nos dois primeiros anos contados do início de vigência do primeiro contrato (grifou-se).

Contudo, o sobredito projeto encontra-se parado, sem maiores movimentações.

Doutro norte, a jurisprudência do STJ, desde a edição das súmulas acima mencionadas, concretizou o entendimento que a premeditação do suicídio, para fins de indenização securitária, deve ser comprovada pela seguradora. Nesse sentido: REsp n. 472.236/RS, Terceira Turma, rela. Min. Nancy Andrighi, DJ de 23.6.2003; AgRg no Ag n.1244022/RS, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. em 13.4.2011; REsp n. 959618/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 7.12.2010.

Ocorre que, recentemente, a Corte superior resolveu modificar o seu entendimento, no sentido que o disposto nos arts. 797 e 798 possui interpretação restritiva e objetiva, bastando apenas comprovar que o suicídio ocorrera nos dois primeiros anos da vigência contratual, nada mais, vejamos:

DIREITO CIVIL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO OCORRIDO ANTES DE COMPLETADOS DOIS ANOS DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL.

1. De acordo com a redação do art. 798 do Código Civil de 2002, a seguradora não está obrigada a indenizar o suicídio ocorrido dentro dos dois primeiros anos do contrato.
2. O legislador estabeleceu critério objetivo para regular a matéria, tornando irrelevante a discussão a respeito da premeditação da morte, de modo a conferir maior segurança jurídica à relação havida entre os contratantes.
3. Agravo regimental provido.” (AgRg nos EDcl nos EREsp n. 1.076.942/PR, rela. Mina. Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe de 15.6.2015.

Ainda nesse sentido: AgRg no AREsp n. 548330/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 1º.9.2015; AgRg no AREsp n. 726939/MS, rel. Min. Raúl Araújo, j. em 27.10.2015 e AgRg no AREsp n. 674147/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 24.11.2015.

Ressalta-se que a Ministra Maria Isabel Gallotti, em seu voto no Resp n. 1.334.005/GO, reiterando o que havia dito no seu voto no AgRg n. 1.244.022/RS, destacou que a intenção do legislador com a redação do art. 798 do CC era de excluir o direito à cobertura contratual nos casos que houvesse o suicídio no prazo de carência, assentando que os entendimentos sumulares do STJ e STF foram produzidos em épocas em que não havia previsão contratual para a estipulação de cláusula que eximisse a seguradora da cobertura, contrariamente ao que sucede hoje, e que, transcorridos esses dois anos, mesmo que evidente premeditação, esta circunstância não impedirá a cobertura pela seguradora.

Por outro lado, o mesmo STJ, através do julgamento do AgRg no AREsp n. 418622/SC, j. em 17.11.2015, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, o qual foi decidido por unanimidade pelos Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Paulo de Tarso Sanseverino, concluiu que o suicídio cometido no prazo da carência contratual, não isenta a seguradora da indenização, cabendo a ela comprovar a premeditação, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO DO SEGURADO. PERÍODO DE CARÊNCIA. AUSÊNCIA DA PROVA DA PREMEDITAÇÃO DO ATO. ÔNUS DA SEGURADORA. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA. SÚMULA N. 7/STJ.

1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese.
2. A jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que o suicídio cometido no período de carência do seguro de vida somente isentará a seguradora do pagamento da indenização se comprovado que o ato do segurado foi premeditado.
3. É ônus da seguradora produzir a prova da premeditação inequívoca do suicídio cometido pelo segurado caso pretenda afastar o direito à indenização securitária, mesmo porque o art. 798 do Código Civil de 2002 não alterou o entendimento consagrado nas Súmulas 105/STF e 61/STJ.
4. Agravo regimental não provido.

Assim sendo, é necessário observar que a mesma Terceira Turma do STJ, a qual primeiramente entendeu que a premeditação deveria ser comprovada, isto por meio do julgamento do AgRg no AREsp n. 418622/SC, j. em 17.11.2015 acima referido, em seu mais recente julgado, AgRg no AREsp n. 674147/PR, j. em 24.11.2015, também sobremencionado, divergiu do seu último julgamento, passando a adotar um critério objetivo acerca dos arts. 797 e 798 do Código Civil, entendendo ser irrelevante a discussão sobre a premeditação.

Com isso, reitera-se que a Corte Superior, mesmo com seus julgados com entendimentos divergentes, ainda não consolidou e nem tornou uníssono a interpretação sobre a premeditação nos contratos de

seguro de vida em que houver suicídio, porquanto os votos dos julgados acima colacionados, na maioria das vezes, não foram equacionados de forma unânime.

Por conseguinte, interpretar a norma apenas de forma positivista não parece ser o modo adequado de consolidar a jurisprudência, porquanto estar-se-ia prejudicando o consumidor de boa-fé, pois a regra do art. 798 do CC trouxe, ainda que implicitamente, a interpretação de que a premeditação ocorre dentre os dois primeiros anos da carência contratual e, passado esse lapso, pouco importa os valores contratados e a forma com que o segurado se suicidou, a seguradora estaria compelida ao pagamento da verba indenizatória.

Contudo, como cediço, ainda que o novo entendimento da Corte Superior esteja galgando para aplicar o disposto no referido artigo de forma objetiva, tem-se por necessário, frente a proteção ao consumidor, bem como o próprio princípio da boa-fé contratual, que é presumida, manter o ônus da seguradora em comprovar a premeditação, uma vez que tal entendimento afigura-se de maior segurança jurídica.

Não por isso, é necessário se atentar quanto ao próprio período de vigência do contrato que, na maioria das vezes, é inferior ao prazo de vigência, o que representa uma afronta a própria norma consumerista, pois em tese nos casos em que o segurado cometesse suicídio, passado ou não o prazo de carência, jamais faria jus a qualquer indenização.

É necessário acrescentar que muito embora as coberturas securitárias dos contratos dos seguros em geral apresentem outras indenizações decorrentes de morte, como por exemplo a morte acidental ou indenização decorrente de invalidez por acidente ou doença, ressalta-se que se o segurado vier a fraudar esse tipo de cobertura, também não haverá o dever de indenizar por parte da seguradora, conquanto que prove tal circunstância. E isso, como cediço, não pode ser considerado

como prova impossível de se fazer, uma vez que a fraude, a deslealdade, a má-fé, sempre deixa rastros passíveis de identificação, como bem disse Ernesto Tzirulnik no artigo supracitado, exemplificando às fraudes securitárias nos incêndios dolosos e naufrágios dolosos. E isso se aplica para as demais coberturas!

Tal entendimento, se aplicado nesses casos, também deve ser equiparado para os suicídios, não havendo falar em dificuldade de comprovar a fraude ou a má-fé, porquanto o ordenamento jurídico estaria se voltando desfavoravelmente ao próprio princípio da boa-fé. Não bastasse, dessume-se que a fraude nos contratos de seguro também está inclusa na própria atividade securitária, cabendo as seguradoras calcular (como já fazem) esse tipo de risco quando da cobrança dos prêmios ao grupo segurado, citando-se, por exemplo, a própria atividade bancária, que aumenta os juros contratuais também em decorrência do inadimplemento e/ou fraude cometidos pelos consumidores em geral.

No mais, porém, este Tribunal entende que é ônus da seguradora a prova da premeditação nos contratos de seguro em que houver suicídio no prazo de carência, vejamos:

COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. POSTULAÇÃO DESACOLHIDA. SUICÍDIO DO SEGURADO NO PERÍODO DE CARÊNCIA ESTABELECIDO PELO ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO DA BENEFICIÁRIA.

AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. CONTROVÉRSIA SUFICIENTEMENTE COMPREENSÍVEL A PARTIR DAS PROVAS DOCUMENTAIS DOS AUTOS. JULGAMENTO FAVORÁVEL À PARTE QUE ALEGA TAL MÁCULA, ADEMAIS.

Quando o mérito é decidido de forma favorável à parte que alega o cerceamento de defesa, razão alguma há para a anulação do processo.

NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ NO ATO

DA CONTRATAÇÃO SECURITÁRIA. PRECEDENTES DESTA CORTE, DO STJ E DO STF. MÍNIMA PROBATÓRIA A DEMONSTRAR A PREMEDITAÇÃO POR PARTE DA SEGURADORA, QUE NÃO SE INSURGIU CONTRA A DECISÃO QUE, NO CURSO DO FEITO, DECLAROU DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. INVERSÃO DO ENCARGO DAS SUCUMBÊNCIAS.

Segundo interpretação sistemática do art. 798 do Código Civil em consonância com os princípios da boa-fé, se não houver densa prova da existência de premeditação no momento da contratação - ônus esse, aliás, da seguradora - o imediato pagamento do seguro é a única providência que se espera do segurador.

APELAÇÃO PROVIDA. PRETENSÃO INICIAL JULGADA PROCEDENTE. (AC n. 2014.028438-6, de Tubarão, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 3.9.2015).

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SUICÍDIO DO SEGURADO - PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM

(1) APELO DA SEGURADORA. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. SEGURO DE VIDA. CERTIFICADO INDIVIDUAL DE SEGURO. CONTRATO DE SEGURO. MATÉRIA NÃO CONTROVERTIDAS. CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE PRESENTES. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA EXECUÇÃO.

- Inexistindo dúvida a respeito da certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação constante no contrato de seguro em grupo, diante das informações contidas no certificado individual de seguro, que traz os contornos individuais da obrigação, com descrição do valor segurado quanto à falecida, não há falar em nulidade de execução pela simples ausência do contrato de seguro, notadamente quando incontroversa a existência da obrigação. Inteligência dos artigos 585, III, e 586 do Código de Processo Civil.

(2) MÉRITO. SUICÍDIO DO SEGURADO DENTRO DO

BIÊNIO DO ART. 798 DO CC/2002. PERDA DA COBERTURA. NÃO OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE LITERAL DO DISPOSITIVO LEGAL. LEITURA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INTUITO DE FRAUDAR A RELAÇÃO SECURITÁRIA NÃO EVIDENCIADO. DEVER DE INDENIZAR SUBSISTENTE. (AC n. 2015.004723-1, de Blumenau, rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 18.6.2015).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA. MORTE DO SEGURADO DECORRENTE DE SUICÍDIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. [...] - “O fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de 2 (dois) anos de vigência do contrato de seguro de vida não exime, por si só, a seguradora do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação da premeditação do segurado, ônus que cabe à seguradora.” (EDcl no AREsp 225671-RS, rel. Min. João Otávio Noronha, j. em 6.6.2013) (AC n. 2014.018362-0, rela. Des. Denise Volpato, j. em 17.3.2015).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. NEGATIVA DE PAGAMENTO FUNDAMENTADA NO ARTIGO 798 DO CC. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO REQUERIDO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CLAÚSULAS INTERPRETADAS DE MANEIRA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO PRAZO DE CARÊNCIA AFASTADA PELA AUSÊNCIA DE PROVA DA PREMEDITAÇÃO DO SUICÍDIO. ÔNUS DA SEGURADORA. EXEGESE DO ARTIGO 333, II, DO CPC. DEVER DE INDENIZAR. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 105 DO STF E 61 DO STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA CONTRATAÇÃO DO SEGURO. MERA REPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS CONDIZENTES COM A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL E COM O DISPOSTO NO ARTIGO 20, § 3º, DO CPC.SENTENÇA MANTIDA (AC n. 2013.063561-4, rel. Des. Subst. Rubens Schulz, j. em 30.3.2015).

COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. MORTE ACIDENTAL DA CONTRATANTE. POSTULAÇÃO ACOLHIDA. RECURSO DA SEGURADORA. SUICÍDIO DA SEGURADA NO PERÍODO DE CARÊNCIA ESTABELECIDO PELO ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL. ATO SUICIDA. CONFIGURAÇÃO. SEGURADA ACOMETIDA DE DEPRESSÃO. OVERDOSE DE MEDICAÇÃO PARA O CONTROLE DO TRANSTORNO PSIQUIÁTRICO. NECESSIDADE, NO ENTANTO, DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ NO ATO DA CONTRATAÇÃO SECURITÁRIA. PROVAS ROBUSTAS A DEMONSTRAR A PREMEDITAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. INVERSÃO DOS ENCARGOS DA SUCUMBÊNCIA. RECLAMO PROVIDO (AC n. 2014.010194-1, de São João Batista, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 14.4.2014).

É ainda preciso acrescentar, que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segue o mesmo entendimento desta Corte, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZATÓRIA. 1. Preliminar recursal rejeitada. Empresas pertencem ao mesmo grupo econômico. Legitimidade passiva reconhecida. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. 2. Seguro de vida. Suicídio. Seguradora não se desincumbiu do ônus de comprovação da premeditação da contratação (art. 333, II, do CPC). A boa-fé se presume, a má-fé deve ser comprovada. 3. Negativa de cobertura securitária fundada em preceito normativo de interpretação controvertida na doutrina e jurisprudência. Ausente conduta ilícita ou abuso de direito. Dano moral não configurado. 4. Responsabilidade da seguradora pela quitação do financiamento limitada ao valor do capital segurado. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE (AC n. 70067266387, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rela. Desa.: Judith dos Santos Mottecy, j. em 17.12.2015).

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. COBERTURA DO RISCO DE MORTE. SUICÍDIO NÃO PREMEDITADO. ÔNUS DA PROVA. NEGATIVA POR PARTE DA SEGURADORA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. VENDA CASADA. 1.

O contrato de seguro tem o objetivo de garantir o pagamento de indenização para a hipótese de ocorrer à condição suspensiva, consubstanciada no evento danoso previsto contratualmente, cuja obrigação do segurado é o pagamento do prêmio devido e de prestar as informações necessárias para a avaliação do risco. Em contrapartida a seguradora deve informar as garantias dadas e pagar a indenização devida no lapso de tempo estipulado. Inteligência do art. 757 do Código Civil. 2. Igualmente, é elemento essencial deste tipo de pacto a boa-fé, caracterizado pela sinceridade e lealdade nas informações prestadas pelas partes e cumprimento das obrigações avençadas, nos termos do art. 422 da atual legislação civil. 3. Contudo, desonera-se a seguradora de satisfazer a obrigação assumida apenas na hipótese de ser comprovado o dolo ou má-fé do segurado para a implementação do risco e obtenção da referida indenização. 4. Assim, caso seja agravado intencionalmente o risco estipulado, ocorrerá o desequilíbrio da relação contratual, onde a seguradora receberá um prêmio inferior à condição de perigo de dano garantida, em desconformidade com o avençado e o disposto no art. 768 da lei civil, não bastando para tanto a mera negligência ou imprudência do segurado. 5. Consoante entendimento jurisprudencial assentado nesse Colegiado e no STJ, haverá pagamento do seguro se o segurado vier a falecer em razão de suicídio não premeditado, mesmo que dentro do interregno de tempo assinalado pelo art. 798 do Código Civil. 6. Configurada, no caso dos autos, a venda casada, razão pela qual o segurado fora obrigado a contratar o seguro como condição para adquirir o empréstimo bancário. 7. A seguradora não logrou êxito em demonstrar a premeditação do suicídio do contratante, ônus que lhe impunha e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, II do CPC. 8. Da mesma forma, não restou comprovada a má-fé do segurado, tendo em vista que compareceu na instituição financeira para requisitar um empréstimo, sendo que este só foi liberado com a inclusão do seguro de vida objeto do presente litúgio. Negado provimento ao apelo (AC N. 70066618786, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. em 11.11.2015).

E do Tribunal Paulista:

Seguro de vida e acidentes pessoais, adquirido ao ensejo de compra e venda de produtos eletrônicos junto à Casa Bahia, ora estipulante.

Ação de cobrança para pagamento de indenização. Morte do segurado. Alegado suicídio. R. sentença de improcedência, com apelo só da beneficiária autora. Ônus de provar a má-fé do segurado e/ou da beneficiária é da Seguradora. Inexistência de indícios de premeditação. Plena aplicação do CDC. Súmulas 105 do STF, e 61 do STJ. Má-fé não se presume. Responsabilidade solidária entre a Seguradora e Estipulante que, inegavelmente, se beneficiam economicamente por participar da cadeia de negócios instalada na relação securitária.

Deram provimento ao apelo da autora/beneficiária, e isso a fim de julgar parcialmente procedente a ação de cobrança por ela interposta, devendo ser reservada fração pertencente, por direito, a outro herdeiro necessário que não integrou a demanda.

Os embargos de declaração devem ser encarados como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, não como meio hábil ao reexame da causa, nem como supedâneo ao exclusivo prequestionamento de dispositivos legais. Embargos de declaração da ré conhecidos, porém rejeitados rel. Des. Campos Petroni; Comarca: Pirassununga; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26.1.2016; Data de registro: 27.1.2016)

E da Corte Mineira:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO DE SINISTRO - CONTRATO DE SEGURO DE VIDA - GARANTIA DE PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR - SUICÍDIO - BIÊNIO DO CONTRATO ARTIGO 798, CÓD. CIVIL - PROVA - ÔNUS SEGURADORA. Se o suicídio ocorrer menos de 2 anos após a contratação do seguro caberá à seguradora demonstrar que o segurado assim fez exclusivamente para obter em favor de terceiro o pagamento da indenização. Competirá à seguradora o ônus da prova de que houve premeditação no suicídio, durante os primeiros anos do contrato. Não se compreendem, nessa hipótese, os casos em que não houver intenção deliberada de se matar (AC n. 1.0183.08.155656-9/001, rel. Des. Alberto Henrique, j. em 1º.10.2015).

Atrelado nesses pressupostos, tem-se, portanto, que o melhor

entendimento ao caso é que a premeditação deve ser comprovada pela seguradora, uma vez que a boa-fé é presumida, enquanto a premeditação e a má-fé devem ser comprovadas.

No caso dos autos, observa-se que o segurado veio a óbito em decorrência de suicídio em 23.10.2010, conforme admitido pela apelada à fl. 44, bem como o relatado no boletim de ocorrência juntado à fl. 73.

Salienta-se, outrossim, que o seguro sob questão é da modalidade empresarial, tendo como estipulante a empresa COOP. CIAA S.M OESTE SICOOB SM SC, com vigência de 1º.5.2010 a 30.4.2011, com coberturas contratuais para até R\$ 25.000,00, fato que afasta qualquer premeditação por parte do segurado, uma vez que laborava na sobredita empresa e o seguro apenas decorria da sua atividade profissional.

É ainda necessário registrar que a seguradora apenas se limitou a dizer que o suicídio cometido nos dois primeiros anos de contrato é cláusula excluída, o que não afasta o seu dever de indenizar a beneficiária do seu consumidor, porquanto não comprovou que houve má-fé na contratação do seguro ou que, de certo modo, essa procedeu-se de forma premeditada, bem como não comprovou que o segurado detinha plena ciência dos termos e cláusulas contratuais pactuados e ainda por se tratar a referida cláusula de limitadora de direito, a qual não possui validade, uma vez que nem sequer encontra-se destacada, apenas encontrando-se misturada as demais como se comum fosse (vide cláusula n. 4, alínea “e”, das fls. 58/59), o que afronta os arts. 46 e 54, § 4º, ambos do CDC.

Deste modo, tem-se que o recurso de apelação não merece provimento.

2. Do recurso Adesivo

2.1 Da Admissibilidade recursal

Inicialmente, é preciso registrar que no último dia 18 de março

de 2016 passou a vigor o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), o qual aplica-se imediatamente: “Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

Entretanto, não se pode olvidar que a nova lei deve respeitar os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma processual revogada: “Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

A doutrina especializada explica melhor:

Vigência da lei processual. A lei processual tem vigência imediata e se aplica aos processos pendentes, mas rege sempre para o futuro [...]. Para justificar a aplicação da lei nova aos feitos pendentes, a doutrina fala em “retroatividade apenas na aparência” [...]. Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como atos jurídicos processuais perfeitos, estando protegidos pela garantia constitucional da CF 5.º XXXVI, não podendo ser atingidos pela lei nova (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 228).

No mesmo sentido:

A lei do recurso é a lei do dia em que se tornou recorrível a decisão. A abertura de prazo recursal dá lugar a uma situação jurídica pendente- aguarda-se a interposição ou não do recurso: O recorrente tem direito à observação do direito vigente à época da abertura do prazo recursal. Fora daí há ofensa a direito processual adquirido e efeito retroativo da legislação. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 113).

O Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 9 de

março deste ano, editou alguns enunciados administrativos para disciplinar o direito intertemporal processual, com destaque ao enunciado número 2 (dois):

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Feitos os devidos esclarecimentos e considerando que a decisão atacada foi proferida na vigência do CPC/1973, conheço do recurso, porquanto atende os requisitos de admissibilidade recursais (intrínsecos, que são o cabimento, a legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; e extrínsecos, que são o preparo, a tempestividade e a regularidade formal).

2.2 Do mérito.

Cuida-se de recurso adesivo interposto por Ana Gabriel Sertorio com fim de majorar a condenação da seguradora recorrida em sua condenação dos honorários de sucumbência de 10% para 20% sobre o valor da causa.

A recorrente insurge-se contra o percentual fixado na sentença a título de honorários advocatícios, sob o argumento que o estabelecimento do patamar mínimo não condiz com o serviço prestado.

É bem verdade que o entendimento desta Relatora é no sentido de que a verba honorária pertence ao causídico, o qual, inclusive, tem direito autônomo de executá-la, nos termos do art. 23 do Estatuto da Advocacia. Por isso defendo que carece ao apelante legitimidade para pleitear em nome próprio direito alheio, qual seja: a majoração dos honorários advocatícios pertencentes, por conclusão lógica, ao causídico.

Sobre o assunto, esta Colenda Câmara já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL DECORRENTE DE ACIDENTE (DOENÇA LABORAL) - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - INSURGÊNCIA DA AUTORA - LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO À TABELA FORMULADA PELA SEGURADORA - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PRÉVIA CIÊNCIA DO SEGURADO - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 6º, III, 46 e 54, § 4º, TODOS DO CDC - INDENIZAÇÃO QUE DEVE SE DAR NO PATAMAR CONTRATADO - MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ILEGITIMIDADE RECURSAL - DIREITO AUTÔNOMO DO CAUSÍDICO - RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSE ÂMBITO, PROVIDO. I - Uma vez comprovada a ocorrência do sinistro - consubstanciado na invalidez parcial permanente -, a indenização deve se dar em sua integralidade, sendo irrelevantes os percentuais limitativos estabelecidos unilateralmente pela seguradora, haja vista que deles o segurado não teve oportuno conhecimento. II - Considerando que a verba honorária pertence ao causídico - e não às partes -, tendo ele inclusive direito autônomo de executá-la, nos termos do que dispõe o art. 23 do Estatuto da Advocacia, não se pode estender a legitimidade recursal à parte, que, por obviedade, não pode pleitear direito alheio (CPC, art. 6º) (AC n. 2015.021310-8, de Chapecó, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. em 17.8.2015). (Sublinhou-se)

É importante transcrever parte do referido voto, o qual adoto como razões de decidir:

Na mesma linha, o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105) - embora ainda não em vigência - estabelece que “os honorários constituem direito autônomo do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial” (art. 85, § 14).

Com efeito, adotando-se a premissa de que os honorários constituem direito autônomo do advogado, não se pode estender a legitimidade recursal à parte que, por obviedade, não possui tal direito, sendo certa a inviabilidade de se postular direito alheio (CPC, art. 6º).

Não seria congruente este juízo tratar os honorários como verba autônoma do causídico quando se discute a possibilidade de compensação e, por outro lado, autorizar a parte a pleitear a majoração desses mesmos honorários que, conforme dito, não lhe pertencem. Nessa hipótese, caberia ao causídico, autonomamente, interpor a insurgência visando a majoração dos seus honorários fixados, e não à parte, muito menos sob o manto da justiça gratuita.

Entretanto, em que pese tal entendimento, esta Relatora ficou vencida por maioria de votos, razão pela qual analisa o mérito na forma do art. 942, *caput* e § 1º, do CPC/2015, ou seja:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

§ 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.

Com isso, pugna a recorrente pela majoração dos honorários advocatícios, arbitrados no primeiro grau em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Consoante as regras do art. 20, § 3º, do antigo Código de Processo Civil, os honorários advocatícios são fixados com base no zelo profissional, tempo exigido para o serviço, natureza da causa e trabalho realizado pelo causídico.

Sobre o assunto, extraem-se dos recentes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTES OS PEDIDOS VERTIDOS NA EXORDIAL E CONDENA OS RÉUS

AO PAGAMENTO DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) COMO REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. IRRESIGNAÇÃO DO CONSUMIDOR E DO SEGUNDO REQUERIDO. PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO RECURSAL DO SEGUNDO DEMANDADO DE QUE TENTOU, POR DIVERSAS VEZES, ENCAMINHAR A CARTA DE ANUÊNCIA PARA A RESIDÊNCIA DO AUTOR. MATÉRIA DE FATO QUE, ALÉM DE NÃO POSSUIR O CONDÃO DE MODIFICAR O ENTENDIMENTO DA *QUAESTIO*, NÃO FOI DEDUZIDA NA CONTESTAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL PATENTEADA. IMPOSSIBILIDADE DE ENFOQUE NO PONTO. VERBERADA NÃO CONFIGURAÇÃO DO ATO ILÍCITO. IMPROCEDÊNCIA. ENCAMINHAMENTO DE TÍTULO A PROTESTO POR PRESTAÇÕES INADIMPLIDAS. APONTAMENTO A PROTESTO REALIZADO EMPÓS A QUITAÇÃO INTEGRAL DO DÉBITO. ILICITUDE CONFIGURADA. PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO QUE SE OPERA. DANOS MORAIS. 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. RESPONSABILIDADE CARACTERIZADA. *DECISUM* MANTIDO NESTA SEARA. POSTULADA ALTERAÇÃO DA VERBA INDENITÁRIA. POSSIBILIDADE. AUMENTO DA QUANTIA COM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA ALTERADA NESTA PORÇÃO. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUTOR QUE POSTULA A MAJORAÇÃO PARA 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. ARBITRAMENTO DO ESTIPÊNDIO QUE DEVE OBSERVÂNCIA AOS BALIZAMENTOS DAS ALÍNEAS DO § 3º DO ART. 20 DO CÓDIGO BUZAID. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE JUSTIFICAM A ELEVAÇÃO DA REFERIDA VERBA PARA O PATAMAR DE 18% (DEZOITO POR CENTO).** MODIFICAÇÃO PARCIAL DO PROVIMENTO JUDICIAL NESTE VIÉS. REBELDIA DO RÉU PARCIALMENTE

CONHECIDA E IMPROVIDA E RECLAMO DO AUTOR ALBERGADO EM PARTE (AC n. 2016.012785-5, da Capital, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 8.3.2016, sem grifo no original).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DAS PARTES. VERBA INDENIZATÓRIA. VALOR QUE DEVE SER ARBITRADO EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ELEVAÇÃO DO *QUANTUM*. [...] **HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PEDIDO DE MAJORAÇÃO. CAUSA DE MENOR COMPLEXIDADE. AUMENTO DA INDENIZAÇÃO QUE, EM CONSEQUÊNCIA, ELEVOU O VALOR DA VERBA HONORÁRIA. ARBITRAMENTO CONDIZENTE COM O § 3º DO ART. 20 DO CPC.** Os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma que remunere dignamente o profissional, levando-se em consideração o tempo despendido no acompanhamento da ação e a complexidade da matéria. RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO E DA RÉ DESPROVIDO (AC n. 2015.089762-9, de Catanduvas, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 3.3.2016, sem grifo no original).

Assim sendo, considerando que a demanda foi interposta ainda no ano de 2011, na qual teve, inclusive, a realização de audiência, com a interposição de recurso de apelação e recurso adesivo e contrarrazões, mostra-se razoável a majoração dos honorários para a monta de 20%, com fundamento no art. 20, § 3º, do CPC/1973.

Ante todo o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento, bem como conhece-se, por maioria o recurso adesivo, vencida a relatora, e dá-se-lhe provimento para, após verificação da divergência, em julgamento realizado na forma do art. 942, *caput* e § 1º, do CPC/2015, majorar os honorários sucumbenciais para 20% sobre o valor da condenação. Vencida esta Relatora e o Desembargador

Luiz Antônio Zanini Fornerolli, no tocante à ilegitimidade da parte para pleitear a majoração das verbas advocatícias.

Este é o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Subst. Luiz Antônio Zanini Fornerolli

APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ILEGITIMIDADE RECURSAL – DIREITO AUTÔNOMO DO CAUSÍDICO – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Considerando que a verba honorária pertence ao causídico – e não às partes –, tendo ele inclusive direito autônomo de executá-la, nos termos do que dispõe o art. 23 do Estatuto da Advocacia, não se pode estender a legitimidade recursal à parte, que, por obviedade, não pode pleitear direito alheio (CPC, art. 6º).

Ousei discordar da douta maioria por entender que o pleito de majoração da verba honorária não pode ser conhecido.

Conforme este Órgão Fracionário vem se manifestando nas discussões relativas à compensação dos honorários advocatícios, fixados nos casos de sucumbência recíproca, a verba honorária pertence ao causídico – e não às partes –, tendo o profissional inclusive o direito autônomo de executá-la, nos termos do que dispõe o art. 23 do Estatuto da Advocacia.

Na mesma linha, o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105) estabelece que “os honorários constituem direito autônomo do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial” (art. 85, § 14).

Com efeito, adotando-se a premissa de que os honorários constituem direito autônomo do advogado, não se pode estender a legitimidade recursal à parte que, por obviedade, não possui tal direito, sendo certa a inviabilidade de se postular direito alheio (CPC/1973, art. 6º, equivalente ao atual art. 18 do CPC/2015).

Não seria congruente este juízo tratar os honorários como verba autônoma do causídico quando se discute a possibilidade de compensação e, por outro lado, autorizar a parte a pleitear a majoração desses mesmos honorários que, conforme dito, não lhe pertencem. Nessa hipótese, caberia ao causídico, e não à parte, interpor de forma autônoma a insurgência visando a majoração dos seus honorários, não podendo, por óbvio, valer-se da justiça gratuita concedida a seu cliente.

Essas foram, pois, as razões do dissenso.

Apelação Cível n. 2012.004498-2, de São Miguel do Oeste

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DE MOTOCLISTA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR SEUS GENITORES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

ACORDO SUPERVENIENTE ENTABULADO ENTRE OS AUTORES E A SOCIEDADE EMPRESÁRIA-RÉ APÓS A INCLUSÃO DO PRESENTE FEITO EM PAUTA DE JULGAMENTO. HOMOLOGAÇÃO PELO ÓRGÃO COLEGIADO, COM BASE NO ART. 269, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (NCPC, art. 487, III, 'B').

IRRESIGNAÇÃO DO DEMANDADO REMANESCENTE VISANDO À REVERSÃO DA CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. TESE RECHAÇADA. MATERIAL PROBATÓRIO ROBUSTO QUE INDICA TER O CONDUTOR-DEMANDADO, PRETENDENDO INGRESSAR EM VIA SECUNDÁRIA, CORTADO O FLUXO DE VEÍCULOS QUE TRANSITAVA NA FAIXA ADJACENTE DA PISTA PREFERENCIAL, CULMINANDO POR INTERCEPTAR A MOTOCICLETA GUIADA PELA VÍTIMA, CAUSANDO SUA QUEDA AO SOLO, QUE RESULTOU NAS GRAVÍSSIMAS LESÕES QUE FORAM A CAUSA EFICIENTE DE SUA MORTE. MANOBRA IMPRUDENTE DO CONDUTOR-RÉU CARACTERIZADA. INEXISTÊNCIA DE PROVA CABAL DAS ALEGAÇÕES DEFENSIVAS DE QUE A VÍTIMA TRANSITAVA EM EXCESSO DE VELOCIDADE, COM O CAPACETE SOLTO E COM FARÓIS APAGADOS (CPC/1973, ART. 333, II). CONDUTA DO MOTORISTA-DEMANDADO QUE, ADEMAIS, NO CONTEXTO DOS AUTOS, REVELA-SE PREPONDERANTE PARA O DESFECHO FATAL. EVENTUAL VELOCIDADE INCOMPATÍVEL, ULTRAPASSAGEM PELA DIREITA E

IRREGULARIDADE NO USO DO EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ALTERAR O PANORAMA INDICATIVO DA CULPA DO CONDUTOR-RÉU. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 28, 29, IX, 34, TODOS DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. HORÁRIO E ÉPOCA DO ANO DO SINISTRO QUE NÃO PERMITEM PRESSUPOR A NECESSIDADE DE ACIONAMENTO DOS FARÓIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DELINEADA (CC, ARTS. 186 E 927).

DANOS MATERIAIS. DEVER DE INDENIZAR INAFASTÁVEL (CC, ART. 927, *CAPUT*). PROVA BASTANTE DAS DESPESAS DOS DEMANDANTES COM O FUNERAL DA VÍTIMA E COM O CONserto DA MOTOCICLETA. DOCUMENTOS ACOSTADOS PELOS AUTORES QUE NÃO FORAM INFIRMADOS PELO RÉU. REEMBOLSO DEVIDO, NOS MOLDES DO ART. 948 DO CÓDIGO CIVIL. PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS. VÍTIMA SEM FILHOS E QUE COABITAVA COM OS PAIS, AUXILIANDO NA FORMAÇÃO DA RENDA FAMILIAR. VALOR RAZOÁVEL ESTABELECIDO NO PRIMEIRO GRAU À LUZ DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO AMEALHADOS. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. INTERDEPENDÊNCIA PRESUMIDA. VERBA ESTABILIZADA NO PATAMAR FIXADO DENTRO DAS BALIZAS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS, AINDA QUE ADOTADO CRITÉRIO DIVERSO DAQUELE AMPLAMENTE ACEITO NA JURISPRUDÊNCIA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. IMPOSIÇÃO DO ART. 475-Q DO ANTIGO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECAUÇÃO QUE SE MANTÉM, NOS MOLDES DA SÚMULA N. 313 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

DANOS MORAIS. REPARAÇÃO DEVIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 5º, V E X, DA CARTA DA REPÚBLICA, E NOS ARTS. 186, 944 E 948, TODOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ESTABELECIDO NA ORIGEM EM ATENÇÃO ÀS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. VALOR DA INDENIZAÇÃO QUE NÃO SE REVELA EXORBITANTE OU TAMPOUCO DESPROPORCIONAL À OFENSA SOFRIDA

POR QUEM PERDEU FILHO TÃO PRECOCEMENTE, NÃO MERECENDO INTERVENÇÃO, NESTE TOCANTE, DO TRIBUNAL *AD QUEM*.

JUROS MORATÓRIOS. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTAGEM A PARTIR DO EVENTO DANOSO. CORREÇÃO MONETÁRIA. CONDENAÇÃO ATUALIZADA A PARTIR DA CADA DESEMBOLSO NO QUE DIZ RESPEITO AOS DANOS MATERIAIS. ATUALIZAÇÃO DEVIDA A CONTAR DO ARBITRAMENTO NA PROLAÇÃO DA SENTENÇA DO VALOR DA REPARAÇÃO QUANTO AOS DANOS MORAIS. CRITÉRIOS ADOTADOS NO PRIMEIRO GRAU MANTIDOS.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PLEITO DE REDUÇÃO. INVIABILIDADE. VETORES DO ART. 20, § 3º, DO REVOGADO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUE FORAM OBSERVADOS PELO SENTENCIANTE. VERBA MANTIDA NO PATAMAR DE 15%, ESPECIALMENTE PORQUE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DEU-SE NA MESMA COMARCA, CONQUANTO NÃO SE DESCONHEÇA A DILIGÊNCIA DO PROFISSIONAL, INCLUSIVE EM SEDE RECURSAL E A DEMORA NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEFINITIVA.

JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO DE CONCESSÃO DENEGADO NO PRIMEIRO GRAU. RECURSO QUE DEVE SER ACOLHIDO. DEMONSTRAÇÃO *QUANTUM SATIS* DA NECESSIDADE DA OUTORGA DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA DE PROVAS CAPAZES DE DERRUIR A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA APRESENTADA PELO APELANTE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA BENESSE. DECISÃO REFORMADA NESSE TOCANTE.

INSURGÊNCIA DOS AUTORES. DANOS MORAIS. PLEITO DE ELEVÇÃO QUE NÃO MERECE ACOLHIMENTO, CONFORME BALIZAMENTO EXPLICITADO NA REJEIÇÃO DO RECURSO DO DEMANDADO NESSE PONTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRITÉRIOS ESTAMPADOS NO ART. 20, § 3º,

DO REVOGADO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUE NÃO FORAM IGNORADOS. REMUNERAÇÃO DOS PATRONOS DOS AUTORES MANTIDAS NO PATAMAR FIXADO NA ORIGEM.

RECURSOS CONHECIDOS, COM EXCEÇÃO DAQUELE INTERPOSTO PELA SOCIEDADE EMPRESÁRIA RÉ. APELO DOS DEMANDANTES DESPROVIDO. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO RÉU-CONDUTOR ACOLHIDA TÃO SOMENTE PARA CONCEDER A BENESSE DA JUSTIÇA GRATUITA NEGADA NA INSTÂNCIA ORIGINÁRIA.

Consabido que a *“conversão inoportuna, realizada por aquele que sem a necessária cautela cruza a via e intercepta a trajetória de veículo que por ela trafegava, revela-se como causa preponderante ao acidente e sobrepõe-se até mesmo a possíveis excessos de velocidade da vítima”* (TJSC, Apelação Cível n. 2008.049496-4, de Blumenau, rel. Des. Fernando Carioni, j. 3.3.2009).

Também indubitosa a responsabilidade do motorista pelo sinistro quando converge à esquerda, interrompe o normal fluxo de trânsito de veículos, obstrui a passagem de motocicleta e provoca colisão, porquanto da ação imprudente do agente decorreu a morte do motociclista (TJSC, Apelação Cível n. 2011.089740-7, de Papanduva, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 6.6.2013), razão pela qual incidente o dever de reparar os danos materiais decorrentes do infortúnio (CC, art. 186 e 927).

Com relação à pensão alimentícia, ainda que não fosse provada a dependência econômica dos demandantes, sabe-se que *“em famílias de poucos recursos financeiros, é presumida a contribuição de filho trabalhador para as despesas do lar, sendo devida pensão mensal em razão de seu falecimento”* (TJSC, Apelação Cível n. 2013.089821-6, de Joinville, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 12.6.2014).

Em ações indenizatórias, tem assentado esta Corte de Justiça que, *“a constituição de capital é medida assecuratória do pensionamento, independentemente da avaliação das condições financeiras dos demandados, tornando-se imperiosa sua aplicação para garantir a ordem que se projeta para o futuro, facultando-se, todavia, o pagamento*

de todas as verbas em parcela única” (Apelação Cível n. 2010.036887-9, de Joinville, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 3.10.2013).

Quanto ao abalo anímico, consoante abalizada jurisprudência, “*o valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz com base nas peculiaridades da espécie e razoabilidade, de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro lado, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva*” (Apelação cível n. 2006.024252-7, da Capital. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben)” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.041557-0, de Anchieta, rel. Des. Substituto Guilherme Nunes Born, j. 13.3.2012).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem reiterado que “*os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma que remunerem com dignidade o profissional que espalhou seus conhecimentos técnicos e seu tempo na ação, ainda mais quando se trata de demanda complexa e com vários anos de tramitação*” (Apelação Cível n. 2010.036887-9, de Joinville, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 3.10.2013).

Na análise do benefício da Justiça Gratuita, “*se a parte alega que não tem condições de arcar com as custas do processo, sem prejuízo próprio ou de sua família, e havendo nos autos elementos suficientes para corroborar tal afirmação, não há motivos para que o pedido de gratuidade judiciária seja negado, sobretudo para o exato cumprimento da garantia constitucional timbrada no art. 5º, inc. LXXIV, assegurando que ‘o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’*” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.014906-1, de Criciúma, rel. Des. Substituto Jorge Luis Costa Beber, j. 3.9.2015).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.004498-2, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara Cível), em que são apelantes Leo Agostini e Cia. Ltda. e outro, e apelado Sebastião Cavalcante Cunha e outro:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime: a) homologar o acordo celebrado entre os demandantes e a demandada Leo Agostini e Cia. Ltda., para, em consequência, extinguir a ação indenizatória, com fundamento no art. 269, III, do Código de Processo Civil de 1973, em relação àquela sociedade empresária, prejudicada a análise de seus recursos reciprocamente considerados; b) conhecer do recurso interposto pelos demandantes Sebastião Cavalcante Cunha e Geneci Coito, mas negar-lhe provimento, para manter a condenação nos patamares estabelecidos na origem, observando-se na execução do julgado os valores adimplidos em acordo judicial homologado nestes autos; c) conhecer e dar parcial provimento ao recurso apresentado pelo réu Silvio Ari Barp, tão somente para conceder a benesse da justiça gratuita. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Sérgio Izidoro Heil, com voto, e dele participou o Desembargador Substituto José Maurício Lisboa.

Chapecó, 23 de maio de 2016.

Luiz Felipe Schuch

RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença da lavra do Juiz de Direito Ezequiel Rodrigo Garcia, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris* (fls. 301-311):

“SEBASTIÃO CAVALCANTE CUNHA e GENECI COITO ajuizaram ação de conhecimento, submetida ao procedimento ordinário, contra SILVIO ARI BARP e LEO AGOSTINI E CIA. LTDA., todos devidamente qualificados e representados nos autos.

Aduziram os autores que são pais de ILOIR CUNHA, falecido em 18/02/2009, em decorrência de acidente de trânsito causado por culpa de SILVIO ARI BARP, empregado da corrê LEO AGOSTINI E CIA. LTDA., a quem pertencia o veículo conduzido por SILVIO. Postularam a condenação dos réus ao pagamento de indenização por dano material, moral e pensão mensal. Formularam pedido de tutela antecipada para pagamento de pensão mensal, no equivalente a 2/3 do salário da vítima. Juntaram documentos.

A apreciação do pedido de tutela antecipada foi postergada para após o prazo de resposta.

Regularmente citados (fls. 92/93), os réus apresentaram resposta sob a forma de contestação. Não suscitaram preliminares. No mérito, alegaram que a vítima trafegava em alta velocidade, com o farol apagado, e não havia colocado o capacete de forma correta, este que, em razão do impacto, desprendeceu-se de sua cabeça. Sustentaram a inexistência de culpa, ou, como tese alternativa, a culpa concorrente. Contrapuseram-se aos pedidos indenizatórios.

Houve réplica.

O pedido de tutela antecipada foi parcialmente deferido, coma fixação da pensão mensal em 1/3 dos rendimentos da vítima, por decisão contra a qual os réus interpuseram recurso de Agravo de Instrumento (fls. 149/152).

Na audiência de instrução e julgamento (fl. 207), não houve acordo. Foi dispensado o depoimento pessoal do réu Silvio Ari Barp, indeferido o pedido de depoimento pessoal de Sebastião Cavalcante Cunha e ouvidas duas testemunhas arroladas pelos autores e uma arrolada pelos réus (fls. 208/211).

Outras testemunhas foram ouvidas às fls. 247/248, 269 e 275. As partes apresentaram alegações finais por memoriais. Vieram-me conclusos os autos [...]”.

Ressalto que o magistrado de primeiro grau julgou procedentes os pedidos formulados pelos autores, nos seguintes termos (fls. 310-311):

“[...] Ante o exposto, julgo procedentes os pedidos formulados na petição inicial e, assim, condeno SILVIO ARI BARP e LEO AGOSTINI E CIA. LTDA., solidariamente, ao pagamento, em favor de SEBASTIÃO CAVALCANTE CUNHA e GENECCI COITO, de:

a) indenização por danos materiais (despesas com o funeral, transporte para o velório e conserto da motocicleta), no valor de R\$ 6.323,00, corrigido monetariamente pelo INPC desde a data do orçamento de fl. 76 e dos recibos de fl. 75, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a data do acidente (STJ, Súmula 54);

b) indenização por danos morais em no importe de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a ser atualizado pelo INPC desde a sentença (Súmula 362 do STJ), com juros de mora de 1% ao mês desde a data do acidente (STJ, Súmula 54);

c) pensão mensal desde a data do acidente até quando a vítima completaria 25 anos de idade, equivalente a 1/3 de 115,66% do salário mínimo nacional e, a partir daí, equivalente a 1/4 desse mesmo montante (considerando o valor do salário mínimo vigente na época da sentença, com seus sucessivos reajustes – Súmula 490 do STF), incluindo a gratificação natalina (13.º salário) com juros de mora de 1% ao mês (STJ, Súmula 54), até o falecimento dos autores, assegurado a eles o direito de crescer a parte do que primeiro falecer.

Confirmo a decisão de fls. 149/152.

Oficie-se ao Des. Relator do Agravo de Instrumento, comunicando-lhe (com cópia) a prolação desta sentença.

Condeno os réus à constituição de capital, nos termos do art. 475-Q do CPC, que garanta o pagamento integral das pensões mensais.

Indefiro o pedido de Justiça Gratuita formulado pelo réu SILVIO ARI BARP, porque não provou a alegada hipossuficiência financeira, e qualificou-se como gerente na contestação.

Condeno os réus solidariamente ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, que fixo em 15% do valor atualizado da condenação (CPC, art. 20, § 3º), ressaltando que em relação à pensão

mensal deverão ser calculados na forma do art. 20, § 5º, do CPC (cuja referência ao art. 602 deve ser redirecionada ao art. 475-Q, ambos do CPC): devem recair sobre as parcelas vencidas da pensão, acrescidas de doze das vincendas, além de incidirem sobre o valor da indenização correspondente aos danos morais e materiais 7 [7 TJSC, Apelação Cível n. 2008.022464-2, de Concórdia. Relator: Des. Edson Ubaldo] [...]”.

Irresignados com a prestação jurisdicional, Silvio Ari Barp e Leo Agostini e Cia. Ltda. apelaram, separadamente, aduzindo, em resumo, que o *“recorrente Silvio Ari Barp estava transitando na Rua La Salle, com o veículo da requerida Léo Agostini & Cia. Ltda. e visando adentrar na Rua XV de Novembro acionou o pisca e reduziu a velocidade”*. Explicou que *“na Rua XV de Novembro trafegava a motocicleta Yamaha/XTZ 125, de placa MDT 9364, que era conduzida por Sidimar Romano e que objetivando adentrar na Rua La Salle (esquerda) acionou o pisca”*. Discorreram que *“em virtude de ambos os veículos procederem a conversão de ruas, ambos deram andamento a manobra, contudo, neste momento o de cujus surgiu em alta velocidade ultrapassando a motocicleta de Sidimar Romano pela direita e com a luz apagada, vindo, portanto, colidir com o recorrente Silvio*. Prosseguiram descrevendo que *“a vítima não havia colocado o capacete de maneira correta, não o prendendo, sendo que este no momento do impacto se soltou e voou distante do corpo, motivo pelo qual a vítima bateu com a cabeça diretamente no chão, vindo a sofrer traumatismo craniano*. Complementaram dizendo ser possível concluir *“que a vítima dirigia sem qualquer cautela, vindo a ocasionar o acidente e agravar o resultado, ante a falta de cuidados ao colocar o capacete, o que pode ter sido definitivo para o deslinde dos fatos”*, de modo que *“o recorrente não possui o dever de indenizar os recorridos, uma vez que a vítima ocasionou o acidente de trânsito”* (fls. 319 e 450, respectivamente). Dissertaram que o *“acidente foi ocasionado única e exclusivamente pelo de cujus que imprudentemente com excesso de velocidade, atingindo o recorrente, que estava iniciando a conversão, antes de surgir”* (fls.

320 e 451, respectivamente). Ampliaram a formulação dizendo que na hipótese de não se entender o evento como resultante de culpa exclusiva da vítima, *“deve-se observar na fixação dos danos, que a vítima agiu com uma enorme parcela de culpa para o acidente e o agravamento dos danos”* (fls. 326 e 457, respectivamente). No que tange aos danos morais, explicaram que *“dada a fixação do quantum indenizatório, verifica-se que a R. Sentença recorrida deixou de considerar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade”* (fls. 328 e 459, respectivamente). Nesse passo, explicitaram que *“o recorrente era funcionário da segunda requerida, quando do acidente, estando no momento trabalhando como vendedor em uma loja de materiais de construção, percebendo a importância de R\$ 648,00, o que dispensa maiores comentários acerca de sua situação financeira”* enquanto que a *“requerida Léo Agostini é uma empresa de pequeno porte, e como se sabe, as empresas na economia atual de uma maneira geral passam por dificuldades de toda a sorte, que vão de pagamentos de impostos, encargos trabalhistas e etc., além de terem sido atingidas pela crise mundial, de modo que a indenização no patamar fixado é elevado”* (fl. 333). Quanto aos danos materiais, em especial no que diz respeito à pensão alimentícia, asseveraram *“que os recorridos em nenhum momento comprovam a dependência econômica do filho”* (fls. 335 e 466, respectivamente). Narraram a inexistência de provas, principalmente de notas fiscais acerca das alegadas despesas com o funeral do filho dos recorridos (fls. 341 e 472, respectivamente). Propugnaram que os juros relativos ao ressarcimento das despesas com o conserto da motocicleta devem fluir somente a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil – já tem citação transcrita desse dispositivo (fls. 342 e 473, respectivamente). No que diz respeito aos honorários advocatícios, disseram que o valor estabelecido viola o contido no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, porquanto se mostrou exagerado, *“pois, com um cálculo simples, sem contemplar o valor atinente a pensão mensal, já soma a importância inicial de R\$ 14.448,45 (quatorze mil,*

quatrocentos e quarenta e oito reais e quarenta e cinco centavos), ou seja, 15% do valor de R\$ 96.323,00 (noventa e seis mil, trezentos e vinte e três reais)” (fls. 344 e 475, respectivamente). Pontuaram que “tanto os juros, como a correção monetária devem incidir apenas a partir da data da conclusão do Julgamento no Tribunal ‘ad quem’” ou, de outro modo, que sejam “os juros apenas computados a partir da citação das partes, com base no art. 405 do Código Civil, na cifra de 0,5% ao mês” (fls. 347 e 478, respectivamente). Insurgiu-se, ainda, o recorrente Silvio Ari Barp especificamente quanto ao indeferimento da justiça gratuita, porque atualmente “está laborando na função de vendedor interno, em uma loja de materiais de construção, percebendo mensalmente a importância de R\$ 648,00 (seiscentos e quarenta e oito reais), com base na cópia da CTPS anexa”, enquanto que à época da declaração de pobreza constou por engano a função de “gerente”, pois atuava tão somente como “supervisor de vendas”, e, bem assim, ao tempo da contestação, conforme informado naquela ocasião, estava desempregado (fl. 348). Por fim, os apelantes-réus requereram: “b) Seja reformada a Sentença do Juízo ‘a quo’, para julgar totalmente improcedente a demanda ou em assim não entendendo esta Egrégia Câmara, seja reduzido o valor fixado a título de danos morais, materiais e pensão mensal alimentícia, além de fixar esta com termo final até a idade que a vítima completaria 25 anos ou alternativamente até a idade em que a vítima completaria 65 anos, bem como que os juros e a correção monetária incidam tão só a partir da conclusão do julgamento do Tribunal ‘ad quem’ ou, os juros a partir da citação, com base no art. 405 do CC, além de minorar a verba honorária, nos termos supra citados; c) A condenação do apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes no importe de 20% sobre o valor da condenação; d) A isenção das custas processuais, por não possuir condições de arcar com as despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio, conforme declaração de fls. 117 e cópia da CTPS ora anexada” (fl. 350) [item ‘d’ apenas constante no recurso do réu Silvio Ari Barp] (fls. 317-350 e 448-479).

Igualmente inconformados, Sebastião Cavalcante Cunha e Geneci Coito, apresentaram apelação, mas de forma adesiva, a fim de obter a majoração do valor da indenização estipulado na sentença à guisa de danos morais (fls. 495-498). Além disso, pediram a elevação dos honorários advocatícios nos moldes do art. 20, §§ 3º e 4º, do antigo Código de Processo Civil (fls. 498-500).

Com as contrarrazões dos autores (fls. 355-370 e 501-515) e dos demandados (fls. 536-544), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

É o necessário relatório.

VOTO

De início, assinalo que, não obstante a existência de outros feitos mais antigos no acervo de processos distribuídos a este Relator, a apreciação do presente recurso em detrimento daqueles distribuídos há mais tempo não significa violação ao disposto no art. 12, *caput*, do novo Código de Processo Civil, haja vista a exceção contida no § 2º, VII, do mesmo dispositivo legal.

Os recursos do demandado Silvio Ari Barp e dos demandantes Sebastião Cavalcante Cunha e Geneci Coito em análise preenchem os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, especialmente a tempestividade (fls. 313/316, 313/448/482-483, e 313/485/493), estando aquele recorrente provisoriamente dispensado do recolhimento do preparo, pois “*a apelação ataca também a parte da sentença que indeferiu ao apelante o pedido de Justiça Gratuita*”, até o “*exame definitivo do pedido de gratuidade*” (fl. 353), enquanto que os autores são beneficiários da justiça gratuita (fl. 89).

I – DO ACORDO PARCIAL:

Cuida-se de petição noticiando acordo celebrado os demandantes Sebastião Cavalcante Cunha e Geneci Coito e a demandada Léo Agostini e Cia. Ltda., na qual constou (fls. 595-599):

“[...] A empresa LÉO AGOSTINI LTDA. Pagará aos Autores/Apelados SEBASTIÃO CAVALCANTE CUNHA e GENECI COITO, únicos herdeiros do falecido Iloir Cunha, a importância de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), por conta do pedido indenizatório e condenação estabelecida, bem como danos materiais e pensão, enfim, sobre os pedidos narrados na inicial [...]”.

Nesse trilho, propugnaram tais partes a homologação e a extinção do feito com resolução do mérito, em relação à sociedade empresária demandada, com fundamento no art. 487, III, “b”, do Código de Processo Civil em vigor.

O acordo foi entabulado entre pessoas maiores e capazes, sendo meio lícito para fulminar o litígio restritivamente entre tais partes, uma vez que se trata aqui de direito disponível.

Desse modo, a transação deve ser homologada, pronunciando-se a extinção do processo com resolução do mérito, nos moldes do art. 269, III, do Código de Processo Civil de 1973, de sorte que as apelações interpostas pelos transatores perdem, de forma superveniente, seus objetos, resultando no interesse de agir no viés recursal.

Desta Corte de Justiça, colhem-se os seguintes precedentes:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA. PETIÇÃO DA CASA BANCÁRIA INFORMANDO QUE AS PARTES CELEBRARAM ACORDO APÓS A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO EFETUADO AINDA NO JUÍZO DE ORIGEM. PROCESSO REMETIDO A ESTA INSTÂNCIA SEM ANÁLISE DO PLEITO. POSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO RECURSAL ANTE A PERDA DO OBJETO. Independentemente da fase em que o processo se encontra, a transação visa a pôr fim ao litígio, a teor do artigo 840 do Código Civil. Assim, tratando-se de partes capazes e versando a lide sobre direitos

disponíveis, alvitrada é a homologação do acordo celebrado e, com fins no artigo 269, III, do Código de Processo Civil, a extinção do processo com resolução de mérito' (Ação Rescisória n. 2006.006684-8, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 13-6-2007)" (TJSC, Apelação Cível n. 2009.018691-2, da Capital, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 14-04-2011).

E mais:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA RÉ. PETIÇÃO DE AMBAS AS PARTES NOTICIANDO A REALIZAÇÃO DE ACORDO E REQUERENDO A SUA HOMOLOGAÇÃO. PROCURADORES COM PODERES PARA TRANSIGIR. HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO EM GRAU RECURSAL. POSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. EXEGESE DO ART. 269, III, DO CPC. SUPERVENIENTE PERDA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO PREJUDICADO. ‘Recurso prejudicado é aquele que perdeu o seu objeto. Ocorrendo a perda do objeto, há falta superveniente de interesse recursal, impondo-se o não conhecimento do recurso. Assim, ao relator cabe julgar inadmissível o recurso por falta de interesse, ou seja, julgá-lo prejudicado’ (Agravo de Instrumento n. 2008.060262-6, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 22-2-2012)” (Apelação Cível n. 2015.068989-5, de Porto Belo, rel. Des. Substituto Dinart Francisco Machado, j. 24.11.2015).

Não se desconhece o teor do art. 844, § 3º, do Código Civil. Contudo, conquanto os autores pronunciem a quitação da condenação originária em relação a um dos codevedores, sua natureza é apenas parcial, de sorte que não incide tal regra ao caso posto em julgamento, até porque não se trata aqui de litisconsórcio necessário.

Em hipóteses deste jaez, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ACORDO ENTRE AS PARTES. QUITAÇÃO PARCIAL. EXCLUSÃO DE UM DOS DEVEDORES 1. O art. 844, § 3º, do Código Civil estabelece que

a transação não aproveita nem prejudica senão aos que nela intervierem. Contudo, se realizada entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue-se a dívida em relação aos codevedores. 2. A quitação parcial da dívida dada pelo credor a um dos devedores solidários por meio de transação, tal como ocorre na remissão não aproveita aos outros devedores, senão até a concorrência da quantia paga. 3. Se, na transação, libera-se o devedor que dela participou com relação à quota-parte pela qual era responsável, ficam os devedores remanescentes responsáveis somente pelo saldo que, *pro rata*, lhes cabe. 4. Agravo provido. (AgRg no REsp 1002491/RN, rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, j. 28.6.2011, *DJe* 1º.7.2011).

Nesse andar, registre-se, por ser hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, tal acordo, não aproveita à outra parte demanda, em relação à qual prossegue a *actio*, à exceção do valor a ser pago pela sociedade empresária-ré que será descontado do total da condenação, pois caracteriza pagamento antecipado por uma das partes a fim de afastar os efeitos da mora, de sorte que tem natureza de antecipação do pagamento da parte que cabe a um dos devedores solidários, vale dizer, metade do valor da condenação, acrescido de juros e correção monetária, sem o condão de extinguir integralmente o objeto da lide, até porque também os demandantes não manifestaram ter ocorrido o pagamento total da condenação imposta no Primeiro Grau de jurisdição.

No âmbito desta Corte de Justiça já se decidiu:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACORDO CELEBRADO ENTRE AUTOR E UM DOS RÉUS. QUITAÇÃO PARCIAL DA DÍVIDA. DECISÃO QUE HOMOLOGOU O ACORDO, EXCLUIU UM DOS DEVEDORES SOLIDÁRIOS DA LIDE E DETERMINOU SEU PROSSEGUIMENTO QUANTO AO OUTRO. INSURGÊNCIA POR PARTE DO RÉU QUE NÃO FIGUROU NA TRANSAÇÃO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INSUBSISTÊNCIA. SOLIDARIEDADE QUE

CONFIGURA HIPÓTESE GENUÍNA DE LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. QUITAÇÃO PARCIAL, ADEMAIS, QUE NÃO EXTINGUE A DÍVIDA EM RELAÇÃO A TODOS OS DEVEDORES SOLIDÁRIOS, SENÃO APENAS EM RELAÇÃO AQUELE QUE PARTICIPOU DA TRANSAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 275, 277 E 844 DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. ‘Havendo expressa manifestação das partes sobre a quitação parcial do débito em relação a um dos devedores, continuam os demais obrigados solidariamente pelo resto da dívida’ (AgRg no Ag 692.427/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2007, DJ 26/11/2007, p. 165). 2. Efetuada transação no decorrer da lide, e abrangendo esta apenas parte da dívida, supostamente devida por um dos causadores do dano (CC, art. 942), é possível o prosseguimento do processo em relação ao outro suposto devedor solidário, que não participou do negócio jurídico, com a ressalva de que, caso ao final do processo venha a ser este condenado, deverá ser deduzido do montante indenizatório o valor correspondente à parcela de responsabilidade daquele que celebrou a transação” (Agrav. de Instrumento n. 2014.054084-4, de São José, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 4.11.2014).

Por conseguinte, o acordo celebrado entre os demandantes Sebastião Cavalcante Cunha e Geneci Coito e a demandada Léo Agostini e Cia. Ltda. (fls. 595-599), deve ser homologado a fim de extinguir o processo, com resolução do mérito, com base no art. 269, III, do Código de Processo Civil revogado (NCPC, art. 487, III, ‘b’), tão somente no tocante à referida sociedade empresária, pronunciando-se a perda superveniente do interesse recursal relativamente aos recursos interpostos por aquelas partes reciprocamente, prosseguindo o feito, com seus respectivos recursos, em relação ao corréu Silvio Ari Barp e aos demandantes.

II – DAS APELAÇÕES CONHECIDAS:

Insurge-se o recorrente-demandado Silvio Ari Barp, em síntese, contra a sentença que julgou procedentes os pedidos dos autores da ação,

obrigando-os ao ressarcimento dos danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito que levou a óbito Iloir Cunha, filho dos recorridos Sebastião Cavalcante Cunha e Geneci Coito, enquanto que estes, por seu turno, mostram-se irresignados com o *quantum* indenizatório a título de danos morais, todos propugnando o redimensionamento dos honorários advocatícios.

1. Da prova, da culpa pelo sinistro e da responsabilidade civil:

No caso concreto, resulta incontroverso o fato de que, no dia 18 de fevereiro de 2009, o apelante Silvio Ari Barp conduzia o automotor Fiat/Strada Fire, placa MEQ 2531, ano 2005, emplacada em Guaraciaba, pertencente à sua então empregadora Leo Agostini e Cia. Ltda., pela rua La Salle, nas proximidades da Igreja Matriz, localizada no centro da cidade de São Miguel do Oeste, quando colidiu com a motocicleta Sundown/Max 125 SE, placa MGF 6618, ano 2007, de São Miguel do Oeste, que transitava pela rua XV de Novembro, sentido Norte/Sul, guiada por Iloir Cunha, filho dos recorridos, que em virtude das gravíssimas lesões do impacto decorrentes perdeu a vida, incidindo, quanto ao ponto, a regra inscrita no art. 334, III, do Código de Processo Civil de 1973.

Resta, por conseguinte, apurar a existência da imputada culpa do recorrente Silvio Ari Barp no evento em análise e as consequências decorrentes da responsabilidade civil por atos dessa natureza, ou, se por outro viés, o incidente teria decorrido de culpa exclusiva da vítima Iloir Cunha.

Justifica o apelante, em resumo, que o acidente de trânsito decorreu da conduta imprudente do filho dos apelados-demandantes que, transitando em excesso de velocidade, colidiu com o automóvel da sociedade empresária Leo Agostini e Cia. Ltda., guiado pelo recorrente-demandado Silvio Ari Barp, e, portanto, teria dado causa ao acidente, de modo que seu falecimento decorreu de sua culpa exclusiva.

Sem razão, no entanto, o recorrente-demandado.

Com efeito, infere-se do contexto probatório produzido no decorrer da instrução que se trata, na espécie, de colisão derivada da obstrução de faixa preferencial da via, resultante de ação imprudente do recorrente-demandado Silvio Ari Barp, condutor do veículo Fiat/Strada Fire, placa MEQ 2531, ano 2005, de propriedade da sociedade empresária Leo Agostini e Cia. Ltda., que não adotou as cautelas de estilo, retendo o veículo, de modo a aguardar o momento certo para transpor o restante da pista de rolamento.

Nesse sentido, colhe-se do croqui emitido pela autoridade policial e acostado aos autos que o “V1”, conduzido pelo recorrente Silvio Ari Barp, *“trafegava no sentido leste/oeste da Rua La Salle e ao fazer conversão à esquerda para entrar na Rua XV de Novembro, houve a colisão com V2”*, guiado por Iloir Cunha, *“que se deslocava no sentido oeste/leste da Rua La Salle”*, vislumbrando-se, ainda, tratar-se a via e faixa por onde trafegava a motocicleta (“V2”) de preferenciais em relação à Rua XV de Novembro, que seria acessada pelo condutor do automotor Fiat/Strada (fl. 43).

Importante notar que o documento precisou o ponto de impacto como sendo a parte central do cruzamento entre as ruas La Salle, preferencial, e XV de Novembro, com identificação de parada obrigatória, de onde se extrai que o demandado Silvio Ari Barp, conduzindo o veículo Fiat/Strada Fire, pretendendo acessar esta via secundária, oriundo do oeste para o leste da pista principal invadiu, sem as cautelas de estilo, a outra faixa da mesma via, destinada aos que se deslocavam no sentido leste-oeste, atingindo de modo imprudente o motociclista que transitava em sua mão de direção.

Evidentemente que, como fundamentou o magistrado de primeiro grau, *“ao sair da Rua La Salle e ingressar na Rua XV de Novembro, deveria o primeiro réu ter aguardado cessar o fluxo de veículos que*

seguiam em sentido contrário (pela Rua La Salle), para só então, com a certeza de que não haveria risco algum, convergir à esquerda. Contudo, assim não o fez, tanto que interceptou a trajetória da vítima. Daí que resta configurada sua culpa” (fl. 302).

De sua vez, o cenário extraído da prova oral não comporta outra conclusão. O depoimento da testemunha Isaías Boff Gralha dos Santos indica claramente ter o acidente resultado da conduta imprudente do apelante Silvio Ari Barp que ingressou na via preferencial, sem as cautelas exigidas, sem sequer parar antes da manobra potencialmente perigosa, interceptando a corrente de tráfego que vinha no sentido contrário (fl. 269, sublinhou-se):

“[...] o depoente presenciou o acidente descrito na inicial; que o depoente estava a cerca de 50 ou 60 metros do local do acidente; que viu quando o automóvel , **sem dar sinal de pisca, ingressou ‘minimamente’ na via pela qual seguia o motociclista; que o motociclista vinha em ‘alta velocidade’; que não deu tempo do motociclista desviar do automóvel;** que o motociclista chegou a frear, mas não alterou a trajetória da motocicleta; que o automóvel também freou; que **o automóvel não chegou a parar na esquina** [...] não viu se a motocicleta estava com o farol aceso; que o motociclista foi arremessado para fora da motocicleta após a colisão; que o depoente não sabe qual a distância do arremesso; que o motociclista estava com capacete, mas quando caiu no chão o capacete saltou; que quando o motociclista estava no chão o depoente viu que o capacete não estava preso, nem com a ‘fivela’ presa; que o capacete ficou a cerca de 2 ou 3 metros dali; que na via na qual seguia o motociclista as faixas ou a faixa central estavam apagadas, razão pela qual o depoente não sabe se era uma ou duas; que a motocicleta bateu de frente no canto dianteiro esquerdo do automóvel; que no momento do impacto o automóvel do réu estava um pouco atrás (um ou dois metros) daquele retratado à fl. 140; que não sabe qual a velocidade máxima permitida para a via do acidente; que existe uma escola em menos de um quilômetro do local do acidente; que não sabe se a vítima residia com os pais [...]”.

E, na fase policial, Isaías Boff Gralha dos Santos, em momento mais próximo aos eventos, havia declarado (fl. 44):

“[...] afirma que a motocicleta passou em alta velocidade defronte a padaria, transitando no sentido Leste/Oeste da Rua La Salle, e colidiu no veículo que vinha pela mesma rua no sentido oposto (Oeste/Leste), no momento em que o mesmo adentrou na Rua XV de Novembro, sentido norte; que não sabe precisar se o veículo diminuiu a velocidade quando adentrou a via transversal, contudo afirma que estava com a seta acionada; que com a colisão o capacete do motoqueiro se desprende da cabeça; que os Bombeiros e Polícia Militar imediatamente chegaram no local e efetuaram o atendimento à vítima e a encaminharam ao hospital; afirma que a colisão foi instantânea, ou seja, ‘de surpresa’, pois a moto transitava em alta velocidade e o veículo cortou a frente da mesma, não sendo possível o motoqueiro desviar; que não notou se a moto transitava com o farol aceso ou apagado; que não ouviu som de frenagem da moto [...]”.

Importante salientar que, corroborando tal versão, o testigo Dejanir Nicolodi narrou (fls. 247-248):

“[...] o depoente presenciou o acidente descrito na inicial; que o veículo Fiat/Strada seguia pela rua La Salle e iniciou manobra de conversão à esquerda, em direção à rua XV de Novembro; que o depoente não sabe se o automóvel chegou a ingressar na rua XV de novembro; que não sabe se o condutor do automóvel deu sinal (pisca) de que ia ingressar na rua XV de Novembro; que a motocicleta vinha em sentido contrário, também pela rua La Salle; que a colisão entre o automóvel e a motocicleta ocorreu no cruzamento da Rua La Salle e XV de novembro; que não havia qualquer veículo entre o automóvel Fiat/Strada e a motocicleta; que a vítima estava de capacete; que não estava chovendo; que não há rótula no cruzamento das ruas referidas acima; que o depoente não sabe se o motorista do veículo Fiat/Strada chegou a parar antes de iniciar a manobra em direção à Rua XV de Novembro; que o depoente não sabe se a colisão ocorreu na mão de direção da motocicleta ou do Fiat/Strada [...] que não sabe dizer se a motocicleta estava com o farol aceso; que a vítima foi arremessada por cima do veículo Fiat/Strada após o

impacto; que a vítima caiu cerca de 5 metros ou menos do ponto de impacto; que os bombeiros chegaram rapidamente ao local e prestaram socorro à vítima; que não tem bem certeza, mas acha que a vítima caiu sem o capacete (este que se perdeu durante a queda); que na Rua La Salle fazia pouco tempo que o trânsito havia sido modificado, para reserva de vagas para estacionamento na própria via; que por conta disso, a faixa que dividia as pistas foi mudada de lugar, por cerca de 50 cm a 1 metro; que na data do acidente as duas faixas eram visíveis na via, uma mais apagada e outra mais acesa; que a motocicleta bateu de frente no canto dianteiro direito do veículo Fiat/Strada, entre o farol e o para-lama; que no momento da colisão, o veículo Fiat/Strada estava ainda na rua La Salle ‘praticamente reto’, um pouco virado para a Rua XV de novembro; que o depoente não confirma a informação constante na fl. 140, com relação à posição do veículo do réu, diz que o veículo estava mais para a Rua La Salle; que não sabe qual a velocidade máxima para a via em que ocorreu o acidente; que próximo do ponto de impacto existe uma escola: CVE, a pouco mais de uma quadra, cerca de 200 metros [...] recebeu telefonema do réu Silvio perguntando se o depoente tinha visto o acidente e se daria seu depoimento [...]”.

No que diz respeito à alegação de que Iloir Cunha teria realizado manobra irregular de ultrapassagem pela direita, o outro motociclista alegadamente envolvido no episódio, Sidimar Romano, na etapa policial, descreveu (fl. 64):

“[...] estava trafegando com sua moto [...] sentido Leste/Oeste e quando se aproximou da esquina com a Rua XV de Novembro diminuiu a velocidade e deu sinal de pisca para dobrar à esquerda; que nesse instante outra motocicleta lhe ultrapassou pela direita e colidiu com um veículo Fiat/Strada que transitava no sentido oposto ao do depoente (Oeste/Leste) e adentrou na Rua XV de Novembro, sentido norte; que quando avistou o veículo chegou a perceber que o mesmo também diminuiu a velocidade, possivelmente acreditando que o depoente não dobraria à esquerda; que com a colisão o capacete do motoqueiro envolvido no acidente se desprende da cabeça e foi arremessado longe, vindo a vítima a cair com a cabeça na via [...] esclarece que o depoente trafegava numa velocidade de aproximadamente 40 km/h, sendo que pelo que conhece

moto, o motociclista que o ultrapassou devia estar numa velocidade aproximada de 100km/h; que a colisão ocorreu antes mesmo que o depoente entrasse na via transversal (Rua XV de Novembro); que não notou se a moto que lhe ultrapassou transitava com o farol aceso ou apagado; que não ouviu som de frenagem da moto que se envolveu no acidente; que o motorista da camioneta permaneceu no local até a chegada dos Bombeiros e remoção da vítima [...]”.

Em que pese não tenha sido testemunha presencial, o Policial Militar Alexandre Jesiorski afirmou ter colhido elementos probatórios no local dos fatos, destacando (fl. 211):

“[...] não presenciou o acidente descrito na inicial; que é Policial Militar; que chegou ao local logo após o acidente; que no local havia grande número de populares; que o condutor da motocicleta foi arremessado para longe do veículo que conduzia; que não sabe se a vítima faleceu no local; que segundo os relatos colhidos pelos policiais no próprio local, um terceiro veículo (uma motocicleta) e o primeiro réu seguiam pela Rua La Salle, em sentidos opostos; que ambos pretendiam ingressar na Rua XV de Novembro, cada qual convergindo à esquerda; que próximo do cruzamento, quando já haviam iniciado as manobras de conversão à esquerda, a motocicleta conduzida pela vítima, **que vinha ultrapassando a outra motocicleta, bateu de frente no veículo conduzido pelo primeiro réu e de propriedade da segunda ré; que não sabe se a vítima ultrapassou a motocicleta pela direita ou pela esquerda; que a vítima ultrapassou essa motocicleta, quando esta já tinha reduzido a velocidade para iniciar a manobra de conversão;** que ouviu essa versão do primeiro réu, do condutor da tal motocicleta e de alguns populares cujo nome o depoente não sabe precisar; que o automóvel seguia em direção à praça, enquanto que as motocicletas seguiam em direção à loja da Honda; que a motocicleta que foi ultrapassada pela vítima não sofreu qualquer colisão [...] a colisão foi apenas entre a motocicleta da vítima e o automóvel da ré; que a motocicleta bateu de frente no rodado dianteiro direito do automóvel; que não prestou auxílio na elaboração do croqui de fl. 43; que os veículos ainda estavam no local quando o depoente lá chegou; **que quando o depoente chegou ao local, o automóvel da segunda ré estava mais**

no meio da via do que retrata a fotografia de fl. 140; que não sabe precisar as distâncias a esse respeito [...]”.

Assim, evidentemente que, no contexto do acidente em pauta, apenas para registrar, embora não seja necessariamente relevante para o deslinde da *quaestio*, já que o acidente foi causado, como verificando anteriormente, pela obstrução do fluxo da faixa por onde trafegava a vítima Iloir Cunha, não se verifica nenhuma irregularidade no tocante à ultrapassagem que teria sido realizada pelo lado direito da motocicleta conduzida por Sidimar Romano.

De fato, a prova oral colhida demonstra que houve redução de velocidade da outra motocicleta que seguia adiante daquela guiada por Iloir Cunha e que pretendia convergir à esquerda, inclusive manifestando sua intenção com o sinal luminoso característico, de sorte que a vítima estava excepcionalmente autorizada a empreender a manobra de ultrapassagem pela direita, nos exatos termos do art. 29, IX da Lei n. 9.503/97 que dispõe: “a ultrapassagem de outro veículo em movimento deverá ser feita pela esquerda, obedecida a sinalização regulamentar e as demais normas estabelecidas neste Código, exceto quando o veículo a ser ultrapassado estiver sinalizando o propósito de entrar à esquerda” (sublinhou-se).

De outra banda, sabe-se que as irregularidades praticadas por Irio Cunha, de natureza preponderantemente administrativa na hipótese versada nestes autos, de não prender o capacete corretamente e até mesmo o eventual excesso de velocidade, embora reprováveis, ainda que fossem demonstradas cabalmente, o que não é o caso, não causaram o acidente em tela e assim não teriam o condão de alterar o panorama indicativo da preponderância da invasão da preferencial no trágico desfecho.

É que, a “conversão inoportuna, realizada por aquele que sem a necessária cautela cruza a via e intercepta a trajetória de veículo que por ela trafegava, revela-se como causa preponderante ao acidente e sobrepõe-

se até mesmo a possíveis excessos de velocidade da vítima” (TJSC, Apelação Cível n. 2008.049496-4, de Blumenau, rel. Des. Fernando Carioni, j. 3.3.2009).

Desse modo, dado o acervo probatório amealhado aos autos, verifica-se que o recorrente Silvio Ari Barp, de forma imprudente, ingressou na faixa contrária da mesma pista de rolamento, sem as cautelas exigidas em lei, por onde transitava a motocicleta controlada por Irio Cunha, vindo a colhe-lo, o que foi a causa determinante das lesões gravíssimas que resultaram na morte do filho dos demandantes-recorridos, não se podendo cogitar de hipótese de “culpa exclusiva da vítima”.

Cotejando o cenário retratado pelo material probatório com as normas aplicáveis ao caso em julgamento, tem-se indubitável o dever de o demandado responder civilmente pelo evento danoso, pois incidente, na hipótese, a chamada responsabilidade civil subjetiva.

De fato, sabe-se que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*” (Lei n. 10.406/02, art. 186). E mais, consabido que todo “*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*” (CC/2002, art. 927).

Essa variante da responsabilidade civil exige a demonstração de culpa ou de dolo por parte do agente causador, bem assim do nexo de causalidade entre o ilícito e o dano experimentado.

In casu, como visto, o recorrente não logrou êxito em demonstrar *quantum satis* a sua tese relativa à “*existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*” (CPC/1973, art. 333, II), até porque a invasão da mão de direção da vítima prepondera sobre eventual excesso de velocidade e do uso incorreto do equipamento de segurança.

Nesse passo, sobressai a imprudência do recorrente Silvio Ari Barp, uma vez que era seu dever manter a atenção e cuidado no trânsito ao realizar manobra potencialmente perigosa de cruzar via preferencial, tudo de modo a prevenir acidentes.

Por esse trilha, o art. 28 da Lei n. 9.503/97 prescreve: “*O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito*”.

A regra do Código de Trânsito Brasileiro disciplinadora da temática em discussão dispõe que “*o condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade*”, nos termos do art. 34 da mesma Lei n. 9.503/97.

Desse modo, evidentemente que age de forma impudente o condutor de automotor que, buscando empreender manobra de conversão, de sorte a cruzar via preferencial, interromper de forma inopinada a corrente de fluxo que vem em sentido contrário, colhendo motocicleta que transitava sobre a faixa adjacente, porque deu causa à colisão que produziu os ferimentos que foram a causa eficiente da morte do motociclista.

Nessa afinação, Arnaldo Rizzardo, comentando tal regra de circulação, relembra que “*sempre, antes de iniciar qualquer manobra, o condutor precaver-se-á com as cautelas necessárias para que conduza o veículo de forma tranquila e segura. Deve certificar-se de que a manobra não acarretará nenhum perigo aos demais usuários da via*” (*Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 137).

Realmente, em situações desse jaez, consabido que “*age culposamente motorista que converge à esquerda interrompendo o*

fluxo de veículos e interceptando a trajetória de motociclista, que vem a falecer” (TJSC, Apelação Cível n. 2011.089740-7, de Papanduva, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 6.6.2013).

Nessa esteira, restando bem delineado o nexo de causalidade entre a conduta do recorrente/recorrido Silvio Ari Barp e os danos experimentados pelos autores Sebastião Cavalcante Cunha e Geneci Coito resultantes do falecimento de seu filho, indubitavelmente está configurada a culpa exclusiva do condutor-demandado no evento danoso, de onde exsurge o dever de indenizar decorrente da responsabilidade civil pelo referido acidente de circulação.

Com efeito, da conduta imprudente do apelante Silvio Ari Barp surgiu a obrigação de indenizar, cujo fundamento está no art. 927, *caput*, do Código Civil, ao preconizar que *“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*, conceituando a lei o ato ilícito como a violação de direito e a causação de dano a alguém por *ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência* (Lei n. 10.406/02, art. 186).

Acerca do conceito de culpa, Sílvio de Salvo Venosa destaca que *“em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever”* (Direito Civil: responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 23). Ou, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior: *“no sentido jurídico, é a omissão da cautela, que as circunstâncias exigiam do agente, para que sua conduta, num momento dado, não viesse a criar uma situação de risco e, finalmente, não gerasse dano previsível a outrem”* (Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Rio de Janeiro: Universitária, 1993. v. 1. p. 85).

Descortinada a culpa do apelante no evento danoso, a responsabilidade civil subjetiva ainda exige a demonstração do nexo de

causalidade que liga o ato ilícito ao dano, e o prejuízo “*que viole qualquer valor inerente à pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada*” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, v.1. p. 474).

Tais requisitos encontram-se, como visto, igualmente demonstrados, resultando inconteste que a ação do recorrente Silvio Ari Barp foi a única responsável pela colisão com a motocicleta conduzida pelo filho dos apelados, causadora dos danos apontados na inicial.

Enfim, os tribunais têm assentado que aquele que realiza manobra de conversão e invade a faixa por onde trafegava outro automotor, ainda que estivesse em excesso de velocidade, dando causa à colisão, age com culpa no evento morte, devendo ser responsabilizado civilmente.

Nesse sentido, colhe-se precedente desta Corte de Justiça sobre o tema:

“APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - MANOBRA DE CONVERSÃO À ESQUERDA - OBSTRUÇÃO DA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO - COLISÃO INEVITÁVEL - PREPONDERÂNCIA SOBRE POSSÍVEL EXCESSO DE VELOCIDADE - CULPABILIDADE CONFIGURADA - DEVER DE INDENIZAR [...] DANOS MORAIS - QUANTUM COMPENSATÓRIO - OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - PENSÃO ALIMENTÍCIA - CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - JUROS DE MORA - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS E DESPROVIDO O DA SEGURADORA. Age com imprudência e deve ser responsabilizado civilmente o condutor de veículo automotor que, ao efetuar manobra de conversão à esquerda, adentra a contramão de direção e colide frontalmente com motociclista que trafegava em sentido do fluxo” (TJSC, Apelação Cível n. 2008.049496-4, de Blumenau, rel. Des. Fernando Carioni, j. 3.3.2009).

Tampouco se cogita, em casos tais, admitir a hipótese de culpa concorrente, conforme se extrai de julgado desta Câmara Especial Regional:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS C/C DANOS MORAIS POR RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO COM RESULTADO MORTE. RECURSO DOS AUTORES E DO RÉU - ALEGAÇÃO DE CULPA CONCORRENTE/CULPA EXCLUSIVA - ANÁLISE CONJUNTA - PREPOSTO DA REQUERIDA QUE REALIZOU CONVERSÃO À ESQUERDA DE FORMA INAPROPRIADA, VINDO A COLIDIR COM O MOTOCICLISTA - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE VELOCIDADE DO FALECIDO - TESE AFASTADA - ATUAÇÃO DO PREPOSTO QUE É PREPONDERANTE A QUALQUER EXCESSO DE VELOCIDADE. ‘Age com culpa preponderante por acidente de trânsito o motorista que procede conversão à esquerda, invade a pista contrária e corta o fluxo que ali seguia, não se cogitando de culpa concorrente do outro guiante, nem se transitasse em eventual excesso de velocidade, ou se pudesse encetar melhor manobra defensiva de desvio do carro que dobrava’ (TJSC. Apelação Cível n. 2010.009206-6, da Capital, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta) [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.041557-0, de Anchieta, rel. Des. Substituto Guilherme Nunes Born, j. 13.3.2012).

Por outro viés, além de não haver prova indiscutível sobre a circunstância de que a vítima estaria trafegando com os faróis apagados, sequer há demonstração de que tal circunstância teria alguma influência na causação do gravíssimo incidente, até porque, extrai-se do processado que o acidente ocorreu às 18h do dia 18 de fevereiro de 2009, conforme constou nos boletins de ocorrência (fls. 45-46 e 47-48). Assim, conclui-se que o episódio deu-se poucos dias após o término do horário de verão daquele período (compreendido entre 19.10.2008 e 15.2.2009, conforme Decreto n. 6.558, de 8 de setembro de 2008 – fonte: www.mme.gov.br), época em que se vislumbra desnecessário o acionamento da luz artificial diante da claridade natural.

Finalmente, *ad argumentandum tantum*, embora tenha sido decretada em Segundo Grau de jurisdição, no dia 17 de dezembro de 2015, a extinção da punibilidade em decorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado (Apelação Criminal n. 2015.070983-6), na origem o recorrente Silvio Ari Barp foi condenado pela prática do delito delineado no “*art. 302 da Lei n. 9.503/97, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) de detenção, em regime aberto, e à suspensão do direito de dirigir por 2 (dois) meses*” (fls. 516-527), o que vem a reforçar a culpa ora reconhecida.

Nesse contexto, exsurge inafastável o dever de o demandado indenizar os demandantes diante da responsabilidade civil evidenciada nos autos, passando-se a analisar o *quantum* indenizatório estabelecido no Primeiro Grau.

2. Delimitação dos danos e sua reparação:

2.1. Danos materiais:

O juiz de direito, sobre os danos materiais, neles consideradas as despesas com o enterro da vítima, com o conserto da motocicleta e com a prestação de alimentos, consignou na decisão objurgada (fls. 305-309):

“[...] As despesas do funeral (CC, art. 948, I) e transporte de familiares para o velório restaram devidamente comprovadas por meio dos recibos de fl. 75, contra os quais os réus não produziram qualquer prova.

Os recibos fazem expressa referência ao funeral da vítima e foram subscritos por pessoas aparentemente idôneas (os réus não fizeram prova do contrário), em valores condizentes com a realidade (não há flagrante excesso) [...].

O valor necessário para o conserto da motocicleta de propriedade da vítima restou devidamente comprovado por meios dos orçamentos de fls. 75 e 76, que não foram impugnados pelos réus.

Entende a Jurisprudência que os orçamentos de oficinas especializadas e idôneas são suficientes para provar o montante dos prejuízos. 1 [1

“Os orçamentos subscritos por empresas idôneas constituem prova suficiente para determinação do *quantum debeat*”. (TJSC, Apelação cível n. 00.022516-9, de Içara. Relator: Des. Dionizio Jenczak)]. Não basta ao réu impugnar genericamente os orçamentos apresentados; é preciso produzir provas para elidi-los.

O orçamento de fl. 76 discrimina os serviços e peças necessários ao conserto da motocicleta, apontando os respectivos preços, uma a um. É documento que se apresenta crível e autoriza o convencimento do Juízo.

Assim, há de ser acolhido o pedido articulado na inicial, fundamentado no orçamento de menor valor: R\$ 1.693,00 (fl. 76).

Esse valor deverá ser acrescido de juros de mora computados a partir do acidente e correção monetária desde a data do orçamento de fl. 76, nos termos das Súmulas 54 e 43 do STJ [...].

Deve ser considerado, nessa toada, que o dano material é o prejuízo efetivamente experimentado pelo lesado em seu acervo patrimonial em virtude do ato ilícito praticado pelo causador desse desfalque.

No caso em apreciação, a violação suportada pelos recorridos, causada por manifesta culpa do recorrente, tem a sua reparação delineada no art. 948 do Código Civil brasileiro ao estabelecer que “*no caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações*”: a) “*no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família*” (inciso I); b) “*na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima*” (inciso II), tudo de modo a reposicionar o patrimônio dos parentes dela no patamar anterior ao evento fatal.

O preceito em análise visa tão somente à recomposição das perdas materiais, com a preservação patrimonial dos prejudicados pelo causador do dano, como alerta Silvio de Salvo Venosa: “*na ação de indenização decorrente de ato ilícito, o autor busca a reparação de um prejuízo e não a obtenção de uma vantagem*” (*Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 4. p. 31).

Nesse trilho, porque inservíveis as impugnações genéricas perpetradas pelos recorridos, nos exatos termos da decisão recorrida, consideram-se comprovadas as despesas relativas ao conserto da motocicleta adquirida pelo filho dos recorridos (fl. 63), no montante de R\$ 1.693,00 (mil seiscientos e noventa e três reais), conforme orçamento anexado aos autos, representativo do menor valor estimado para a reparação nesse aspecto (fl. 76).

Apenas para registrar, os itens descritos nesse documento não se revelam incompatíveis com o montante de avarias verificadas pelo levantamento fotográfico realizado pela investigação policial (fls. 50-51).

Nesse passo, inviável a redução pretendida “*se o menor orçamento é firmado por pessoa cuja inidoneidade sequer é cogitada, contém valores de mercado, descreve pormenorizadamente os itens danificados e, mais, não é alvo de qualquer contraprova*” (TJSC, Apelação Cível n. 2014.089581-1, de Papanduva, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 27.8.2015).

Ademais, não é demasiado lembrar que “*só orçamento, desde que subscrito por empresa idônea, presta-se à quantificação dos danos materiais causados a terceiro. Cumpre ao réu elidir a força probante do documento*” (TJSC, Apelação Cível n. 2001.021763-5, de Concórdia, rel. Des. Newton Trisotto, j. 27.5.2002).

De outro vértice, propõe o recorrente-réu a exclusão do reembolso aos autores-recorridos das despesas com o funeral de Iloir Cunha, afirmando inexistirem notas fiscais acerca das alegadas despesas (fl. 341).

Sem razão, novamente, o recorrente-réu.

A proposição não pode ser aceita, pois os recorridos lograram demonstrar, sem contraposição suficientemente sólida, os gastos com o traslado de familiares, com o velório e com o enterro propriamente dito, nos termos dos recibos acostados à fl. 75, perfazendo R\$ 4.630,00 (quatro mil seiscientos e trinta reais).

Como anotado acima, na esteira de jurisprudência consolidada nos tribunais pátrios, especialmente no catarinense, tão só alegar que os recibos não são idôneos não descaracteriza a força probante de tais documentos, já que os recorridos não produziram prova suficiente para infirmá-los.

De outra banda, propugna o apelante a redução da indenização estabelecida no Primeiro Grau de jurisdição com base na culpa concorrente ao alegar que deveria se “*observar na fixação dos danos, que a vítima agiu com uma enorme parcela de culpa para o acidente e o agravamento dos danos*” (fl. 326).

O argumento não merece acolhimento porque, como visto, houve demonstração irretorquível de que a atitude imprudente do recorrente, ao obstruir o fluxo natural dos veículos que transitavam na faixa adjacente, foi a causa do acidente fatal, de modo que, nessas circunstâncias, não passou de mera especulação a possibilidade de resultado de gravidade potencialmente menor caso a vítima estivesse trafegando em velocidade reduzida e com o capacete preso a cabeça, de sorte a amortecer o impacto craniano no solo, até porque tais circunstâncias, embora possíveis no contexto do acidente, não foram cabalmente demonstradas no curso da instrução.

Quanto à velocidade excessiva, aliás, embora existam alguns indícios nesse sentido, a prova não é conclusiva, até porque não se pode ignorar, por exemplo, que a vítima foi projetada a poucos metros do ponto de impacto, circunstância que não ratifica a tese defensiva que exigiria o arremesso do corpo a uma distância muito superior. Nessa linha, extrai-se da narrativa do bombeiro Ricardo Fabio Ludwig (fl. 275, sublinhou-se):

“[...] não presenciou o acidente descrito na inicial; que atendeu a ocorrência, na condição de bombeiro socorrista; que prestou atendimento ao condutor da motocicleta, que foi encaminhado ao hospital [...]”

condutor da motocicleta ficou caído sobre a pista, com as pernas sobre o canteiro da calçada; que ele estava a uns 3 ou 4 metros do automóvel; que o depoente não lembra a que distância a vítima ficou da motocicleta que pilotava; que a vítima estava sem o capacete quando o depoente chegou ao local; que o depoente não lembra onde estava o capacete; que não lembra de marcas no pescoço da vítima; que não lembra se na pista onde ocorreu o acidente havia mais de uma faixa central; que a motocicleta bateu na parte frontal-esquerda do automóvel; que quando o depoente chegou o automóvel estava no meio da pista; que o automóvel do réu estava um pouco mais para o centro da pista e inclinado mais à direita do que o veículo fotografado à fl. 140 [...]”.

Portanto, verifica-se que a sentença delineou claramente as razões de decidir quanto a cada um dos itens que compõem os chamados danos materiais, valendo destacar que, a par de o recorrente não ter produzido prova capaz de derruir a presunção de legitimidade dos documentos carreados pelos autores, como lhe competia (CPC/1973, art. 333, II), os valores dos ressarcimentos pleiteados e comprovados nos autos são razoáveis e não indicam má fé dos recorridos, pelo que devem ser reputados como idôneos.

2.2. Prestação de Alimentos:

No que diz respeito à prestação de alimentos, Silvio Ari Barp apontou “*que os recorridos em nenhum momento comprovam a dependência econômica do filho*” (fl. 335).

Entretanto, o argumento não merece crédito.

Sobre a pensão alimentícia constou na sentença recorrida (fls. 307-309):

“[...] Dispõe o art. 948, II, do Código Civil que no caso de homicídio a indenização consiste na prestação de alimentos às pessoas a quem o falecido os devia, levando-se em conta a duração provável da vítima.

Há prova nos autos do parentesco havido entre os autores (pai e mãe) e a vítima – fl. 74.

A vítima não tinha filhos.

Conforme documentos de fls. 30/32, observa-se que o pai da vítima auferia mensalmente a quantia aproximada de R\$ 615,00 a R\$ 660,00. A mãe, entretanto, não exerce trabalho remunerado.

A frágil condição financeira dos autores e o auxílio da vítima (que residia com os pais) para o sustento da família, restou plenamente comprovado por meio da prova testemunha [...].

Não bastasse isso, entende-se que em núcleos familiares de poucos recursos os filhos que exercem atividade remunerada sempre contribuem para o sustento dos demais membros da família [...].

A vítima, na data do sinistro, em 18/02/1009, contava com 19 anos de idade, trabalhava como eletricitista e recebia remuneração no valor mensal de R\$ 480,00 (fl. 38), quando o salário mínimo era de R\$ 415,00.

Sua remuneração era, portanto, correspondente a 115,66% do salário mínimo nacional.

De acordo com a prova testemunhal, era Iloir quem pagava as prestações da motocicleta, no montante de R\$ 194,69 (fl. 79) por mês.

Diante disso, e considerando que parte do salário era destinado às suas despesas pessoais, entendo como justo o pagamento de pensão mensal no valor de 1/3 do salário, até que ela completasse 25 anos de idade, data em que presumivelmente constituiria família.

Daí para frente, considerando ainda o fato de os autores terem outros filhos maiores que certamente lhes auxiliariam no sustento (como já o faz o filho Valcir, fls. 208/209), a pensão deve ser reduzida para 1/4 do salário, até o falecimento dos autores.

A questão é tormentosa e insuperável (há uma infinidade de variantes pertinentes e plausíveis). Todavia, para equacioná-las com racionalidade e possibilitar a entrega da prestação jurisdicional, estima-se o grau de contribuição do filho maior para o atendimento das necessidades básicas de seus genitores, com base naquilo que auferia mensalmente na época do

falecimento (desconsideram-se supostos aumentos ou decréscimos de renda). Não há como, nesse particular, proferir édito condenatório absolutamente preciso, que, afinal, consistiria em mero juízo de adivinhação. Inviável tentar definir qual seria a evolução da remuneração e do patrimônio da vítima, dos seus gastos pessoais, das necessidades dos autores e do comprometimento do filho com a assistência material deles. Justamente por isso a lei reserva a possibilidade de revisão do valor da pensão, mesmo depois do trânsito em julgado da sentença que a fixa (CPC, art. 475-Q, § 3.º).

Deve-se, no entanto, presumir o ordinário. Exercendo atividade laborativa remunerada, imagina-se que o filho não deixaria os pais em absoluto desamparo; mas também não se pode crer que daria maior contribuição a eles do que reservaria a si mesmo (e a sua eventual esposa e filhos) [...].

Considerando que os autores tinham outros filhos maiores, com iguais possibilidades de auxílio financeiro, e que podem obter benefício previdenciário, parece-me razoável estimar a ajuda da vítima em 1/3 de sua remuneração até quando completaria 25 anos de idade e, a partir daí, em 1/4, até o fim da vida de seus pais.

O valor do salário mínimo deve corresponder ao que vigorar na data da sentença, conforme Súmula 490 do STF: “A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.”

A utilização do salário mínimo com base para a fixação da pensão encontra supedâneo no art. 475-Q, § 4.º do CPC.

Fazem jus os autores à inclusão da gratificação natalina, porquanto ‘na pensão inclui-se o 13º salário porque deve ela ser a mais completa possível.’ 2 [2 *TJSC, Apelação Cível n. 34.133. Relator: Des. João José Schaefer*]. Em caso de morte de um dos demandantes, fica assegurado o direito de crescer ao beneficiário remanescente. 3 [3 *TJSC, Apelação cível n. 2005.000294-4, de Canoinhas. Relator: Des. Jânio Machado*].

Aos demandados cabe a constituição de capital, cuja renda assegure o integral pagamento do valor mensal da pensão, consoante o art. 475-Q, *caput*, do CPC [...].”

Assim, em que pese a insurgência deduzida pelo demandado Silvio Ari Barp, verifica-se não ter logrado êxito em demonstrar em que parte o critério encampado na sentença recorrida mostra-se incompatível com a realidade apurada no processo. Ao revés, a decisão revela cuidadosa análise das circunstâncias que norteiam a fixação da pensão em casos desse jaez, cotejadas com as provas oral e documental produzidas, as quais indicam a inexistência de prole dependente de Iloir Cunha, mas realçam os laços familiares com os demandantes (fl. 74), com quem coabitava e supria a dependência econômica.

Realmente, dado o contexto probatório, analisado à luz das disposições do art. 948 do Código Civil, depreende-se que a vítima exercia atividade remunerada na microempresa Ivalino Dalsotto, desde 22 de janeiro de 2008, conforme expressam os documentos acostados às fls. 37-39, auferindo, na data de seu desligamento em razão da morte (18.2.2009), renda de R\$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais), e, ainda que não exclusivamente, contribuía para a formação da renda familiar conjugada, até porque seu genitor percebia até R\$ 660,00 (seiscentos e sessenta reais) mensais, enquanto que sua genitora não exercia atividade remunerada.

Demais disso, foram juntados ao caderno processual documentos que indicam que o falecido Iloir Cunha pagava despesas de manutenção da casa de seus pais, como se retira das declarações firmadas pelos microempresários Marinês Dallagnol Santin (fl. 40), Reimar Marcos Kunz (fl. 41) e Dalberto Avila Ltda. (fl. 42). Tais documentos, em que pese produzidos unilateralmente, não foram desconstituídos pelo réu, sendo, de outra parte, corroborados pela prova oral colhida.

Nesse palmilhar, colhe-se do depoimento prestado por Neuza Maria Evangelista Menin (fls. 208-209, sublinhou-se):

“[...] conhece os autores há aproximadamente dois anos; que a depoente é mãe de Jean Pier Alex Menin; que ele era colega de estudo da vítima;

que a depoente conheceu os autos em razão do vínculo havia entre seus filhos; que ambos estudavam no colégio São Miguel; que na época do falecimento, a vítima estava cursando o ensino médio (a testemunha acha que era a segunda série), no período noturno; que a vítima trabalhava como eletricitista, com carteira assinada; que a depoente não lembra o nome do empregador da vítima; que nos finais de semana a vítima fazia ‘bicos’, como eletricitista autônomo, para complementar a renda; que a vítima era solteira e não tinha filhos e morava com os autores [...] a vítima contribuía com as despesas da casa; que na época do infortúnio, os autores moravam no interior, e se dedicavam às lides rurais; que não tinham terra própria para cultivo; que eles moravam na Linha Pérola; que a depoente os visitou uma vez; que eles moravam de favor em terra alheia; que os autores têm quatro filhos maiores e dois menores; que três dos filhos maiores já são casados; que dois moram em residências próprias e não contribuem financeiramente com os autores; que Juliana, embora casada, continua morando com os autores; que Juliana trabalha como doméstica, na casa de Cátia; que Valcir trabalha no Frigorífico Klein e também mora com os autores; que o marido de Juliana mora em Itapiranga e só vem nos finais de semana; que os autores atualmente continuam trabalhando como diaristas, na lavoura; que vivem quase que exclusivamente pelo auxílio do filho Valcir, solteiro; que Juliana estuda e pouco contribuiu com as despesas da casa; que na época do acidente Valcir não tinha o emprego que tem hoje; que na época Valcir fazia apenas ‘bicos’ e estudava; que atualmente Valcir trabalha durante o dia e estuda a noite; que a vítima auxiliava os autores nas tarefas domésticas [...]”.

Em harmonia com aquele informe oral, está a narrativa de Cátia Jaqueline Farias de Oliveira, empregadora da irmã da vítima (fl. 210, sublinhou-se):

“[...] conhece os autores há aproximadamente dois anos; que a irmã da vítima trabalha com a depoente há dois anos, como empregada doméstica; que a depoente esteve na casa dos autores uma única vez, no dia do

velório da vítima; que soube pela filha dos autores, que estes sobreviviam com auxílio da vítima; que acha que a vítima trabalhava como eletricista; que não sabe se os autores exercem atividade laborativa remunerada; que não sabe se eles têm alguma doença; que além da vítima, os autores têm mais cinco ou seis filhos, dos quais dois ou três ainda são menores; que a empregada da depoente ainda mora com os autores e, segundo ela, é quem sustenta a casa; que ela recebe um salário mínimo por mês; que os outros filhos maiores são casados e moram em casas próprias [...] a vítima residia com os autores na época do acidente; que a vítima era solteira e não tinha filhos; que segundo a empregada da depoente, a vítima fazia bicos nos finais de semana para complementar a renda [...] não sabe se os outros filhos maiores auxiliam no sustento dos autores; que não sabe de quem era a moto no dia do acidente; que atualmente os autores moram próximo à Ceval, em São Miguel do Oeste; que antes, na data do acidente, moravam no interior, em comunidade que a depoente não sabe precisar; que nessa época, quando moravam no interior, não tinham plantações, nem criavam animais [...].

Desse modo, em contextos tais, a dependência econômica resulta evidente, uma vez que, como vem entendendo este Órgão Fracionário, *“em famílias de baixa renda, presume-se a contribuição mensal do filho”* (Apelação Cível n. 2011.002258-1, de Pinhalzinho, rel. Des. Substituto Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 23.2.2015).

Nesse mesmo sentido, colhem-se outros julgados desta Corte de Justiça:

“DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - INVASÃO DE PREFERENCIAL - COLISÃO ENTRE ÔNIBUS E MOTOCICLETA - MORTE DO MOTOCICLISTA FILHO DOS AUTORES - DANOS MORAIS E MATERIAIS - PROCEDÊNCIA - INCONFORMISMO - 1. RECURSO DOS RÉUS - 1.1 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - INACOLHIMENTO - INVASÃO DE VIA PREFERENCIAL PELO ÔNIBUS DOS RÉUS - IMPRUDÊNCIA CARACTERIZADA

- INDENIZATÓRIA MANTIDA - 1.2 AFASTAMENTO DA PENSÃO MENSAL - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA INDEMONSTRADA - IRRELEVÂNCIA - FAMÍLIA DE PARCOS RECURSOS FINANCEIROS - FILHO TRABALHADOR - AUXÍLIO PRESUMIDO NAS DESPESAS DO LAR - PENSIONAMENTO MANTIDO [...] 1.2 Em famílias de parques recursos financeiros, é presumida a contribuição de filho trabalhador para as despesas do lar, sendo devida pensão mensal em razão de seu falecimento [...]” (Apelação Cível n. 2013.089821-6, de Joinville, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 12.6.2014).

Em relação ao estabelecimento do *quantum* do pensionamento, este Tribunal catarinense vem decidindo, em situações semelhantes, ser esperado que o filho contribuisse para a renda da família até os seus 25 (vinte e cinco) anos, com 2/3 (dois terços) dos seus rendimentos (TJSC, Apelação Cível n. 2014.063144-4, da Capital, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 16.7.2015), momento a partir do qual, se presume, constituiria a própria família, reduzindo sua contribuição até os seus 70 (setenta) anos de idade ou perecimento dos beneficiários (*dies ad quem*), para 1/3 (um terço) de seus rendimentos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência, “*há muito firmou-se no sentido de que a pensão a título de danos materiais é devida na ordem de 2/3 do salário percebido pela vítima (ou o salário mínimo, caso esta não exerça trabalho remunerado) no período até seus 25 anos, e, após tal interregno, o valor é reduzido para 1/3 do salário, sendo tal pensão limitada até o momento em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, levando-se em conta a expectativa de vida média dos brasileiros*” (Agr. em REsp n. 116.639, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 22.2.2012).

Não se olvida que nas hipóteses de não haver demonstração de que a vítima auferisse rendimentos superiores a um salário mínimo este deve ser o paradigma a ser adotado para o pensionamento. Nesse sentido,

a longa tradição do Tribunal de Justiça deste Estado: Apelações Cíveis n. 1997.000570-9, 2002.006255-9, Apelação Cível n. 2010.055681-4, de Itapiranga, rel. Des. Substituto Rubens Schulz, j. 14.9.2015. Entretanto, como frisou o julgador de piso, no caso dos autos há demonstração de que Iloir Cunha recebia mensalmente 480,00 (quatrocentos e oitenta reais), valor superior a este patamar (um salário mínimo = 415,00).

Vale lembrar, ainda, que o pensionamento também engloba as demais rubricas dos estípedios da vítima, conforme precedentes desta Câmara segundo o qual deve ser computado “*no cálculo, também, o direito a gratificação natalina e férias*” (Apelação Cível n. 2011.002258-1, de Pinhalzinho, rel. Des. Substituto Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 23.2.2015).

Aliás, em situações desta natureza, a Corte de Justiça catarinense vem proclamando:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO [...] DEVER DE INDENIZAR. PENSÃO MENSAL. FILHO MENOR. TERMO INICIAL. DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 14 ANOS DE IDADE. VALOR DE 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO ATÉ A DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 25 ANOS DE IDADE, QUANDO ENTÃO A VERBA DEVE SER REDUZIDA PARA 1/3 DO SALÁRIO MÍNIMO ATÉ A DATA EM QUE COMPLETARIA 70 ANOS DE IDADE OU QUANDO FALÉCEREM OS AUTORES, O QUE OCORRER PRIMEIRO. DANOS MORAIS *IN RE IPSA*. QUANTUM. APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL PELO RÉU NO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A pensão por morte de filho menor que ainda não exercia atividade laborativa deve incidir desde quando a vítima tivesse quatorze anos no valor de 2/3 (dois terços)

do salário mínimo, até que completasse vinte e cinco anos e, a partir daí, até quando atingisse a idade de sessenta e cinco anos, no equivalente a 1/3 (um terço) da mesma quantia, tendo em vista que não houve pedido de majoração para setenta anos (Apelação Cível n. 2007.005484-6, de Blumenau, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. em 27-11-2007) [...] (Apelação Cível n. 2014.038313-4, de Mafra, rel. Des. Saul Steil, j. 10.2.2015).

E este Órgão Fracionário não destoa dessa compreensão da matéria:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS C/C DANOS MORAIS POR RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO COM RESULTADO MORTE. [...] PENSÃO POR MORTE - DEVIDA - COMPROVAÇÃO DO VALOR EFETIVAMENTE PERCEBIDO MENSALMENTE PELO FILHO DOS APELANTES - VALOR QUE DEVERÁ INCIDIR DESDE O EVENTO DANOSO, ATÉ O MOMENTO QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 25 ANOS DE IDADE, NO VALOR DE 2/3 DO SALÁRIO LÍQUIDO PERCEBIDO, SENDO QUE A PARTIR DE TAL IDADE, DEVERÁ SOFRER REDUÇÃO PARA 1/3, ATÉ O MOMENTO QUE COMPLETARIA 70 ANOS, SALVO SE HOUVER PERECIMENTO DOS DEPENDENTES DO *DE CUJUS* - INCLUSÃO DO 13º SALÁRIO - CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL QUE SE FAZ NECESSÁRIA. MAJORAÇÃO/MINORAÇÃO DOS DANOS MORAIS - ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS - PLEITO PARA MINORAR CONCEDIDO AO RÉU. ‘O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz com base nas peculiaridades da espécie e razoabilidade, de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro lado, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva’ (Apelação cível n. 2006.024252-7, da Capital. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben) [...]” (Apelação Cível n. 2010.041557-0, de Anchieta, rel. Des. Substituto Guilherme Nunes Born, j. 13.3.2012).

Em igual diapasão:

“APELAÇÕES CÍVEIS E RECURSO ADESIVO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. [...] DANOS MATERIAIS PARCIALMENTE COMPROVADOS. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. MORTE DE PARENTE. PRESUNÇÃO DE DEPENDÊNCIA. PENSÃO MENSAL DEVIDA. PAGAMENTO DE 2/3 DOS RENDIMENTOS DA DATA DO ÓBITO ATÉ QUE A VÍTIMA COMPLETASSE 25 ANOS DE IDADE. A PARTIR DE ENTÃO, REDUZ-SE PARA 1/3 DO SALÁRIO MÍNIMO A SER PAGO ATÉ OS 70 ANOS DE IDADE DA VÍTIMA OU FALECIMENTO DO BENEFICIÁRIO. DANOS MORAIS. VÍNCULO FAMILIAR. RELAÇÃO DE AFETO. REFLEXOS ADVENIENTES DA MORTE. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DOS DANOS MORAIS. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. SÚMULA 313 DO STJ. [...] IV - PENSÃO MENSAL. Em famílias de baixa renda, presume-se a contribuição mensal do filho. É devida a pensão mensal com o pagamento de 2/3 dos rendimentos a partir da data do óbito até que a vítima completasse 25 anos. Após, reduz-se para 1/3 do salário mínimo a ser pago até os 70 anos de idade da vítima ou falecimento do beneficiário [...]” (Apelação Cível n. 2012.050202-0, de Chapecó, rel. Des. Substituto Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 23.2.2015).

Nessas condições, conquanto a sentença tenha utilizado frações mais modestas para a fixação da verba alimentar, tanto a inicial (2/3 – indicados pela jurisprudência x 1/3 fixados) quanto àquela referente à projeção fictícia do atingimento dos 25 (vinte e cinco) anos por parte da vítima fatal (1/3 – admitidos x 1/4 – estabelecidos), verifica-se que o magistrado fundamentou razoavelmente essa opção, de sorte que não se mostra necessário qualquer ajuste, até porque, como anotado anteriormente, não se demonstrou suficientemente que a situação econômico-financeira do demandado permitiria promover a pretendida elevação.

2.3 Constituição de Capital:

Sob outro enfoque, em casos tais, deve ser acolhido o pleito de determinação de constituição de capital suficiente para os devedores da verba alimentar assegurarem o cumprimento das prestações que forem vencendo.

Nesse caminho, o art. 475-Q, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973 estabelecia que “*quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão*”.

Aliás, tal matéria foi sedimentada na Súmula n. 313 do Superior Tribunal de Justiça ao estipular que “*em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado*”.

Desse modo, sabendo-se que a referida pensão tem caráter alimentar, notadamente em casos como o dos autos, em que o réu Silvio Ari Barp não ostenta notória capacidade econômica, a constituição de capital para assecuração do pagamento das prestações futuras é medida que se impõe.

Em caso semelhante este Tribunal estadual tornou claro:

“APELAÇÕES CÍVEIS E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA [...] CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. MEDIDA ASSECURATÓRIA DO PENSIONAMENTO. A constituição de capital é medida assecuratória do pensionamento, independentemente da avaliação das condições financeiras dos demandados, tornando-se imperiosa sua aplicação para garantir a ordem que se projeta para o futuro, facultando-se, todavia, o pagamento de todas as verbas em parcela única [...] SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS” (Apelação Cível n. 2010.036887-9, de Joinville, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 3.10.2013).

Por conseguinte, deve ser mantida a determinação expressa na decisão recorrida acerca da obrigatoriedade de constituição de capital capaz de suportar os efeitos da condenação quanto à verba alimentar.

2.4. Danos morais:

No que diz respeito aos danos morais, há inconformismo de ambas as partes, uma vez que o demandado considera o valor estabelecido no Primeiro Grau exorbitante, enquanto que os demandantes o rotulam de insuficiente.

Quanto ao ponto, assim motivou o sentenciante (fls. 309-310):

“[...] Os danos morais são presumidos e autorizam compensação pecuniária (CC, art. 186 c/c 948, *caput*). Legitimados os autores a reivindicar danos morais pela morte violenta e repentina de seu filho, com o qual, presumivelmente, mantinham relação de íntimo afeto [...].

Os danos morais, no caso, dispensam específica comprovação. São presumidos. Os pais que perde repentinamente (de forma violenta e brutal) seu filho, certamente suportam dor psíquica (abalo psicológico) que merece a tutela judicial. Os sentimentos de saudade, tristeza e revolta advindos da perda de um ente tão próximo configuram danos morais, indubitavelmente.

A respectiva indenização deve ser fixada consoante prudente arbítrio do magistrado, porque não há parâmetro legal para tanto [...].

Assim, em atenção às funções compensatória, repressora e pedagógica da indenização por danos morais, considerando os vínculos entre a vítima e os autores, a capacidade econômica dos réus, seu grau de culpa, tenho como justa a quantia de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) [...]”.

A decisão, também nesse tocante, não merece retoque.

2.4.1 No que tange aos danos morais, sabe-se que, em sendo reconhecida a culpa do recorrente na causação do sinistro que matou Iloir Cunha, indiscutível o dever de reparar o mal causado aos seus genitores.

De fato, o dano moral tem assento constitucional, nos termos do art. 5º, V e X, da Carta da República, do qual derivam as previsões infraconstitucionais delineadas nos arts. 186, 953 e 954, todos do Código Civil brasileiro.

No âmbito doutrinário, diz-se que *“a ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido”* (Rui Stoco. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 458).

Conforme asseverou o juiz de direito, os danos dessa natureza independem de prova de sua ocorrência, diante da própria essência da ofensa, de onde se extrai que, uma vez reconhecida a culpa do recorrente pelo sinistro, deve ser admitido que os recorridos suportaram abalo de índole moral, até porque, os *“danos morais decorrentes da morte de um filho são presumidos e não dependem de qualquer espécie de prova concreta do sofrimento suportado”* (TJSC, Apelação Cível n. 2010.020693-3, de Itapiranga, rel. Des. Edson Ubaldo, j. 24.6.2010).

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça tem expressado que *“sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização”* (REsp 8.768/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 18.2.1992).

É que, os *“danos morais resultantes da morte de ente querido integram o patrimônio individual daqueles que lhe deram a vida, militante, em prol destes, uma presunção quase de irretorquível, posto estarem ligados a sentimentos essencialmente subjetivos, como a dor, o abalo psíquico, a mágoa, a tristeza, afetando exclusivamente o patrimônio ideal dos atingidos pela perda. Decorrem eles, tão-somente, da intensidade da ofensa havida, sendo implicações inarredáveis da natureza e das conseqüências advindas do fato”* (TJSC, Apelação Cível n. 1997.005687-7, de Xanxerê, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 2.3.1999).

Partindo-se desse pressuposto, resta analisar o *quantum* indenizatório

fixado pelo juízo *a quo*, tema de irresignação de ambos os litigantes. A esse respeito, a reparação do abalo moral deve ser dimensionada a partir das particularidades de cada caso, além de evidentemente ser fixado de modo proporcional à extensão do dano imposto aos demandantes, nos termos do art. 944 do Código Civil, sempre considerado o grau de gravidade da ofensa aos valores sociais.

Nessa afinação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina costuma proclamar que a *“importância indenizatória fixada deve servir de compensação aos prejuízos, constrangimentos, dissabores e transtornos sofridos pela vítima do evento danoso, com caráter pedagógico e inibidor, capaz de evitar o cometimento de novos atos ilícitos, sem contudo induzir o enriquecimento indevido”* (Apelação Cível n. 2011.088831-2, de Blumenau, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 2.5.2013).

Isso porque, o *“valor compensatório do dano moral há que representar, acima de tudo, uma efetiva forma de atenuar os prejuízos anímicos experimentados pelo lesado, sem implicar para esse um enriquecimento sem causa. De outro lado, dentro de feições nitidamente pedagógicas, o quantum reparatório há que representar uma eficaz advertência ao ofensor, quanto a não se aceitar a conduta assumida ou a lesão dela proveniente”* (TJSC, Apelação Cível n. 2015.018545-2, de Brusque, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 7.5.2015).

Em relação aos critérios balizadores de sua fixação, o Superior Tribunal de Justiça também fornece, *mutatis mutandis*, importantes subsídios para definição do valor a ser arbitrado, tudo a demonstrar que, ao contrário do que sustenta o demandado-apelante a estipulação delineada na sentença é parcimoniosa quando comparada aos parâmetros adotados por aquele Tribunal de Superposição:

“RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DE ADOLESCENTE. ATROPELAMENTO POR ÔNIBUS. PREPARO RECURSAL. AUSÊNCIA DE GRU. QUANTUM INDENIZATÓRIO DOS DANOS MORAIS. PEDIDO DE PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA DA PENSÃO POR MORTE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. 1. Morte de adolescente, com 17 anos, em acidente de trânsito, deixando os pais e

irmãos, autores de demanda indenizatória com pedido de reparação dos danos materiais (pensão) e morais. [...] 3. O valor das indenizações por danos morais em casos de morte vem sendo arbitrado equitativamente por esta Corte em favor dos familiares da vítima em parcelas individuais, considerando o grau de afinidade de cada uma delas com o falecido. Precedente recente específico da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. 4. Revisão dos valores fixados a título de indenização por danos morais, procedendo-se ao seu arbitramento equitativo (art. 953, § único, do CC), considerando-se as circunstâncias do caso, especialmente o número de demandantes e a situação econômica da empresa demandada. [...]” (REsp 1354384/MT, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 18.12.2014).

E, da fundamentação dessa decisão, extrai-se:

“[...] (i) Majoração do *quantum* indenizatório arbitrado pelos danos morais (art. 186 do CC/02):

Está pacificado o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o valor da indenização por dano moral somente pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado. Ressalto que a indenização por danos morais em casos de morte da vítima vem sendo arbitrada por esta Corte entre 300 e 500 salários mínimos, com o que se deve reputar como ínfimo o montante global de R\$ 55.000 (cinquenta e cinco mil reais), equivalente a 100 salários mínimos vigentes à época do fato, estabelecendo-se, portanto, fora do espectro jurisprudencial supracitado. A esse respeito, já tive a oportunidade de me manifestar em sede doutrinária (*Princípio da reparação integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010): A análise de mais de cento e cinquenta acórdãos do STJ relativos a julgamentos realizados nos últimos dez anos, em que houve a apreciação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais ligados ao dano-morte, denota que ainda existem divergências no próprio STJ acerca do que se pode considerar como um valor razoável para essas indenizações. (...) Pode-se tentar identificar a noção de razoabilidade desenvolvida pelos integrantes da Corte na média dos julgamentos atinentes ao dano-morte. Os julgados que, na sua maior parte, oscilam na faixa entre duzentos salários mínimos

e seiscentos salários mínimos, com um grande número de acórdãos na faixa de trezentos salários mínimos e quinhentos salários mínimos, podem ser divididos em dois grandes grupos: recursos providos e recursos desprovidos. (...) Os recursos especiais providos, para alteração do montante da indenização por dano extrapatrimonial, são aqueles que permitem observar, com maior precisão, o valor que o STJ entende como razoável para essa parcela indenizatória. Ainda assim, observa-se a existência de divergência entre as turmas, pois a 4ª Turma tem arbitrado no valor correspondente a quinhentos salários mínimos, enquanto a 3ª Turma tem fixado em torno de trezentos salários mínimos. (...) Pode-se estimar que um montante razoável para o STJ situa-se na faixa entre trezentos e quinhentos salários mínimos, embora o arbitramento pela própria Corte no valor médio de quatrocentos salários mínimos seja raro. Depreende-se do histórico jurisprudencial desta Corte que o STJ tem-se utilizado do princípio da razoabilidade para tentar alcançar um arbitramento equitativo das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais derivados de homicídio (art. 948 do CC). Pode-se estimar que, para esta Corte Superior, um montante razoável para a indenização por dano moral, nas hipóteses de morte da vítima, situa-se na faixa entre 300 e 500 salários mínimos. Saliente-se, mais uma vez que, embora seja importante que se tenha um montante referencial para a indenização dos prejuízos extrapatrimoniais derivados do dano-morte, isso não deve representar um tarifamento judicial rígido, o que entraria em rota de colisão com o princípio da reparação integral (art. 944 do CC) e a necessidade de um arbitramento equitativo da indenização por danos morais (art. 953, § único, do CC). Com efeito, cada caso apresenta particularidades próprias e variáveis importantes como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento das vítimas por ricochete, o número de autores, a situação socioeconômica do responsável, que são elementos de concreção que devem ser sopesados no momento do arbitramento equitativo da indenização pelo juiz. Assim, no particular, o montante de R\$ 55.000 (cinquenta e cinco mil reais), totalizando um valor global de 100 salários mínimos vigentes à época do fato, para os familiares da vítima falecida situa-se muito aquém do espectro jurisprudencial supracitado (300 a 500 salários mínimos), merecendo, portanto, majoração neste valor [...]”.

No caso dos autos, infere-se que Iloir Cunha, filho dos recorridos, mal havia completado 19 anos de idade ao tempo de seu violento desaparecimento (laudo de exame cadavérico – fl. 73), conforme aponta a certidão de óbito de fl. 74, de modo que sequer completara o primeiro ciclo de vida. Seus pais, pessoas humildes, de poucos recursos, experimentaram a dor incessante da perda e da ausência perpétua do filho querido. Assim, evidentemente que a reparação não pode ser estabelecida em patamar insignificante frente ao sofrimento suportado por eles, em afronta à razoabilidade e à proporcionalidade.

2.4.2. De outra banda, também não merece acolhimento o pleito de exasperação do *quantum*, como querem os demandantes-recorrentes.

O recorrente Silvio Ari Barp é pessoa de escassos recursos econômicos e financeiros, conforme se depreende dos documentos juntados aos autos (fls. 117 e 579-593), tudo a indicar que a reparação não poderia mesmo ser fixada em patamar exorbitante.

É que se não observadas aquelas diretrizes anteriormente delineadas, “o valor estabelecido para indenizar o dano moral experimentado revela-se exorbitante, e deve ser reduzido aos parâmetros adotados pelo STJ” (STJ, REsp. n. 1100571/PE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 7.4.2011, *DJe* 18.8.2011).

Assim, ao contrário do que sustentaram os apelantes, dadas as particularidades do caso posto em julgamento, a sentença atacada, ao estabelecer os valores indenizatórios em R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) em favor dos dois autores, não se mostra desarrazoada, razão pela qual deve ser mantida, até porque consabido que “o *quantum arbitrado pela instância de origem só deve ser alterado caso se mostre irrisório ou exorbitante, em clara afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*” (TJSC, Apelação Cível n. 2016.013024-7, de Blumenau, rel. Des. Substituta Janice Goulart Garcia Ubiali, j. 7.4.2016).

Enfim, em casos tais, devem ser consideradas as consequências psíquicas e a extensão dos danos resultantes da ação imprudente do demandado Silvio Ari Barp, bem assim a natureza compensatória e de prevenção de novos ilícitos dessa natureza, de modo a auxiliar na criação de uma cultura de paz no trânsito, sem, contudo, olvidar das condições socioeconômicas do réu, à luz dos elementos constantes nos autos. O valor arbitrado mostrou-se de acordo com os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade no estabelecimento de reparação à guisa de dano moral, servindo à punição do demandado, sem significar sua ruína econômico-financeira, ou, por outro lado, o enriquecimento sem causa dos demandantes.

3. Juros e correção monetária:

Quanto ao ponto insurge-se o demandado-recorrente, igualmente, aduzindo que *“em relação aos danos morais, materiais e sobre a pensão”, “tanto os juros, como a correção monetária devem incidir apenas a partir da data da conclusão do Julgamento no Tribunal ‘ad quem’”* ou, de outro modo, que sejam *“os juros apenas computados a partir da citação das partes, com base no art. 405 do Código Civil, na cifra de 0,5% ao mês”* (fl. 347).

O pedido não merece acolhimento.

Realmente, no tocante ao tópico, depreende-se da decisão recorrida: *“a) indenização por danos materiais (despesas com o funeral, transporte para o velório e conserto da motocicleta), no valor de R\$ 6.323,00, corrigido monetariamente pelo INPC desde a data do orçamento de fl. 76 e dos recibos de fl. 75, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a data do acidente (STJ, Súmula 54); b) indenização por danos morais em no importe de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a ser atualizado pelo INPC desde a sentença (Súmula 362 do STJ), com juros de mora de 1% ao mês desde a data do acidente (STJ, Súmula 54)”*.

Andou bem o magistrado sentenciante porque, em caso de responsabilidade civil por danos materiais e morais, consabido que os juros de mora são contados a partir do evento danoso, no caso, a morte de Iloir Cunha, ocorrido no dia 18 de fevereiro de 2009 (Súmula n. 54 do STJ).

Por outro viés, quanto aos danos materiais, a correção monetária deverá ser computada a partir de cada desembolso realizado pelos demandantes para fazer frente às despesas com o funeral e com o conserto da motocicleta da vítima, enquanto que a atualização no que diz respeito ao dano moral correrá a contar da sentença recorrida que estabeleceu o valor mantido neste julgamento (Súmula n. 362 do STJ).

Esta Corte catarinense vem reiterando:

“[...] JUROS DE MORA. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO. SUMULA 54 DO STJ. INSURGÊNCIA CONTRÁRIA AFASTADA. PERCENTUAL, PORÉM, DE 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO APLICÁVEL ATÉ A DATA DE ENTRADA EM VIGÊNCIA DO ATUAL CÓDIGO CIVIL. Tratando-se de responsabilidade civil extracontratual em decorrência de ação indenizatória por acidente de trânsito, os juros de mora incidem a partir da data do evento danoso. O percentual dos juros moratórios deve ser de 6% (seis por cento) ao ano até a entrada em vigência do Código Civil de 2002, quando então este índice passou a ser de 1% mensal. SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS” (Apelação Cível n. 2010.036887-9, de Joinville, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 3.10.2013).

Nesse sentido, colhem-se julgados deste Órgão Colegiado:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DO GENITOR DA

AUTORA. SINISTRO PROVOCADO PELA INVASÃO DA PISTA CONTRÁRIA. AÇÃO AJUIZADA CONTRA O RESPONSÁVEL PELA COLISÃO E QUEM EFETUAVA ULTRAPASSAGEM. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM [...] REVISÃO *EX OFFICIO* DAS DATAS DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ADEQUAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO E RECURSO ADESIVO CONHECIDO E PROVIDO” (Apelação Cível n. 2012.049964-4, de Xanxerê, rel. Des. Substituta Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 14.3.2016).

E, do corpo do acórdão, extrai-se:

“[...] Sob esta ótica, tem-se que, tanto no caso dos danos morais quanto da pensão mensal, os parâmetros a serem utilizados é o INPC/IBGE como índice de correção monetária e 1% a.m. (um por cento ao mês) de juros de mora, ex vi o disposto no Provimento n. 13/95 da CGJ-TJSC e art. 406 do CC. O que vai diferenciar entre uma indenização e a outra são as respectivas datas de incidência dos consectários, se não vejamos.

Sobre a verba arbitrada a título de danos morais, conforme estabelecem as Súmulas 54 e 362 do STJ, devem incidir juros de mora desde a data do evento danoso e a correção monetária a partir do arbitramento, ou seja, deste julgamento, pois foi alterado o valor estabelecido na sentença *a quo*.

Por sua vez, quanto à pensão mensal, sobre as parcelas vencidas tanto os juros de mora quanto a correção monetária fluem a partir da data em que deveriam ter sido pagas. Já sobre as parcelas vincendas, não deverá incidir juros de mora, e a correção monetária deverá fluir desde o vencimento de cada prestação, pois a natureza da rubrica é de trato sucessivo (No mesmo sentido: TJSC. 2ª Câmara de Direito Civil. ED em AC n. 2011.100855-1/0002.00, de Timbó. Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira. Julgado em 12/12/2014).

Estes são os índices, percentuais e datas de incidência dos juros de mora e correção monetária que devem figurar sobre as indenizações arbitradas

a título de danos morais e pensão mensal, razão pela qual merece reparo *ex officio* a sentença de primeiro grau nesse tocante [...]”.

Por conseguinte, não há razão para revisar o critério adotado pelo juiz sentenciante a título de juros e de correção monetária.

4. Honorário advocatícios:

4.1 Sustenta o recorrente-demandado que, nesse tocante, o julgador de piso afrontou o disposto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil revogado, uma vez que o valor arbitrado se mostrou exagerado, *“pois, com um cálculo simples, sem contemplar o valor atinente a pensão mensal, já soma a importância inicial de R\$ 14.448,45 (quatorze mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e quarenta e cinco centavos), ou seja, 15% do valor de R\$ 96.323,00 (noventa e seis mil, trezentos e vinte e três reais)”* (fl. 344).

Sem razão os recorrentes, no entanto.

Na decisão recorrida constou: *“Condeno os réus solidariamente ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, que fixo em 15% do valor atualizado da condenação (CPC, art. 20, § 3º), ressaltando que em relação à pensão mensal deverão ser calculados na forma do art. 20, § 5º, do CPC (cuja referência ao art. 602 deve ser redirecionada ao art. 475-Q, ambos do CPC): devem recair sobre as parcelas vencidas da pensão, acrescidas de doze das vincendas, além de incidirem sobre o valor da indenização correspondente aos danos morais e materiais”* (fl. 311).

O percentual de 15% (quinze por cento) eleito pelo julgador não se mostra desarrazoado em face dos elementos retirados do processado, consoante os critérios elencados no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil revogado.

Nesses termos, decidiu esta Corte de Justiça:

“[...] ADVOCATÍCIOS DAS PROCURADORAS DOS DEMANDANTES. PEDIDO DE REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARBITRAMENTO CONDIZENTE COM O § 3º DO ART. 20 DO CPC. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados de forma que remunere com dignidade o profissional que espalhou seus conhecimentos técnicos e seu tempo na ação, ainda mais quando se trata de demanda complexa e com vários anos de tramitação. [...] SENTENÇA REFORMADA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS” (Apelação Cível n. 2010.036887-9, de Joinville, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 3.10.2013).

Anota-se, ainda, que não sendo a hipótese de reversão da sentença de procedência, não se cogita de inversão dos ônus sucumbenciais, especialmente em relação à remuneração do advogado dos demandantes, como pretendeu o recorrente.

4.2. Por seu turno, os recorrentes-demandantes igualmente pediram a elevação dos honorários advocatícios nos moldes do art. 20, §§ 3º e 4º, do antigo Código de Processo Civil (fls. 498-500).

Igualmente, sem razão.

É que, em hipóteses como a dos autos, a fixação da verba honorária deve observar o disposto do art. 20, § 3º, do antigo Código de Processo Civil revogado, *in verbis*:

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.

No caso concreto, denota-se que os patronos dos demandantes, em que pese tenham demonstrado denodo e desempenhado adequadamente seu mister, inclusive em sede recursal, não precisaram se deslocar para a prestação dos serviços contratados e o acompanhamento da causa, tendo em vista que processada e julgada na mesma Comarca de São Miguel do Oeste em que se localiza a sede do escritório dos causídicos.

Ademais, o litígio não pode ser classificado como de alta complexidade, em que pese a demora na entrega da prestação jurisdicional final.

Desse modo, avaliados todos os vetores apontados, conclui-se que está adequado o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, porque em consonância com o artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973.

5. Justiça Gratuita:

O apelante Silvio Ari Barp quanto ao tópico reclama que atualmente *“está laborando na função de vendedor interno, em uma loja de materiais de construção, percebendo mensalmente a importância de R\$ 648,00 (seiscentos e quarenta e oito reais), com base na cópia da CTPS anexa”*, sendo que à época da declaração de pobreza constou por engano a função de “gerente”, pois se tratava de “supervisor de vendas”, enquanto que, ao tempo da contestação, conforme informado na ocasião, estava desempregado (fl. 348).

Ao analisar a decisão objurgada, verifica-se ter o magistrado singular indeferido o benefício da justiça gratuita sob o argumento de que o demandado Silvio Ari Barp *“não provou a alegada hipossuficiência financeira, e qualificou-se como gerente na contestação”* (fl. 311).

Pois bem.

É cediço a possibilidade de relativizar a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência firmada pelo requerente, quando aportam aos autos elementos que comprovem sua capacidade de custear a demanda.

Nesse passo, revela-se lícito ao julgador, inclusive, condicionar a concessão do benefício ou a continuidade da sua percepção à demonstração concreta da ausência de recursos financeiros.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que *“embora milite em favor do declarante a presunção acerca do estado de hipossuficiência, esta não é absoluta, podendo o magistrado negar o benefício pleiteado, quando não se encontrar convencido do estado de miserabilidade da parte”* (STJ, AgRg no Ag 1.262.528/MG, rel. Min. Marco Buzzi, j. 2.12.2014).

Ocorre que, na hipótese presente, embora na fase de resposta tenha o réu Silvio Ari Barp se qualificado como “gerente”, transparecem verossímeis as alegações apresentadas com as razões recursais, ainda mais porque não foram derruídas plenamente, devendo a presunção militar em favor do alegadamente hipossuficiente.

Nessa esteira, instado por este julgador a comprovar sua condição (fls. 571-572 e 574), o recorrente, além da declaração de hipossuficiência (fl. 578), trouxe aos autos documentos comprobatórios: a) da propriedade de *“um único bem imóvel, no caso, parte de um lote rural recebido a título de herança ainda no ano de 1978 (1/8 da metade do bem imóvel), contudo, o bem está em usufruto de sua genitora, que ainda reside sobre o bem”* (fl. 576), nos termos da certidão de inteiro teor (fls. 580-581); b) da inexistência de automotores registrados em seu nome (fl. 579); c) das declarações de isento de imposto de renda nos últimos 5 (cinco) anos (fls. 582-588); e d) do último salário anotado em sua CPTS pela empregadora Materiais de Construção Lizete Ltda., em 1º de maio de 2014, no valor de R\$ 1.114,00 (mil cento e catorze reais) (fls. 590-

593). Tais elementos indicam que “*não possui condições de arcar com o pagamento das custas processuais e demais despesas, uma vez que está passando por sérias dificuldades financeiras*” (fl. 576), circunstâncias que efetivamente autorizam a isenção postulada.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência catarinense:

“[...] impendendo ponderar, no particular, que não se exige da parte absoluta condição de miserabilidade para que tenha o benefício deferido, bastando que o postulante não possua renda suficiente para honrar o pagamento das despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família, não se me afigurando razoável que, para ver garantido seu direito de acesso à Justiça, deva se desfazer de algum bem a fim de possuir liquidez para fazer frente às custas processuais” (Agravo de Instrumento n. 2015.014906-1, de Criciúma, rel. Des. Substituto Jorge Luis Costa Beber, j. 3.9.2015).

Ademais, a Constituição Federal consagrou o amplo acesso à prestação jurisdicional (art. 5º, inciso LXXIV), de modo que a simples declaração de hipossuficiência subscrita pela parte, afirmando não possuir condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família, adquire, como dito alhures, presunção relativa de veracidade (Lei n. 1.060/50, art. 4º, § 1º) e afigura-se suficiente para a concessão da gratuidade de justiça.

Em situações semelhantes, julgou este Sodalício:

“PROCESSUAL CIVIL - JUSTIÇA GRATUITA - DENEGAÇÃO DA BENESSE EM 1º GRAU - INCONFORMISMO - HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA - DEMONSTRAÇÃO - BENEFÍCIO DEFERIDO - *DECISUM* REFORMADO - RECLAMO PROVIDO.

A parte tem direito aos benefícios da justiça gratuita quando não possuir condições de pagar as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo próprio e de sua família” (Agravo de Instrumento n. 2015.016830-8, de Criciúma, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 17.9.2015).

Ainda:

“PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL SECURITÁRIA. SFH. JUSTIÇA GRATUITA. LEI N.º 1.060/50. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO *A QUO*. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. CF, ART. 5º, LXXIV. REQUISITOS AUTORIZADORES DO BENEPLÁCITO POR ORA PRESENTES. INEXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA EM SENTIDO CONTRÁRIO. RECURSO PROVIDO.

1. A teor do § 1º do art. 4º da Lei n.º 1.060/50, basta à parte, pessoa natural, que entende estar enquadrada na hipótese legal acima requerer ao juízo o benefício da justiça gratuita por meio de declaração de hipossuficiência de recursos.

2. Nada impede que essa presunção *juris tantum* seja derruída pela parte adversa através do incidente próprio ou mesmo através das contrarrazões de recurso, evidentemente, com provas que deem alicerce ao insurgimento. Desaconselhável, por se traduzir numa lamentável negativa de jurisdição, o indeferimento de plano pelo julgador” (Agravado de Instrumento n. 2015.015731-2, de Lages, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 15.9.2015).

Por fim:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE AUTORIZAM A CONCESSÃO DA BENEFICÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º, DA LEI N. 1.060/50. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Comprovado documentalmente que a parte não possui bens que externem sinais de riqueza, mas, apenas, possui em seu patrimônio bens que lhe permitem viver com dignidade, a concessão da gratuidade da justiça é medida que se impõe, mesmo porque não se pode exigir a miserabilidade do litigante para a concessão do benefício” (Agravado de Instrumento n. 2011.016857-1, da Capital, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 29.8.2011).

Desse modo, o contexto probatório revela, neste momento, a hipossuficiência de Silvio Ari Barp, não havendo demonstração capaz de pôr em xeque a declaração por ele apresentada, merecendo reforma a sentença nesse tocante, a fim de conceder o benefício ao recorrente-demandado.

6. Conclusão:

Ante do exposto, voto no sentido de homologar o acordo celebrado entre os demandantes e a ré Leo Agostini e Cia. Ltda., para, em consequência, extinguir a ação indenizatória, com fundamento no art. 269, III, do Código de Processo Civil de 1973, em relação àquela sociedade empresária, deixando-se de conhecer os respectivos recursos reciprocamente considerados. Por outro lado, voto por conhecer dos recursos de apelação interpostos pelo demandado Silvio Ari Barp e pelos demandantes, a fim de dar parcial provimento ao recurso apresentado pelo réu remanescente, tão somente para conceder a benesse da justiça gratuita, bem como para negar provimento àquele apresentado por Sebastião Cavalcante Cunha e Geneci Coito, mantendo a condenação no patamar estabelecido na origem, cujo valor será apurado em liquidação de sentença, do qual deverá ser abatido, por se tratar de obrigação solidária, o *quantum* pago pela sociedade empresária demandada, devidamente atualizado, cabendo eventual complementação ao corrêu não aderente à transação entabulada.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2012.041482-8, de Itapiranga

Relatora: Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. NOTÍCIAS DESMORALIZANTES VEICULADAS PELO RÉU. CRÍTICAS DIRECIONADAS À FIGURA POLÍTICA DO AUTOR QUE, NA ÉPOCA, ERA PREFEITO MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS. DANO MORAL NÃO DEMONSTRADO. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PROTEÇÃO À IMAGEM QUE FICA FLEXIBILIZADA DIANTE DE OFENSAS DE CUNHO POLÍTICO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Perfilho do entendimento de que *“quando a pessoa se candidata ou é eleita para ocupar cargo público ou político está sujeita às críticas da parte dos cidadãos que se considera insatisfeita com a sua administração, sendo tais atos inerentes à própria natureza da democracia.”* (TJSC, Apelação Cível n. 2014.018962-2, de Coronel Freitas, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 29-2-2016).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.041482-8, da comarca de Itapiranga (Vara Única), em que é apelante Enoi Scherer e apelado Vanduir Matias Deters:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sebastião César Evangelista, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch.

Chapecó, 9 de maio de 2016.

Hildemar Meneguzzi de Carvalho

RELATORA

RELATÓRIO

Enoí Scherer ajuizou ação de indenização contra Vanduir Matias Deters. Para amparar o seu pedido, o autor aduziu, em síntese, que sua honra e imagem foram ofendidas em razão de notícias articuladas pelo réu.

O feito foi devidamente processado, consoante o relatório de primeiro grau, que adoto por refletir o contido nos autos:

[...] Enoí Scherer, qualificado nos autos, ajuizou a presente ação de indenização contra Vanduir Matias Deters, igualmente qualificado.

Como fundamento da pretensão, o autor alegou que é servidor público estadual, funcionário da Celesc, e atualmente Prefeito do Município de Tunápolis/SC. Acrescentou que foi alvo de notícias e comentários desairosos promovidos pelo réu. Argumentou que os referidos comentários ofenderam a sua honra e imagem, imputando falsamente crimes de apropriação indébita por uso do dinheiro público para fins pessoais e improbidade administrativa. Ponderou que a atitude do réu visou agredir a sua pessoa e desestabilizar a administração pública municipal frente à população. Informou, ainda, que toda a população do Município de Tunápolis/SC, e de outros municípios vizinhos, são testemunhas das expressões caluniosas, injuriosas e difamatórias contra sua pessoa, inclusive identificando-o como sendo leviano, falso, ditador e que teria utilizado dinheiro público em viagens e diárias para atender interesse pessoal. Na sequência, discorreu sobre a Lei n.º 5.250/67, bem como acerca da responsabilidade do réu pelos danos causados. Por tais motivos, por derradeiro, requereu a condenação do réu ao pagamento

de verba indenizatória a título de danos morais e retratação nas rádios e jornal onde vinculou matéria ofensiva. Valorou a causa.

Juntou procuração e documentos (fls. 14/26).

Citado (fl. 32), em audiência (fl. 37), o réu apresentou contestação (fls. 38/47). Na peça resposta, em síntese, preliminarmente, suscitou a ilegitimidade passiva. No mérito, asseverou que as afirmações feitas pelo Partido dos Trabalhadores não passaram de críticas direcionadas na forma como o chefe do Poder Executivo de Tunápolis dirige os destinos do município. Aduziu que, contextualizando, os termos utilizados revelam uma crítica à postura política do autor e sua forma de atuação no exercício do seu mandato de Prefeito. No mais, manifestou-se sobre o pedido de retratação e o dano moral propriamente dito. Por fim, rogou pela improcedência da ação com a condenação do autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Juntou documentos (fls. 48/87).

Houve réplica/impugnação (fls. 88/89).

Na instrução do feito foram inquiridas três testemunhas (fls. 91/93).

Alegações finais remissivas (fl. 90).

Os autos vieram conclusos para sentença. [...]

Sobreveio sentença, por meio da qual o magistrado *a quo* julgou improcedente a ação e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC/1973.

Irresignado, o autor interpôs apelação cível. Afirmou que é funcionário público da Celesc e Prefeito do Município de Tunápolis/SC. Alegou que o réu, Presidente do Partido dos Trabalhadores – PT de Tunápolis/SC e radialista da Rádio Comunitária da cidade, proferiu comentários ofensivos à sua honra e imagem. Aduziu que o réu o acusou de utilizar dinheiro público para viagens pessoais. Contou que o réu o

taxou de leviano, falso e ditador, dentre outras ofensas. Argumentou que as falsas notícias foram veiculadas por quatro dias seguidos, o que ultrapassou a esfera da informação. Requereu, então, a reforma da decisão de primeiro grau, para que seja julgada a ação procedente e condenado o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

O inconformismo foi recebido no seu duplo efeito.

Seguindo-se com a intimação do réu, este apresentou contrarrazões e pugnou pela manutenção do *decisum*.

Assim os autos ascenderam para julgamento nesta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, é preciso registrar que no último dia 18 de março de 2016 passou a vigor o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o qual aplica-se imediatamente: “*Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*”.

Entretanto, não se pode olvidar que a nova lei deve respeitar os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma processual revogada: “*Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*”.

A doutrina especializada explica melhor:

Vigência da lei processual. A lei processual tem vigência imediata e se aplica aos processos pendentes, mas rege sempre para o futuro [...]. Para justificar a aplicação da lei nova aos feitos pendentes, a doutrina fala em “retroatividade apenas na aparência” [...]. Os atos processuais já

praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como *atos jurídicos processuais perfeitos*, estando protegidos pela garantia constitucional da CF 5.º XXXVI, não podendo ser atingidos pela lei nova. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 228).

No mesmo sentido:

A lei do recurso é a lei do dia em que se tornou recorrível a decisão. A abertura de prazo recursal dá lugar a uma situação jurídica pendente-aguarda-se a interposição ou não do recurso: O recorrente tem direito à observação do direito vigente à época da abertura do prazo recursal. Fora daí há ofensa a direito processual adquirido e efeito retroativo da legislação. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 113).

O Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 9 de março deste ano, editou alguns enunciados administrativos para disciplinar o direito intertemporal processual, com destaque ao enunciado número 2 (dois):

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Feitos os devidos esclarecimentos e considerando que a decisão apelada foi proferida na vigência do CPC/1973, conhecimento do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 513 e 514, ambos da referida Lei.

O reclamo foi interposto pelo autor contra a sentença que julgou improcedente a ação. Em síntese, o recurso visa a reforma da decisão de primeiro grau, para que o réu seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

Pois bem. Não assiste razão ao apelante, diante da fragilidade probatória, no tocante ao abalo moral decorrente da conduta supostamente praticada pelo apelado.

Da análise cuidadosa dos autos, infere-se que o caso retrata uma animosidade política existente entre as partes. Como bem ressaltou o magistrado *a quo*:

Na hipótese posta à apreciação, figuram como partes dois adversários políticos, com experiência nos debates e discussões do Município de Tunápolis/SC, sendo de conhecimento notório que a política partidária da comunidade é, por se dizer, um pouco conturbada, como facilmente perceptível. Demonstrado está, nestes termos, o caráter hostil das relações políticas mantidas entre ambas as partes. (trecho de fl. 96v).

Outrossim, os documentos acostados com a contestação demonstram que as alegações do apelado foram rebatidas pelo apelante, por meio de carta aberta publicada em jornal local, na qual afirmou ter sido envolvido em diversas polêmicas e ter passado por todas elas, numa demonstração de tranquilidade com os fatos narrados (fl. 69). Destaca-se, ainda, que no referido documento o apelante também faz comentários hostis direcionados ao Partido dos Trabalhadores – PT e indiretamente ao apelado, que é Presidente do Partido. Observa-se o trecho: “O PT em Tunápolis está fracassado, pela má condução de alguns líderes, [...]” (fl. 69).

De qualquer sorte, perfilho do entendimento que “o político, por sua posição, não está submetido à sensibilidade do homem comum, pois, na condição de representante do povo, sujeita-se a constante e rígido controle social, seja pelos próprios cidadãos ou por força da atuação da mídia” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.061435-9, de Santa Cecília, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 14-08-2014).

E mais:

A política e a vida pública, por certo, têm seus atrativos. Mas os questionamentos e as opiniões díspares a respeito dos fatos são grandes fomentadores de comissões e alardes que, geralmente, levam a investigações. “As pessoas públicas estão mais expostas a críticas, de modo que devem ter a proteção de sua imagem reduzida em relação a pessoas sem essa notoriedade.” (Des. Jaime Luiz Vicari) [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2008.045785-6, de Palhoça, Rel. Des. Edson Ubaldo, j. 27-7-2010).

Registre-se que todas as testemunhas ouvidas em audiência de instrução e julgamento, embora tenham confirmado a repercussão negativa das notícias veiculadas pelo apelado, fizeram menção ao apelante como autoridade política, de modo que conclui-se pela inexistência de abalo anímico passível de reparação.

Em arremate, transcreve-se decisão desta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS - RECURSO DO AUTOR - DIVULGAÇÃO EM REDE SOCIAL DE IMAGENS MONTADAS, DE CRÍTICAS E DE COMENTÁRIOS DE CUNHO HUMORÍSTICO DIRIGIDAS AO PREFEITO MUNICIPAL - ATOS QUE NÃO CONSTITUEM CRIMES DE CALÚNIA OU DE DIFAMAÇÃO, MAS SIM O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS MEMBROS DA COMUNIDADE LOCAL - FIGURA PÚBLICA QUE, PELA QUALIDADE DO CARGO QUE OCUPA, ESTÁ SUJEITA ÀS CRÍTICAS DOS CIDADÃOS - DANO MORAL INEXISTENTE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - ÔNUS SUCUMBENCIAL INALTERADO - RECURSO DESPROVIDO. Quando a pessoa se candidata ou é eleita para ocupar cargo público ou político está sujeita às críticas da parte dos cidadãos que se considera insatisfeita com a sua administração, sendo tais atos inerentes à própria natureza da democracia. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.018962-2, de Coronel Freitas, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 29-2-2016).

Ante o exposto, vota-se por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Condeno o apelante vencido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados nos moldes da sentença de primeiro grau, ou seja, no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais), com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC/1973.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Embargos Infringentes n. 0141843-85.2015.8.24.0000

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATROPELAMENTO EM CAMPO RURAL. ÓBITO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE CULPA DO MOTORISTA RECONHECIDA, POR MAIORIA, PELA CÂMARA DE ORIGEM. ACIDENTE SOFRIDO POR MENOR IMPÚBERE EM EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL. VEDAÇÃO EXPRESSA (ART. 403 DA CLT). RISCO IMINENTE. MANOBRA DE MARCHA À RÉ ENCETADA SEM AS CAUTELAS DEVIDAS. IMPRUDÊNCIA MANIFESTA. INOBSERVÂNCIA DOS DISPOSTO NOS ARTS. 28 E 34 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL REFERENTE AO CASO ANTE A FALTA DE ELEMENTOS INDICADORES DA CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE NÃO FAZ COISA JULGADA NA ESFERA CÍVEL. EXEGESE DOS ARTS. 935 DO CÓDIGO CIVIL E 67, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CULPA EXCLUSIVA DO EMBARGADO CONFIGURADA. PENSÃO MENSAL EQUIVALENTE A 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO DEVIDA ATÉ A DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 25 ANOS DE IDADE. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO. RECURSO PROVIDO.

1. O motorista que contrata menores para executar determinado trabalho e transporta-os na carroceria de veículo, sem o mínimo de segurança, atua irresponsavelmente, porque previsível é a ocorrência de danos.
2. A mesma irresponsabilidade se verifica, com ainda maior gravidade, também, quando o mesmo motorista efetua manobra de marcha à ré com o caminhão, sem auxílio de ajudante, no local onde trabalham os mesmos menores e vem a atropelar um destes, causando-lhe a morte.

3. É sabido que, por ser a marcha à ré uma manobra de risco, exigindo redobradas cautelas, impunha-se que somente fosse efetuada com máxima segurança, não sendo suficiente um alerta verbal aos menores que no local se encontravam trabalhando. Por sinal, não se pode exigir de um menor de 15 (quinze) anos de idade, como no caso destes autos, o necessário discernimento do real perigo de colocar-se atrás de um veículo que iniciava manobra de marcha ré.

4. *“Tendo a reclamada permitido que a vítima menor de 18 anos trabalhasse em atividade perigosa, o que é vedado pelo art. 405, I, da CLT, com respaldo no art. 7º, XXXIII, da CF e, além disso, não comprovado a adoção de todas as medidas de segurança possíveis para evitar o acidente, sua culpa no ocorrido está configurada, logo, deve ser responsabilizada pelo evento danoso”* (TRT-12, Recurso Ordinário nº 0000037-58.2010.5.12.005 3, de Criciúma, Relator Juiz Graciano Ricardo Barboza Petrone, j. 25-01-2011).

5. Tocante à pensão por morte, deve ela incidir desde o evento lesivo, no valor de 2/3 (dois terços) dos rendimentos presumidamente auferidos pela vítima, considerando que o restante de seus rendimentos seriam despendidos com gastos pessoais. É devida a pensão até que o filho completasse 25 (vinte e cinco) anos de idade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 0141843-85.2015.8.24.0000, da comarca de Xaxim 1ª Vara, em que são Embargantes Gentil Leite de Oliveira e outro e Embargado Almir José Alves de Lima.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. O Exmo. Des. Henry Petry, seguido do Exmo. Des. Fernando Carioni, acompanhou o relator mas acrescentou que era possível e exigível do motorista se acautelar, se valendo de alguns dos demais jovens que se encontravam no local para alertar do perigo. Restaram vencidos e farão declaração de voto os Exmos. Des. Sebastião

César Evangelista, Newton Trisotto, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Monteiro Rocha e Jairo Fernandes Gonçalves, que votaram no sentido de negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargador Newton Trisotto, Desembargador Joel Figueira Júnior, Desembargador Domingos Paludo, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Monteiro Rocha, Desembargador Saul Steil, Desembargador Stanley Braga, Desembargador Raulino Jacó Brüning, Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, Desembargador Sérgio Izidoro Heil, Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior, Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Desembargador Henry Petry Junior, Desembargador Sebastião César Evangelista e Desembargador Rubens Schulz.

Florianópolis, 8 de junho de 2016.

Desembargador Marcus Tulio Sartorato

RELATOR

RELATÓRIO

Gentil Leite de Oliveira e Jurilde da Silva de Oliveira ajuizaram “*ação de indenização por danos morais e materiais*” contra Irmãos Folle Ltda. e Almir José Alves de Lima.

Na inicial, narraram os autores que em 2 de março de 2004, por volta das 17:45 hs, ocorreu o óbito de seu filho menor Paulo Marques da Silva de Oliveira, que foi atropelado ao tentar subir na carroceria do caminhão do segundo réu, que prestava serviços para o primeiro réu.

Sustentaram que o infortúnio ocorreu quando o segundo réu

encetava manobra de marcha à ré ao término do dia de trabalho, quando veio a colher o infante, que com ele trabalhava espalhando adubos nas terras do primeiro réu. Destacaram o caráter irregular do labor, porquanto em desacordo com os arts. 60 e seguintes do ECA e 402 da CLT, bem como do meio de transporte utilizado.

Com a ação aforada, pretendem que os réus sejam condenados ao pagamento de indenização pelos danos materiais, no equivalente a 231(duzentos e trinta e um) salários mínimos, e morais, no total de R\$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais) à época do ajuizamento.

Apresentadas contestações (fls. 46/51 e fls. 65/71) e réplica (fls.65/71), declinou-se da competência para o Juízo do Trabalho (fls. 88/89), o qual suscitou conflito (fls. 92/94), que foi acolhido pela Corte Superior, para declarar competente a Justiça Estadual (fl. 105).

Designada audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas 3 (três) testemunhas comuns às partes (fls. 160/162).

Após as alegações finais (fls. 197/199, 200/202 e 203/205), sobreveio sentença, na qual o MM. Juiz de Direito, Doutor Tanit Adrian Perozzo Daltoé, julgou a lide nos seguintes termos:

ANTE O EXPOSTO, extingo o feito sem apreciação do mérito em relação a Irmãos Folle Ltda. Quanto ao réu Almir, julgo parcialmente procedentes os pedidos para condená-lo ao pagamento de: a) R\$ 30.000,00 a título de danos morais, corrigidos monetariamente pelo INPC a partir do arbitramento e acrescidos de juros simples de mora de 1% a.m., contados do evento danoso; e b) 2/3 do salário mínimo vigente à época do fato, desde a data do óbito até que a vítima viesse a completar a idade de 25 anos. Na relação entre os autores e Almir, diante da sucumbência recíproca, arbitro os honorários em 10% do valor atualizado da condenação (arts. 20, § 3º, c/c 21 do CPC), cabendo aos demandantes o pagamento de 1/3 e ao réu Almir o adimplemento de 2/3 dessa verba, parcelas que serão recíproca e proporcionalmente distribuídas e compensadas entre esses litigantes (Súmula 306 do STJ).

Face à extinção do processo sem julgamento de mérito no pertinente a Irmãos Folle Ltda., condeno os autores ao pagamento de R\$ 800,00 de honorários em favor desta parte (art. 20, § 4º, do CPC). As custas serão distribuídas à razão de 40% para os autores e 60% para Almir. A condenação dos autores em custas e honorários ficará suspensa por força do benefício da justiça gratuita. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente, arquivem-se.

Irresignado, o vencido interpôs recurso de apelação (fls. 214/219), no qual insistiu nas teses de impossibilidade jurídica do pedido tendo em vista as razões que determinaram o arquivamento do inquérito policial e culpa exclusiva da vítima.

Contrarrazões às fls. 224/229.

A Câmara Especial Regional de Chapecó, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Edeimar Gruber (relator designado) e Sebastião César Evangelista, deu provimento ao recurso para julgar improcedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VÍTIMA MENOR. MANOBRA DE MARCHA À RÉ. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO DEMANDADO. ATIPICIDADE E EXCLUDENTE DE ILICITUDE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. ACOLHIMENTO. CAUTELAS NECESSÁRIAS OBSERVADAS QUANDO DA MANOBRA DE MARCHA À RÉ DO VEÍCULO. PROVA TESTEMUNHAL UNÍSSONA. AUSÊNCIA DE CULPA EM QUALQUER DE SUAS MODALIDADES. LIAME ENTRE AÇÃO, DANO, CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, negligência ou imprudência (...); b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato (...); e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente (Código Civil anotado. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196-197).

APELO CONHECIDO E PROVIDO.

Da douta maioria, divergiu o eminente Desembargador Rubens Schulz, tendo Sua Excelência votado no sentido de negar provimento ao recurso (fls. 247/248).

Ato contínuo, os autores interpuseram os presentes embargos infringentes (fls. 252/254), com os quais pretendem a prevalência do voto vencido.

O Exmo. Des. Rubens Schulz, nos termos do artigo 531 do Código de Processo Civil, procedeu ao juízo de admissibilidade e determinou a redistribuição dos autos (fl. 257).

Conquanto intimado, o embargado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões (certidão de fl. 259).

VOTO

1. Antes de adentrar no mérito da *quaestio*, faz-se necessário tece algumas considerações acerca da causa de pedir deduzida na exordial, que guarda relação direta com o fato de ter a vítima sofrido o acidente quando do exercício irregular de atividade laborativa, conforme inclusive reconheceu o Relator Designado do acórdão impugnado.

Tal fato, fundamental sob o meu ponto de vista, embora lembrado *en passant*, em nenhum momento foi sopesado. A propósito, sequer o Magistrado *a quo* ou o Relator Originário, que julgavam parcialmente procedentes os pedidos iniciais adentraram nesse mérito. A análise da culpa pelo infortúnio, até então, foi realizada sob o prisma das regras de trânsito, o que, *data venia*, não soluciona a lide de maneira satisfatória.

Conforme é consabido, a legislação trabalhista tutela, de modo especial, o trabalho do menor. Tanto é que dedicou um capítulo especial aos infantes (art. 402 ao art. 441 da CLT) e veda expressamente o trabalho

do menor de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) (art. 403), afinal o menor, pela pouca experiência de vida, ainda não tem responsabilidade sobre seus atos, nem mesmo capacidade ou maturidade para avaliar situações de risco, como há de ter um adulto.

Com efeito, a captação mão de obra infantil não pode ser entendida como ato nobre e solidário no sentido de auxiliar famílias necessitadas, e sim, como conduta ilegal, em que o empregador assume de forma integral o risco pelo dano ocasionado ao infante na prática laborativa. Neste sentido, já decidiu a Corte Trabalhista Catarinense:

Tendo a reclamada permitido que a vítima – menor de 18 anos – trabalhasse em atividade perigosa, o que é vedado pelo art. 405, I, da CLT, com respaldo no art. 7º, XXXIII, da CF e, além disso, não comprovado a adoção de todas as medidas de segurança possíveis para evitar o acidente, sua culpa no ocorrido está configurada, logo, deve ser responsabilizada pelo evento danoso (TRT-12, Recurso Ordinário nº 0000037-58.2010.5.12.005 3, de Criciúma, Relator Juiz Gracio Ricardo Barboza Petrone, j. 25-01-2011).

Saliento que, não fossem os fundamentos susodestacados, que seriam suficientes para responsabilizar o embargado pelo infortúnio, o dever de indenizar já estaria configurado.

Isso porque, conforme restou incontroverso nos autos, o embargado realizava a adubação de terras com alguns adolescentes por ele contratados quando, ao realizar manobra de marcha à ré em seu caminhão, veio a colher a vítima de 15 (quinze) anos de idade (fl. 17), que, ao que tudo indica, pretendia prender-se à carroceria do caminhão.

A divergência instaurada na Câmara de origem reside na configuração da culpa pelo infortúnio: o prolator do voto vencido entendeu que o condutor não tomou as cautelas necessárias para manobrar o caminhão com segurança, sendo insuficiente o fato – confirmado pelas

testemunhas – de que todos foram alertados para que se afastassem; já o voto vencedor concluiu pela culpa exclusiva da vítima, principalmente porque, conforme também se extrai da prova testemunhal, o menor correu em direção ao veículo. Considerou-se, ainda, o arquivamento do inquérito policial, ante o reconhecimento da manifesta inexistência de culpa do motorista pelo acidente.

Quanto à dinâmica do acidente, embora não tenham visto o momento exato do atropelamento, as testemunhas que estavam presentes no local dos fatos assim afirmaram:

Advertida do impedimento e da suspeição, tal qual estabelecido à legislação, a pessoa acima qualificada disse ser nada, sendo, então, compromissado. Às perguntas formuladas, passou a responder: que não presenciou o atropelamento de Paulo de Oliveira. Que no dia dos fatos o depoente estava trabalhando nas terras de Nereu Folle, sendo que trabalhava para o réu Almir, na companhia de outros seis trabalhadores, sendo que por volta das 17:30 horas, no encerramento dos trabalhos, Almir disse que iria manobrar o caminhão, e disse, como fazia todo dia, que saíssem de perto quando estívem manobrando o veículo. Que pegou a última bolsa para espalhar adubo e quando retornou viu Paulo caído e Almir verificando se ele tinha sinais vitais e ligando para a polícia. Pelo advogado do autor: que quando estava levando a bolsa Paulo passou pelo depoente em direção ao caminhão. Que não sabe disser se Paulo ouviu Almir pedir que não se aproximasse do caminhão no momento da manobra. Que todos eram levados para o local de trabalho na carroceria do caminhão. Que o depoente não tinha carteira assinada. Pelo advogado do réu: que Paulo trabalhou poucos dias para o requerido Almir. Que o caminhão era movimentado durante todo o dia, durante os serviços (Fabiano Moreschi das Chagas, fl. 160 – sem grifo no original).

Advertida do impedimento e da suspeição, tal qual estabelecido à legislação, a pessoa acima qualificada disse ser nada, sendo, então, compromissado. Às perguntas formuladas, passou a responder: que não presenciou o atropelamento, pois no momento estava longe do caminhão, a uma distância de 100 metros. Que na época o depoente

trabalhava para o requerido Almir, e a vítima Paulo Marques da Silva de Oliveira também trabalhava para o requerido Almir. Que no dia dos fatos estava espalhando adubo na propriedade de Nereu Folle, sendo que quem estava dirigindo o caminhão era o requerido Almir. Pelo advogado do autor: que para irem ao local de trabalho o depoente e Paulo eram conduzindo na carroceria do caminhão. Que não viu Paulo agarrado na carroceria do caminhão, apenas o viu ir se dirigindo aonde estava o caminhão. Que Paulo estava trabalhando a pouco tempo com o requerido Almir. Pelo advogado do réu: que trabalhavam todos os dias da semana. Que o depoente trabalhou 15 dias com o réu Almir (Luciano Pedroso, fl. 161 – sem grifo no original).

Advertida do impedimento e da suspeição, tal qual estabelecido à legislação, a pessoa acima qualificada disse ser nada, sendo, então, compromissado. Às perguntas formuladas, passou a responder: que o depoente não viu o momento em que Paulo foi atropelado. Que nos dias dos fatos o depoente estava trabalhando na propriedade de Florindo Folle, espalhando adubo, sendo seu empregador o réu Almir. Que o requerido Almir disse para o depoente pegar as últimas bolsas e que logo após iriam embora, dizendo que não era para se aproximar do caminhão que iria manobrar, sendo que essa advertência era dita todo dia. Que quando estava descarregando as bolsas viu Paulo correndo em direção do caminhão. Pelo advogado do autor: que no momento em que Almir falou que iria manobrar o caminhão Paulo não estava no local. Que eram conduzidos ao local do trabalho na carroceria do caminhão. Que estava trabalhando com o requerido Almir há 1 mês, no mesmo local. Pelo advogado do réu: que no momento que descarregaram as últimas bolsas, todos sabiam que era o momento de ir embora. Que era possível ouvir o barulho do motor do caminhão a uma distância de 25 a 30 metro. (Douglas do Prado, fl. 162 – sem grifo no original).

Verifica-se que, quanto ao aviso para que os adolescentes se afastassem para a realização da manobra, Fabiano não soube dizer se Paulo estava no local, Luciano nada disse a esse respeito e Douglas foi categórico ao afirmar que *“no momento em que Almir falou que iria manobrar o caminhão Paulo não estava no local”* o que torna

inócuo o fato de ter sido dado o indigitado aviso, que por óbvio apenas (eventualmente) surtiria efeito se todos estivessem presentes. A própria lógica corrobora a prova testemunhal, pois se o menor tivesse ouvido o aviso para que se afastasse, por certo, não correria em direção ao veículo.

E mais, o próprio réu, em sede de contestação, afirma que a vítima correu em direção ao caminhão “*provavelmente com a intenção de prender-se à carroceria*” (fl. 55). Mesmo que a vítima tenha tomado tal atitude arriscada, esse procedimento foi propiciado pelo próprio réu, que rotineiramente transportava os empregados na carroceria do veículo, conforme afirmou a testemunha Fabiano (fl. 160).

Dessa forma, constata-se que não há prova a sustentar a tese do réu acerca da culpa exclusiva da vítima, ônus que lhe competia, nos termos do art. 333, II, do CPC/1793. Nesse sentido, leciona Ovídio Baptista: “*Como todo direito se sustenta, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça*” (in Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. 4ª edição: revista e atualizada. São Paulo: RT, 1998. v. 1. p. 344).

O fato é que o embargado captou ilegalmente mão de obra infantil e transportava de forma irregular os menores no compartimento de carga do caminhão, que era movimentado o tempo todo, vindo a colher a vítima quando emprendia marcha à ré, manobra que requer atenção redobrada. Não vejo, portanto, como isentá-lo de culpa exclusiva.

Repita-se, o motorista que contrata menores para executar determinado trabalho e transporta-os na carroceria de veículo, sem o mínimo de segurança, atua irresponsavelmente, porque previsível é a ocorrência de danos.

A mesma irresponsabilidade se verifica, com ainda maior gravidade, também, quando o mesmo motorista efetua manobra de marcha ré com o caminhão, sem auxílio de ajudante, no local onde trabalham os

mesmos menores e vem a atropelar um destes, causando-lhe a morte. Está-se diante de um ato de inobservância às regras previstas no Código de Trânsito Brasileiro, o qual dispõe:

Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.

É sabido, que por ser a marcha ré uma manobra de risco, que exigia redobradas cautelas, impunha-se que somente fosse efetuada com máxima segurança, não sendo suficiente um alerta verbal aos menores que no local se encontravam trabalhando. Por sinal, não se pode exigir de um menor de 15 (quinze) anos de idade, como no caso destes autos, o necessário discernimento do real perigo de colocar-se atrás de um veículo que iniciava manobra de marcha ré.

Repita-se, o motorista que contrata menores para executar determinado trabalho e transporta-os na carroceria de veículo, sem o mínimo de segurança, atua irresponsavelmente, porque previsível é a ocorrência de danos.

A mesma irresponsabilidade se verifica, com ainda maior gravidade, também, quando o mesmo motorista efetua manobra de marcha à ré com o caminhão, sem auxílio de ajudante, no local onde trabalham os mesmos menores e vem a atropelar um destes, causando-lhe a morte.

É sabido, que por ser a marcha à ré uma manobra de risco, que exigia redobradas cautelas, impunha-se que somente fosse efetuada com máxima segurança, não sendo suficiente um alerta verbal aos menores que no local se encontravam trabalhando, acerca da manobra que pretendia encetar.

Por sinal, não se pode exigir de um menor de 15 (quinze) anos de idade, como no caso destes autos, o necessário discernimento do real perigo de colocar-se atrás de um veículo que iniciava manobra de marcha ré.

Acerca do tema, colhe-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE DE SIMPLES CORTESIA OU BENÉVOLO EM CARROCERIA ABERTA, SEM PROTEÇÃO. CULPA GRAVE (MODALIDADE CULPA CONSCIENTE) CONFIGURADA. VALOR DA CONDENAÇÃO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF.

1. Em se tratando de transporte desinteressado, de simples cortesia, só haverá possibilidade de condenação do transportador se comprovada a existência de dolo ou culpa grave (Súmula 145/STJ).

2. Resta configurada a culpa grave do condutor de veículo que transporta gratuitamente passageiro, de forma irregular, ou seja, em carroceira aberta, uma vez que previsível a ocorrência de graves danos, ainda que haja a crença de que eles não irão acontecer.

3. Não é possível o conhecimento da pretensão de redução da condenação, pois o recorrente não apontou qualquer lei que teria sido vulnerada pelo acórdão recorrido. Aplica-se, por analogia, na espécie, o disposto na Súmula 284 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

4. Recurso especial desprovido. (REsp 685.791/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2010, *DJe* 10/03/2010)

Outro precedente importante é do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO ATROPELAMENTO DE MENOR, QUE LABORAVA COMO

VENDEDOR AMBULANTE EM RODOVIÁRIA - IMPRUDÊNCIA E NEGLIGÊNCIA DO MOTORISTA DO ÔNIBUS - MANOBRA EM MARCHA A RÉ - CIÊNCIA DE QUE CRIANÇAS TRANSITAVAM PELO LOCAL LIMITAÇÃO DA VISIBILIDADE - FALTA DE AUXÍLIO DE AJUDANTE PARA REALIZAÇÃO DA MANOBRA - CULPA CARACTERIZADA - PREVISIBILIDADE DA CONDUTA DA VÍTIMA, QUE POSICIONOU SUA PERNA DEBAIXO DA RODA DO VEÍCULO, VISANDO APANHAR MOEDAS, FACE A TOLERÂNCIA QUANTO AO TRABALHO DE MENORES PRÓXIMO AOS ÔNIBUS - CULPA CONCORRENTE AFASTADA - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - VALOR EXCESSIVO - DIMINUIÇÃO - POSSIBILIDADE - SOFRIMENTO DO MENOR DURANTE PERÍODO DE CONVALESCENÇA - CICATRIZES DEIXADAS PELA LESÃO - DORES ESPORÁDICAS - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA DEAMBULAR OU CORRER - DEFERIMENTO DE QUANTIA MENOR QUE A PLEITEADA - AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - SÚMULA 326, STJ - CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA - PLENA POSSIBILIDADE - NATUREZA DA INDENIZAÇÃO - IRRELEVÂNCIA - VÍTIMA DE POUCOS RECURSOS FINANCEIROS - DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO TEMPO DO PROCESSO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) Age com imprudência e negligência o motorista de ônibus que apesar de reconhecer ser comum o trânsito de crianças pela rodoviária, que este fluxo atrapalhava as manobras, e que não tinha condições plenas de visibilidade, movimentava seu veículo, em marcha a ré, sem requisitar o auxílio do cobrador, ou de qualquer outra pessoa, com a finalidade de que esta lhe orientasse, suprindo a limitação do campo de visão. 2) Não se pode imputar culpa concorrente ao menor, porquanto não seria razoável exigir de uma criança de apenas nove anos de idade, que tivesse a prudência de não se aproximar do veículo - o que estava acostumada a fazer, porquanto vendia picolés aos passageiros sem nunca ter sido repreendida. 3) O *quantum* indenizatório, fixado na sentença em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), está bastante além do razoável. Ponderando o caráter punitivo e pedagógico da condenação, a posição social das partes, a gravidade da culpa da empresa de transportes,

o sofrimento suportado pelo requerente até sua convalescença, as marcas indeléveis deixadas pela lesão, e as dores que esporadicamente o acompanham, tem-se que a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) é suficiente para compensar o ofendido pelo abalo sofrido, tendo em conta que o mesmo não ficou impedido de deambular, ou mesmo de correr. 4) çNa ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.ç (Súmula n.º 326, STJ). 5) Inquestionável a possibilidade da concessão da tutela antecipada na sentença, com a finalidade de subtrair o efeito suspensivo da apelação. 6) Desnecessárias as ponderações da requerida acerca da natureza da indenização por danos morais, uma vez que é evidente a necessidade do requerente em obter logo a verba, já que se trata de indivíduo de poucos recursos financeiros, que desde tenra idade trabalha para auxiliar no sustento de sua família. A tutela antecipada foi utilizada também como instrumento de distribuição do ônus do tempo do processo, considerando a postura procrastinatória adotada pela requerida. 7) Recurso parcialmente provido, apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais. (TJES, Classe: Apelação, 15030011330, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 10/06/2008, Data da Publicação no Diário: 10/07/2008)

A jurisprudência desta Corte não destoa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE MENOR POR CAMINHÃO QUE EFETUAVA MANOBRA DE MARCHA A RÉ. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DOS AUTORES. CULPA DO MOTORISTA DO CAMINHÃO QUE EFETUOU A MANOBRA SEM AS DEVIDAS CAUTELAS. VEÍCULO QUE EFETUAVA MANOBRA ARRISCADA E POR ISSO DEVERIA TER REDOBRADO OS CUIDADOS. CULPA ESTAMPADA. DEVER DE INDENIZAR. PENSÃO MENSAL. FILHO MENOR. TERMO INICIAL. DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 14 ANOS DE IDADE. VALOR DE 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO ATÉ A DATA E QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 25 ANOS DE IDADE,

QUANDO ENTÃO A VERBA DEVE SER REDUZIDA PARA 1/3 DO SALÁRIO MÍNIMO ATÉ A DATA EM QUE COMPLETARIA 70 ANOS DE IDADE OU QUANDO FALECEREM OS AUTORES, O QUE OCORRER PRIMEIRO. DANOS MORAIS *IN RE IPSA*. QUANTUM. APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL PELO RÉU NO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. A pensão por morte de filho menor que ainda não exercia atividade laborativa deve incidir desde quando a vítima tivesse quatorze anos no valor de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, até que completasse vinte e cinco anos e, a partir daí, até quando atingisse a idade de sessenta e cinco anos, no equivalente a 1/3 (um terço) da mesma quantia, tendo em vista que não houve pedido de majoração para setenta anos (Apelação Cível n. 2007.005484-6, de Blumenau, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 27-11-2007). O valor da indenização por danos morais envolve critérios subjetivos em seu arbitramento e não deve abranger montante que possa caracterizar enriquecimento ilícito, nem tampouco valor insignificante frente ao constrangimento suportado. Sua fixação deve considerar os diversos fatores que envolveram o ato lesivo e o dano dele resultante, em especial, a duração, intensidade, gravidade e repercussão da ofensa, as causas que deram origem à lesão e a condição socioeconômica das partes. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.038313-4, de Mafra, rel. Des. Saul Steil, com votos vencedores deste Relator e do Exmo. Des. Fernando Carioni, j. 10-02-2015).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE VÍTIMA EM BICICLETA. MOTORISTA QUE DÁ MARCHA A RÉ SEM AS CAUTELAS DEVIDAS. CULPA COMPROVADA. Em ação de indenização de dano decorrente de acidente de trânsito, age com culpa o motorista que, à noite, ao trafegar em marcha a ré, sem a devida precaução, não observa a bicicleta que seguia o seu curso normal e a abalroa, provocando a morte da menor que a guiava. DANO MORAL PURO. PRESUNÇÃO. PREJUÍZO MATERIAL. DESNECESSÁRIA COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. É presumido o

dano puramente moral, sem condicioná-lo a qualquer prejuízo de ordem material, isto é, ele existe, tão-somente, pela ofensa, sendo o bastante para justificar a indenização. DANO MORAL. *QUANTUM INDENIZATÓRIO*.

CARÁTER REPARATÓRIO, EDUCATIVO E PUNITIVO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES. AFERIÇÃO POR ARBITRAMENTO E VALORAÇÃO DO JUIZ. FIXAÇÃO NO EQUIVALENTE A TREZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS. RECURSO PROVIDO. 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. Transpondo esses critérios para o caso concreto, verificando a gravidade do dano (falecimento da vítima), as partes envolvidas (grande indústria de madeira do Estado e uma criança), e a intensidade da culpa (atropelamento), a indenização do dano moral deve ser fixada no equivalente a trezentos salários mínimos. (TJSC, Apelação Cível n. 2002.011451-6, de Ponte Serrada, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 18-04-2006).

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL, SEGURO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CONDENATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. - PROCEDÊNCIA DE AMBAS NA ORIGEM. (1) CULPA EXCLUSIVA OU CONCORRENTE DA VÍTIMA. *CULPA IN VIGILANDO* DOS GENITORES (PONTO COMUM). ALEGAÇÕES AFASTADAS. MANOBRA PERIGOSA. VÍTIMA CRIANÇA. ARTS. 28, 34, 39 E 194 DO CTB. CULPA EXCLUSIVA VERIFICADA. - A manobra de marcha à ré (mormente em caminhão baú), pelo risco que lhe é inerente, além de excepcional, exige redobrada cautela, a acarretar, segundo a doutrina, inversão do ônus da prova por parte do condutor; vale dizer, terá este que demonstrar que empregou adequada prudência e cautela. - Todavia, se, na hipótese, as provas apontam para a imprudência do condutor (porque iniciou a manobra sem verificar adequadamente a ausência de perigo e não contou com correta verificação do ajudante), que culminou com o colhimento de criança (que utilizava bicicleta, em

rua tranquila e sem saída), identificada resta a sua culpa exclusiva – mormente na inexistência de elementos probatórios a indicar decisiva conduta da vítima ou mesmo in vigilando de seus genitores. (2) DANOS MORAIS. PAIS DA VÍTIMA. EXCLUSÃO OU MINORAÇÃO OU MAJORAÇÃO. GRAVIDADE DAS LESÕES, LAPSO TEMPORAL DE RECUPERAÇÃO E SEQUELAS. PECULIARIDADES QUE RECOMENDAM A MANUTENÇÃO DO ABALO E DO VALOR. – A depender das peculiaridades do caso, como a gravidade das lesões, o lapso temporal de recuperação e as sequelas deixadas em decorrência do sinistro, é possível, sim, reconhecer o abalo anímico reflexo aos genitores, tal como ocorre *in casu*. - De ser mantida a sentença também no tocante ao *quantum* indenizatório se o montante se afigura razoável e proporcional. (3) DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. *QUANTUM*. VÍTIMA. ELEVAÇÃO DO ABALO ANÍMICO. ACOLHIMENTO PARCIAL. - Não deve ser modificada a fixação da indenização referente aos estéticos, porquanto razoável e proporcional a quantia arbitrada. Todavia, exurgindo insuficiente a compensação pelo dano extrapatrimonial vivenciado pela infante, o *quantum* indenizatório comporta elevação. (4) JUROS. DANOS MORAIS. TERMO *A QUO*. EVENTO DANOSO. - Os juros moratórios dos danos morais fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual, a teor do Enunciado n. 54 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. (5) HONORÁRIA. GRATUIDADE. LIMITAÇÃO DO ART. 11, § 1º, DA LEI 1.060/1950. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PROPORCIONALIDADE, DEMAIS, OBSERVADA. - “Sendo vencedora a parte que estava ao abrigo da Justiça gratuita, a fixação de honorários advocatícios prevista no art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060/1950, pode ultrapassar o limite de 15% (quinze por cento), desde que observadas as regras previstas no Código de Processo Civil, norma geral que prevalece sobre a regra específica contida no mencionado dispositivo” (STJ, REsp n. 157514, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. em 9-5-2000). - A verba honorária devida pelo sucumbente deve ser arbitrada a partir dos parâmetros constantes do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. Atendidas tais balizas, a minoração é indevida. (6) LIDE SECUNDÁRIA. DANOS ESTÉTICOS. AUSÊNCIA DE COBERTURA. GARANTIA DE DANOS CORPORAIS CONTRATADA. EXPRESSA EXCLUSÃO

NÃO DEMONSTRADA. “MANUAL DO SEGURADO” SEM PRÉVIA CIÊNCIA E ANUÊNCIA DO SEGURADO. ÔNUS DA SEGURADORA NÃO SUPERADO. COBERTURA RECONHECIDA. - A ressalva quanto à cobertura dos danos morais constante em “manual do segurado”, sem qualquer demonstração de conhecimento prévio e de anuência por parte do segurado acerca das condições gerais e da limitação, sobremaneira quando esta não tem o devido destaque, não é bastante, à luz da boa-fé objetiva e da proteção do consumidor, a caracterizar a cláusula expressa de exclusão, a fim de afastar a regra geral de compreensão dos danos estéticos na rubrica dos danos corporais. (7) LIDE SECUNDÁRIA. SUCUMBÊNCIA. EXCLUSÃO. IMPUGNAÇÃO À EXTENSÃO DA COBERTURA. RESISTÊNCIA VERIFICADA. DESACOLHIMENTO. - Acertada a condenação da litisdenunciada aos ônus sucumbenciais se almejou a exclusão da responsabilidade securitária, ainda que parcialmente. SENTENÇA ALTERADA. RECURSO DOS RÉUS E DA LITISDENUNCIADA DESPROVIDOS E DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.000288-0, de Tubarão, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 11-06-2015).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - MANOBRA DE MARCHA A RÉ - IMPRUDÊNCIA - ATROPELAMENTO - MORTE - DANO DIRETO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CULPA CARACTERIZADA - APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 1.521, § 3º E 1.522 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - INDEVIDA DETERMINAÇÃO DE ABATIMENTO DA PENSÃO RECEBIDA DO INSS - PENSÃO DEVIDA NO VALOR DE 2/3 DO SALÁRIO DA VÍTIMA ATÉ A IDADE PROVÁVEL DA MESMA (65 ANOS) - RECURSOS DOS REQUERIDOS DESPROVIDOS E RECURSO ADESIVO PROVIDO “Em sendo manobra anormal, a marcha a ré há de ser efetuada com diligência extraordinária, empregando-se cautelas especiais” (TJSC, rel. Des. Marçílio Medeiros, RT 573/441). “O motorista prudente não deve cuidar apenas de si. Ele tem por obrigação, ainda, observar tudo e todos que estejam à sua volta” (ACV n. 51.935, de Chapecó, rel. Des. Amaral e Silva). Da *culpa in elegendo* e *in vigilando*, prevista nos artigos 1521, § 3º e 1522 do Código Civil de 1916, surge a responsabilidade solidária do patrão em ressarcir aquele que venha a

sofrer por atos cometidos por preposto seu. “Da indenização decorrente do ato ilícito não podem ser descontados os valores pagos a título de pensão por morte pelo órgão previdenciário, em razão da essência diversa que possuem os benefícios” (Apelação cível n. 98.010654-0, de Chapecó, Rel.: Desembargador Orli Rodrigues). (TJSC, Apelação Cível n. 2001.022808-4, de Tubarão, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 13-10-2003).

Portanto, em suma, conclui-se que o motorista efetuou manobra de marcha à ré com caminhão – potencialmente perigosa –, sem ter absoluta segurança do que se situava no entorno do veículo e sem o auxílio de terceira pessoa. Dessa forma, ao colher fatalmente um dos menores que havia contratado de maneira ilegal para lhe prestar serviço, bem como transportado irresponsavelmente na carroceria de caminhão até o local do infausto acontecimento, por evidente, o réu agiu com culpa exclusiva e tem o dever inarredável de indenizar os familiares.

Ao meu ver, esta seria a solução mais adequada para o caso, pois reflete o equilíbrio da balança da justiça, que busca corrigir as desigualdades da vida mediante a devida compensação. Nesse sentido, ensina Benedito Hespahanha:

Nenhum princípio, ou nenhuma lei humana, física, biológica, moral ou jurídica será realmente justa se dela resultar o desequilíbrio da vida. A ausência de compensação é injustiça. A lei existe no mundo da vida social para que se faça justiça ou se compense o bem que foi perdido, turado, negado ou destruído pelo mal.

[...]

A justiça, peso compensador, nunca pode desequilibrar ou ser contra, mas equilibrar e ser a favor de quem não infringiu a balança da lei natural, biológica, moral ou jurídica (in Psicologia do Testemunho. Passo Fundo: Ed. Universitária, 1996. pp. 110-111).

E não fossem tais particularidades já mencionadas, é importante

destacar que à criança e ao adolescente é assegurada a proteção integral, nos termos dos arts. 227 da Constituição Federal e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, princípio que deve balizar julgamentos como o presente.

Com esta importante reflexão, finalizo o tópico.

2. E acerca da interdependência entre a esfera cível e penal, disciplina o art. Art. 935 do Código Civil que: “*A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal*”.

O Código de Processo Penal, da forma, prevê que:

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

(...)

Desta feita, por ter ocorrido mero arquivamento do inquérito policial na esfera criminal, não se verifica na hipótese a existência de coisa julgada com relação à culpa pelo ocorrido.

Portanto, conclui-se pela responsabilidade exclusiva do embargado pelo evento danoso.

3. *In casu*, o juiz singular arbitrou a pensão mensal devida aos autores em 2/3 (dois terços) do salário mínimo, fixando como termo final a data em que a vítima completasse 25 (vinte e cinco) anos de idade.

No recurso de apelação, o ora embargado impugna o montante estabelecido na sentença, sob o argumento de que não restou demonstrado o valor que a vítima percebia mensalmente, até porque laborava em regime de eventualidade.

Nada impede, entretanto, a fixação da pensão mensal com base no salário mínimo, até porque presume-se que a vítima, que tão precocemente laborava, prontamente ingressaria no mercado de trabalho formal. A propósito, colhe-se o seguinte precedente desta Corte:

Inexistindo prova acerca dos rendimentos percebidos pela vítima à época do passamento, deve-se tomar como parâmetro o valor do salário mínimo, fixando-se na razão de 2/3, considerando-se que o terço restante destinar-se-ia aos seus gastos pessoais (TJSC, Apelação Cível n. 2004.010909-1, de Criciúma, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 01-12-2005).

Por conseguinte, correto o arbitramento da pensão em 2/3 (dois terços) do salário mínimo.

Em relação ao termo final para recebimento da pensão pelos dependentes, no caso os pais, é pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que esta cessa apenas quando o *de cujus* completasse 25 (vinte e cinco) anos de idade, razão pela qual não há o que se alterar na sentença.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DA VÍTIMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. PENSÃO MENSAL. TERMO FINAL. 25 ANOS DE IDADE. DIREITO DA MÃE E VIÚVA ACRESCEM O VALOR RECEBIDO PELO FILHO. CABIMENTO. REVISÃO DO VALOR.

[...]

2. Pensionamento devido até a idade em que o filho da vítima completa 25 anos, conforme precedentes do STJ.
3. É direito da mãe e viúva do falecido acrescer o valor da pensão mensal percebida por seu filho quando este deixar de receber o pensionamento.
4. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado.

Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ), AgRg no Resp n. 998.429/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Órgão Julgador: Quarta Turma, j. 13/03/2012).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.

[...]

4. A pensão mensal fixada, a título de danos materiais, à luz do disposto no art. 945 do CC/02, é devida a partir da data do evento danoso em se tratando de responsabilidade extracontratual, até a data em que o beneficiário - filho da vítima - completar 25 anos, quando se presume ter concluído sua formação. Precedentes.

[...]

9. Recurso especial parcialmente provido, com o afastamento da incidência da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC (STJ), Resp n. 1139997/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão julgador: Terceira Turma, j. 15/02/2011).

Por fim, registre-se que embora aquém dos parâmetros desta Corte para casos análogos, não é possível redimensionar a verba arbitrada a título de danos morais, ante a inexistência de recurso dos autores nesse sentido em momento oportuno.

4. Ante o exposto, vota-se pelo provimento do recurso para, dando prevalência ao voto vencido, restabelecer a sentença de parcial procedência.

Apelação n. 0600252-34.2014.8.24.0061, de São Francisco do Sul

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCÊNDIO EM DEPÓSITO DE FERTILIZANTES. FUMAÇA CONTENDO RESÍDUOS QUÍMICOS. DANO AMBIENTAL CONFIGURADO PELA INEQUÍVOCA POLUIÇÃO DO AR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DAS RÉS. EXEGESE DO ART. 14, § 1º, DA LEI N. 6.938/81 E DO ART. 225, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE FATO FORTUITO. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. LEGISLAÇÃO AMBIENTAL ESPECÍFICA A REGULAR A MATÉRIA EM ANÁLISE. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE HAVER CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. DISCUSSÃO ACERCA DO PREJUÍZO DE TERCEIROS DIANTE EVACUAÇÃO DA ÁREA ATINGIDA PARA EVITAR DANOS À SAÚDE. MORADORES PRÓXIMOS OBRIGADOS A DEIXAR SUAS CASAS OU IMPEDIDOS DE PARA LÁ RETORNAREM. COMPROVAÇÃO DE QUE A PARTE AUTORA RESIDIA EM UM DOS BAIRROS AFETADOS. ANGÚSTIA E AFLIÇÃO CARACTERIZADAS PELA NECESSIDADE DE RÁPIDA DESOCUPAÇÃO DO LOCAL E PELO RECEIO DE INTOXICAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE ULTRAPASSAM O MERO DISSABOR. DANO MORAL CONFIGURADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM R\$ 1.500,00. OBSERVÂNCIA AOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. CARÁTER PEDAGÓGICO ADEQUADAMENTE SOPESADO DIANTE DO AJUIZAMENTO DE AÇÕES EM MASSA. CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ PELO CARÁTER PROTETATÓRIO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA APENAS NESTE PONTO E MANTIDA COM FUNDAMENTO JURÍDICO DIVERSO

QUANTO AO CERNE DA QUESTÃO. RECURSO DA PARTE AUTORA DESPROVIDO. RECURSO DAS RÉS PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Com a evolução legislativa referente à responsabilidade objetiva, a atual complexidade da sociedade e dos meios de produção e circulação do capital, fizeram com que algumas atividades que implicassem em maiores riscos à coletividade fossem alçadas a uma categoria diferente, por meio da qual não mais seria necessária a demonstração da culpa, mas apenas do nexo de causalidade e dano.
2. O caráter objetivo da responsabilidade civil por danos ao meio-ambiente remonta à edição da Lei 6.938/81, a qual positivou o princípio do poluidor-pagador tendo, posteriormente, conquistado *status* constitucional ao ser recepcionado pela Constituição Cidadã, aplicando-se aos casos de degradação ambiental a teoria do risco integral.
3. O *quantum* da indenização por danos morais – que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, também ao elemento pedagógico – deve harmonizar-se com o grau de sofrimento da parte indenizada e a situação econômica de todos, para não ensejar a ruína de um ou o enriquecimento sem causa do outro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0600252-34.2014.8.24.0061, da comarca de São Francisco do Sul 1ª Vara Cível, em que é Apte/Apdo Eroni Luiza Mateus e Apdo/Apte(s) ADM do Brasil Ltda. e outro.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por maioria, negar provimento ao recurso da parte autora, mantendo a indenização por danos morais no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), e dar provimento parcial ao recurso das rés tão somente para afastar sua condenação ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé. Restaram vencidos e farão declaração de voto os Exmos. Des. Sebastião César Evangelista e Denise Volpato, que deram provimento ao

recurso da parte autora para estabelecer em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) o *quantum* indenizatório. Os Exmos. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Domingos Paludo, Jorge Luis Costa Beber, Gerson Cherem II e Júlio César M. F. de Melo divergiram do valor por entender razoável a fixação em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Henry Petry Junior, Domingos Paludo, Denise Volpato, Saul Steil, Gilberto Gomes de Oliveira, Jairo Fernandes Gonçalves, João Batista Góes Ulysséa, Jorge Luis Costa Beber, Gerson Cherem II, Sebastião César Evangelista, Júlio César M. Ferreira de Melo, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Monteiro Rocha e Fernando Carioni.

Florianópolis, 9 de março de 2016.

Desembargador Marcus Tulio Sartorato

RELATOR

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado à fl. 825, por revelar com transparência o que existe nestes autos, e a ele acrescentasse que o MM. Juiz de Direito, Dr. Marlon Negri, decidiu a lide nos seguintes termos (fl. 830):

ANTE O EXPOSTO, julgo procedente o pedido formulado por ERONI LUIZA MATEUS na presente ação indenizatória para, em consequência, condenar as rés ADM do Brasil Ltda. e Global Logística e Transportes Ltda., solidariamente, a pagarem à parte autora a quantia de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), a título de danos morais, corrigidos monetariamente desde a data desta sentença (Súmula n. 362

do STJ) e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da data do evento danoso, qual seja, 24.09.2013 (art. 398 do CC e Súmula n. 54 do STJ).

Condeno as rés, ainda, ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, a teor do art. 20, § 3º, do CPC.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação (fls. 832/860), no qual postula, tão somente, a majoração do *quantum* indenizatório.

As rés, por sua vez, também interpuseram recurso de apelação (fls. 853/877), no qual alegam que não foi comprovado o dano sofrido pela parte autora, pois não se tem notícia de que efetivamente precisou deixar sua residência, fato este que não se pode presumir. Asseveram que não é aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor e que a parte autora não deve ser considerada consumidora por equiparação. A partir da sustentada incidência da responsabilidade subjetiva, aduzem que não restou configurado o ato ilícito, porque demonstraram que preenchiam todos os requisitos para a comercialização e o armazenamento do produto, agindo com cautela de modo a não gerar qualquer risco de acidente. Defendem não há nexo de causalidade, diante da ocorrência de fato fortuito, caracterizado pela imprevisibilidade e autonomia do evento ocorrido. Afirmam que tudo não passou de um mero aborrecimento do cotidiano, sem restar configurado o abalo moral indenizável, tanto é que as pessoas não se consideravam lesadas até que houve o fomento do litígio por advogados interessados no ajuizamento de ações em massa. Sustentam que a legislação pátria admite apenas o caráter compensatório do dano moral, sendo impossível que o viés punitivo ou a capacidade econômica do agente influencie na análise do valor da indenização. Diante de tais argumentos, pleiteiam a reforma da sentença para que seja julgado improcedente o pedido inicial, bem como seja afastada a reprimenda por

litigância de má-fé, pois somente exerceram o direito de opor embargos de declaração pelo fato de entenderem caracterizada a contradição na sentença, sem qualquer caráter protelatório. Subsidiariamente, postulam a redução das penalidades de multa e de indenização aplicadas a esse título, pois superam o montante da condenação principal.

Em contrarrazões, a parte autora (fls. 884/908) e as rés (fls. 909/917) pugnam pelo desprovimento do respectivo recurso que lhes é desfavorável.

VOTO

1. Com a evolução legislativa referente à responsabilidade objetiva, a atual complexidade da sociedade e dos meios de produção e circulação do capital, fizeram com que algumas atividades que implicassem em maiores riscos à coletividade fossem alçadas a uma categoria diferente, por meio da qual não mais seria necessária a demonstração da culpa, mas apenas do nexo de causalidade e do dano.

O caráter objetivo da responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente remonta à edição da Lei 6.938/81, a qual positivou o princípio do poluidor-pagador ao prever, expressamente, em seu art. 14, § 1º que “[...] *é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade*”.

O supracitado dispositivo foi recepcionado pela Constituição Cidadã, em seu art. 225, § 3º, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

E na lição de Sérgio Cavalieri Filho, *“extrai-se do Texto Constitucional e do sentido teleológico da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), que essa responsabilidade é fundada no risco integral, conforme sustentado por Nélon Nery Jr. (Justitia 126/74). Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes da responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora de incidência da lei maior parte dos casos de poluição ambiental”*. (Programa de Responsabilidade Civil, Malheiros 2005, 6ª ed., p. 164).

Além da responsabilidade por dano ambiental ser objetiva, é também de natureza solidária, uma vez que cabe a todos os beneficiários econômicos da atividade de risco indenizar os prejuízos causados. Em caso semelhante, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em voto da Min. Nancy Andrighi: *“Decorre do fato de ter utilizado um meio de transporte para realização de uma tarefa - fretes e transporte de pessoal - que era do seu imediato interesse comercial, não se podendo excluir a indenização. A recorrente é beneficiária econômica do transporte, de modo a justificar sua responsabilidade pelo dano causado a outrem, uma vez correu o risco de que a atividade realizada em seu proveito causasse dano a terceiro”* (REsp 325176/SP, Terceira Turma, julgado em 06/12/2001 – sem grifo no original).

Assim, atribuída às rés a responsabilidade objetiva, solidária, e de caráter integral pelos danos afirmados pela parte autora, cabe a esta comprovar efetivamente o prejuízo e o nexo de causalidade, tornando-se desnecessária a análise da culpa. Colhe-se a seguinte lição de Rui Stoco:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade

entre uma e outro) assenta-se na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar a imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se ele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, RT, 1999, 4ª ed., p. 24).

No presente caso, constitui fato incontroverso a ocorrência de incêndio em depósito de fertilizantes na cidade de São Francisco do Sul, iniciado na noite do dia 24.09.2013, o qual liberou fumaça contendo resíduos químicos, cujos detalhes estão expostos no laudo do Instituto Geral de Perícias – IGP (fls. 275/361). O material era de propriedade da primeira ré, ADM do Brasil Ltda., e estava armazenado em galpão de propriedade da segunda ré, Global Logística e Transportes Ltda.

Independentemente de eventuais danos ambientais a longo prazo, os quais deverão ser apurados em ação própria, é notório que a imensa nuvem de fumaça produzida pela combustão do fertilizante contaminou o ar com substâncias químicas que poderiam trazer malefícios à saúde das pessoas.

Ora, se qualquer fumaça proveniente de combustão já ocasiona mal-estar em contato direto, maior preocupação ainda naturalmente ocorreu diante de um incêndio químico de grande quantidade de fertilizante à base de nitrato de amônio, que possui a seguinte “*identificação de perigos*” em sua ficha de informações de segurança (fl. 51):

Perigos mais importantes: Por ser oxidante, pode interagir com outros produtos. Quando contaminado com produtos orgânicos ou materiais oxidantes, aquecido, confinado, e ainda sob ação de agentes iniciadores, pode detonar.

Regras básicas de segurança: não contamine, não superaqueça, não confine o Nitrato de Amônio.

Efeitos do produto: A inalação pode causar irritação do trato respiratório, com tosse, dor de garganta e dificuldade respiratória. O contato com o produto pode causar irritação na pele e nos olhos.

Efeitos adversos à saúde humana: Exposto a altas temperaturas, devido à decomposição, pode liberar Amônia e gases Nitrosos tóxicos (NOx), capazes de provocar problemas respiratórios agudos.

Efeitos ambientais: É muito solúvel em água, podendo contaminar cursos d'água, tornando-os impróprios para uso em qualquer finalidade.

Perigos físicos e químicos: O Nitrato de Amônio é um forte oxidante. A contaminação do Nitrato de Amônio pode promover a sua decomposição, tornando-o imprevisível e perigoso. Os contaminantes incluem matéria orgânica, Cloretos, Fluoretos e também alguns metais (exemplos: Cobre, Cromo, Zinco e outros).

Perigos específicos: Risco de ignição ou detonação ao expor o produto ao calor e a materiais incompatíveis.

Principais sintomas: Ao contato, irritação na pele e nos olhos. Na inalação de poeira, irritação no nariz, garganta e trato respiratório superior.

Por consequência, como medida de segurança, foi determinado que os moradores de bairros próximos ao local dos fatos deixassem suas casas, sendo homologada a situação de emergência no Município por meio do Decreto n.º 1.755/2013.

Nesse contexto apresentado, constituía requisito primordial para dar suporte ao alegado direito da parte autora a comprovação de que residia em um dos bairros afetados, que estão descritos no Anexo II da legislação supracitada, cujo trecho se transcreve a seguir:

Descrição das Áreas Afetadas (Especificar se Urbana e/ou Rural):

ÁREA URBANA: BAIROS PAULAS, ROCIO PEQUENO, CENTRO, IPEROBA, SANDRA REGINA, ENSEADA, ROCIO GRANDE, CAPRI, FORTE, UBATUBA.

ÁREA RURAL: LOCALIDADE DE TAPERA, MIRANDA, LARANJEIRAS.

Tal ônus foi devidamente cumprido mediante a juntada de cópia de boleto de energia elétrica (fl. 34), o qual comprova que a parte autora reside no bairro Rocio Grande, atingido pelo infortúnio. Ademais, a simples determinação de evacuação da área em que se localiza sua moradia constitui fato lesivo, sendo desnecessária a comprovação de que efetivamente deixou sua casa às pressas, ou que apenas foi impedida de lá voltar até que a fumaça se dissipasse. Ambas as situações, aliadas ao risco iminente de danos à saúde, causaram extrema angústia e preocupação.

Portanto, considerando a natureza da atividade comercial lucrativa exercida pelas rés, a justificar a aplicação da teoria do risco integral, que prevê a responsabilidade objetiva e solidária do poluidor pelos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, assim como o nexo de causalidade entre o acidente e os danos sofridos pela parte autora, mostra-se configurado o dever de reparação moral. A propósito, frise-se que, também pela teoria do risco integral, não é possível a alegação de fato fortuito para eximir a responsabilidade objetiva e solidária das rés.

É importante esclarecer que a legislação específica supracitada, à luz da qual foi interpretada a hipótese dos autos, seria suficiente para o julgamento da lide, tornando-se inócua a discussão acerca da existência de relação de consumo e do conceito de consumidor por equiparação. Todavia, como o Magistrado *a quo* utilizou estes fundamentos diversos para concluir pela procedência do pedido, é necessário tecer algumas considerações sobre a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Estabelece o citado Diploma Legal:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. A partir da redação do art. 2º, surge na doutrina e na jurisprudência discussão acerca do alcance da expressão de “*destinatário final*”, verificando-se a existência de três grandes teorias a fim de explicar o alcance da legislação consumerista: maximalista, finalista e finalista atenuada.

Acerca do tema, leciona Sergio Cavalieri Filho:

A corrente maximalista ou objetiva entende que o CDC, ao definir o consumidor, apenas exige, para sua caracterização, a realização de um ato de consumo. A expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço.

[...]

A corrente finalista ou subjetivista, a seu turno, entende ser imprescindível à conceituação de consumidor que a destinação final seja entendida como econômica, isto é, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente,

pessoa física ou jurídica, e não objetive o desenvolvimento de outra atividade negocial. Não se admite, destarte, que o consumo se faça com vistas à incrementação de atividade profissional lucrativa, e isto, ressalte-se, quer se destine o bem ou serviço à revenda ou à integração do processo de transformação, beneficiamento ou montagem de outros bens e serviços, quer simplesmente passe a compor o ativo fixo do estabelecimento empresarial. Consumidor, em síntese, é aquele que põe fim a um processo econômico.

[...]

A corrente subjetivista sofreu certo abrandamento, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada in concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Quer dizer, ao revés do preconizado pelos maximalistas, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista de vulnerabilidade comprovada de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor (*in Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 55-57).

Da mesma forma, bem resume o Exmo. Des. José Carlos Carstens Köhler: “*A teoria finalista, de interpretação subjetiva, restringe a figura do consumidor àquele que adquire ou utiliza o produto para uso próprio e de sua família. Já a teoria maximalista, de interpretação objetiva, defende que destinatário final é aquele que retira o produto do mercado e o utiliza, atribuindo-se o termo em sua forma mais extensa possível. Finalmente, a interpretação finalista atenuada ou aprofundada, conjuga o consumidor final conforme sua vulnerabilidade no mercado*” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.019720-1, de Blumenau, j. 23-11-2010).

O Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao que se observa das decisões proferidas pelas Câmaras de Direito Civil, diverge, tão somente, acerca da extensão da teoria finalista, sendo adotado, por

alguns julgadores, a chamada teoria finalista mitigada ou atenuada, serão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PUBLICIDADE CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DECISÃO DETERMINANTE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COM FUNDAMENTO NO CDC. RECURSO DA RÉ. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. MITIGAÇÃO DA TEORIA FINALISTA. EVIDENTE HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA, FÁTICA E ECONÔMICA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CONSUMERISTA À HIPÓTESE. IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA NEGATIVA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBANTE NECESSÁRIA. ART. 6º, VIII, CDC. RECURSO DESPROVIDO.

No Código de Defesa do Consumidor estabelece normas destinadas à proteção e defesa do consumidor, amparando as hipóteses de hipossuficiência e vulnerabilidade do contratante tomador de serviço ou adquirente de produto, ainda que não o faça na qualidade de destinatário final, para a consagração do equilíbrio contratual e a proteção da própria relação de consumo, fim último da Lei n. 8.078/1990.

A inversão do ônus da prova, com a facilitação da defesa do consumidor, encontra respaldo quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.045626-9, de Blumenau, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 06-03-2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO. - INTERLOCUTÓRIO QUE AFASTOU A APLICAÇÃO DO CDC. PESSOA JURÍDICA AUTORA. ART. 2º, CDC. TEORIA FINALISTA MITIGADA. RECONHECIMENTO COMO CONSUMIDORA. REQUISITO SUPLETIVO DA VULNERABILIDADE EVIDENCIADO. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DEMONSTRADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DEVIDA.

- A caracterização da pessoa jurídica como consumidora, a teor do

disposto no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, pressupõe que ela seja a destinatária final da mercadoria ou serviço; do contrário, só será consumidora se estiver evidenciada situação de vulnerabilidade que a justifique, demonstrando um desequilíbrio na relação entre as partes, tal como verificado *in casu*. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.011572-7, de Gaspar, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 06-02-2014).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. TEMÁTICA RECHAÇADA. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO RADIOLÓGICO IMPORTADO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA. ENTRAVES ALFANDEGÁRIOS. DELONGAS NA ENTREGA DO PRODUTO. CULPA DA RÉ EVIDENCIADA. LUCROS CESSANTES. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO *A QUO* DE INCIDÊNCIA. SÚMULA 43 do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. REPUTAÇÃO E BOM NOME EMPRESARIAL. DEVER DE COMPENSAR AFASTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21, *CAPUT*, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELO DA RÉ DESPROVIDO E DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO.

O juiz é livre na apreciação das provas e na forma de instruir o processo, e isso lhe é facultado porquanto é o responsável pela busca da verdade processual a fim de melhor comandar o deslinde do feito.

“O consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte” (STJ, AgRg no Ag n. 1316667/RO, rel. Min. Vasco Della Giustina (convocado do TJ/RS), j em 15-2-2011) [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2012.052962-4, da Capital, rel. Des. Fernando Carioni, com votos vencedores deste Relator e da Exma. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 28-08-2012).

Nesses termos, em decorrência da aplicação da teoria finalista

atenuada ao caso, não há como se reconhecer a existência de relação de consumo entre as empresas réis, porque o serviço de armazenamento do fertilizante é apenas uma etapa da cadeia produtiva, ou seja, não está configurado o conceito de destinatário final, e sequer há vulnerabilidade de uma em relação à outra.

Não havendo relação de consumo, o incêndio químico não se caracteriza como acidente de consumo e, conseqüentemente, não há que se falar em consumidor por equiparação. Repita-se, esta figura surge apenas para proteger pessoas afetadas por danos reflexos uma relação consumerista já existente.

Para corroborar, transcreve-se trecho da ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Em acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte, o terceiro vitimado em decorrência dessa relação de consumo deve ser considerado consumidor por equiparação. Excepciona-se essa regra se, no momento do acidente, o fornecedor não estiver prestando o serviço, inexistindo, pois, qualquer relação de consumo de onde se possa extrair, por equiparação, a condição de consumidor do terceiro. (REsp 1125276/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, *DJe* 07/03/2012 – sem grifo no original).

Assim, delineados os motivos pelos quais, *data venia*, diverge-se apenas do fundamento esposado na sentença para a configuração da responsabilidade das réis, passa-se à análise de suas implicações.

2. É certo que são presumíveis os danos morais suportados pela parte autora, que, por conta do desastre ambiental em discussão, e por determinação das autoridades públicas, viu-se obrigada, em tom de evacuação emergencial, a deixar sua residência ou dela não se aproximar enquanto não cessassem os riscos à saúde.

Tal mácula, obviamente, prescinde de prova e ultrapassa o mero dissabor do cotidiano, sendo imperativa a obrigação de prestar indenização pecuniária a fim de minimizar o abalo sofrido. Nesse sentido, em demanda semelhante, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO.

1.- É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas.

2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal

contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio “N-T Norma”, a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa *ad causam*.- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência.

3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como

natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem. (REsp 1114398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012).

A indenização a título de danos morais deve ser arbitrada de forma a compensar o abalo experimentado pela parte autora, além do intuito de alertar as empresas ofensoras a não reiterarem a conduta lesiva. Entretanto, não existem parâmetros legais objetivos para se fixar a reparação.

A doutrina e a jurisprudência têm firmado entendimento de que: *“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”* (Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, RT, 1993, p. 220).

Conforme esclarece José Raffaelli Santini, *“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. [...] 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, p. 45).

Como visto, além do natural viés reparatório da indenização, o caráter pedagógico ou punitivo é amplamente aceito e estudado pela doutrina, sendo vasta a jurisprudência a respeito, razão pela qual não procede a alegação das rés quanto à sua ilegalidade.

Destarte, o *quantum* da indenização – que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, também ao elemento pedagógico – deve harmonizar-se com o grau de sofrimento da parte indenizada e a situação econômica de todos, para não ensejar a ruína de um ou o enriquecimento sem causa do outro.

No caso em exame, considerando-se os argumentos expendidos, à vista da teoria do risco integral que demanda a responsabilização das rés, bem como de acordo com a capacidade econômica das partes (a autora é diarista, e as rés, por sua vez, grandes empresas), e com amparo no princípio da persuasão racional previsto no art. 131 do Código de Processo Civil, aliados tanto ao caráter reparatório, quanto ao pedagógico, entende-se por bem manter o *quantum* indenizatório fixado na sentença em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), acrescido de juros e correção monetária conforme lá exposto, afastando-se os pleitos de aumento e de minoração.

Tal entendimento se justifica porque, com o ajuizamento de ações em massa, não se pode ignorar que a indenização como um todo, nos milhares de casos, afetará consideravelmente o patrimônio das empresas rés. E por outro lado, não se pode estimular o enriquecimento ilícito dos lesados, nem mesmo incentivar a indústria do dano moral.

3. Dispõem os artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, com a redação dada pelas Leis n.º 6.771/80, 8.952/94 e 9.668/98:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

[...]

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

[...]

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Em interpretação autêntica do texto legal acima extrai-se que o juiz ou o tribunal está autorizado a aplicar a multa nele estipulada independentemente de prévio requerimento da parte adversa.

A respeito da questão, preleciona Cândido Rangel Dinamarco:

O art. 18 contém ainda a explicitude do poder-dever do juiz, que imporá a condenação mediante pedido da parte inocente ou mesmo de ofício. Também isso vinha sendo praticado e se legitima na injúria que os atos desleais infligem ao Estado, cujo exercício jurisdicional fica sempre turbado pela deslealdade.

A sanção condenatória *ex officio* é consequência do verdadeiro *contempt of court* que toda litigância de má-fé encerra.

Essa disposição endereça-se a juízes de todos os graus de jurisdição, podendo e devendo os tribunais aplicar a condenação mesmo que não o haja feito o órgão *a quo* (A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 1995, 1ª ed., p. 61).

Também Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery registram que “o destinatário primeiro da norma é o juiz ou tribunal, de sorte que lhe é imposto um comando de condenar o litigante de má-fé a pagar multa e a indenizar os danos processuais que causou à parte contrária. Isto porque o interesse público indica ao magistrado que deve prevenir e reprimir os abusos cometidos pelos litigantes, por prática de atos que sejam contrários

à dignidade da justiça. Deve assim proceder de ofício, independentemente de requerimento da parte. No mesmo sentido: Tornaghi, Coment., I, 150; JTACívSP 118/82” (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, RT, 2003, 7ª ed., p. 374).

No presente caso, as rés opuseram embargos de declaração alegando contradição na sentença, pois esta reconheceu a inexistência de provas acerca das causas do acidente no depósito de fertilizantes, e, ao mesmo tempo, deixou de declarar configurada a excludente de responsabilidade por caso fortuito, dada a imprevisibilidade do evento.

Em verdade, reconhecer a ausência de provas sobre a causa determinante do infortúnio não significa excluir a responsabilidade das rés, pois o Magistrado singular foi claro ao entender que restou configurado o caso fortuito interno pelo risco inerente à atividade.

Todavia, em que pese tal confusão de institutos operada pela ré, entende-se que não restou caracterizado o intuito manifestamente protelatório ou a resistência injustificada ao andamento do processo, de acordo com o art. 17, incisos IV e VII, do CPC, motivo pelo qual a condenação ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé deve ser afastada.

4. Ante o exposto, vota-se no sentido de: a) negar provimento ao recurso da parte autora; b) dar provimento parcial ao recurso das rés tão somente para afastar sua condenação ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé. Mantida a sentença de procedência por fundamento diverso quanto ao cerne da questão.

Embargos Infringentes n. 0119987-65.2015.8.24.0000, da Capital

Relator: Des. Newton Trisotto

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SERVIDÃO DE TRÂNSITO (CC, ARTS. 1.378 E 1.379) NÃO COMPROVADA. PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE. APELAÇÃO PROVIDA COM O RECONHECIMENTO DO DIREITO À SERVIDÃO DE PASSAGEM FORÇADA (CC, ART. 1.285). ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR (CPC/1973, ART. 264). EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

Se a sentença e o acórdão admitem inexistir prova da servidão de trânsito (CC, arts. 1.378 e 1.379), importa em julgamento *extra petita* o reconhecimento do direito à servidão de passagem (CC, art. 1.285). Isso porque, “*feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu*” (CPC/1973, art. 264).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 0119987-65.2015.8.24.0000, da Comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que é/são Embargante(s) Iara Empreendimentos Imobiliários Ltda., e Embargado(s) Silvana Duarte:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, prover os Embargos Infringentes. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 11 de maio de 2016, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto (Presidente), Denise Volpato, Joel Figueira Júnior, Domingos Paludo, Luiz César Medeiros, Fernando Carioni, Monteiro Rocha, Rosane Portella Wolff, Jorge Luis Costa Beber, Marcus Túlio Sartorato, Saul Steil, Stanley Braga, Raulino Jacó Brüning, Jairo Fernandes Gonçalves, Gerson Cherem II, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Sebastião César Evangelista e Júlio César M. Ferreira de Mello.

Florianópolis, 3 de junho de 2016

Desembargador Newton Trisotto

RELATOR

RELATÓRIO

Silvana Duarte ajuizou, em **29.08.2006**, “**AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE SERVIDÃO DE TRÂNSITO**” e, em **04.05.2011**, “**AÇÃO DE ATENTADO**” contra **Iara Empreendimentos Imobiliários Ltda.**

A Juíza Denise de Souza Luiz Francoski julgou **improcedente** a “**AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE SERVIDÃO DE TRÂNSITO (023.06.367966-6)**, com fulcro no art. 269, I do CPC”, e **extinto** o processo relativo à “**AÇÃO DE ATENTADO (023.11.022745-2)**, com amparo no art. 267, VI, do mesmo diploma legal” (fls. 378/391).

A colenda Quarta Câmara de Direito Civil, por maioria dos votos, deu provimento ao recurso da autora. O acórdão está assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SERVIDÃO DE PASSAGEM. IMÓVEL DA AUTORA QUE ESTAVA UNIDO, DE FATO, COM O TERRENO VIZINHO, QUE PERTENCIA ÀS SUAS IRMÃS. ALIENAÇÃO, POR ESTAS, DO IMÓVEL À RÉ, QUE PASSOU A EDIFICAR UM CONDOMÍNIO NO LOCAL, TRANCANDO A ÚNICA PASSAGEM QUE A AUTORA TINHA PARA A VIA PÚBLICA. SERVIDÃO QUE, CONQUANTO NÃO FOSSE APARENTE, JUSTO QUE INEXISTIAM OBRAS QUE A EXTERIORIZASSEM, EFETIVAMENTE EXISTIA, TANTO QUE FOI MENCIONADA NA ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL SERVIENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA CONCEDIDA. AÇÃO DE ATENTADO. AUSÊNCIA DE

FORMAÇÃO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES ELENCADAS NO ART. 879 DO CPC. CAUTELAR PREJUDICADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, INVERTIDOS OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS” (fl. 428).

Rejeitados os embargos de declaração formulados pela autora (fls. 467/469), a demandada ofertou embargos infringentes, sustentando, em síntese, que: *a) “a autora, ora Embargada, proprietária de um terreno encravado, foge da evidência de uma situação de passagem forçada (CCB, art. 1.285), buscando injustificadamente uma proteção possessória para uma alegada servidão de trânsito ou de passagem, do tipo servidão aparente, uma vez que nem mesmo ela alega direito real de servidão, nos termos dos arts. 1.378 e seguintes do CCB, e muito menos prova esse direito, com a juntada aos autos da necessária certidão de registro imobiliário contendo a averbação de uma servidão”; b) “a própria prova documental produzida com a inicial, bem como as fotografias juntadas às fls. 120/122 e a reprodução de fotografias tiradas por satélite, juntadas com a petição de 07.07.2011 (fls. 311/315), as quais certamente não foram produzidas pela Ré Embargante, mas pela empresa Google, para livre acesso ao público em geral, já demonstrava a inviabilidade da ação, uma vez que esta se assenta em uma alegação de ‘servidão aparente’, que as referidas provas, por si, evidenciaram inexistir”; c) “o Laudo Pericial concluiu, com absoluta clareza, que não só os depoimentos das testemunhas inquiridas na audiência de justificação e a prova documental produzida, mas também as informações colhidas nos cartórios, na SUSP/PMF e no IPUF/PMF, provam não haver sequer ‘vestígios’ da existência da servidão objeto da presente ação”; d) “o conjunto probatório logrou demonstrar que a Embargada em nenhum momento chegou perto de cumprir o dever processual de provar a posse a ser protegida, e nem mesmo a turbação e a data em que se efetivou, como determina o art. 927 do CPC” (fls. 451/462).*

O recurso foi respondido (fls. 488/500).

VOTO

01. Para facilitar a compreensão das questões de fato e de direito relacionadas com o caso *sub examine*, transcrevo excertos da petição inicial, do requerimento nela formulado, do voto do relator da apelação (Desembargador Jorge Luis Costa Beber) e do voto vencido (Desembargador Eládio Torret Rocha):

– **Petição inicial:**

“**DOS FATOS**”

É a ora Requerente senhora e legítima possuidora, por justo título, conforme prova o documento em anexo, da propriedade do terreno a seguir discriminado:

‘Um terreno, com área de 4.897,20 m², sito no 3º subdistrito desta Capital, Saco dos Limões, designado por parcela A-2, com as seguintes confrontações e medidas: frente, com terras do comprador SINESIO DUARTE (Inventariado), onde mede 35,00 metros; fundos, com herdeiros de Vitor Martins, medindo 33.00m: laterais extremam, de um lado, com Oswaldo Benigno Teixeira, medindo 147,12m e do outro com Francisco Leonel Pereira, medindo 142,18 m. Terreno Situado numa rua existente que parte da rua Capitão Romualdo de Barros, em Saco dos Limões. Matriculado no 2º Ofício de Registro de Imóveis desta Capital, sob nº 11.470 - R-1’ (grifamos), (posteriormente, essa ‘rua existente passou a denominar-se ‘Gentil Leandro da Silva’).

O imóvel acima descrito e confrontado foi adquirido por herança, havido no Inventário dos bens deixados por falecimento de seu genitor - SINESIO DUARTE - conforme consta do Formal de Partilha expedido em 19/agosto/1987, devidamente MATRICULADO no Cartório de Registro de Imóveis - 2º Cartório - desta Comarca sob nº 11.470. R-3 (docs. 2 e 3).

No ano de 1981, por confrontar este terreno pela sua ‘FRENTE’ com imóvel também de propriedade de Sinésio Duarte, promoveu este, perante a Prefeitura Municipal de Florianópolis, a sua ‘anexação em uma

área com 8.155, de sua propriedade' (matrícula 3.368), anexação essa que resultou na Averbação na matrícula sob nº AV 2/11, em 4 de fevereiro de 1981.

Embora anexado de fato, os imóveis matriculados sob os n. 11.470 - R3 e 3.368 – RI, de direito, permaneceram com as suas matrículas próprias (docs. 4 e 5), cada um identificado pelas suas divisas e confrontações originárias.

O terreno, matrícula nº 3.368, no Inventário de Sinésio Duarte, coube às irmãs da ora Requerente – VERA LÚCIA DUARTE SPOGANICZ e SANDRA DUARTE VIEIRA – 1/2 para cada uma, em condomínio *pro indiviso*, como constam dos registros n. 2/3368; 3/3368 e 4/3368, datados de 6 de janeiro de 1988.

Quer o imóvel matriculado sob nº 3.368 como aquele matriculado sob nº 11.470, tinham e têm acesso único, isto é, tão somente '*numa rua então existente que parte da rua Capitão Romualdo de Barros, em Saco dos Limões*', conforme dicção constantes das referidas matrículas, rua essa hoje denominada 'GENTIL LEANDRO DA SILVA'.

Tal fato é de extrema importância para o entendimento da pretensão ora deduzida, porquanto a ora Requerente, por estar o seu imóvel ENCRAVADO, teve sempre a acesso a ele, pela referida rua Gentil Leandro da Silva, e por servidão constituída de fato sobre o terreno de propriedade de suas irmãs, as quais admitiam tal situação, não somente pelo parentesco, mas também e principalmente, pelo direito de acesso ao prédio dominante.

Assim se comportavam os proprietários dos terrenos limítrofes – dominante e serviente – quando houve profunda alteração na situação fático jurídica do imóvel pertencente às irmãs VERA e SANDRA. Tal alteração decorreu de um 'DESMEMBRAMENTO' pelas mesmas postulado. Desse desmembramento, o terreno matriculado sob nº 3368, passou a constituir-se nas áreas 'B-1' e 'B-2' e 'B-3', com 3.971,96, 3979.97 e 203,07m2, respectivamente, sendo que a última 'atingida pelo sistema viário' (novas matrículas nº 71.370 e 71.372).

Em decorrência, ainda do desmembramento, foi cancelada a matrícula nº 3368, sendo os imóveis desmembrados transferidos para novas matrículas de n. 71.370 e 71.372 - Averbções, respectivamente, n. Av. 001/71.370 e Av. 001 111.372, em 19 de maio de 2004 (docs. n.).

Ainda pelo mesmo desmembramento, foi AMEMBRADO à área A-2. de 5533,38 m2, a área B-2, de 3.979.97 m2, ‘resultando na ÁREA – ‘F’, que mede 9.513.35 m2 (Doc. nº - Certidão da Prefeitura Municipal de Florianópolis).

Dessa nova composição nasceu NOVA MATRÍCULA, a de nº 71.373, em 19 de maio de 2004. Em seguida, por escritura de compra e venda, VERA LÚCIA DUARTE SPOGANICZ e sua irmã SANDRA DUARTE VIEIRA e seus maridos, adquiriram a totalidade do terreno amembrado, cabendo a cada uma 50% da área ‘F’ que totalizou, pelo amembramento referido, em 9.513.35 m2.

Por escritura datada de 8 de julho de 2004, as irmãs da Requerente – Vera e Sandra, dizendo-se senhoras possuidoras e proprietárias, por justo título, ‘do imóvel consistente de um terreno designado por ÁREA F do desmembramento aprovado pela PMF sob n. 37/2003 de 29.09.2003. alvará de Licença nº 993 de 18/08/2003 Carvoeira – Saco dos Limões – Florianópolis SC’, VENDERAM a referida área ‘F’ para a Empresa IARA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. o fazendo de forma livre e desembaraçada, ‘...tal como o possuem, com todos os pertences e servidões.’ (doc. nº).

Tal escritura foi registrada no Cartório de 2º Ofício de Registro de Imóveis de Florianópolis – matrícula 71.373 – R 003, em 02 de agosto de 2004.

A **16 de dezembro de 2005**, foi protocolizado no mesmo Cartório de Registro de Imóveis sob nº 164.534, REQUERIMENTO da Empresa IARA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. solicitando o ‘arquivamento’ de documentação referente à incorporação do edifício denominado ‘EDSON GAIDZINSKI RESIDENCE’, consistente em condomínio residencial, multifamiliar – 3 Blocos – a ser construído no terreno objeto da matrícula 71.373, R-003, informando que o terreno tem

a área de 9.513,35 m², e está situado ‘...ao final das ruas José Feliciando Karasek e Gentil Leandro dos Santos – na Carvoeira - Saco dos Limões – Florianópolis’

Advirta-se, *EN PASSANT*, que na escritura e obviamente também na Matrícula, não se sabendo qual a razão – se de boa ou má-fé, ao declinar que o imóvel confronta, pelo ‘*FUNDO, AO SUL em três lances de 35,00m, 10,00m e 54,60m, respectivamente com terras de VÍTOR MARTINS, Francisco Manoel Fernandes...* laborou proposital ou não, em evidente equívoco, PORQUE Sinésio Duarte, ao adquirir o terreno objeto da matrícula n° 11.470, já declinara como confrontante, ele próprio, na testada da ‘frente’, em 35 metros, e aos fundos, com ‘herdeiros de Vitor Martins’. Disso resulta, incontroverso, que a confrontação declinada na referida escritura (com terras de Vitor Martins), em 35,00 metros, é totalmente irreal, considerando que em 04 de fevereiro de 1981, pelos fundos, a confrontação era com HERDEIROS DE VITOR MARTINS, o que cristaliza a ideia de que, à época, Vitor Martins já havia falecido (ver matrícula n° 11.470).

Possivelmente a confrontação declinada na Escritura, teve origem na dicção constante da matrícula n° 3368, na qual foi transformada a transcrição constante do mesmo Cartório de Registro de Imóveis Lv° 3/D-2, fls. 196, sob n° 5.889, em 30 de abril de 1958, onde, efetivamente, aparece, como confrontante na ‘parte sul’ em 35,00 metros, com terras de VITOR MARTINS (matrícula n° 3368).

Era e é do conhecimento de todos, inclusive das irmãs da ora Requerente, como também, da Empresa IARA, que os imóveis constantes das matrículas 3368 e 11.470 são lindeiros entre si, nas testadas (fundo – da matrícula 3368) e (frente – da matrícula 11470) em 35,00 metros, ambas referidas como sendo linhas limítrofes. E o registro, tão somente.

Como afirmado, e comprovado está pelo registro n° 004/71373, que a partir de 16 de dezembro de 2005 a Empresa IARA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. teve registrado e arquivado a documentação relacionada com a incorporação de seu edifício ‘EDSON GAIDZINSKI RESIDENCE’.

A partir dessa data, passou a Empresa IARA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. a promover atos vinculados à construção do Edifício ‘EDSON GAIDZINSKI RESIDENCE’, inclusive fechando com enorme PORTÃO, o único acesso que a ora Requerente possuía para alcançar o imóvel de sua propriedade pela Rua Gentil Leandro da Silva.

Em meados de janeiro do ano em curso, a Autora ao visitar o seu terreno, em companhia do Dr. Sérgio Cercal, porquanto havia sido cientificada de que o novo proprietário havia construído um PORTÃO no ‘topo’ da rua Gentil Leandro dos Santos, e com isso impedindo o seu acesso e de pessoas que demandavam costumeiramente, ao terreno.

A Autora, não somente constatou a construção do portão, como também, e como para ter acesso ao seu terreno, como há décadas vinha fazendo, foi impedida de fazê-lo por ato de prepostos da Empresa IARA, consentindo, todavia o seu ingresso, por ato de liberalidade, circunstância que causou repulsa, porquanto atentatório ao direito de servidão aparente, cuja posse, desde 1987 vinha exercendo, mansa e pacificamente, sem oposição de quem quer que seja, ao contrário, com aquiescência das antigas proprietárias, as quais, expressamente, na ESCRITURA DE VENDA DO IMÓVEL para a Empresa IARA, como já enfatizado, fizeram constar que a ‘venda’ do imóvel, se fazia livre e desembaraçada ‘...tal como possuem, com todos os pertences e SERVIÇÕES...’ (grifamos).

A Empresa IARA ao adquirir o imóvel, bem ciente ficou da existência de servidão já existente, que era e sempre foi utilizada para dar acesso ao terreno ENCRAVADO da ora Autora, e, mais ainda, fora alertada pelas VENDEDORAS, por ocasião da transferência do imóvel à COMPRADORA, da existência da SERVIDÃO DE TRÂNSITO, fato que foi comunicado por CARTA cujos termos são por demais claros e definitivos (doc. n°).

Esclarece a CARTA que para a segurança da Autora ‘advertimos a Compradora, da existência de ‘fato’ de uma servidão que partindo da mesma rua Gentil Leandro dos Santos, destinava-se ao teu terreno. Desse fato, bem ciente ficou a compradora, que admitiu e confirmou respeitar

a referida servidão, caso promova atos de utilização da propriedade adquirida, inclusive se, acaso faça qualquer construção’.

Nada mais poderia ser dito, para confirmar a existência de uma servidão de trânsito entre o prédio dominante da Autora e o Serviente de suas irmãs SANDRA e VERA LÚCIA, atualmente da Empresa IARA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. esta que, embora tenha sido alertada expressamente, na Escritura translativa da propriedade, e dela tomou conhecimento, pratica, todavia, atos de ESBULHO ao impedir não somente o acesso único ao terreno ABSOLUTAMENTE ENCRAVADO da Autora, como também, pela construção de PORTÃO FECHADO COM CADEADOS no topo da Rua Gentil Leandro dos Santos, que tolhe, como de direito, o livre acesso à sua propriedade, ficando a Autora despojada da servidão de trânsito, cuja posse se tornou mansa, pacífica e permanente desde o ano de 1987.

A vista de tão absurda ofensa a direito possessório seu, a Autora não conseguiu obter a reintegração pacífica da Servidão, por isso a utilização do presente *‘remedium juris’*, a fim de que seja devolvida, em toda sua plenitude, a posse legítima que, de direito, pelo uso continuado e permanente adquiriu para ter acesso ao seu imóvel.

A pretensão ora deduzida tem supedâneo legal e está arrimada em contundente entendimento doutrinário e jurisprudencial

O DIREITO

SILVIO RODRIGUES, in Direito Civil - Direito das Coisas – vol. 5, edição de 2002, página 34, alerta sobre a possibilidade de *‘encerrar a posse quer para o efeito de interditos, quer para o efeito da usucapião’*.

Para proteção da posse pelos interditos, esclarece o renomado civilista bastar *‘...que ela seja justa, isto é, que não venha eivada dos vícios de violência, clandestinidade e precariedade. Assim o titular de uma posse justa poderá reclamar e obter proteção possessória contra quem quer que o esbulhe, o perturbe, ou ameace a sua posse’*. Portanto, para que a posse *‘ad interdicta’* se configure, basta que seja justa’ (pág. 34 - grifamos).

É entendimento doutrinário que encontra eco na jurisprudência, de que as servidões aparentes e contínuas podem ser objeto de posse, pois que sendo a posse ‘...a exteriorização do domínio, tal exteriorização só se pode manifesta, no que concerne às servidões, quando estas são aparentes e contínuas’ (apud SILVIO RODRIGUES, *op. cit.* pág. 283).

É o caso presente. Detém a Autora, desde 1987, servidão de trânsito - aparente e contínua - que lhe dá acesso único e necessário ao seu terreno, sem oposição alguma.

Como já enfatizado, a posse da servidão de trânsito tida e havida pelo terreno serviente é, de longa data, mansa, pacífica e tranquila, sofrendo restrições somente agora, por ato de esbulho, absolutamente ilegal, por parte da Empresa IARA Empreendimentos Imobiliários Ltda., que impede o livre trânsito pelo seu terreno em demanda à propriedade da Autora, como afirmado e comprovado, totalmente encravado com entrada e saída, exclusivamente, para a via pública, através de servidão aparente, de fato existente.

A construção de ‘portão’ bloqueando a rua Gentil Leandro da Silva, por si só já é prova eloquente do esbulho que se pratica, contrariando direito da ora Autora, e de quem, por ordem sua, usa ou utiliza o terreno dominante, inclusive com finalidade pastoril.

A JURISPRUDÊNCIA é copiosa no sentido de que se constitui direito ‘*in re aliena*’ o trânsito durante longos anos, amparável pelos ‘interditos’, desde que alvo de esbulho ou turbação, causado por ato do proprietário do prédio serviente, com o fechamento do livre acesso ao terreno encravado.

Tratando-se de servidão de trânsito, a existente entre os prédios dominante e serviente, de propriedade da Autora e da IARA Empreendimentos Imobiliários Ltda. utilizada há longos anos, que se exteriorizou, independente de qualquer formalidade, a proteção possessória é a própria, como, aliás enuncia a Ementa seguinte:

SERVIDÃO DE PASSAGEM - Trânsito durante longos anos. Direito sobre coisa alheia caracterizado independentemente de qualquer

formalização. Fechamento unilateral da passagem 'ex proprio Marte' que constitui manifesta turbação. Manutenção da posse procedente. Aplicação da Súmula 415 do STF (in DA SERVIDÃO - Legislação de Jurisprudência - VAIR GONZAGA. Edit. DE DIREITO, edição 1998 - pág. 379/380, nº 28/9).

Do corpo desse V. Acórdão consta a seguinte passagem, altamente esclarecedora e pertinente ao caso ora *'in judicio deducta'*:

'Assim, não pode o proprietário do prédio serviente fechar unilateralmente a passagem 'ex proprio Marte' constituindo tal atitude manifesta turbação à quase posse do proprietário do prédio dominante sobre a servidão' (grifos nossos).

IN CASU, não somente o fechamento unilateral da passagem, fato que por si só impede o livre acesso da Autora, como vinha fazendo, ao seu terreno, o que caracteriza esbulho, este mais se acentua, pelo fato de que, com a atitude da Empresa IARA, se viu totalmente impedida ao acesso ao seu terreno, fato que caracteriza a perda da posse de servidão de trânsito, daí a REINTEGRAÇÃO A POSSE que, por ato praticado pela Ré, há menos de ano e dia, inibe a Autora ao acesso a imóvel de sua propriedade, este que, a não ser pela servidão afetada, não tem outra saída para a via pública.

Ao tratar de 'Servidão de Trânsito', relacionado com imóvel com uma única passagem para a via pública, que ocorria há mais de três anos, de forma livre e ininterrupta, entendeu o Tribunal de Justiça da Bahia - RT vol. 848, pág. 259, que:

'Diante da comprovação de que se trata de imóvel com uma única passagem disponível para a via pública, em terreno pertencente ao serviente, e de que esta ocorre há mais de três anos, de forma livre e ininterrupta, deve ser mantida a sentença que determinou que os requerentes fossem mantidos no exercício de posse sobre servidão, autorizando a utilização da passagem questionada' (grifamos).

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (in Direito das Coisas, 14ª ed. 1975, p. 292) ensina que:

‘...se o dono do prédio dominante costuma servir-se de determinado caminho, aberto no prédio serviente...instituiu-se o ‘jus in re aliena’, digno de proteção possessória. Trata-se de modalidade revelada pela jurisprudência’.

Não é demais que se enfatize, como, aliás, consta de V. Acórdão do TJ de São Paulo - Ap. Cível nº 455.498-0, 6ª C. (in DA SERVIDÃO, *op. cit.*, pág. 383), de que a autorização do antigo proprietário à Autora para utilizar da servidão, *‘...reputa-se sendo essa autorização dada, sem qualquer reserva escrita, não podia agora, de um momento para outro, fechar unilateralmente o caminho ‘ex proprio Marte’.*

IN CASU, mais se acentua o direito da Autora a ser reintegrada na posse da servidão que, por ato da Ré – IARA Empreendimentos Imobiliários Ltda., foi esbulhada, no momento em que se lembra, esse direito possessório foi expressamente resguardado pela Escritura translativa da propriedade à Re, pelas antigas proprietárias, ratificada essa condição por ‘carta’ já referida, enviada à Autora em dezembro de 2005 (doc. nº).

REQUERIMENTO

Desta forma, como explicitado, a Requerente vem propor a presente AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, com fundamento no art. 920 e seguintes do C.P. Civil, contra a Empresa IARA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. na pessoa de seu representante legal, com endereço social já declinado no pórtico desta petição.

Na forma do disposto no art. 928 do CPC, a Autora provará mais o alegado através de justificação judicial – caso esse ilustrado Juízo entenda necessário, para o que requerem, seja designado audiência, nas quais as testemunhas adiante arroladas prestarão depoimento.

Assim, espera a Autora seja a ação julgada procedente, REQUERENDO DESDE JÁ LHE SEJA CONCEDIDA, com fundamento no art. 929 do C.P.Civil, LIMINARMENTE A MEDIDA postulada, e, afinal, seja confirmada a reintegração definitiva de posse, condenando a Ré nas custas judiciais, outras despesas e em honorários advocatícios, estes na

forma do disposto no art. 20 do C.P.Civil, e demais cominações, como de direito” (fls. 02/12).

– **Desembargador Jorge Luis Costa Beber:**

“No mérito, o apelo envereda contra a sentença que julgou improcedente a pretensão de reintegração de posse envolvendo servidão de trânsito.

Para bem encaminhar a decisão, necessário efetuar um breve esboço dos fatos que se sucederam nos imóveis cuja posse é objeto do litúgio.

Pois bem, retira-se do autuado que a autora, em virtude do falecimento de seu pai, Sinésio Duarte, recebeu o imóvel descrito na inicial (matriculado sob n. 11.470 – fls. 22).

Sinésio, juntamente com seu irmão William Duarte da Silva, também era proprietário do imóvel vizinho, matriculado sob n. 3.368, com 8.155,00m², herdado pelas irmãs da recorrente em condomínio *pro indiviso* (fls. 23/24) e que posteriormente foi alienado à ré.

Veja-se que na matrícula do imóvel de propriedade da demandante (AV 2/11.470), chegou a ser noticiada a anexação da área de 8.155 (isto é, do imóvel de matrícula 3.368), contudo, a reunião dos terrenos não chegou a ser ultimada, continuando cada qual com sua matrícula.

Nada obstante, a prova revela que os terrenos eram unidos ‘de fato’, conforme atestado pelo perito do juízo:

“Segundo documentos contidos nos Autos – fotos n. 01 e 02 anexas as folhas 314 e 315 dos Autos, bem como informações obtidas através de depoimentos quando da realização da Audiência de Justificação – folhas 114 a 116 dos autos.

Observamos que esta época, estes **02 (dois) terrenos se constituíam de uma área única, interligada, sem divisas definidas**, fato este que possibilita o acesso livre e desimpedido ao terreno na época pertencente as suas irmãs’ (sic – fls. 333, grifos meus).

As imagens aéreas extraídas do *site* Google revelam que, em 2002 e 2003

não havia nenhum marco divisório entre os terrenos, ao passo em que a imagem efetuada em 2009, após a construção do condomínio no terreno que antes pertencia às irmãs da autora, revela que o terreno da autora perdeu o acesso que tinha à rua Gentil Leandro dos Santos, fato bem retratado na perícia pelas imagens de fls. 75/76.

O Sr. Perito, aliás, foi enfático ao afirmar que *‘o terreno de propriedade de Silvana Duarte encontra-se atualmente encravado, em decorrência da construção do empreendimento residencial no imóvel vendido por suas irmãs, deixando de possuir acesso direto para as vias públicas que anteriormente atendiam toda a gleba’* (fls. 79, grifos meus).

A ré, em sua defesa, sustenta que inexistente prova da servidão aparente defendida pela parte autora.

A prova, de fato, revela que a servidão, conquanto existente (tanto que expressamente constou na escritura de compra e venda que o imóvel estava sendo alienado *‘com todos os pertences e servidões’*), não era aparente, pois não era revelada por obras e outros sinais exteriores.

A Súmula 415 do STF orienta que a *‘Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória’* (grifos meus).

Ainda no ponto, a testemunha Abílio, vizinho dos imóveis, esclareceu que *‘nos imóveis sempre havia um acesso mas não propriamente uma rua, mas era pelo terreno inteiro; que, na verdade, não havia uma servidão pois se trafegava pelo terreno inteiro’* (fls. 116).

A análise das imagens aéreas também não permite visualizar nenhuma trilha ou caminho, dando a crer que a passagem se dava pelo terreno como um todo.

Diante deste cenário, vê-se que a hipótese, na verdade, se enquadraria no instituto da passagem forçada, conforme lição de BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO, *in verbis*:

‘A passagem forçada constitui direito de vizinhança, dizendo

respeito à falta de saída de um prédio para a via pública. Tem, portanto, relação com o encravamento de um imóvel. A servidão de passagem convencional encontra fundamento na comodidade, na utilidade e na superfluidade, dispensada, destarte, a necessidade de desencravamento.

Os dois institutos guardam semelhanças, constituindo direitos reais projetados sobre coisa alheia, enfileirando-se entre as limitações apostas ao direito de propriedade imóvel, ocorrendo a existência de um prédio dominante e outro serviente.

Todavia, é um desacerto a sua equiparação.

(...)

A passagem forçada é uma restrição involuntária, infligida pela lei. O dono do prédio serviente a tanto se vê constrangido, embora indenizado. (...) A servidão de passagem é uma restrição criada voluntariamente. O dono do prédio serviente só a concede querendo, convindo-lhe. É, então, negócio jurídico, sob preço ajustado. A menos que se origine de usucapião'. (in Tratado de Usucapião. 4. ed. Saraiva, 2006. v. 1. p. 473-474, grifos meus).

Nada obstante, penso que a autora faz, sim, jus à reintegração almejada, justo que o encravamento não ocorreu por culpa sua e não pode ficar sem ter acesso à via pública, devendo ser aplicado ao caso o princípio da instrumentalidade, pois o art. 1.285 do Código Civil, em seu § 2º, preceitua que '*Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma das partes perca o acesso à via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem*' (grifei).

Por outro viés, é certo que, remeter à autora ao manejo da ação de passagem forçada apenas contribuiria para o desfecho do litígio, que se arrasta desde setembro de 2006.

Acresço, ainda, que a análise das fotografias de fls. 232/233 revela que existe uma rampa de acesso ao terreno da autora, de modo que o prédio serviente não sofrerá maiores restrições.

Quanto à cautelar de atentado, observo que inexistia qualquer decisão determinando a paralisação das obras do condomínio.

Nos termos do art. 879 do Código de Processo Civil:

‘Comete atentado a parte que no curso do processo:

I - viola penhora, arresto, sequestro ou imissão na posse;

II - prossegue em obra embargada;

III - pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato’.

No caso em tela, não se vislumbra nenhuma das hipóteses alhures arroladas, de modo que, diante da sua acessoriedade, e considerando que sequer houve a instauração do contraditório, fica a cautelar prejudicada” (fls. 428/435).

– **Desembargador Eládio Torret Rocha:**

“[...]

Volvendo ao busílis, nada obstante a combatividade do recurso, penso que as suas razões não convencem.

É que, como sobejamente cediço, para merecer a tutela possessória, ao demandante incumbe comprovar, de modo seguro e irretorquível, a posse anterior do bem e a sua perda, assim como o esbulho praticado pelo réu e a data em que foi perpetrado, consoante dispõe o art. 927 do Código de Processo Civil. E mais, disputando-se a posse de servidão, faz-se mister, ainda, a demonstração da existência dela e da sua exteriorização, a teor dos arts. 1.210 e 1.213 do Código Civil.

Sucede, todavia, que a apelante não logrou provar, como era de se esperar, os fatos constitutivos de seu direito, inobservando, pois, o art. 333, inc. I, do CPC. Com efeito, as provas coligidas aos presentes autos não permitem concluir, com as necessárias certeza e segurança, pela existência do objeto da posse, qual seja, a servidão de passagem sobre o prédio da recorrida, tornada aparente pelo exercício público e contínuo pela recorrente, visando acessar ao seu imóvel a partir do logradouro público.

De fato, a prova testemunhal revela-se deveras frágil a este desiderato.

É que a informante Vera Lúcia Duarte Spoganicz, irmã da apelante, ao ser inquirida, afirmou existir uma servidão no local:

‘[...] Que desde que herdaram o terreno havia uma passagem no local; Que existia uma passagem, sendo que esta cortava o terreno inteiro, sendo que tal passagem também era utilizada pela autora; [...] Que a depoente recorda-se que por ocasião da venda do terreno, foi alertado à requerida que havia uma servidão no local, de modo inclusive que esta servidão fez parte da escritura; Que a depoente chegou inclusive a alertar a requerida que deveria ser guardado uma área de passagem para a autora; [...] Que a depoente esclarece que a respeito da referida servidão não havia condições de passar veículos, era exclusivamente passagem de pessoas; Que a depoente esclarece que havia manutenção em cima desta servidão; [...]’ (*sic*) (fls. 114/115).

Todavia, a testemunha Abílio Bueno de Oliveira Neto, contradizendo-a, negou a existência da servidão:

‘[...] Que o depoente chegou a conhecer o terreno da autora bem como de suas irmãs, mesmo porque quando era criança brincou no imóvel; [...] Que nos imóveis sempre havia um acesso, mas não propriamente uma rua, mas era pelo terreno inteiro, Que na verdade não havia uma servidão pois se trafegava pelo terreno inteiro; Que se fosse contar com trilhas, haviam várias, uma vez que era pasto e não mato fechado; [...]’ (fl. 116).

Outrossim, a prova pericial, consubstanciada na vistoria dos imóveis em questão, restou inconclusiva, justo que as obras e terraplanagens levadas a efeito pela apelada para a edificação do Condomínio Edson Gaidzinski modificaram, por completo, a geografia local, tornando prejudicada a constatação de eventual servidão de passagem (fls. 318/348):

‘4.4 Há hoje resquício de servidão existente anteriormente ao empreendimento implementado pela ré?’

R: Atualmente grande parte da área pertencente à empresa ré encontra-se construída, conforme podemos observar nas fotos anexas ao presente laudo, item 7.0, e levantamento topográfico, anexo 8.1.

Em razão das construções realizadas no terreno pertencente à empresa ré, não há atualmente possibilidade, através de uma vistoria no local, da comprovação de qualquer servidão que porventura tenha existido anteriormente' (fl. 325).

Finalmente, a alusão genérica à servidão na escritura pública de compra e venda celebrada entre Sandra Duarte e Vera Lúcia Duarte Spoganicz e a recorrida, assim como na missiva remetida por elas à recorrente, à falta da descrição pormenorizada, com a localização e as dimensões, não têm o condão de provar a existência dela, nem tampouco a sua exterioridade e a sua publicidade.

Os elementos probatórios, portanto, demonstram que a suposta servidão de passagem jamais existiu e que, se existiu, o foi de modo não aparente, cuja posse, neste caso, não é tutelável, a teor dos arts. 1.210 e 1.213 do Código, litteris:

‘Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

[...]

Art. 1.213. O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões não aparentes, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve.

Pertinente ao caso é oportuno transcrever, ainda, a Súmula n. 415 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: ‘Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória’.

Enfatizo, nesse passo, que a servidão de passagem não aparente só é passível de proteção possessória acaso averbada no registro de imóveis. Daí, aliás, a menção, pela Juíza, à ausência de transcrição no assento imobiliário. Disso, porém, a apelante também não cuidou de provar, justo que nada consta nas matrículas dos imóveis litigiosos (fls. 22/24 e 56/64).

Colaciono, a propósito, o seguinte precedente desta Quarta Câmara de Direito Civil, do qual, aliás, fui relator:

[...]

Enfim, posse é fato, e, não produzindo nenhuma prova, a tese do apelante, trazida com a inicial, restou isolada e, por isso mesmo, insusceptível de acolhimento.

Compete à recorrente, querendo, socorrer-se, pois, de ação de passagem forçada, para o fim de desencravar o seu prédio (CC, art. 1.285)” (fls. 436/445).

ENFATIZO:

– De acordo com a Juíza Denise de Souza Luiz Francoski e com o Desembargador Eládio Torret Rocha, não estão presentes os elementos necessários à proteção possessória, pois “*a suposta servidão de passagem jamais existiu e que, se existiu, o foi de modo não aparente, cuja posse, neste caso, não é tutelável*”, cabendo à autora a “*ação de passagem forçada, para o fim de desencravar o seu prédio* (CC, art. 1.285)”.

– Por outro lado, os Desembargadores Victor Ferreira e Jorge Luis Costa Beber, embora tenham admitido que “*a prova, de fato, revela que a servidão, conquanto existente (tanto que expressamente constou na escritura de compra e venda que o imóvel estava sendo alienado ‘com todos os pertences e servidões’), não era aparente, pois não era revelada por obras e outros sinais exteriores*”, e que, “*diante deste cenário, vê-se que a hipótese, na verdade, se enquadraria no instituto da passagem forçada*”, entenderam que: *a) “a autora faz, sim, jus à reintegração almejada, justo que o encravamento não ocorreu por culpa sua e não pode ficar sem ter acesso à via pública, devendo ser aplicado ao caso o princípio da instrumentalidade, pois o art. 1.285 do Código Civil, em seu § 2º, preceitua que ‘Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma*

das partes perca o acesso à via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem”; **b)** *“remeter à autora ao manejo da ação de passagem forçada apenas contribuiria para o desfecho do litígio, que se arrasta desde setembro de 2006”;* **c)** *“a análise das fotografias de fls. 232/233 revela que existe uma rampa de acesso ao terreno da autora, de modo que o prédio serviente não sofrerá maiores restrições”.*

02. No art. 264, dispunha o Código de Processo Civil vigente na data do julgamento da apelação:

“Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”.

Datíssima vênia, o acórdão violou esse preceptivo. Se a pretensão da autora consiste na reintegração de posse de servidão de trânsito (CC, arts. 1.378 e 1.379), a ela não poderia ser deferido o direito à servidão de passagem forçada (CC, art. 1.285). As causas de pedir são diversas.

03. À vista do exposto, dou provimento aos embargos infringentes para restabelecer a sentença prolatada pela Juíza Denise de Souza Luiz Francoski.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2014.058723-7, de Joinville

Relator: Des. Artur Jenichen Filho

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. DIREITO DE VIZINHANÇA. ATERRO REALIZADO EM IMÓVEL LINDEIRO. CONSTANTES ALAGAMENTOS NA RESIDÊNCIA DA AUTORA. PRECEDENTE *ACTIO* AJUIZADA CONTRA O CÔNJUGE VARÃO DA ATUAL DEMANDADA OBJETIVANDO A REALIZAÇÃO DE OBRAS EFICIENTES À SOLUÇÃO DO PROBLEMA. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA PESSOAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO UNITÁRIO. DESNECESSÁRIA CITAÇÃO DA CORRÉ PARA INTEGRAR AQUELA LIDE. CUMPRIMENTO INTEGRAL, PELO DEMANDADO ORIGINAL, DO ACORDO JUDICIALMENTE HOMOLOGADO NOS AUTOS DA AÇÃO PRECEDENTE. NOVEL AÇÃO PROPOSTA CONTRA A AGORA EX-ESPOSA PLEITEANDO A EXECUÇÃO DE IDÊNTICOS PROCEDIMENTOS. LIDE INVIABILIZADA PELO IMPLEMENTO DA COISA JULGADA. SOLUÇÃO ACERTADA.

DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRETENSÃO NASCIDA ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. PRAZO VINTENÁRIO ESTABELECIDO PELO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL/1916 PARA AS AÇÕES PESSOAIS. TRANSCURSO DE MENOS DA METADE DO PRAZO DISPOSTO NO CÓDIGO REVOGADO. REGRA DE TRANSIÇÃO DE DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DO PRAZO TRIENAL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI NOVA. ARTS. 206, § 3º, V, E 2.028 DO CÓDIGO CIVIL/2002. PRESCRIÇÃO IMPLEMENTADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.058723-7, da comarca de Joinville (1ª Vara Cível), em que é apelante Irena Felixa Hafemann, e apelada Eliane de Moraes:

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

O julgamento, realizado no dia 05 de maio de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Domingos Paludo.

Florianópolis, 11 de maio de 2016.

Artur Jenichen Filho

RELATOR

RELATÓRIO

Irena Felixa Hafemann ajuizou contra Eliane de Moraes, perante o juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville, a Ação de Obrigação de Fazer c/c Reparação de Danos Materiais e Morais n. 038.12.033915-0 aduzindo que a requerida, proprietária de um imóvel lindeiro ao seu, sem executar um adequado sistema de drenagem, elevou o nível do terreno, fazendo com que a água da chuva seja constantemente direcionada ao seu lote, alagando sua residência, o que acarretou problemas estruturais, danificando o revestimento do piso, reboco e pintura, além de destruir móveis, tendo o orçamento para a reforma de sua residência atingido o montante de R\$ 80.283,40 (oitenta mil duzentos e oitenta e três reais e quarenta centavos).

Em decorrência destes fatos, requereu a procedência da ação, com a condenação de Eliane de Moraes a realizar todas as obras necessárias a evitar os alagamentos e infiltrações, além do pagamento dos valores

necessários à reforma de seu imóvel, mais indenização correspondente aos bens móveis danificados e, ainda, reparação pelo alegado dano moral, impondo-lhe o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (fls. 02/13).

Finalizando, requereu o benefício da justiça gratuita (fl. 13), o que foi deferido à fl. 43.

Restando infrutífera a tentativa de conciliação (fl. 57), Eliane de Moraes apresentou contestação, arguindo, em preliminar, a existência de coisa julgada, posto que os fatos ora apresentados teriam sido objeto de acordo homologado nos autos n. 038.99.017617-4, ao passo que, no mérito, rechaçou os argumentos exordiais, requerendo, igualmente, o benefício da justiça gratuita.

Impugnação de estilo (fls. 126/132).

Por intermédio da decisão de fls. 133/135, o magistrado singular, Dr. Uziel Nunes de Oliveira, determinou à ré a apresentação de cópia integral dos autos onde teria havido a composição, devendo igualmente esclarecer e comprovar sua “ligação” com Reginaldo Marcelo da Rocha – réu nos sobreditos autos –, o que foi providenciado (fl. 138/262).

Ato contínuo, por intermédio da sentença de fls. 279/282, o Juiz Substituto, Dr. Rogério Manke, com fundamento no artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil, declarou extinto o processo, sem resolução do mérito, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), mas cuja exigibilidade foi suspensa em decorrência da concessão do benefício da justiça gratuita.

Irresignada com a prestação jurisdicional, Irena Felix Hafemann interpôs recurso de apelação cível, asseverando não restar configurado o instituto da coisa julgada, seja por ausência de identidade do polo passivo das demandas – uma vez que nos autos n. 038.99.017617-

4 figurou Reginaldo Marcelo da Rocha, e nestes Eliane de Moraes –, seja pela “relatividade da coisa julgada nas ações de indenização” (fl. 288), sendo lícita a discussão de danos supervenientes, razão porque requereu o provimento do recurso para afastar a decisão terminativa do processo e, no mérito, a procedência total dos pedidos, com a condenação da parte apelada nos termos da inicial, e, ao final, em caso de não provimento do recurso ou de algum tópico nele debatido, “para fins de prequestionamento, que este Tribunal se pronuncie especificamente sobre a violação, pela decisão recorrida, das normas legais colacionadas e invocadas neste reclamo” (fl. 290).

Eliane de Moraes apresentou contrarrazões, rechaçando os argumentos expendidos no apelo (fls. 295/308).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Combatendo a sentença que declarou a extinção da lide subjacente, a apelante sustenta que não existe identidade de partes na ação de rito sumaríssimo n. 038.99.017617-4 ajuizada contra Reginaldo Marcelo da Rocha perante o Juizado Especial Cível da comarca de Joinville, e a ação de Obrigação de Fazer n. 038.12.033915-0 ajuizada contra Eliane de Moraes perante o juízo da 1ª Vara Cível de Joinville, de modo que, porquanto ausente um de seus pressupostos, o instituto da coisa julgada não restou configurado,.

Pois bem.

Inicialmente, destaca-se que na ação que tramitou perante o Juizado Especial Cível, buscou-se solução para os constantes alagamentos e

infiltrações no imóvel pertencente a Irena Felixia Hafemann, os quais seriam decorrentes do aterro feito em imóvel contíguo ao seu, de propriedade de Reginaldo Marcelo da Rocha.

Ocorre que, segundo os termos do acordo homologado por aquele incluído juízo, ambos os litigantes comprometeram-se a realizar simultâneas obras neste sentido (fl. 205), cabendo ao réu providenciar:

[...] rebaixamento do dreno corrugado e perfurado, com rebaixamento suficiente e possível, de modo a não acontecer um refluxo com a tubulação de águas fluviais da rede pública, bem como complementar a camada de pedras em que o dreno se encontra envolvido, e procederá a pintura asfáltica na área de contato do aterro com a viga construída na divisa do terreno das partes litigantes.

Noutro vértice, na mesma ocasião Irena Felixia Hafemann foi cientificada pelo magistrado *a quo* de que “a solução integral do problema de infiltração no seu imóvel também depende das providências recomendadas pela perita deste Juízo no laudo pericial às fls. 38” (fl. 205), medidas estas que competiam à própria apelante.

Agora, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Reparação de Materiais e Morais n. 038.12.033915-0, da qual deriva a presente apelação cível, Irena Felixia Hafemann – invocando a mesma argumentação fática da demanda precedente –, requereu a condenação de Eliane de Moraes a realizar todas as obras necessárias em sua residência, além de construir uma viga na divisa dos imóveis, reclamando, mais, indenização por danos material e moral.

Em verdade, denota-se da Certidão de Casamento matrícula n. 105130 55 1998 3 00039 241 0020248 85 (fl. 138), que Reginaldo Marcelo da Rocha e Eliane de Moraes casaram-se pelo regime da comunhão parcial de bens em 22 de dezembro de 1998, ou seja, em data anterior ao ajuizamento da primeira ação, que tramitou perante o Juizado Especial Cível da comarca de Joinville, e se divorciaram 21 de novembro de 2006,

posteriormente ao transito em julgado daquela ação registrada e autuada sob o n. 038.99.017617-4 (25.11.1999 – fl. 213).

Como é cediço, as obrigações de fazer são aquelas que consistem em atividade pessoal do devedor, que se vincula a executar trabalho físico ou intelectual, a realizar obra com o seu engenho ou com o emprego de materiais etc., afastando, em decorrência de seu caráter pessoal, a necessidade de participação do coobrigado a integrar o polo passivo da relação processual.

Neste sentido, de nosso Tribunal:

Versando a lide sobre obrigação de natureza pessoal (cessão de direitos e obrigações atinentes à posse de um imóvel) e não de caráter real imobiliário, desnecessária é a citação do cônjuge do réu em litisconsórcio passivo necessário (Desembargador Joel Figueira Júnior). (AC n. 2005.036432-5, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, DJ de 5-10-2009 – grifei).

Assim é que, conforme o grau de liberdade que a lei defira ao autor de formá-lo, ou não, o litisconsórcio é classificado em necessário e facultativo. Há hipóteses, previstas no artigo 47 do Código de Processo Civil vigente à época do processamento da lide em 1º Grau, em que o autor é obrigado a acionar todos os litisconsortes (litisconsórcio necessário passivo), e outras, previstas no artigo 46 do mesmo diploma legal, em que o litisconsórcio pode ou não ser formado (litisconsórcio facultativo).

In casu, vislumbra-se a hipótese contida no inciso I do artigo 46, qual seja, quando há comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide, isto é, quando duas ou mais pessoas forem titulares do mesmo direito ou forem coobrigadas em relação à mesma prestação, sendo que a lei não impõe como condição ao exercício do direito – ou ao cumprimento da obrigação – que todas elas acionem ou sejam acionadas ao mesmo tempo.

Como exemplo, na propriedade comum (copropriedade ou condomínio), cada condômino tem direito de buscar tutela possessória em razão de eventual esbulho, turbação ou ameaça de esbulho praticado por terceiro, pois exercem sobre o mesmo bem a propriedade, possuindo, destarte, direito à proteção possessória conjuntamente.

Na solidariedade passiva, todos os devedores poderão ser acionados pela dívida em comum, pois a obrigação pertence a todos conjuntamente, muito embora a lei autorize que seja acionado somente um deles, resguardando-se àquele que pagou, o direito de regresso quanto aos demais coobrigados.

In casu, a repercussão do acordo homologado pelo magistrado singular – art. 269, inc. III, do CPC de 1973 –, estende-se à ora apelada, visto que, à época, como já salientado, era ela casada com Reginaldo Marcelo da Rocha, demandado nos autos da ação n. 038.99.017617-4, que tramitou perante o Juizado Especial Cível da comarca de Joinville.

Mutatis mutandis, colhe-se da jurisprudência:

PROCESSOCIVIL.COOPERATIVADECONSUMO.LIQUIDAÇÃO. ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA. PRELIMINARES. COISA JULGADA. NÃO INTERFERÊNCIA ESTATAL. DELIBERAÇÕES. NULIDADES. ESCOLHA DE LIQUIDANTE. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ASSOCIADOS. CAPITAL SUBSCRITO. 1. EM SE TRATANDO DE ASSOCIAÇÃO, QUALQUER UM DE SEUS MEMBROS POSSUI LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A ANULAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA, QUANDO ENTENDEREM EIVADAS DE IRREGULARIDADES. COM EFEITO, UMA VEZ DECLARADA SUA ANULAÇÃO, POR SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO, A MATÉRIA ENCONTRA-SE PRECLUSA, IMPEDINDO A REABERTURA DAS DISCUSSÕES. COM EFEITO, A DECISÃO QUE ANULOU A ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA E SUAS DELIBERAÇÕES ABRANGERÁ A TODOS OS ASSOCIADOS INDISTINTAMENTE, INCLUSIVE

AQUELES QUE NÃO PARTICIPARAM DA DEMANDA. CUIDA-SE DE LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO FACULTATIVO, ONDE O PROVIMENTO JURISDICIONAL SERÁ SEMPRE ÚNICO. PRELIMINAR DE COISA JULGADA ACOLHIDA. (APC 19990110350924 APC DF, 3ª Turma Cível, rel. Des. Jeronymo de Souza, DJ, 28/05/2001 – grifei).

Conclui-se, assim, como corolário lógico, que os efeitos da coisa julgada não de alcançar a ora apelada Eliane de Moraes, pois, se assim não o fosse, poderia Irena Felixa Hafemann, acaso improcedentes os pedidos já formulados, ajuizar, *ad eternum*, nova ação, agora contra cada um dos eventuais sucessores daqueles que figuraram no polo passivo das lides precedentes.

Não bastasse isso, a apelante pretende, após transcorridos mais de 13 (treze) anos entre o ajuizamento da ação no Juizado Especial (30.3.1999) e a propositura da subjacente demanda, esta perante o juízo da 1ª Vara Cível (23.7.2012), a condenação de Eliane de Moraes a realizar todas as obras necessárias a evitar os alagamentos e infiltrações, além do pagamento dos valores necessários à reforma de seu imóvel, mais indenização correspondente aos bens móveis danificados e, ainda, reparação pelo alegado dano moral.

Sustentou a apelante na exordial:

A autora é proprietária do imóvel localizado na Rua Santa Izabel nº 256, Bairro Itaum, nesta Cidade e Comarca de Joinville há aproximadamente 20 anos, no qual, à época, promoveu a edificação de sua residência, utilizando na divisa em que o imóvel confronta com o terreno da Requerida, uma parede denominada popularmente como platibanda (fl. 02 – grifei).

Prosseguiu afirmando:

Ocorre, Digno Magistrado, que muito após a Autora ter edificado parede na divisa dos terrenos, tal como lhe permite a legislação pátria,

a Requerida resolveu aumentar o nível de seu terreno, realizando nele aterro que aumentou significativamente sua altura em relação ao nível da rua e do próprio terreno da Requerente (fl. 03 – grifei).

Como se pode constatar, não se sabe quando, exatamente, o aterro foi realizado. Todavia, extrai-se da documentação acostada aos autos, que o imóvel foi adquirido de forma parcelada, sendo que as respectivas prestações começaram a ser quitadas a partir de 16 de junho de 1993 (fl. 15).

Tem-se, assim, que entre a aquisição do imóvel (junho/1993) e a entrada em vigor do novo Código Civil (12 de janeiro de 2003), transcorreu período de quase 10 (dez) anos.

E à luz dos documentos de fls. 152/163, possível é aferir que os transtornos tiveram início em 1998, visto que, tanto os registros de reclamação na Prefeitura Municipal de Joinville, quanto as notificações emitidas pela municipalidade, datam daquele ano, o que denota, em termos aproximados, 4 (quatro anos) entre a realização do aterro e a entrada em vigor do Código Civil/2002.

Tal codificação estabeleceu regra de transição para a contagem do prazo prescricional, dispondo em seu art. 2.028, que “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Portanto, dois são os requisitos exigidos para aplicação do antigo prazo em detrimento do atual: redução do prazo prescricional e transcurso de mais da metade do antigo prazo.

O Código Civil/1916 estabelecia em seu artigo 179, por remissão expressa ao artigo 177, o prazo prescricional de 20 (vinte) anos para as demandas envolvendo direitos pessoais. Já o Código Civil de 2002, de acordo com o artigo 206, § 3º, inc. V, reduziu esse prazo para 3 (três) anos.

Desta forma, aquele que pretende a indenização, dispõe do prazo de 3 (três) anos para promover a respectiva demanda, prazo este contado da data do evento (CC, art. 189).

Preenchido, inicialmente, o requisito da diminuição do prazo prescricional, sobressai o raciocínio de que, para que o antigo prazo seja considerado, há um outro requisito: que tenha transcorrido metade desse prazo até a entrada em vigor do novo Código. Assim, o evento, para que seja tutelado pelo antigo prazo, deverá ter ocorrido até janeiro de 1993 (com o transcurso de 10 anos). Caso contrário aplicar-se-á o novo prazo.

De nosso Tribunal:

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. EXTINÇÃO FACE O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO NASCIDA ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO. PRAZO VINTENÁRIO DO ART. 177 DO CÓDIGO VELHO PARA AS AÇÕES PESSOAIS. TRANSCURSO DE MAIS DA METADE DO PRAZO DISPOSTO NO CÓDIGO REVOGADO NÃO VERIFICADO. REGRA DE TRANSIÇÃO DE DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DO PRAZO TRIENAL A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI NOVA. ARTS. 206, § 3º, V, E 2.028 DO DIPLOMA NOVO. PRESCRIÇÃO AFASTADA.

Ainda que, em ação de indenização por dano moral, os fatos tenham ocorrido durante a vigência do Código Civil pretérito, o prazo prescricional, que era, por aquele, regulado pelo art. 177, deverá ser contado da vigência da nova Lei Civil, se, nesta data, não transcorreu mais da metade do tempo da lei revogada e, pela codificação nova, foi reduzida. Exegese, pois, do contido no art. 2.028 do CC/02.

INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CAUSA MADURA. ART. 515, § 3º, CPC.

Afastada a prescrição reconhecida na sentença, se a causa versar exclusivamente de matéria de direito, bem como se estiver apta a ser julgada, pode o tribunal desde logo, julgar a lide. No entanto, em sentido contrário, devem os autos ser remetidos ao juízo de origem para a devida instrução.

RECURSO PROVIDO. SENTENÇA CASSADA (Apelação Cível n. 2011.094514-8, de Timbó, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 8.11.2012).

Como o evento efetivamente ocorreu após este marco – entre 16 de junho de 1993 e 30 de março de 1999, mais provavelmente em 1998 –, o prazo a ser observado é o de 3 (três) anos, de modo que, em assim sendo, a ação, quanto aos pedidos de indenização por danos material e moral, encontra-se prescrita, visto que somente foi ajuizada em 23 de julho de 2012.

Salienta-se, apenas a título de argumentação, que mesmo não se reconhecendo o instituto da coisa julgada, ou não tivesse se verificado a prescrição em relação aos danos material e moral pleiteados por Irena Felixa Hafemann, está-se diante de evidente culpa concorrente, porquanto a sua inércia em providenciar, desde 1999 – quando pactuou acordo – as obras que lhe foram incumbiram, certamente contribuiu para a instalação do aludido quadro de infiltração e alagamento.

Neste sentido, extrai-se da jurisprudência:

APELAÇÕES CÍVEIS - INDENIZAÇÃO C/C PERDAS E DANOS - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO AFASTADA - MÉRITO - EDIFÍCIO RESIDENCIAL - APARTAMENTO - INFILTRAÇÃO DE ÁGUAS PLUVIAIS - DETERIORAÇÃO - PROPRIETÁRIO QUE FECHA O IMÓVEL SEM NENHUMA PROVIDÊNCIA - AÇÃO INTENTADA QUASE CINCO ANOS APÓS O ABANDONO DO IMÓVEL - INÉRCIA QUE CONTRIBUIU PARA AGRAVAMENTO DOS DANOS JÁ EXISTENTES - CULPA CONCORRENTE - LUCROS CESSANTES NÃO INCIDENTES - DANOS EMERGENTES - FIXAÇÃO DE ACORDO COM LAUDO PERICIAL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO CONFIGURAÇÃO - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS (TJMS, Apelação Cível: AC 32719 MS 2008.032719-9, rel. Des. Luiz Carlos Santini, j. 23.4.2009).

Diante de todo o exposto, o recurso é conhecido e desprovido.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2011.059169-1, de São José

Relator: Des. Domingos Paludo

APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DOS AUTORES. ESTOURO DE PNEU. VEÍCULO QUE TRAFEGAVA EM PISTA MOLHADA, DURANTE A MADRUGADA E PORTANDO SETE PASSAGEIROS, DOIS QUE VIERAM A ÓBITO EM RAZÃO DO SINISTRO E OUTROS CINCO GRAVEMENTE FERIDOS. CULPA EXCLUSIVA DO MOTORISTA. VÍTIMAS, ADEMAIS, QUE SE SUJEITARAM AO RISCO ACEITANDO TRAFEGAR NO VEÍCULO COM NÚMERO EXCESSIVO DE PESSOAS E SOB CONDIÇÕES PRECÁRIAS DE SEGURANÇA. LAUDO PERICIAL QUE APONTA COMO CAUSA DO ESTOURO A BAIXA PRESSÃO DE INFLAGEM, OCACIONADA POR CALIBRAGEM INADEQUADA, INSUFICIENTE PARA SUPORTAR O PESO DO PRÓPRIO VEÍCULO E, MENOS AINDA, O EXCESSO DE PASSAGEIROS. IMPRUDÊNCIA DO CONDUTOR QUE DÁ ENSEJO ÀS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DAS RÉS (ART. 12, § 3º, DO CDC). RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.059169-1, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que são apelantes Clesio Beninca e outros, e apelados Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda. e outros:

A Primeira 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. Des. Domingos Paludo – Relator –, Des. Raulino Jacó Brüning – Presidente – e Des. Gerson Cherem II.

Florianópolis, 21 de janeiro de 2016.

Domingos Paludo

RELATOR

RELATÓRIO

Clésio Beninca, Sônego Serafim Savi, José Dinomar Nascimento de Araújo, Vilmar Faust, Jucemar Goulart Lessa, Rogério Cardoso Dias e Edison Rosalvo Silvano ajuizaram Ação de Reparação de Danos contra Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda., Fábrica de Veículos Volkswagen do Brasil Ltda. e Crivel Criciúma Automóvel Ltda.

Relatam que, em 26 de fevereiro de 1995, por volta de 1h50min, sofreram grave acidente automobilístico no Km 389,6 da rodovia BR-101, região de Criciúma/SC, quando, durante a ultrapassagem de um caminhão em linha reta de uma pista dupla, sem declives ou aclives, em velocidade permitida e com ampla visão da estrada, ocorreu o estouro do pneu traseiro direito do veículo em que transitavam – VW Logus GLS, cor azul, placas FE 8906, ano 1994, com 10.197 Km rodados, de propriedade do condutor Clésio Beninca –, fazendo-o rodopiar na pista, colidir em árvores e chocar a parte traseira contra um barranco.

Do sinistro resultaram os seguintes danos: **a)** perda de 40% da perna direita e 51% da perna esquerda do condutor Clésio; **b)** perda de parte de uma orelha de Sônego; **c)** lesões na cabeça de José, que ocasionaram problemas mentais, inviabilizando totalmente suas capacidades laborais; **d)** perda dos dentes e deslocamento do maxilar de Vilmar; **e)** queimaduras nos pés e parcial deficiência laboral de Jucemar; **f)** o falecimento de Rogério e Edison.

Requereram, para tanto: **1)** indenização pelos danos emergentes

correspondentes a cada autor; **2)** indenização pelos lucros cessantes, na forma de pensão mensal de R\$ 5.000,00 ao Sr. Clésio e aos demais no valor de R\$ 300,00, até completarem 65 anos; **3)** ressarcimento, ao Sr. Clésio, nos valores de: R\$ 7.700,00 referentes às cirurgias a que fora submetido, bem como das que vier a realizar em razão do acidente; R\$ 21.000,00 – correspondentes ao valor do veículo, à época do sinistro; R\$ 6.000,00 – referentes às despesas com hospital e funeral das duas vítimas falecidas; R\$ 19.000,00 – usados para pagamento das despesas hospitalares das demais vítimas e R\$ 5.000,00 – despendidos com medicamentos para estas; **4)** indenização aos demais sobreviventes pelos danos materiais, despesas médicas e cirurgias às quais se submeteram e vierem a se submeter para a reparação dos danos causados pelo acidente; **5)** o pagamento de pensão por morte aos herdeiros das duas vítimas, Rogério e Edison, que morreram no acidente; **6)** pensão mensal correspondente aos lucros cessantes em favor dos autores sobreviventes, proporcionalmente, em razão das perdas parcial e total de suas capacidades laborais, até que completem 65 anos; **7)** pagamento de danos morais a todos os autores, bem como constituição de fundo para a garantia do pagamento das pensões; **8)** a condenação das requeridas ao pagamento de honorários advocatícios e demais despesas processuais, bem como da concessão da justiça gratuita.

O magistrado *a quo* julgou improcedente a demanda, declarando a inexistência denexo causal entre o estouro do pneu e o alegado defeito de fabricação.

Irresignados, os autores apelaram (fls. 761-778), e aduzem que o dever de indenizar é responsabilidade objetiva do fornecedor, eis que se trata de relação consumerista, razão pela qual competia à ré “provar que os pneus estavam em perfeitas condições” (fl. 763). Arrematam sua tese sob o argumento de estarem comprovados o dano, o defeito do produto e o nexo causal, utilizando-se de fragmentos do laudo pericial

e fundamentando, assim, a hipótese de inexistência de excludentes de responsabilidade das rés, ensejadora da total reforma da sentença.

Contrarrazões às fls. 784-798 e 814-823.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, todavia não é o caso de dar-lhe provimento.

Insurgem-se os autores pela total reforma da sentença, eis que manifestamente comprovada nos autos a responsabilidade das rés com relação ao defeito que causou o estouro do pneu e o conseqüente acidente automobilístico que sofreram.

As rés defendem que não foi encontrado nenhum defeito de mão-de-obra ou matéria-prima do produto, que o condutor não teria calibrado os pneus e o estouro se deu pelo choque do veículo contra as árvores; assim, o acidente fora causado por culpa exclusiva das vítimas, já que o veículo transportava sete passageiros, excedendo o máximo de cinco, recomendados pelo fabricante.

Apontou o laudo pericial que o estouro se deu pela baixa pressão de inflagem do pneu, que por muitos quilômetros rodou vazio.

Registre-se que o caso em exame é regido pelas normas do Código de Defesa do Consumidor. Preceitua o diploma:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Por oportuno, transcrevo fragmentos da sentença, que adoto como razão de decidir:

[...]

De acordo com o que dispõe o art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Portanto, a concessão de indenização depende da configuração de dano e da ilicitude do ato, com um necessário liame entre eles (nexo causal).

Passa-se, pois, ao primeiro requisito: ato ilícito.

O artigo 186 do Código Civil prevê que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

A ilicitude do ato está, portanto, como regra geral, intimamente ligada com a configuração de dolo ou culpa do agente.

No caso em comento, todavia, trata-se de responsabilidade fundada em legislação especial, visto basear-se em relação de consumo, incidindo, pois, o que dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e riscos.

Diante disso, constata-se que, **no caso em comento, não é necessário haver culpa como requisito para responsabilização do fabricante pelos danos causados, desde que comprovado o defeito do produto.**

A responsabilidade do fabricante, todavia, será excluída nas circunstâncias elencadas no § 3.º do art. 12 do CDC, quais sejam:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Logo, em sendo a inexistência do vício alegado e a culpa exclusiva do dano do próprio consumidor as teses defendidas pelo réu em contestação, serão estas hipóteses objeto de análise mais detalhada, a fim de solucionar a controvérsia.

Sobre essas circunstâncias, Arnaldo Rizzardo explica que:

“A inexistência de defeito corresponde ao momento da colocação do produto em circulação para a sua venda. O seu uso, desgaste, a falta de cuidados recomendados formam elementos que conduziriam ao defeito. A culpa exclusiva de terceiro ou do consumidor, para afastar a responsabilidade do fabricante, importa em concluir o uso inadequado, sem observar as regras e práticas escritas em manual ou ditadas pela prática [...]”. (Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 4. Ed., p. 408).

Extraí-se, portanto, que o uso inadequado do produto ou a ausência de defeito oriundo da sua fabricação não importará responsabilização do fornecedor.

No caso em comento, alega o autor que “o único motivo que levou a ocorrer o acidente foi o estouro do pneu traseiro direito, que ocasionou o descontrole do veículo [...]” (fl. 5). Resta, pois, saber se o estouro do pneu ocorreu por defeito de fabricação.

A prova pericial realizada atesta não haver defeito na fabricação e na montagem do pneu, concluindo o expert, às fls. 532-533, que:

“Observa-se, [...], que há simetria nas medidas da profundidade dos sulcos, o que indica que o pneu não tinha a forma cônica na época do

acidente. Vale salientar que as diferenças apresentadas na profundidade dos sulcos são muito pequenas, o que leva este perito a afirmar que o desgaste do pneu é uniforme ao longo da largura.

Outro fato que corrobora que o pneu não estava cônico é o desgaste dos gomos do pneu. Caso o pneu estivesse cônico e em função disso derivasse, o desgaste dos gomos do pneu não seria regular, como pode ser observado nas fotos 7, 10 e 11 do anexo 10. Este efeito se traduz em um maior desgaste em apenas uma das arestas do gomo do pneu, fato que não ocorreu no pneu em questão, visto que o mesmo ainda possui resquícios da borracha que preencheu os canais de ventilação da matriz de vulcanização, em quase todas as arestas da maioria dos gomos. No anexo 9 estão mostradas as fotografias dos talões e dos flancos dos dois lados do pneu. A simetria destas duas regiões indica que não houve erro de montagem e centragem da matriz de vulcanização do pneu”.

Já quanto à falha do pneu, o perito atribui como causa o excessivo aumento de temperatura, decorrente da baixa pressão de inflagem (fl. 536):

“A falha do pneu aconteceu devido ao aumento excessivo de temperatura de operação em função da baixa pressão de inflagem. Esta baixa pressão de operação pode ter sido causada por falta de estanqueidade da válvula de enchimento do pneu ou então por um dos furos encontrados na banda de rodagem, porém, **com toda segurança pode ser afirmado que o pneu rodou por muitos quilômetros vazio. Esta afirmação é feita em função do forte desgaste verificado das paredes internas dos flancos, conforme apresentado no item 11 – Lotação excessiva e/ou baixa pressão de inflagem**”.

E continua (fl. 538):

“[...] a baixa pressão de inflagem do pneu foi o fator determinante do sinistro [...].

Vale salientar que não é comum, mas possível, haver perda de pressão pelo bico de inflagem, após operações de calibragem da pressão do pneu em postos de serviço”.

Da análise integral do laudo pericial, é possível extrair como motivo determinante para o estouro do pneu a baixa pressão de inflagem, que pode ocorrer por vazamento de ar ou até pela falta de calibragem. O perito não destacou qualquer problema significativo no material ou na montagem, destacando ainda que o excesso de carga (veículo com sete ocupantes) pode ter contribuído para o acidente.

Logo, constata-se que não há relação direta entre o acidente e eventual problema de fabricação do pneu, desaparecendo os pressupostos para responsabilização dos requeridos.

No mesmo sentido, em casos similares, já se decidiu:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização por danos morais e materiais. Acidente em rodovia. Estouro de pneu. Laudo pericial que não conseguiu estabelecer nexo de causalidade entre conduta da fabricante por defeito do produto e o dano causado. Veículo com 06 anos de uso e fora do prazo de garantia. Recurso desprovido”. (TJSP Ap. 9100874-93.2007.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite. J. 16/12/2010).

E:

“Danos materiais e morais. Estouro de pneu em viagem. Alegação de defeito do produto. Condições do sinistro descritas precariamente e sem transcrição completa. Laudo que exclui a responsabilidade do fabricante. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido”. (TJSP Apelação Cível nº 553.717-4/5-00, Des. Rei. Caetano Lagrasta, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 12.11.08).

Portanto, se o condutor do veículo não logrou comprovar nexo causal entre o estouro do pneu e o alegado defeito de fabricação, mormente quando todas as provas são conclusivas em sentido contrário, não é exigível a reparação pretendida (grifamos).

Como bem posto na sentença, em que pese a causa do acidente ter sido o estouro do pneu, não ficou comprovado que se deu por defeito de fabricação, nem pela perícia – que detectou a baixa pressão de inflagem ocasionada ou por vazamento de ar, ou por falta de calibragem –, nem

pelos próprios autores, que demonstraram os danos suportados, mas não o nexo de imputação, mormente porque, nas condições em que o automóvel transitava, com excesso de peso e – ao contrário do alegado na inicial e constatado no boletim de ocorrência, relatado pelo próprio condutor –, em pista molhada, durante a madrugada e sob possível calibragem inadequada, era de se prever que tamanho comprometimento da segurança do veículo e dos passageiros acarretaria infortúnios.

Ademais, é de se concluir a culpa exclusiva do condutor, pela imprudência e negligência com que agiu, ao conduzir um veículo sob as condições relatadas, permitindo o embarque de, além dele mesmo, outros seis passageiros, que certamente o prejudicou na direção, no campo de visão e no acesso ao câmbio, além de não haver cinto de segurança para todos, eis que o carro admite até cinco passageiros. E ainda que assim transitasse, não deveria realizar ultrapassagem, como ocorrera no momento do desastre, procurando resguardar o máximo de distância de outros veículos. Os demais ocupantes do automóvel também assumiram o risco, quando aceitaram trafegar naquelas condições precárias durante uma viagem relativamente longa, com destino à cidade de Torres/RS, que geraram este triste episódio.

A par de tais considerações, não logrando comprovar o nexo entre o estouro do pneu e a responsabilidade das rés no defeito do produto, carecem de razão os autores e prevalece as excludentes do art. 12, § 3º, do CDC:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse sentido, quanto à culpa exclusiva da vítima como excludente da responsabilidade do fabricante, tem-se recente julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. JUÍZO *A QUO* QUE JULGA IMPROCEDENTES OS PLEITOS EXORDIAIS. INCONFORMISMO DOS AUTORES. [...] MÉRITO. **INCÊNDIO OCORRIDO EM COZINHA DE RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA, A QUAL TAMBÉM SERVIA PARA O RESTAURANTE DO *DE CUJUS*. IMPUTAÇÃO DO SINISTRO A DEFEITO NO BOTIJÃO DE GÁS. PERÍCIA INCONCLUSIVA. DINÂMICA DOS FATOS QUE ANTECEDERAM AO INCÊNDIO QUE DEMONSTRAM A CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CÔMODO QUE CONTINHA DIVERSOS FOGÕES, FORNOS E BOTIJÕES ARMAZENADOS DE MANEIRA INCORRETA. RESPONSABILIDADE DA FABRICANTE AFASTADA. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS DEVIDOS À LITISDENUNCIADA. Em face da manutenção da sentença de improcedência dos pedidos dos Autores, os quais deram causa a ação, a verba sucumbencial resta mantida tal qual vazada na origem, suspenso o pagamento pelo deferimento da justiça gratuita. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (AC 2010.061887-7, Des. Rosane Portella Wolff, j. 26-11-2015).**

E também, em relação à responsabilidade do motorista pela adequada manutenção e utilização do veículo, esta Corte já decidiu:

INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONDUTOR QUE PERDE O CONTROLE DO VEÍCULO E INVADIR A CONTRAMÃO COLIDINDO CONTRA MOTOCICLETA EM QUE SE ENCONTRAVA A AUTORA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE PEDIDO NA APELAÇÃO. EXEGESE DO ARTIGO 523 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO DOS RÉUS E DA SEGURADORA. ALEGAÇÃO DE CASO FORTUITO EM RAZÃO DA QUEBRA DA BARRA DE DIREÇÃO

DO VEÍCULO. EXCLUDENTE NÃO COMPROVADA. CULPA CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS *IN RE IPSA*. DANOS ESTÉTICOS COMPROVADOS EM EXAME PERICIAL. VERBAS INDENIZATÓRIAS DEVIDAS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS ABRANGIDOS PELOS DANOS CORPORAIS CONTRATADOS. MANIFESTA RESISTÊNCIA DA SEGURADORA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS DECORRENTES DA DENUNCIÇÃO QUE DEVEM SER SUPTADOS PELA LITISDENUNCIADA. DEDUÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO. AUSÊNCIA DE PROVAS DO VALOR RECEBIDO. ABATIMENTO INDEVIDO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA DESDE A DATA DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. Age com culpa exclusiva e autônoma o condutor que perde a direção do veículo, invade a contramão de direção e colide contra motocicleta que seguia normalmente em sua mão de direção. **Não exclui a responsabilidade a mera alegação de caso fortuito em decorrência de quebra da barra de direção, porquanto é dever do proprietário a manutenção do veículo.** [...] (AC 2015.023756-2, Des. Saul Steil, j. 11-08-2015). (grifo)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. **FALHA NOS FREIOS DO CAMINHÃO, QUE INVADIU A PISTA CONTRÁRIA E COLIDIU COM A MOTOCICLETA DA VÍTIMA. FORÇA MAIOR NÃO VERIFICADA. DEFEITO MECÂNICO DECORRENTE DA FALTA DE MANUTENÇÃO DO VEÍCULO. CULPA DO RÉU CARACTERIZADA.** DEVER DE INDENIZAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 159 DO CC/1916. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE OS DANOS MATERIAIS JÁ FORAM PAGOS AOS AUTORES. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENSÃO MENSAL DEVIDAMENTE ARBITRADA COM BASE NOS RENDIMENTOS DO *DE CUJUS*. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA REDUZIR A PENSÃO

MENSAL PARA 2/3 DO VALOR AUFERIDO PELA VÍTIMA À ÉPOCA DO INFORTÚNIO. CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA AO RÉU. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (AC 2006.036114-0, Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 12-06-2007). (grifo)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

Apelação Cível n. 2010.085041-3, da Capital

Relator: Des. Artur Jenichen Filho

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SENTENÇA QUE DECLAROU A PRESCRIÇÃO E, EM RAZÃO DISSO, JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO VERSADO NA PROEMIAL.

EXAME DA PRETENSÃO VIA DECISÃO MONOCRÁTICA, COM O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SOLUÇÃO RESISTIDA VIA INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, VIABILIZANDO O EXAME DA QUESTÃO CONTROVERTIDA PELO COLEGIADO.

PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRETENSÃO FULMINADA APENAS EM RELAÇÃO ÀS PARCELAS ANTERIORES AO QUINQUÊNIO QUE PRECEDE A PROPOSITURA DA AÇÃO. PRECEDENTES DESTA CÂMARA E DO STJ. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

CAUSA MADURA. APRECIÇÃO DAS DEMAIS QUESTÕES LITIGIOSAS POR ESTA CORTE. POSSIBILIDADE. EXAME COM FUNDAMENTO NO ART. 1.013, § 4º, DO CPC/2015.

PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. AUTOR QUE POSTULA A ADEQUAÇÃO DO BENEFÍCIO, EM FUNÇÃO DO RECONHECIMENTO, PELA JUSTIÇA DO TRABALHO, DE DIREITO A ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. LIAME JURÍDICO ENTRE AS PARTES EVIDENCIADO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A PATROCINADORA. NÃO OCORRÊNCIA. RELAÇÕES DE NATUREZAS DISTINTAS.

“A responsabilidade pela gestão do fundo previdenciário é da entidade de previdência, donde exsurge a sua legitimidade para figurar no polo passivo das demandas em que se discutem matérias referentes a reajustes, abonos e complementações de aposentadorias e outras questões desse jaez” (Apelação Cível n. 2013.021058-4, Relator: Des. Joel Figueira Júnior, j. em 1.4.2014).

“De acordo com a jurisprudência desta Corte, não há litisconsórcio passivo necessário entre o fundo de pensão e a patrocinadora do plano, nas ações em que o associado discute a necessidade de revisão da base de cálculo do benefício previdenciário, tendo em vista a diferença da natureza jurídica do liame existente entre eles, ou seja, entre o beneficiário e o plano há uma relação de natureza civil (contratual), ao passo que entre o beneficiário e sua ex-empregadora havia uma relação de natureza trabalhista”. (STJ, Edcl no AREsp 104574/SP, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, j. em 5.3.2013).

DECADÊNCIA. ARTS. 103 DA LEI N. 8.213/91 e 347, *CAPUT*, DO DECRETO N. 3.048/99. DISPOSITIVOS INAPLICÁVEIS À ESPÉCIE. PREJUDICIAL AFASTADA.

“Decadência. Artigo 103 da Lei n. 8.213/1991. Preceito que diz respeito à revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, diferente do caso dos autos. Artigo 347 do Decreto n. 3.048/1999. Norma relativa à Previdência Social. Inaplicabilidade”. (Apelação Cível nº. 2010.080538-4, de Lages, rel. Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA, j. 12.4.2012).

MÉRITO. INAPLICABILIDADE DO CDC NO CASO CONCRETO POR SE TRATAR DE ENTIDADE DE PREVIDENCIA PRIVADA FECHADA. AUTOR QUE TEVE RECONHECIDO SEU DIREITO A ADICIONAL DE PERICULOSIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO. NATUREZA REMUNERATÓRIA. VERBA QUE, ENTRETANTO, POR TER SIDO IMPLEMENTADA A DESTEMPO, NÃO CONSTITUIU O SALÁRIO DE PARTICIPAÇÃO E, POR CONSEQUENTE, NÃO COMPÔS A FONTE DE CUSTEIO. INVIABILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLEITO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO MUTUALISMO, DO EQUILÍBRIO ATUARIAL E DO ATO JURÍDICO PERFEITO. ORIENTAÇÃO SEDIMENTADA NA MODERNA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

“De fato, não incidindo contribuições sobre os aumentos salariais determinados por decisão judicial, não foram essas parcelas consideradas na formação da fonte de custeio e nem foram incluídas entre os benefícios que a ELOS se comprometeu a suportar (benefício contratado), motivo pelo qual a determinação, pura e simples, para revisão do cálculo dos proventos de complementação de aposentadoria ensejaria o desequilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios, com prejuízo para a universalidade dos participantes e assistidos.

Com efeito, o art. 202, § 2º, da CF, com a redação dada pela EC 20/1998, estabelece que “as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei”.

Assim, o contrato celebrado com instituição de previdência privada não integra o contrato de trabalho. Entre suas características principais, destaco as previstas no *caput* do art. 202 da Constituição, com a redação dada pela EC 20/1998, a saber, complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social; facultativo; baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por lei complementar.

Dada a autonomia entre o contrato de trabalho e o contrato de previdência complementar, mesmo se eventualmente reconhecida a natureza salarial de determinada parcela, não se seguirá o direito à sua inclusão nos proventos de aposentadoria complementar se não integrante do benefício contratado (CF, art. 202).

[...] a despeito de os cálculos atuariais para a formação da reserva matemática necessária ao pagamento dos benefícios contratados serem de responsabilidade da entidade de previdência privada, são eles efetivados a partir das contribuições de participantes e assistidos que, acumuladas sob o regime de capitalização ao longo de toda a relação contratual, irão lastrear o pagamento dos benefícios contratados, não havendo, pois, como determinar o pagamento das obrigações assumidas, sem o prévio aporte desses recursos.

Pelo mesmo motivo, caso os cálculos atuariais já tenham sido concluídos,

formada a reserva matemática e concedido o benefício de complementação de aposentadoria (hipótese dos autos), não será suficiente a mera retenção das contribuições do autor da ação incidentes sobre as verbas salariais acrescidas pela Justiça do Trabalho e o pagamento das parcelas devidas pelo patrocinador correspondentes a essas mesmas quantias.

E isso porque, sendo a reserva matemática o fundo necessário ao custeio dos benefícios do plano ao qual aderiu o autor da ação, deve ela ser previamente constituída a partir de critérios atuariais observados durante toda a relação contratual, de modo a permitir a apuração do benefício de complementação de aposentaria [...]. (Recurso Especial nº 1.410.173-SC. Quarta Turma. Relª Ministra Maria Isabel Galotti. Julgado em 05/11/2015 – sem grifos no original).

PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA ATRIBUÍDO AO SEGURADO AUTOR.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.085041-3, da comarca da Capital (2ª Vara Cível), em que é apelante Vilmar Teodoro da Silva, e apelada Fundação Sistel de Seguridade Social:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso, desconstituindo a sentença e, no mérito, julgando improcedente a ação. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 12 de maio de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sebastião César Evangelista.

Florianópolis, 18 de maio de 2016.

Artur Jenichen Filho

RELATOR

RELATÓRIO

Vilmar Teodoro da Silva propôs ação de revisão de benefício previdenciário complementar em face de Fundação Sistel de Seguridade Social, asseverando que apesar de desempenhar atividades em sistemas energizados, considerados como sendo área de risco, não recebia adicional de periculosidade, razão pela qual propôs ação trabalhista, onde tal direito que lhe foi reconhecido, ampliando em 30% (trinta por cento) o valor da sua remuneração.

Todavia, esse plus não integrou a sua base de cálculo do benefício de complemento de aposentadoria por tempo de serviço, razão pela qual requereu: a) a adequação dos cálculos da renda mensal inicial da suplementação, mediante integração do adicional de periculosidade nos salários de participação compreendidos no período básico de cálculo do benefício, isto é, no salário real de benefício (SRB), ou média salarial, com implantação da nova renda mensal; b) pagamento das diferenças verificadas no quinquênio anterior.

Citada (fl. 97), a demandada apresentou contestação escrita (fls. 98-132), arguindo em preliminar a ilegitimidade passiva *ad causam* e o litisconsórcio passivo necessário com a patrocinadora, além das prejudiciais de decadência e prescrição.

No mérito, sustentou: a) a ausência de previsão legal e regulamentar a embasar a pretensão; b) que a provisão matemática necessária para garantir o pagamento dos benefícios devidos foi constituída considerando apenas as verbas incidentes no salário de participação na data de início do percebimento do benefício, quando não havia direito reconhecido ao adicional de periculosidade, razão pela qual, invocando os princípios do equilíbrio atuarial, do ato jurídico perfeito e do mutualismo – além de refutar a incidência do Código de Defesa do Consumidor –, pugnou pela improcedência da demanda, com a atribuição, ao postulante, dos ônus da sucumbência.

Houve réplica (fls. 238-241).

Sobreveio sentença (fls. 249-251), que, acatando a tese defensiva da prescrição quinquenal, julgou improcedentes os pedidos e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes no equivalente a 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação almejada, restando suspensa a exigibilidade, todavia, em virtude da concessão da justiça gratuita.

Irresignado, o segurado interpôs recurso de apelação cível (fls. 254-261), rechaçando a não ocorrência da prescrição, que, segundo defende, atinge somente as prestações vencidas 5 (cinco) anos antes da propositura da ação, no mais, repisando os termos da proemial, reiterando que deve haver adequação do cálculo do benefício considerando o adicional de periculosidade.

Intimada (fl. 263), a apelada apresentou suas contrarrazões às fls. 264-288, clamando pelo desprovemento da insurgência.

Ascenderam os autos a esta Corte.

Por decisão monocrática (fls. 293-295), o Des. Carlos Prudêncio declarou a prescrição do fundo de direito, concluindo nos seguintes termos:

[...] julgo extinta a presente ação, com resolução do mérito (CPC, arts. 219, § 5º e 269, inciso IV), diante do reconhecimento da prescrição, e condeno, ainda, o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários sucumbenciais, estes fixados no importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais) (CPC, art. 20, § 4º), cuja cobrança fica suspensa pelo prazo de 5 (cinco) anos, por ser a parte beneficiária da assistência judiciária gratuita (Lei n. 1.060/1950, art. 12).

O apelante, então, interpôs agravo regimental, alegando afronta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, onde há controvérsia sobre a prescrição do fundo de direito nas ações de revisão do benefício

previdenciário, além da divergência em relação a outros julgados desta Corte (fls. 297/301).

Na sequência, por votação unânime, a Primeira Câmara de Direito Civil conheceu e deu provimento ao reclamo, remetendo o exame da matéria ao respectivo colegiado (fls. 304/308).

Este é o relatório.

VOTO

1 – Presentes os pressupostos de admissibilidade, deve ser conhecido o recurso, registrando-se que a ausência de recolhimento do preparo justifica-se porque o apelante é beneficiário da justiça gratuita (fl. 95).

2 – Em relação à prescrição, esta Câmara, na linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidou o posicionamento de que, por tratar-se de obrigação de trato sucessivo, o prazo quinquenal não atinge o fundo de direito, mas, de fato, apenas as prestações vencidas nos 5 (cinco) anos anteriores à propositura da ação.

Para o Superior Tribunal de Justiça – que tem como missão institucional precípua a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional – *“a ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos”* (súmula n.º. 291), contando-se da data do pagamento (súmula n.º. 427):

[...] Versando a discussão acerca de obrigação de trato sucessivo, representada pelo pagamento de suplementação de aposentadoria, a prescrição alcança tão somente as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que precede o ajuizamento da ação, e não o próprio fundo do direito. (AgRg no Resp 1334275/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 2.9.2014)

[...] Em ação de revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário

complementar, tratando-se de obrigação de trato sucessivo, a prescrição alcança apenas as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que precede o ajuizamento da ação, não atingindo o próprio fundo do direito. (AgRg no AREsp 295.187/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 20.5.2014).

Não há, desse modo, de se extinguir o processo, mas tão somente declarar prescritas as parcelas vencidas no período anterior aos 5 (cinco) anos que antecedem o ajuizamento da ação, o que implica conhecimento e provimento do reclamo, com a desconstituição da sentença hostilizada.

3 – E porque a solução do litígio passa por apreciação de questão exclusivamente de direito e da prova documental já produzida, viável o enfrentamento das demais questões controvertidas diretamente neste grau de jurisdição, nos termos do art. 1.013, § 4º, do Código de Processo Civil vigente.

4 – Sustenta a demandada não ter dado causa a qualquer discussão quanto à suposta incorreção do benefício do autor, visto que não participa ou intermedia a relação de trabalho, sendo, pois, parte manifestamente ilegítima para figurar no polo passivo da lide.

Ocorre que a demanda persegue a adequação do cálculo do benefício previdenciário e, sendo a ré a entidade de previdência privada responsável pela gestão do fundo e suplementação, está presente o necessário liame jurídico entre as partes.

A respeito, destaca-se da jurisprudência desta Corte:

[...] A responsabilidade pela gestão do fundo previdenciário é da entidade de previdência, donde exsurge a sua legitimidade para figurar no polo passivo das demandas em que se discutem matérias referentes a reajustes, abonos e complementações de aposentadorias e outras questões desse jaez. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.021058-4, Relator: Des. Joel Figueira Júnior, j. em 1.4.2014).

Desse modo, a tese invocada não merece prosperar.

5 – Pretende a demandada a formação de litisconsórcio passivo necessário com a patrocinadora, sob o argumento de que eventual acolhimento do pedido implica o dever de suportar metade do valor devido na formação da fonte de custeio.

Trata-se, com efeito, de interesse meramente patrimonial, ligado à relação estabelecida com a ré, não consubstanciando reflexo direto da sentença, razão pela qual, voltando-se a pretensão à adequação do cálculo do benefício suplementar, a patrocinadora não figura como titular da relação de direito material instaurada com o beneficiário.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

Em se tratando de pedido de complementação de aposentadoria, a legitimidade passiva *ad causam* é da entidade de previdência privada e não da patrocinadora, que não é titular da relação de direito material instaurada com o associado (seu ex-empregado, cujo contrato de trabalho encontra-se extinto) e regida por normas de Direito Civil, não restando configurada, portanto, hipótese de litisconsórcio passivo necessário. 1.2. Ademais, o mero interesse econômico não autoriza a intervenção da instituição patrocinadora, haja vista a existência de personalidade jurídica e patrimônio próprios do fundo de previdência complementar. Precedentes. (AgRg no AgRg no Resp 1273614/RS, Relator: Min. Marco Buzzi, j. em 21.10.2014).

De acordo com a jurisprudência desta Corte, não há litisconsórcio passivo necessário entre o fundo de pensão e a patrocinadora do plano, nas ações em que o associado discute a necessidade de revisão da base de cálculo do benefício previdenciário, tendo em vista a diferença da natureza jurídica do liame existente entre eles, ou seja, entre o beneficiário e o plano há uma relação de natureza civil (contratual), ao passo que entre o beneficiário e sua ex-empregadora havia uma relação de natureza trabalhista. (Edcl no AREsp 104574/SP, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, j. em 5.3.2013).

Esta Câmara adota idêntico posicionamento:

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA (SISTEL).

AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA RÉ. 1. PRELIMINARES. [...] 1.7. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A PATROCINADORA NÃO CONSTATADO [...].12. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2014.019940-3, Relator: Des. Raulino Jacó Brüning, j. em 18.9.2014).

Estabelecida a distinção entre a relação existente entre os litigantes, da qual deriva a pretensão, e aquela que envolve a patrocinadora, empregadora do autor, não há necessidade de participação da última.

6 – Incabível, outrossim, o reconhecimento da decadência, pois os arts. 103 da Lei nº 8.213/91 e 347, *caput*, do Decreto nº 3.048/99 dizem respeito à revisão do ato de concessão do benefício previdenciário, o que diverge do objeto em discussão nestes autos:

Decadência. Artigo 103 da Lei n. 8.213/1991. Preceito que diz respeito à revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, diferente do caso dos autos. Artigo 347 do Decreto n. 3.048/1999. Norma relativa à Previdência Social. Inaplicabilidade. (Apelação Cível nº. 2010.080538-4, de Lages, rel. Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA, j. 12.4.2012).

Aliás, convém destacar a lição de Simone Fortes Barbisan e Leandro Paulsen, citados por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

A decadência previdenciária, ao contrário do que ocorre com a prescrição, atinge o próprio “fundo do direito”, isto é, uma vez decorrido o prazo legalmente previsto impede o próprio reconhecimento do direito, vedando assim também qualquer produção de efeitos financeiros.

Todavia, é preciso que se frise que seu objeto, até mesmo em face dos princípios da hipossuficiência e da protetividade dos segurados, é bastante limitado, atingindo exclusivamente a revisão do ato de concessão de benefício.

Portanto, não há decadência do direito ao benefício, já que o dispositivo legal determina sua incidência quando em discussão revisão de ato concessório, isto é, de benefício já em manutenção. Daí decorre que o segurado pode, a qualquer tempo, requerer, judicial ou administrativamente, benefício cujo direito tenha sido adquirido há bem mais de 10 anos. (*Manual de direito previdenciário*. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 582).

Arreda-se, igualmente, a prejudicial.

Tem lugar, então, a apreciação do mérito.

7 – Imperioso destacar que, na solução do caso em contenda, não tem aplicação as normas insertas no Código de Defesa do Consumidor, em se tratando de relação jurídica mantida entre entidades fechadas de previdência complementar privada e seus participantes.

Extrai-se do Superior Tribunal de Justiça, do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.281.616/SC, da relatoria do Min. João Otávio de Noronha:

“O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica mantida entre a entidade fechada de previdência privada e seus participantes, porquanto o patrimônio da entidade e respectivos rendimentos reverterem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios, prevalecendo o associativismo e o mutualismo, o que afasta o intuito lucrativo. Assim, o fundo de pensão não se enquadra no conceito legal de fornecedor, devendo a Súmula nº 321/STJ ser aplicada somente às entidades abertas de previdência complementar” (AgRg no REsp n. 1.479.356/DF)”.

8 – Colhe-se dos autos que, em demanda trabalhista movida contra a empregadora, o acionante teve reconhecido, em 30/10/2001, seu direito ao pagamento de adicional de periculosidade sobre verbas vencidas e vincendas, o que está bem explicitado à fl. 72.

Verifica-se, outrossim, que antes disso, em 15.1.1999, houve a

concessão, pela previdência oficial, de aposentadoria por tempo de serviço (fl. 225), passando o beneficiário a receber a suplementação a partir de 26.1.1999 (fls. 227-229), o que, por evidente, não incluiu o acréscimo decorrente do êxito na justiça especializada.

Ocorre que, a despeito do mérito da pretensão deduzida por Vilmar Teodoro da Silva, por ocasião do julgamento de Embargos Declaratórios em Embargos Declaratórios em Agravo em Recurso Especial nº 389.834-RS, o Ministro Luis Felipe Salomão sintetizou, em 16/06/2015, a atual orientação do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

[...] a título de registro, cabe mencionar recente precedente da Segunda Seção, julgado nos moldes do rito estabelecido pela Lei n. 11.672/2008, referente ao Resp 1.207.071-RJ, da relatoria da eminente Ministra Maria Isabel Gallotti, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA INDEVIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. SÚMULA 98/STJ. RECURSO REPETITIVO.

[...]

4. A inclusão do auxílio cesta-alimentação nos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada encontra vedação expressa no art. 3º, da Lei Complementar 108/2001, restrição que decorre do caráter variável da fixação desse tipo de verba, não incluída previamente no cálculo do valor de contribuição para o plano de custeio da entidade, inviabilizando a manutenção de equilíbrio financeiro e atuarial do correspondente plano de benefícios exigido pela legislação de regência (Constituição, art. 202 e Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001).

5. Julgamento afetado à Segunda Seção com base no procedimento estabelecido pela Lei nº 11.672/2008 e pela Resolução STJ nº 8/2008.

6. Recurso especial provido. (Resp 1207071/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 08/08/2012)

Nesse mencionado precedente, Sua Excelência dispôs:

O exame da legislação específica que rege as entidades de previdência privada e suas relações com seus filiados (art. 202 da CF e suas Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001) revela que o sistema de previdência complementar brasileiro foi concebido, não para instituir a paridade de vencimentos entre empregados ativos e aposentados, mas com a finalidade de constituir reservas financeiras, a partir de contribuições de filiados e patrocinador, destinadas a assegurar o pagamento dos benefícios oferecidos e, no caso da complementação de aposentadoria, proporcionar ao trabalhador aposentado padrão de vida próximo ao que desfrutava quando em atividade, com observância, todavia, dos parâmetros atuariais estabelecidos nos planos de custeio, com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico e financeiro. [...]

Anoto que a Lei Complementar 109/2001, nessa mesma linha, contém diversos outros dispositivos que obrigam a fixação de critérios para garantir a solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de benefícios contratados, tudo sob a supervisão e controle do órgão de fiscalização. Confirmam-se, entre outros, os arts. 1º; 3º, III; e 7º.

Como visto, a legislação de regência em diversos dispositivos deixa nítido o dever do Estado de velar os interesses dos participantes e beneficiários dos planos de benefícios - verdadeiros detentores do fundo formado - garantindo a irredutibilidade do benefício, mas não a concessão, em prejuízo do equilíbrio atuarial, de ganhos reais ao assistido, que já goza de situação privilegiada com relação aos participantes que, a teor do art. 21, § 1º, da Lei Complementar 109/2001 poderão, em caso de desequilíbrio atuarial, ver reduzidos os benefícios a conceder.

5. Ademais, em recente precedente da Segunda Seção, Resp 1.425.326/RS, de minha relatoria, também **juizado sob o rito do art. 543-C do**

CPC, foram fixadas as seguintes teses, *in verbis*:

a) Nos planos de benefícios de previdência privada fechada, patrocinados pelos entes federados - inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente -, é vedado o repasse de abono e vantagens de qualquer natureza para os benefícios em manutenção, sobretudo a partir da vigência da Lei Complementar nº 108/2001, independentemente das disposições estatutárias e regulamentares; b) Não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a acumulação de reservas para assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo.

No mesmo diapasão, menciona-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR. CRITÉRIOS DE CÁLCULO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. NECESSIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-ATUARIAL DO FUNDO.

1. A Segunda Seção desta Corte Superior firmou o entendimento de que deve ser feita perícia técnica nas demandas que envolvam a revisão de pagamento de benefício previdenciário complementar com a aplicação de critérios de cálculo diversos dos estabelecidos no plano de previdência privada em virtude de ser necessário verificar a influência dos novos valores no equilíbrio financeiro e atuarial da entidade de previdência privada.

2. O objetivo do fundo de previdência complementar não é propiciar ganhos reais ao participante, mas garantir o pagamento de benefícios de longo prazo previstos no plano contratado segundo as reservas financeiras constituídas sob o regime de capitalização. Assim, eventual determinação de pagamento de valores sem respaldo no plano de custeio pode implicar desequilíbrio contratual, a prejudicar a universalidade dos assistidos, o que fere

os princípios do mutualismo e da primazia do interesse coletivo do plano.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Resp 1245190/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2014, *DJe* 25/09/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REQUERIMENTO, NA FASE DE CONHECIMENTO, DE PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL PARA DEMONSTRAR DESEQUILÍBRIO ATUARIAL QUE ADVIRÁ DO EVENTUAL ACOLHIMENTO DO PLEITO, ASSIM COMO A AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO. PEDIDO DE PROVA QUE, EM VISTA DAS PECULIARIDADES DO REGIME DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, MOSTRA-SE, INEQUIVOCAMENTE, PERTINENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PERÍCIA ATUARIAL, INCLUSIVE POR SER DEVER LEGAL DO ESTADO PROTEGER OS INTERESSES DOS DEMAIS BENEFICIÁRIOS E PARTICIPANTES DO PLANO. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ.

[...]

2. Nessa linha, os planos de benefícios de previdência complementar são previamente aprovados pelo órgão público fiscalizador, de adesão facultativa, devendo ser elaborados com base em cálculos matemáticos (atuariais), embasados em estudos de natureza atuarial, e, ao final de cada exercício, devem ser reavaliados atuarialmente, de modo a prevenir ou mitigar prejuízos aos participantes e beneficiários do plano (artigo 43 da ab-rogada Lei n. 6.435/1977 e o artigo 23 da Lei Complementar n. 109/2001).

3. “Ademais, o art. 3º, VI, da Lei Complementar n. 109/2001 ostenta norma de caráter público, que impõe ao Estado, inclusive na sua função jurisdicional, proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios. Assim, conforme a jurisprudência das duas Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, **para revisão de benefício pago por entidade de previdência privada é**

pertinente tomar em consideração o enfoque fático-jurídico acerca da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do plano de custeio”. (Resp 1345326/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/04/2014, *DJe* 08/05/2014)

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Resp 1450597/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/10/2014, *DJe* 21/10/2014) (sem grifo no original).

Em 05/11/2015, por meio do colegiado de sua Quarta Turma, em voto condutor de lavra da Ministra Maria Isabel Galotti, o Superior Tribunal de Justiça assentou – inviabilizando o dissenso no caso em tela –, que:

No mérito, verifico que a pretensão do autor da ação encontra-se fundamentada no argumento de que as verbas salariais concedidas por sentença da Justiça do Trabalho transitada em julgado devem integrar os salários de contribuição utilizados no cálculo da renda mensal inicial dos proventos de complementação de aposentadoria. A ora recorrente refuta a pretensão porque o autor da ação já estava aposentado quando obteve o reconhecimento judicial das majorações salariais, motivo pelo qual sobre essas parcelas não incidiram as contribuições correspondentes, devidas por participante e patrocinador e, portanto, não foram constituídas fontes de custeio para o pagamento do acréscimo pretendido.

A sentença e o acórdão recorrido julgaram procedente o pedido, diante da constatação de que os salários de contribuição considerados no cálculo do salário real de benefício do autor da ação (média aritmética dos últimos 36 meses) deveriam ser recalculados em decorrência das verbas salariais concedidas pela Justiça do Trabalho.

Entenderam as instâncias de origem que a ausência da formação da prévia fonte de custeio não pode ser atribuída ao autor da ação, motivo pelo qual não pode se constituir em óbice ao acolhimento da pretensão deduzida na inicial, revelando-se, nesse ponto, o argumento central do inconformismo da ELOS, porque a alteração do cálculo da renda mensal, sem previsão da correspondente fonte de custeio, ensejará desequilíbrio atuarial nos planos de benefícios por ela administrados.

De fato, não incidindo contribuições sobre os aumentos salariais determinados por decisão judicial, não foram essas parcelas consideradas na formação da fonte de custeio e nem foram incluídas entre os benefícios que a ELOS se comprometeu a suportar (benefício contratado), motivo pelo qual a determinação, pura e simples, para revisão do cálculo dos proventos de complementação de aposentadoria ensejaria o desequilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios, com prejuízo para a universalidade dos participantes e assistidos.

Com efeito, o art. 202, § 2º, da CF, com a redação dada pela EC 20/1998, estabelece que “as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei”.

Assim, o contrato celebrado com instituição de previdência privada não integra o contrato de trabalho. Entre suas características principais, destaco as previstas no *caput* do art. 202 da Constituição, com a redação dada pela EC 20/1998, a saber, complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social; facultativo; baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e regulado por lei complementar.

Dada a autonomia entre o contrato de trabalho e o contrato de previdência complementar, mesmo se eventualmente reconhecida a natureza salarial de determinada parcela, não se seguirá o direito à sua inclusão nos proventos de aposentadoria complementar se não integrante do benefício contratado (CF, art. 202).

O exame da legislação específica que rege as entidades de previdência privada e suas relações com seus filiados (art. 202 da CF e suas Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001) revela que o sistema de previdência complementar brasileiro foi concebido, não para instituir a paridade de vencimentos entre empregados ativos e aposentados, mas com a finalidade de constituir reservas financeiras, a partir de contribuições de filiados e patrocinador,

destinadas a assegurar o pagamento dos benefícios oferecidos e, no caso da complementação de aposentadoria, proporcionar ao trabalhador aposentado padrão de vida próximo ao que desfrutava quando em atividade, com observância, todavia, dos parâmetros atuariais estabelecidos nos planos de custeio, com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico e financeiro.

Para atender a esse objetivo, o art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar 108/2001, embora estabeleça que o regulamento da entidade definirá o critério de reajuste da complementação de aposentadoria, veda expressamente “o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de quaisquer natureza para tais benefícios”. O art. 6º, por sua vez, determina que “o custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos”. E o art. 21 dispõe que “o resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo a entidade de previdência complementar.”

Verifico, pois, que a extensão de vantagens pecuniárias ou mesmo reajustes salariais concedidos retroativamente aos empregados de uma empresa ou categoria profissional, por força de sentença individual ou coletiva da Justiça do Trabalho, de forma direta e automática, aos proventos de complementação de aposentadoria do autor/substituído, independentemente de previsão de custeio para o plano de benefícios correspondente, não se compatibiliza com o princípio do mutualismo inerente ao regime fechado de previdência privada e nem com dispositivos da Constituição e da legislação complementar acima mencionada, porque enseja a transferência de reservas financeiras a parcela dos filiados, frustrando o objetivo legal de proporcionar benefícios previdenciários ao conjunto dos participantes e assistidos, a quem, de fato, pertence o patrimônio constituído.

O acórdão recorrido entendeu irrelevante a formação de fonte custeio para o pagamento das majorações pretendidas, afirmando textualmente (fl. 547):

“Desta feita, mostra-se descabida a pretensão da ELOS de que seja garantida a fonte de custeio (Reserva Matemática) para o pagamento da majoração da complementação de aposentadoria devida ao autor.

Ademais, não merece prosperar o pedido de dedução da fonte de custeio, “que seria necessário para suportar o eventual benefício extra deferido, pois os cálculos atuariais de reserva financeira são de responsabilidade da entidade apelante, a qual deve adequar-se à eventuais modificações legislativas”. (AC nº 2007.047815-6, Des. Fernando Carioni, com votos vencedores deste relator e do Exmo. Sr. Des. Jânio Machado).

Ocorre, porém, que, a despeito de os cálculos atuariais para a formação da reserva matemática necessária ao pagamento dos benefícios contratados serem de responsabilidade da entidade de previdência privada, são eles efetivados a partir das contribuições de participantes e assistidos que, acumuladas sob o regime de capitalização ao longo de toda a relação contratual, irão lastrear o pagamento dos benefícios contratados, não havendo, pois, como determinar o pagamento das obrigações assumidas, sem o prévio aporte desses recursos.

Pelo mesmo motivo, caso os cálculos atuariais já tenham sido concluídos, formada a reserva matemática e concedido o benefício de complementação de aposentadoria (hipótese dos autos), não será suficiente a mera retenção das contribuições do autor da ação incidentes sobre as verbas salariais acrescidas pela Justiça do Trabalho e o pagamento das parcelas devidas pelo patrocinador correspondentes a essas mesmas quantias.

E isso porque, sendo a reserva matemática o fundo necessário ao custeio dos benefícios do plano ao qual aderiu o autor da ação, deve ela ser previamente constituída a partir de critérios atuariais observados durante toda a relação contratual, de modo a permitir a apuração do benefício de complementação de aposentadoria, conforme leciona Manoel Sebastião Soares Póvoa:

O conceito de reserva matemática é de difícil apreensão, sobretudo pelos juristas, valendo, por isso, a pena, debruçarmo-nos sobre ele, já que a sua análise permitirá, não apenas a compreensão de seu significado técnico, como também a definição dos direitos dos participantes no que respeita à alteração ou anulação do contrato.

Na sua forma mais simplificada, podemos conceituar a reserva matemática como o fundo que a entidade tem que possuir para poder cumprir integral e pontualmente os compromissos que assumiu para com a massa dos seus participantes. Este fundo é formado com a parte das contribuições que a entidade, de harmonia com regras determinadas pelo cálculo atuarial, guarda e capitaliza (Previdência Privada, 2ª ed., Quartier Latin, São Paulo: 2007, p. 179/180)

E complementa o mencionado autor:

“Esta reserva matemática tem um valor preciso que é dado pelo coeficiente definido pela forma estabelecida na respectiva nota técnica. Assim, durante o período do pagamento das contribuições estabelecido no contrato previdenciário, a reserva matemática (de benefícios a conceder) correspondente a cada participante vai aumentando, atingindo o seu ápice com o pagamento da última mensalidade. No princípio do mês seguinte, o participante passa a beneficiário, começando a receber a aposentadoria (a reserva matemática de benefícios a conceder é anulada e constituída pela mesma importância a reserva de benefícios concedidos). Como a reserva matemática de benefícios concedidos vai sendo esvaziada à medida que as rendas são pagas, chegará a zero no momento em que o beneficiário morrer, se a sua morte se der na data prevista. Normalmente isso não acontece, mas, no conjunto dos processos de renda, é de esperar que isso aconteça, pelas razões atrás expostas.” (ob. cit., p. 186).

Diante disso, a inclusão de verbas salariais deferidas pela Justiça do Trabalho nos proventos de complementação de aposentadoria complementar dependeria da prévia apuração das quantias que deveriam ter sido vertidas por assistido e patrocinador, acumuladas sob o regime de capitalização, para a formação da reserva matemática que, segundo cálculos atuariais, seria necessária ao pagamento do benefício.

Este pressuposto necessário - recomposição da reserva matemática a cargo de patrocinador e assistido - foi expressamente combatido pelo autor na inicial, em que sustentou que eventual responsabilidade pela recomposição da reserva matemática seria apenas da patrocinadora, a qual, todavia, não cuidou de fazer integrar a relação processual (fls. 4-5).

Ressalto que a 2ª Seção deste Tribunal, diante de diversos outros pedidos de inclusão de parcelas ditas salariais nos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidades fechadas de previdência privada, consolidou o entendimento de que, no regime de previdência privada, não se admite a concessão de benefício algum, seja oriundo de verba de natureza salarial ou indenizatória, sem a formação da prévia fonte de custeio, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial nos correspondentes planos de benefícios.

Anoto que, entre muitos outros casos, a ausência de previsão de fonte de custeio, embasou a rejeição do pedido de inclusão das verbas denominadas “cesta alimentação” e “abono único”, aos proventos de complementação de aposentadoria, aposentadoria complementar, respectivamente, nos julgamentos pela 2ª Seção dos RESP's 1.207.071/RJ e 1.425.326/RS, ambos submetidos ao rito dos recursos repetitivos. A ementa deste último, de relatoria do eminente Ministro Luís Felipe Salomão, é bastante elucidativa:

“PREVIDÊNCIA PRIVADA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PLANO DE BENEFÍCIOS SUBMETIDO À LEI COMPLEMENTAR N. 108/2001, JÁ OPERANTE POR OCASIÃO DO ADVENTO DA LEI. VEDAÇÃO DE REPASSE DE ABONO E VANTAGENS DE QUALQUER NATUREZA PARA OS BENEFÍCIOS EM MANUTENÇÃO. CONCESSÃO DE VERBA NÃO PREVISTA NO REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, AINDA QUE NÃO SEJA PATROCINADO POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) Nos planos de benefícios de previdência privada fechada, patrocinados pelos entes federados - inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente -, é vedado o repasse de abono e vantagens de qualquer natureza para os benefícios em manutenção, sobretudo a partir da vigência da Lei Complementar

n. 108/2001, independentemente das disposições estatutárias e regulamentares; b) Não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a acumulação de reservas para assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo.

2. Recurso especial provido.”

O entendimento do acórdão recorrido de determinar a revisão dos proventos de aposentadoria complementar, a despeito da incontroversa ausência de fonte de custeio, encontra-se, pois, em flagrante divergência com a orientação deste Tribunal, no sentido de que é vedada a inclusão de ganhos de produtividade, abonos e **vantagens de quaisquer natureza** (LC 108/2001, art. 3º, parágrafo único), restrição que decorre da circunstância de a referida verba não ter sido incluída previamente no cálculo do valor de contribuição para a entidade, inviabilizando a manutenção de equilíbrio financeiro e atuarial do correspondente plano de benefícios exigido pela legislação de regência (Constituição, art. 202 e Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001).

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial, para julgar improcedente o pedido. Responderá o autor pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) (Recurso Especial nº 1.410.173-SC – sem grifos no original).

Sob esta ótica, prevalece o disposto no art. 29 do Plano de Benefícios, segundo o qual “entende-se por salário-real-de-benefício o valor da média dos 36 (trinta e seis) salários de participação anteriores ao mês do afastamento [...]” (fl. 202).

Isto porque, considerando que o adicional de periculosidade não integrou o salário do empregado ao longo do período de formação da respectiva reserva financeira, inviável a majoração do benefício complementar, justificada pela inexistência de fonte de custeio, o que implica improcedência dos pedidos versados na exordial.

Entender o contrário, segundo a moderna orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, implica violação aos princípios do mutualismo, do equilíbrio atuarial e do ato jurídico perfeito, o que não deve ser admitido, sob a inexorável certeza da quebra do sistema, mais especificamente da entidade de previdência complementar fechada, no caso *sub judice*, da Fundação Sistel de Seguridade Social, uma vez não observadas as regras e princípios que as regem.

9 – Conquanto o resultado do litígio mostre-se desfavorável ao acionante, não se mostra adequada a cominação de pena por litigância de má-fé, tal como pretendido na contestação, visto que a pretensão consubstanciava - especialmente à época - objeto de controvérsia nos Tribunais.

10 – Contudo, imperioso atribuir a Vilmar Teodoro da Silva os ônus pelo insucesso da demanda, porquanto, a rigor do estabelecido no art. 85 da Lei nº 13.105/15, “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencido”.

E nos termos do § 2º do sobredito dispositivo:

Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Nestes termos, considerando que se cuida de demanda desprovida de ineditismo, que não demandou atuação jurídica excepcional, suficiente

a fixação dos honorários sucumbenciais no equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

E, nos termos do aludido no § 11 do mesmo artigo de lei, considerando a destacada atuação dos patronos da entidade de previdência privada no âmbito recursal, além do substancial período de tempo em que a insurgência esteve aguardando solução nesta Corte, exigindo constante atenção e acompanhamento, entendo pertinente majorar a verba profissional para o quantitativo de 15% (quinze por cento), igualmente sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado, apenas destacando que a exigibilidade imediata resta inviabilizada pela concessão do benefício da gratuidade de justiça (fl. 95).

11 – Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, desconstituindo a sentença que refutou a pretensão em razão do implemento da prescrição e, no mérito, com fundamento no art. 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil vigente, julgar improcedentes os pedidos deduzidos por Vilmar Teodoro da Silva contra a Fundação Sistel de Seguridade Social, atribuindo ao autor os ônus de sucumbência, incidindo os honorários – nos mesmos moldes da estipulação versada na decisão recorrida – sobre o valor atribuído à causa (art. 82, § 2º, do novo Código de Processo Civil), mas restando a respectiva exigibilidade sobrestada, nos termos do disposto no art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil vigente (fl. 95).

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 2014.049447-5, de Caçador

Relator: Des. Sebastião César Evangelista

TUTELA DE URGÊNCIA. CONSTRICÇÃO DE BENS QUE INTEGRAM O PATRIMÔNIO DO REPRESENTANTE LEGAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA RÉ. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AUTOR QUE ALEGA INADIMPLEMENTO CULPOSO DA INCORPORADORA. APLICABILIDADE DAS NORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REJEIÇÃO DO PLEITO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. DEFERIMENTO DE EFEITO ATIVO PELA CÂMARA CIVIL ESPECIAL HÁ MAIS DE DOZE MESES. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO, PRESERVANDO-SE A POSSIBILIDADE DE QUE O JUÍZO *A QUO*, COM BASE EM ELEMENTOS ULTERIORES COLHIDOS NA FASE INSTRUTÓRIA, VENHA A MANTER A MEDIDA CONSTRITIVA.

No julgamento de agravo de instrumento interposto de decisão interlocutória proferida *initio litis*, que aprecia pedido de liminar, incumbe à Segunda Instância avaliar se, com base nos argumentos e provas apresentadas pela parte requerente, havia elementos que permitissem ao juízo de origem a concessão da providência solicitada, mesmo antes de se abrir oportunidade de defesa à parte contrária. Seria incoerente, em tal hipótese, reputar-se obrigatória a prévia intimação da parte adversa, como condição para o julgamento da insurgência, já que se está a reexaminar a possibilidade de concessão de medida *inaudita altera parte*.

É nítida a feição cautelar da medida que, sem nada agregar ao patrimônio jurídico do requerente, limita-se a preservar-lhe um direito ameaçado de iminente lesão. Conquanto resida na referibilidade, e não na “não satisfatividade” a essência da cautelaridade, é nos casos em que o provimento judicial nada acrescenta ao autor, mas apenas protege o

que já integra o seu patrimônio jurídico, que se pode bem visualizar a particularidade dessa modalidade de remédio processual, já que a medida cautelar, em si mesmo considerada, nada acrescenta à esfera patrimonial do autor. Um bom exemplo é o arresto: não haveria sequer interesse jurídico a viabilizar constrição cautelar, não fosse a existência de um direito material em risco, que é colocado sob proteção por meio da medida acautelatória.

A constrição de bens do devedor, como medida liminar postulada na petição inicial de ação de cobrança que não se ampare em direito líquido e certo, caracteriza-se como cautelar inominada, que deve ser deferida se atendidos os pressupostos do Código de Processo Civil, art. 273, § 7º, c/c art. 798. Em termos práticos, deve-se aferir a probabilidade do crédito alegado em relação ao réu, o risco de dano a justificar a constrição antes mesmo da formação de título executivo judicial e a proporcionalidade entre a medida pleiteada e direito acautelado.

“Nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este. Em regra o fundamento de tal imputação é uma atuação culposa. Excepcionalmente poderá haver imputação pelo risco.” (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 495, 496)

Há espaço para a desconsideração da personalidade jurídica com amparo no art. 28, § 5º, da Lei n. 8.078/90 por imputação subjetiva ou objetiva. No primeiro caso, o sócio ou administrador concorreu culposamente para ocorrência do dano ou ainda para a ocultação de bens da empresa, criando obstáculo à reparação devida. No segundo, os sócios com poder de controle beneficiaram-se com os resultados econômicos da atividade lesiva, cujo risco assumiram, tendo, em caráter subsidiário à sociedade empresária, o dever de reparar integralmente os danos causados.

É lícita a extensão da responsabilidade civil, por força do disposto no art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, ao sócio majoritário e administrador da sociedade limitada que, tendo vendido na planta

unidades condominiais, deixa de entregar os imóveis, bem como de pagar os alugueres ajustado para a hipótese de atraso. Caracterizada o inadimplemento substancial, resolve-se o contrato, nos termos do art. 389 do Código Civil, e nasce o dever de restituição dos valores havidos dos compradores, sendo subsidiária a responsabilidade do sócio-gerente.

Considerando-se o longo tempo de manutenção de medida constritiva deferida por meio da atribuição de efeito ativo ao agravo de instrumento, antes da formação do contraditório, é razoável modularem-se os efeitos da decisão, a fim de que o juízo *a quo* tenha tempo hábil para, com base em novos elementos colhidos na fase instrutória, restabelecer a liminar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.049447-5, da Comarca de Caçador (1ª Vara Cível), sendo parte agravante Gilberto Golin Júnior e parte agravada Hilton Roberto Lara e Cia. Ltda. EPP:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, modulando-se os efeitos da decisão para trinta dias após a publicação do acórdão. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 3 de março de 2016.

Sebastião César Evangelista

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por Gilberto Golin Júnior da decisão proferida na 1ª Vara Cível da comarca de Caçador

nos autos do processo n. 012140028279, em que contende com Hilton Roberto Lara e Cia. Ltda. EPP.

A decisão agravada, proferida antes da formação do contraditório, indeferiu o pedido de antecipação de tutela. Na fundamentação, considerou-se que o pleito formulado pelo autor, na espécie, tem natureza de medida cautelar de protesto, sendo em tese passível de acolhimento, respeitado o disposto no art. 273, § 3º, do Código de Processo Civil, desde que presentes os requisitos próprios do art. 869 do mesmo Diploma. Anotou-se que o autor teria apresentado argumentos e provas a sustentarem a verossimilhança da alegação de inadimplemento contratual por parte da sociedade empresária ré (relativo a contrato de compra e venda de imóvel). Ponderou-se, por outro lado, que os imóveis que são objeto do pedido de constrição são de titularidade do segundo réu, pessoa física, não havendo indicativo de abuso da personalidade jurídica ou de confusão patrimonial a justificar a aplicação da teoria da *disregard*.

O agravante postulou pela reforma da decisão, a fim de que seja efetivada a constrição sobre bens do requerido. Relatou que firmou contrato de compra e venda e que a ré, ao lado de não entregar a obra no prazo previsto, não está pagando o valor dos alugueres que se havia obrigado contratualmente a pagar na hipótese de atraso na obra. Lembrou que na petição inicial a desconsideração da personalidade jurídica foi sustentada com amparo na legislação consumerista, aspecto que não teria sido levado em consideração na fundamentação do decisório profligado. Aduziu que a sociedade empresária ré, que desenvolve atividades de construção e incorporação, enquadra-se no conceito de fornecedora, do art. 3º, § 1º, do CDC, e que a responsabilidade pessoal de seu sócio-gerente deve ser aferida à luz do disposto no art. 28, § 5º, do mesmo Diploma, que abarca todas as hipóteses em que a personalidade jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados

aos consumidores. Enfatizou que foram frustradas as diligências em que se buscaram bens da sociedade empresária que pudessem assegurar o ressarcimento dos valores pagos, motivo por que evidenciados o risco de dano e a justificativa para a constrição sobre bens do sócio. Argumentou, ainda, estarem evidenciados os requisitos do art. 273, *caput* e inciso I, para a antecipação de tutela pretendida, a fim de que se determine ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Caçador a averbação da restrição à venda dos três imóveis especificados na petição inicial, registrados em nome do réu Hilton Roberto Lara.

Em decisão da lavra do Des. Artur Jenichen Filho (fls. 82 a 86) foi admitido o processamento do recurso por estarem presentes os requisitos de admissibilidade e deferido o pedido de atribuição de efeito ativo.

Foi frustrada a tentativa de intimação da parte contrária via AR (certidão de fl. 921).

Após vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1 O reclamo atende aos pressupostos de admissibilidade, observando-se, inicialmente, sua tempestividade.

As peças obrigatórias, enumeradas no art. 525 do Código de Processo Civil, foram devidamente apresentadas. Cópia da decisão agravada a fls. 11/13; da certidão de intimação a fl. 14; da procuração da parte agravante a fl. 15, não se aplicando o requisito em relação à parte agravada, que não tinha procurador constituído nos autos de origem quando da interposição do recurso. Inexigível, na espécie, o recolhimento do preparo, haja vista a concessão do benefício da gratuidade (fl. 13). A parte agravante tem legitimidade para recorrer, o interesse processual é

manifesto e as razões do reclamo desafiam os fundamentos da decisão profligada. Encontram-se satisfeitos, por conseguinte, os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2 Ante de se ingressar no mérito do recurso, registre-se, inicialmente, na esteira do posicionamento já firmado no julgamento do AI n. 2015.043865-2, da relatoria do signatário, que a falta de intimação da parte adversa, na hipótese, não impede o exame do mérito do recurso.

Registre-se posicionamento pessoal do relator de que é contraproducente e injustificável, do ponto de vista processual, a tentativa de intimação pessoal dos agravados, em paralelo ao serviço prestado em primeiro grau, em que será feita a sua citação.

Observa-se, no caso em apreço, que a decisão agravada foi proferida *initio litis*, motivo por que, à falta de procurador da parte adversa, procedeu-se à tentativa de intimação pessoal dos agravados, o que consumiu pouco mais de um mês de tramitação do recurso (28 de julho a 1º de setembro de 2014).

Ora, uma vez que o agravo de instrumento versa sobre decisão proferida antes da formação do contraditório, a revisão da decisão de primeiro grau deveria limitar-se à existência de urgência qualificada a justificar a concessão de liminar *inaudita altera parte*. A apreciação de argumentos e documentos que a parte contrária venha a apresentar, em sua resposta, deveria ser feita pelo juízo de origem e, sendo o caso, submetida posteriormente a reexame por esta Corte.

Ao proceder paralelamente à intimação pessoal dos réus para contraminuta, ao mesmo tempo em que o primeiro grau encaminha correspondências para a citação, dobra-se o trabalho e o tempo necessários para a cientificação da parte adversa e, mais que isso, cria-se confusão processual, pois não se permite ao juízo de origem, com clareza, saber se tem a prerrogativa de rever a sua decisão, caso a resposta do réu traga novos elementos de convencimento.

Imagine-se, por exemplo, que, tendo denegado, *initio litis*, a

concessão de provimento antecipatório por falta de prova inequívoca, verifique o Dr. Juiz de Direito, ao ler a contestação, que o réu tenha deixado incontroversa a alegação de fato sobre a qual repousa o direito que se quer tutelar. Em paralelo, o Tribunal de Justiça nega provimento ao agravo de instrumento, isso após intimar pessoalmente o agravado, que ainda não tinha procurador nos autos, e receber a contraminuta, em que há argumentos e documentos idênticos àqueles apresentados na contestação. O juízo de origem, então, poderá revisar seu entendimento anterior, à consideração de que a falta de prova inequívoca é dispensável no caso de fato incontroverso (CPC, art. 334)? A resposta correta parecer ser a negativa, pois o juízo *ad quem*, tendo já ciência dos mesmos elementos de defesa, concluiu pela negativa de liminar. E nesse caso, os argumentos e provas de defesa terão sido apreciados originariamente pelo juízo *ad quem*, ainda que a causa não seja de sua competência originária. Mais que isso, a conclusão desse exame de provas não poderá ser submetida a revisão, pois as únicas vias recursais cabíveis são as extraordinárias, que se destinam apenas à revisão de interpretação de dispositivos legais e constitucionais.

Ou seja: a pretexto de preservar-se o princípio da ampla defesa, submeteu-se argumentos e provas da parte contrária a exame originário do juízo *ad quem* e impediu-se a formação do duplo grau de jurisdição, em ofensa justamente ao princípio que se supôs, equivocadamente, estar a proteger: a ampla defesa. Isso porque no conceito de ampla defesa está inserido o direito ao duplo grau de Jurisdição, que certamente não pode ser considerado suprido pela possibilidade de acesso às vias recursais extraordinárias.

Noutro exemplo, verificado no AI n. 2014.000747-8, o recurso versava justamente sobre dificuldade de se localizar a parte requerida. A autora, após tentativas frustradas em dois endereços, não conseguira localizar os réus, tendo então solicitado a citação por edital. O juiz rejeitou

o pleito, dessa decisão tendo sido interposto agravo de instrumento. Mas antes de virem conclusos os autos ao relator, procedeu-se ao encaminhamento de AR para tentar localizar o réu, tendo-se elegido, para tanto, o endereço da última tentativa frustrada de citação. Não causou surpresa o fato da tentativa de intimação ter sido também frustrada.

Mas a situação que melhor evidencia o equívoco na prática automática de intimação pessoal da parte adversa é aquela em que o sigilo da medida liminar requestada é o único meio de torná-la exequível. É o caso de pedido de busca e apreensão de bem ou pessoa que possa ser facilmente transferido para outra localidade, caso o réu tenha prévia ciência do pleito. Nesse caso, ao encaminhar o AR para intimação, a Corte poderá estar inviabilizando a concretização da medida almejada pelo autor.

Poder-se-ia argumentar que o problema se resolve com a atribuição de efeito ativo ao recurso, mas por meio desse expediente reserva-se à competência do relator o próprio cerne da questão, que é a possibilidade de concessão de liminar antes da ouvida da parte contrária, afastando-se do Órgão Colegiado a competência para exame da matéria.

Conclui-se que no julgamento de agravo de instrumento interposto de decisão interlocutória proferida *initio litis*, que aprecia pedido de liminar, incumbe à Segunda Instância avaliar se, com base nos argumentos e provas apresentadas pela parte requerente, havia elementos que permitissem ao juízo de origem a concessão da providência solicitada, mesmo antes de se abrir oportunidade de defesa à parte contrária. Seria incoerente, em tal hipótese, reputar-se obrigatória a prévia intimação da parte adversa, como condição para o julgamento da insurgência, já que se está a reexaminar a possibilidade de concessão de medida *inaudita altera parte*.

Na Lei n. 13.015/2015, o legislador, atento a essa circunstância, criou dispositivo que disciplina com clareza a matéria, e que fez

exatamente o oposto do que deveria: tornou obrigatória, sem nenhuma ressalva, a intimação pessoal do agravado que ainda não tenha advogado constituído. Fê-lo no art. 1.019, inciso II. Um dos desacertos da novel legislação. Todavia, enquanto entra em vigor essa norma, o signatário pede vênia para afirmar que tal medida gera burocracia desnecessária, causa demora no julgamento de agravo de instrumento manejado contra decisão proferida *initio litis*, que por vezes versa sobre matéria de extrema urgência, e impede que os argumentos de defesa sejam originariamente apreciados pela primeira instância, ofendendo, assim, o princípio do duplo grau de jurisdição e, por consequência, também o princípio da ampla defesa.

Todas essas considerações destinam-se a explicitar que, na vigência do Código de Processo de 1973, a falta de intimação do agravado, no caso de decisão de primeiro grau proferida antes da formação do contraditório, não obsta o julgamento do agravo de instrumento. Assim, em que pesem os autos terem vindo conclusos com a tentativa frustrada de intimação dos agravados, passa-se ao exame do mérito do reclamo.

3 No mérito, pontua-se, inicialmente, que a despeito de se cuidar de liminar pleiteada a título de antecipação de tutela, está-se a tratar de medida cautelar.

O juízo de origem considerou que, a despeito de requerida como medida antecipatória, a providência requestada pela parte autora teria feição cautelar, enquadrando-se como cautelar de protesto. O agravante, por outro lado, em suas razões recursais, voltou a defender o direito à obtenção da liminar postulada com amparo no art. 273, *caput* e inciso I.

Sem alongar-se desnecessariamente nessa questão, sublinha-se que a constrição pretendida é de nítida feição cautelar, já que a restrição à venda de bens do réu nada acrescenta ao patrimônio jurídico do autor, mas apenas acautela uma futura e eventual satisfação do direito alegado.

A referibilidade é ao suposto direito ao ressarcimento dos valores pagos, conforme descrito na petição inicial, e o risco de dano estaria caracterizado na dissipação ou ocultação do patrimônio do devedor.

Correta, pois, a avaliação do juízo de origem quanto à natureza cautelar da liminar postulada. Por outro lado, o paralelo feito em relação à cautelar nominada de protesto (CPC, artigos 867 a 873) afigura-se inadequado ao caso em tela. Isso porque o protesto é mero ato de comunicação, ao passo que o agravante postula a restrição de venda. A figura mais próxima de tal pedido é o arresto, embora este seja somente admissível para proteger dívida líquida e certa (CPC, art. 814, I). Tem-se na espécie, pois, medida cautelar inominada, devendo o pedido ser apreciado à luz dos artigos 273, § 7º, 798 e 799.

Feitas essas considerações, tem-se que a medida postulada deverá ser avaliada conforme os requisitos próprios das cautelares. Assim, é necessário ponderar sobre (a) a verossimilhança do alegado direito ao ressarcimento e se é possível estimar o valor devido; (b) se existe justificado receio de frustração desse crédito caso não seja efetuada a constrição; (c) se há proporcionalidade na medida postulada ou outra mais branda seria suficiente ao acautelamento do direito, na forma do art. 805 do CPC e, finalmente, (d) se é possível, na espécie, determinar-se que a constrição recaia não sobre bens da sociedade empresária, mas sobre o patrimônio de seu sócio majoritário e administrador.

4 No exame do cabimento da liminar, mostra-se relevante destacar, inicialmente, a aplicabilidade à espécie das normas protetivas do consumidor. O autor da demanda enquadra-se no descritivo inserto no art. 2º do CDC, sendo pessoa física que adquiriu o produto como destinatário final, ao passo que a incorporadora ré enquadra-se como fornecedora, sendo as unidades imobiliárias vendidas o produto, situação abarcada pelo art. 3º, § 1º, da Lei n. 8.078/90.

5 No tocante ao crédito alegado, o autor apresentou prova da

existência da relação contratual, bem como fotografias da obra, que aparenta estar longe da conclusão, o que atrai a verossimilhança das alegações de que (a) há relação contratual entre o autor e a sociedade ré e (b) houve inadimplemento, com o atraso na entrega da obra.

5.1 Ainda que exista o atraso, é necessário avaliar se tal demora é expressiva o suficiente para justificar a rescisão do contrato. Nesse aspecto, o requerente narrou que a data avençada para a entrega era de 20 de julho de 2013 e que, ao tempo do ajuizamento da demanda (maio de 2014) a edificação ainda não estava concluída, circunstância que, a seu sentir, estaria a trazer diversas consequências: (a) a incidência de cláusula resolutive expressa; (b) o direito à percepção de alugueres mensais a partir da mora da ré, no valor estipulado no contrato (R\$ 900,00); (c) a devolução, em dobro, do valor das arras, na forma dos artigos 418 e 475 do Código Civil.

Cotejando-se as alegações sobre matéria de fato, em relação aos termos da avença, verifica-se que encontram apoio na cópia do instrumento contratual juntado a fls. 56 a 61 e do aditivo a fls. 62 e 63, embora o autor tenha adotado interpretação extensiva da cláusula resolutive expressa.

5.1.1 No tocante ao prazo para a entrega da obra, a cláusula sétima (fl. 79) estipulou que o vendedor se obrigava a entregar as unidades em 12 meses a contarem-se da assinatura do contrato, com ressalva para o caso de atraso decorrente de “motivo de força maior, como chuvas em excesso, greves, ou anormalidades técnicas ocorridas quando das fundações, em razão do terreno”. Posteriormente, em aditivo, os contratantes avençaram o seguinte (fl. 63):

A Cláusula Sétima terá a seguinte redação:

Cláusula Sétima. As unidades que estão sendo comprometidas para serem entregues ao COMPRADOR, deverão sê-lo até dia 20 de julho de 2013, reservadas as especificações de construção e acabamentos respectivos”.

Parágrafo 1º A não entrega do imóvel citado no prazo deste contrato obriga o VENDEDOR a repassar mensalmente ao COMPRADOR o valor equivalente ao valor do aluguel do imóvel em atraso. Até a conclusão definitiva da obra.

A prova documental, portanto, corrobora a tese de que ao tempo do ajuizamento da demanda, a entrega da obra contava aproximadamente 10 meses de atraso.

5.1.2 No tocante à resolução do contrato, deve-se observar que a cláusula resolutiva expressa foi redigida apenas para sancionar o inadimplemento do comprador, sendo necessário ponderar, também, como argumento autônomo, se mesmo na ausência de cláusula resolutória em favor do comprador (para o caso de descumprimento do contrato pelo vendedor), é possível sustentar-se, no caso concreto, a ocorrência de resolução por inadimplemento.

A cláusula sexta (fl. 58) estabeleceu que “as partes submetem o presente negócio jurídico de compra e venda à condição resolutiva expressa, de modo que em caso do não pagamento de 02 (duas) Notas Promissórias consecutivas ou qualquer delas por prazo superior a 60 (sessenta) dias, ficará resolvido ou desfeito, de pleno direito, o referido negócio jurídico, salvo se o VENDEDOR preferir exigir-lhe o cumprimento”.

Na espécie, a cláusula resolutiva, como se pode facilmente observar, favorece unicamente a vendedora. O autor, em sua petição inicial, propôs uma interpretação extensiva: “no presente caso, a cláusula resolutiva deve se aplicar em favor do comprador, eis que este cumpriu com todas as suas obrigações” (fl. 20). Argumentou que “resta evidente que um contrato é um instrumento bilateral e as disposições e penalidades ali previstas devem ter validade para ambos os contratantes, até mesmo porque a redação do mesmo foi imposta pelo vendedor, que assim só previu penalidades unilaterais” (fl. 21).

Aduziu o autor em sua petição inicial, também, a aplicabilidade do art. 475 do Código Civil, pois caracterizado o inadimplemento da construtora, que não entregou o apartamento no prazo avençado. O argumento, amparado tão-somente no Código Civil, faz sentido, embora o correto fosse o enquadramento no art. 389 (responsabilidade por inadimplemento) e não no art. 475 (que disciplina a cláusula resolutiva expressa).

Nas razões recursais, o agravante não reiterou expressamente essas teses, apenas repisou, de maneira breve, que “diante da demora na construção e entrega do imóvel o autor, por diversas vezes, tentou rescindir o contrato e reaver o valor pago, porém, todas as tentativas restaram infrutíferas” (fl. 04). O descuido com a tese de inadimplemento se justifica, talvez, pela circunstância de que a decisão agravada reconheceu verossimilhança na alegação de inadimplemento contratual, tendo sido a negativa (de liminar) fundada na ausência dos pressupostos do art. 50 do Código Civil para a perseguição do patrimônio do sócio-gerente.

Ainda assim, para que seja possível o acolhimento da liminar, é necessário que nesta Instância seja também possível identificar, nos autos do instrumento de agravo, elementos que convençam da probabilidade de existência do direito que se pretende acautelar.

Passando-se desde logo a esse exame, tem-se que a primeira tese, de que se aplicaria extensivamente a cláusula resolutória expressa, não sustenta o direito alegado, mormente porque se estabeleceu contratualmente uma norma específica para penalizar o atraso na entrega da obra, que é o pagamento de verba destinada a custear aluguel pelo comprador, sem se especificar um prazo máximo, a partir do qual se configuraria a resolução. Quando tanto, poder-se-ia afirmar que a cláusula resolutória é nula, por contrariar o disposto no art. 54, § 3º, c/c art. 51, IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Mas não parece possível, interpretando-se o ajuste firmado entre as partes à luz do

critério da boa-fé objetiva, afirmar-se que o atraso de 2 meses na entrega da obra ensejaria a resolução por inadimplemento: ensejaria, sim, o dever de o vendedor pagar ao comprador duas parcelas no valor de R\$ 900,00.

A despeito de não se vislumbrar, num primeiro exame, espaço para a aplicação da cláusula resolutória expressa ao caso concreto, reputa-se verossímil a tese de resolução por inadimplemento com base apenas no Código Civil. Isso porque o atraso não foi de dois ou três meses, mas de dez. E mais que isso, ao menos pela versão do autor, foi descumprido também o dever de pagamento do aluguel pelo período de mora. Nada obstante, não se tem notícia, nos autos, de que esse quadro tenha-se alterado, ou seja, que no decurso do processo a obra tenha sido concluída ou que a ré tenha dado início ao pagamento de aluguel. Em tal contexto, mesmo se ausente cláusula resolutória expressa, é forçoso reconhecer, por simples aplicação dos artigos 113 e 389 do Código Civil, que a falha da vendedora não foi singela, a fim de ser uma simples execução imperfeita, incapaz de resolver o contrato, mas sim uma falha grave. Ora, a falta de previsão contratual sobre resolução por inadimplemento não impõe aos compradores o ônus de uma espera indefinida, sem fim, pela entrega do imóvel. É uma questão de razoabilidade, aferível caso a caso, delimitar se aquele tempo de atraso é relevante a ponto de caracterizar inadimplemento substancial.

Sobre o conceito de inadimplemento substancial, colhe-se da literatura:

De todo modo, a resolução constitui medida extrema de extinção da relação contratual, colocando-se em direção antagônica ao fim inicialmente previsto e desejado pelas partes de que as obrigações contraídas fossem adimplidas e satisfeitos os respectivos credores. Daí se tratar de caminho excepcional no desenvolvimento da relação contratual, sendo admitida apenas nos casos previstos em lei e em que haja interesse legítimo e merecedor de tutela de quem a pleiteia. (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.)

Voltando-se ao caso em apreço, observa-se que é verossímil a tese de resolução amparada tão-somente no art. 389 do Código Civil, pois se o prazo era originariamente de doze meses e o atraso foi de dez meses, sem indicativo de que a obra estivesse em fase de conclusão. Mais que isso, ao passo que as fotografias de fls. 64 e 65 demonstram uma edificação ainda em fase inicial, longe de se parecer com as imagens do material publicitário juntado a fls. 37 a 42. Note-se, ademais, que o contrato menciona a construção de um prédio “composto de 5 (cinco) pavimentos” (cláusula primeira, fl. 56 dos autos). Tem-se, pois, que a documentação acostada pela parte autora dá suporte à versão dos fatos segundo a qual, transcorrido praticamente o dobro do prazo previsto para a entrega, a obra estava ainda longe de sua conclusão, o que é suficiente para criar um juízo de verossimilhança sobre a caracterização de inadimplemento substancial a ensejar a resolução do contrato. A falta de pagamento do aluguel apenas reforça a gravidade do inadimplemento, conferindo ainda maior suporte à tese de resolução do contrato.

5.1.3 A partir da ilação de que é verossímil a tese de inadimplemento contratual, é necessário proceder-se a um exame inicial sobre as verbas a que o consumidor, a princípio, faria jus, em razão do inadimplemento da incorporadora.

Adotando-se por parâmetro a rescisão na data do ajuizamento da demanda, tem-se que as perdas e danos (CC, art. 389) consistiriam no pagamento de 10 meses de aluguel (R\$ 9.000,00), além da devolução do valor dado como sinal (R\$ 35.000,00) e o valor do total das parcelas do financiamento que foram pagas (R\$ 8.840,00), totalizando R\$ 52.840,00 (cinquenta e dois mil oitocentos e quarenta reais), valor sobre o qual devem incidir ainda encargos moratórios.

O pedido de devolução em dobro das arras, entretanto, não encontra suporte na petição inicial (que não especifica o que teria sido pago a título de arras) e tampouco nos termos da avença, já que o instrumento de contrato juntado aos autos não contém cláusula estipulando arras.

Assim, num exame perfunctório dos fatos da causa, e tendo-se em vista a documentação apresentada pela parte autora, confirma-se a avaliação do juízo de origem, no sentido de que há verossimilhança na alegação de crédito no importe de pouco mais de cinquenta mil reais, em razão do inadimplemento de contrato de compra e venda de imóvel.

6 Admitido que é provável uma futura sentença de mérito vir a reconhecer o crédito alegado, resta examinar se está caracterizado o perigo de dano, ou seja, que a possibilidade de satisfação desse crédito esteja ameaçada. Nesse ponto, a alegação do agravante é a seguinte (fl. 09):

A constatação de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação reside no fato de a empresa não possuir bens em seu nome sendo que os bens existentes em nome pessoal do sócio poderão ser alienados a qualquer momento, o que tornará inócua qualquer tentativa de cobrança dos valores a serem ressarcidos ao agravante.

A alegação, no entanto, veio desacompanhada de prova. A petição inicial não indica, tampouco, a apresentação de qualquer evidência que sustente a afirmativa feita, de que “diligenciou-se pela busca de bens em nome da Ré restando completamente infrutíferos todos os esforços no sentido da localização de bens em seu nome” (fl. 24). Ou seja, a assertiva, formulada num único parágrafo na petição inicial, e desacompanhada de prova, é todo o fundamento do pedido.

7 Ainda que houvesse prova de dificuldade para encontrarem-se bens do devedor, é necessário avaliar se tal circunstância seria, por si só, suficiente a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica (ou *disregard doctrine*, ou *piercing the corporate veil*), a fim de se atingir o patrimônio do sócio.

Toda atividade empresarial envolve risco e, como tal, a existência de mecanismos legais para a constituição de sociedades empresárias personificadas destina-se, entre outros objetivos, a permitir que uma

pessoa física invista numa empresa sem, com isso, apostar todo o seu patrimônio. Assim, em regra, na sociedade limitada, a responsabilidade do sócio é limitada ao valor de suas cotas (CC, art. 1.052). Essa limitação do risco pessoal destina-se a incentivar o investimento na atividade empresarial e impulsionar o desenvolvimento econômico.

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor abrange, de maneira mais ampla daquela admitida no Código Civil, as hipóteses de cabimento da responsabilidade pessoal dos sócios, para abranger também os casos de:

- a) falência provocada por má-administração;
- b) grupos econômicos;
- c) hipóteses em que a “sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (CDC, art. 28, § 5º).

Todas as hipóteses são, como se pode facilmente verificar, problemáticas. Na primeira, a da empresa falida, haverá espaço para se discutir que a falência tenha-se dado em razão de crise econômica, elevação do nível de inadimplência de parceiros comerciais, particularidades do mercado, interferência desastrosa do governo ou mesmo práticas concorrenciais desleais de terceiros. Na segunda, existe a dificuldade de se caracterizar um grupo econômico, para o que concorrem discussões sobre a participação acionária, o ramo de atividade, os locais de atuação, a denominação social e o uso de marcas diferenciadas, entre outros aspectos.

Na terceira hipótese, que interessa ao caso em tela, a do “obstáculo” (CDC, art. 28, § 5º), tem-se norma de conteúdo verdadeiramente enigmático, que merece cuidadoso estudo.

O primeiro aspecto a ser destacado na exegese do texto normativo

é o de que a norma estabelece regra de responsabilização subsidiária, ou seja, o patrimônio do sócio é perseguido apenas a partir do momento em que se verifique estar “obstaculizada” a satisfação do direito do consumidor perante a própria sociedade empresária. Esse aspecto parece tranquilo em doutrina e jurisprudência. Embora a expressão “obstáculo” não seja um termo técnico normalmente encontrado no Direito Civil, essa inteligência do texto legal coaduna-se com a orientação do Código Civil, art. 256, segundo o qual “a solidariedade não se presume”. Além disso, a própria ideia de obstáculo é a de resistência, de dificuldade, o que reforça a conclusão de que em primeiro lugar busca-se a satisfação do crédito perante a pessoa jurídica.

Matéria menos tranquila é a definição da abrangência da responsabilidade subsidiária estabelecida no indigitado § 5º, ou seja, em quais casos se aplica e a que pessoas podem ser subsidiariamente responsabilizadas. Essa matéria era objeto de ressalva inserta no texto aprovado pelo Congresso Nacional, no § 1º do art. 28, que tinha a seguinte redação:

§ 1º - A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram.

Esse dispositivo, entretanto, foi vetado pelo Presidente da República, com a seguinte justificativa:

O *caput* do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas.

Tal veto, pede-se vênia para afirmar, é de mérito, no mínimo, questionável. Aliás, tanto o veto quanto a sua justificativa. A responsabilização pessoal dos sócios é matéria complexa, sobre a qual

pairam diversos aspectos polêmicos, e que foi regulada de maneira excessivamente vaga na legislação consumerista. A norma contida no vetado § 1º do art. 28 do CDC era um importante parâmetro de aplicação do § 5º do mesmo artigo, e sua ausência não é suprida por uma “doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena”.

Em estudo da jurisprudência sobre a matéria, verifica-se que até hoje não se assentou um posicionamento que bem delimite a abrangência do art. 28, § 5º, do CDC, em especial no tocante ao seu âmbito subjetivo de aplicação.

No STJ, designou-se Teoria Menor a disciplina especial do CDC em relação à *disregard*, querendo-se dizer com o *adjetivo* “menor” que ocorre uma diminuição da proteção que a personalidade jurídica da empresa confere ao patrimônio dos sócios, no cotejo com a disciplina jurídica das relações jurídicas não subordinadas à legislação consumerista.

É representativo da orientação do Superior Tribunal de Justiça o seguinte precedente:

É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (art. 28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor). (REsp 1111153/RJ, j. 6.12.2012)

São comuns os precedentes que, em referência ao § 5º do art. 28 do CDC, apenas transcrevem o preceito, o que não fornece subsídios para a sua interpretação. A criação da designação “Teoria Menor” pouco acrescentou à compreensão do alcance do indigitado preceito legal. Prestou-se apenas a enfatizar que as possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do CDC são mais abrangentes em

relação às do Código Civil, art. 50, indo além das hipóteses de abuso de direito ou confusão patrimonial.

É necessário, pois, que a jurisprudência avance na interpretação do dispositivo, a fim de esclarecer quais são as hipóteses em que se admite, com amparo no art. 28, § 5º, do CDC, a desconsideração da personalidade jurídica. Mais que isso, cumpre refletir sobre o âmbito subjetivo de responsabilidade que decorre dessa decisão, a fim de avaliar quem será responsável pela reparação de danos.

A interpretação mais abrangente e favorável ao consumidor é aquela segundo a qual sempre que um consumidor logrado tiver dificuldade de localizar o devedor ou encontrar bens seus que sejam penhoráveis, será possível exigir o ressarcimento do sócio. Significaria dizer, na prática, que a responsabilidade do sócio, perante o consumidor, é integral e subsidiária.

Se era essa intenção do legislador, seria adequado que o tivesse estabelecido de maneira clara: “é ilimitada e subsidiária a responsabilidade do sócio pelos prejuízos causados ao consumidor”. Não é essa, porém, a redação do texto legal, e nem parece desejável que fosse.

Com a devida vênia a parcela da doutrina que celebra com entusiasmo uma tal interpretação, afirma-se que o art. 28, § 5º, do CDC certamente não se destina a tornar irrestrita a responsabilidade solidária dos sócios ou acionistas de sociedades empresárias. Uma tal inteligência do CDC permitiria que um acionista minoritário da Petrobrás, que tivesse comprado ações livremente negociadas em bolsa de valores, fosse pessoalmente responsabilizado por prejuízos ocasionados por fato do serviço ou do produto, como o rompimento de um duto de gás ou um vazamento de óleo. Ou que um investidor com participação acionária mínima (por vezes o próprio Estado, por meio de empresas de fomento, como a SC Parcerias S.A.) viesse a ser responsabilizado por um acidente

de consumo, mesmo que não tivesse ingerência relevante sobre as decisões empresariais.

A interpretação razoável da norma, consentânea com a sua finalidade social, é a de tornar o processo de gerenciamento empresarial mais zeloso do interesse dos consumidores, tornando os responsáveis pela tomada de decisões subsidiariamente responsáveis pelas consequências danosas que advenham em função de um risco assumido por corte de despesas, uso de material inadequado ou falta de cuidado com planejamento. Mesmo dentro deste conceito existem incertezas (quem tem realmente “poder de controle”, quem “participou de maneira relevante da decisão”, etc.). Porém, ampliar o âmbito de responsabilidade de maneira irrestrita para todos os sócios ou associados parece absolutamente dissociado do escopo da norma contida no art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

Não se deve, tampouco, adotar-se leitura excessivamente restritiva, permitindo que os sócios controladores que, tendo-se beneficiado dos resultados da atividade lesiva, fiquem com os lucros da atividade em contrapartida aos danos sem reparação sofridos pelos consumidores. Assim, não é bastante dizer-se que há espaço para a aplicação da doutrina da *disregard*: é necessário avaliar criteriosamente a quem, a partir da desconsideração, será imputada responsabilidade subsidiária.

Deve-se ponderar, outrossim, que alguns riscos são inerentes à atividade empresarial, ao passo que outros são consequências de atividades ilícitas ou assunção de riscos elevados para fito de maximizar resultados financeiros. Imaginem-se, por exemplo, os seguintes dois cenários: (a) clientes de um restaurante são hospitalizados em estado grave após ingerirem toxinas que acompanharam as suas refeições; e (b) passageiros de um ônibus são feridos em acidente causado por terceiro. Em ambos os casos, há espaço para a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Mas é necessário indagar se há espaço, em ambos, para a desconsideração com amparo no art. 28, § 5º, do CDC.

No primeiro exemplo, a negligência da equipe com a segurança alimentar foi determinante para ocorrência do fato lesivo. Assim, se o restaurante tiver um sócio-gerente com 99% das ações e os consumidores encontrarem dificuldades para localizar bens penhoráveis em nome da sociedade empresária, sem dúvida há espaço para redirecionar-se a execução ao sócio majoritário. Mas é no mínimo questionável que o outro sócio, um engenheiro, irmão do dono do restaurante e titular 1% das cotas, que resida noutro município e nunca tenha participado da administração desse restaurante, deva também responder ilimitadamente por danos sofridos pelos consumidores.

Analisando-se o segundo exemplo, encontra-se um contexto diferente, em que, embora haja imputação objetiva à sociedade empresária (que posteriormente terá ação regressiva contra o causador do acidente), não se vislumbra qualquer justificativa para responsabilizarem-se os sócios ou administradores da transportadora. Admite-se aqui, que não havia absolutamente nenhuma falha na administração da empresa: o veículo estava em bom estado, o motorista era habilitado, treinado e apto a conduzir o ônibus, não havia, enfim, qualquer defeito na gestão da empresa que se pudesse afirmar ter concorrido para o advento do sinistro. Nessa circunstância, se eventualmente a transportadora não tiver bens suficientes à imediata indenização dos danos, não se vislumbra possibilidade de aplicação do art. 28, § 5º, do CDC. Isso porque, no exemplo, não será a personalidade jurídica da sociedade empresária o “obstáculo” à composição dos danos. O obstáculo estará na absoluta falta de imputabilidade do resultado lesivo às pessoas dos sócios.

Sobre a imputabilidade, ou “nexo de imputação”, como pressuposto para a reparação civil, colhe-se a lição de Fernando Noronha:

“Nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado

fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este. Em regra o fundamento de tal imputação é uma atuação culposa. Excepcionalmente poderá haver imputação pelo risco.” (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 495, 496)

Ora, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor já imputa aos fornecedores a responsabilidade objetiva por fato do produto do serviço, afigura-se desproporcional o redirecionamento da responsabilidade a qualquer sócio, mesmo que não se lhe possa imputar, de qualquer maneira, qualquer conduta comissiva ou omissiva que tenha contribuído minimamente para ocorrência do fato lesivo ou que tenha dificultado o pagamento da indenização.

A personalidade jurídica será “obstáculo” à indenização se o sócio ou administrador tiver apostado em lucros elevados, arriscando, em contrapartida, a segurança dos consumidores, ou ainda se tiver efetuado manobras para ocultar ou transferir o patrimônio da sociedade. Registre-se, ainda, que o sócio majoritário não elide a sua responsabilidade, pelo art. 28, § 5º, do CDC, apenas por ter instalado um terceiro, administrador assalariado, como representante legal da sociedade. Na qualidade de detentor de poder de controle e de principal beneficiário do resultado social, há imputação objetiva a conferir-lhe responsabilidade caso se considere que há espaço para a incidência do art. 28, § 5º, do CDC.

Assim, há espaço para a desconsideração da personalidade jurídica com amparo no art. 28, § 5º, da Lei n. 8.078/90, desde que seja possível estabelecer imputação subjetiva ou objetiva à pessoa que se pretenda responsabilizar subsidiariamente. Será subjetiva a imputação se o sócio ou administrador tiver concorrido culposamente para ocorrência do dano ou ainda se demonstrado que transferiu ou ocultou bens da empresa para criar obstáculo à reparação devida. Será objetiva a imputação se os sócios com poder de controle beneficiaram-se com os resultados

econômicos da atividade lesiva, cujo risco assumiram, tendo, em caráter subsidiário à sociedade empresária, o dever de reparar integralmente os danos causados.

Sustenta-se essa tese em atenção, também, aos princípios constitucionais que regem a atividade econômica. Afinal, uma ampliação irrestrita do alcance da norma inserta no art. 28, § 5º, do CDC, pode encontrar amparo no art. 170, V, da Lei Maior, mas entra em conflito com os princípios da liberdade de associação, da livre iniciativa e da valorização do trabalho (Constituição da República, art. 5º, XVII, art. 170, *caput*). Isso porque inibe a associação empresarial e a criação de postos de trabalho, ao admitir a possibilidade de se sancionar, com alguma arbitrariedade, pessoas que não tenham contribuído em rigorosamente nada para a ocorrência de um evento lesivo.

Não há cogitar de responsabilidade civil daqueles que, tendo investido na aquisição de cotas societárias, não exercem poder de controle e nem têm influência relevante sobre a gestão da empresa. Estender dessa forma a responsabilidade civil corresponderia a criar uma hipótese de nexo de imputação pelo risco para qualquer pessoa que tivesse participação acionária, tornando ilimitadamente responsável toda e qualquer pessoa que faça um investimento numa atividade produtiva, aportando capital e integrando-se a uma empresa como sócio minoritário.

O que se afirma, pois, é que evidenciada a ausência de nexo de imputação, não se deve transferir a responsabilidade civil da sociedade empresária à pessoa que em nada contribuiu para a ocorrência do evento danoso. Encontra-se dissociada do espírito da norma a interpretação segundo a qual ela penaliza, de maneira desproporcional e desarrazoada, aqueles que não tenham participado para lesão sofrida pelo consumidor.

Assim, conquanto vetado o § 1º do art. 28 do CDC, cumpre ao Judiciário, na interpretação da norma, não penalizar, de forma arbitrária,

aquele que, sem poder de controle ou gerência da sociedade, venha a ser perseguido a responder o dano ao qual não deu causa.

Nessa senda disserta, com propriedade, Zelmo Denari:

De resto, entendemos que o instituto da desconsideração não deve ser aplicado *à la diable*. A pessoalização da responsabilidade deve recair sobre as pessoas incumbidas da gestão da empresa, como os sócios-gerentes das limitadas ou os administradores de sociedades por ações, bem como sobre o acionista controlador ou sócio majoritário, nos exatos termos do § 1º do art. 28, o qual, em que pese ter sido vetado, deve iluminar, como lanterna de proa, o campo visual do aplicador da norma.

Por último, não se deve perder de vista que a responsabilidade pessoal dos gestores da empresa é sempre em via subsidiária, pois supõe frustradas, em via principal, todas as tentativas de responsabilização da pessoa jurídica. (*In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alli (org.). Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. p. 258).

Ao lado dessas considerações, deve-se pontuar que não apenas sociedades empresárias, mas entidades sem fim lucrativo, como associações (STJ, AgRg no AREsp 420.686/PR; AgRg no AREsp 727.571/SP) e cooperativas (STJ, AgRg no AREsp 718.634/DF) podem enquadrar-se no conceito de fornecedores, de que cuida o art. 3º da Lei n. 8.078/90. E o art. 28, § 5º, do CDC, refere-se tão somente a “pessoa jurídica”, o que torna possível, ao menos em tese, a sua aplicação a entidades sem fim lucrativo.

Ora, é certo que a aplicação da doutrina da *disregard* a uma cooperativa não deve ensejar a responsabilidade de todos os cooperados, especialmente se o próprio autor da demanda for um deles. Já na hipótese da associação, parece excessivo admitir a responsabilidade de todos os associados, especialmente aqueles que, pelo estatuto, não têm nenhum poder diretivo. Uma leitura tão ampla do art. 28, § 5º, do CDC, tornaria juridicamente arriscado vincular-se a associação ou cooperativa,

sendo, por conseguinte, uma exegese que não guarda consonância com a garantia constitucional da liberdade de associação (CRFB, art. 5º, XVII).

Não se deve, por outro lado, adotar uma interpretação excessivamente formalista, afastando o dever de reparar daquele que, de fato, exerceu poder decisório ou que, na qualidade de sócio majoritário, beneficiou-se financeiramente de uma gestão temerária da empresa. O mesmo se diga em relação a associações ou cooperativas: se os seus administradores forem diretamente responsáveis pela tomada de decisão que culminou em lesão ao direito de consumidores, é razoável que, em caráter subsidiário, sejam responsabilizados pela reparação de danos. A solução que se propõe guarda alguma proximidade com a teoria do “domínio do fato”, na esfera penal, no sentido de que não se quer uma fórmula estreita, burocrática, de responsabilização, que facilite a adoção de manobras legais para elidir-se do dever de responder pelos danos. Mas em se tratando do instituto da Responsabilidade Civil, prefere-se a denominação de “nexo de imputação”, como critério para definir se é possível vincular a pessoa do sócio ou do gestor ao dever de reparar que, em regra, seria somente da pessoa jurídica.

De outro vértice, não se afigura correto sancionar-se aquele que tem um vínculo tênue com a gestão da pessoa jurídica e, sem ter poder decisório ou participação relevante na tomada de decisões, não tem realmente responsabilidade pelo evento danoso. Não será a personalidade jurídica um “obstáculo” à responsabilização se, de fato, não houver nexo de imputabilidade a justificar a extensão da responsabilidade àquela específica pessoa.

Conclui-se, em relação à inteligência do art. 28, § 5º, do CDC, que a sua generalidade pode se tornar a sua virtude, contanto que interpretado o dispositivo legal em conformidade com os fins sociais a que se destina (LINDB, art. 5º) e em atenção aos princípios jurídicos que devem nortear a sua aplicação, notadamente os abrigados nos artigos 5º, XVII, e 170 da Constituição da República.

Na esteira dos fundamentos já declinados, posiciona-se pelo cabimento da desconconsideração da personalidade jurídica, por força do § 5º do art. 28 do CDC, sempre que o autor apresentar prova que convença o magistrado da probabilidade de que a pessoa jurídica não tenha bens livres e desembaraçados que possam fazer frente ao valor do crédito oriundo de ofensa ao direito do consumidor. Diz-se “probabilidade”, porque haverá a possibilidade, após a ampliação do polo

Essa desconconsideração não se deve estender irrestritamente sobre toda e qualquer pessoa vinculada à pessoa jurídica, como se a pessoa jurídica desaparecesse. Nesse sentido, mostra-se mais adequado falar-se em *piercing the corporate veil* do que em *disregard*, já que não se desconSIDERA a existência de personalidade jurídica, mas se atravessa essa barreira em relação a algumas pessoas, a fim de que a pretensão dos autores da demanda alcance aqueles contra os quais seja possível estabelecer-se nexO de imputação. Esse nexO pode, conforme o caso, decorrer do exercício de poder de controle, ou ainda da competência para atos de gestão, por parte de administradores que, por conduta comissiva ou omissiva que guarde relação de causalidade com a ocorrência do evento danoso.

Estabelecidas essas premissas e voltando-se os olhos ao caso concreto, observa-se que, de um lado, o sócio que se quer atingir é o sócio-gerente (conforme se observa na primeira página do contrato, cópia a fl. 56), muito provavelmente o titular da maioria das cotas sociais, já que a denominação social incorporou o nome da pessoa física (Hilton Roberto Lara e Cia. Ltda.). Mais que isso, o dano decorre da venda de imóvel, com a promessa de edificação que não se concretizou.

Sublinhe-se que no caso em apreço não se está diante da responsabilização por fato do produto, mas de defeito do produto. Mais especificamente, o autor reclama a falta de entrega do apartamento pelo qual já adiantou parte do pagamento. Ora, devolver o valor pago pela

obra que não se entregou é o mínimo da obrigação do vendedor. O descumprimento desse dever caracteriza comportamento incondizente com o princípio da boa-fé objetiva e evidencia má gestão, fatos esses suficientes para que se impute ao sócio majoritário e gerente da sociedade a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento. O caso, assim, amolda-se à hipótese de responsabilização pessoal do sócio, nos termos do art. 28, § 5º, do CDC.

8 A probabilidade que se aplique à hipótese a desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar o sócio, entretanto, não é fato suficiente para que, se proceda à constrição de bens do sócio antes de se avaliar a existência de bens penhoráveis em nome da sociedade empresária. Cumpre lembrar que, conforme salientado, a responsabilidade do sócio não é solidária, mas subsidiária.

Na espécie, o autor alegou, sem apresentar prova, que a sociedade empresária não teria bens. A despeito de requerer a concessão de medida liminar antes da formação do contraditório, não especificou em que locais foram feitas diligências, nem apresentou qualquer certidão negativa. Nesse passo, tem-se que não há nos autos do agravo de instrumento elementos de prova que convençam da impossibilidade de a sociedade ré satisfazer eventual decisão condenatória. Falta, pois, um dos requisitos para a aplicação do art. 28, § 5º, do CDC: a comprovação de que a personalidade jurídica representa, na espécie, obstáculo ao cumprimento da obrigação.

9 Anote-se que, mesmo se houvesse prova a justificar a aplicação do art. 28, § 5º, do CDC, ainda assim a medida cautelar almejada somente teria lugar se evidenciado que também o sócio não teria bens suficientes para fazer frente ao crédito buscado. Isso porque a desconsideração da personalidade jurídica, por si só, não autoriza a medida cautelar. O ordinário, afinal, é que o bloqueio de bens seja efetuado somente na fase executiva, na forma de penhora.

Para que se justifique a constrição cautelar dos bens do sócio, é necessário não apenas a desconsideração da personalidade jurídica, mas a demonstração de *periculum in mora*, consubstanciado no concreto risco de que o sócio viesse a se desfazer de seus bens para evitar o pagamento da dívida. Ou seja, ainda que se admita a responsabilidade subsidiária do sócio, o risco de dano terá de estar presente para que se possa, antes de proferida uma sentença condenatória, ordenar, por meio de medida cautelar inominada, o bloqueio de parte de seus bens.

10 Após detido estudo do processo, concluiu-se pela ausência de risco de lesão a justificar a liminar pretendida. Todavia, deve-se observar que houve, neste agravo, deferimento do pedido de atribuição de efeito ativo, em decisão da lavra do Des. Artur Jenichen Filho, para que as averbações fossem feitas no registro de imóvel, tal qual requerido na petição inicial e reiterado nas razões recursais. Mais que isso, entre a concessão de efeito ativo e o julgamento do agravo de instrumento pelo órgão colegiado, nesta data, transcorreu o prazo de mais de um ano (observe-se que os autos vieram conclusos a este relator na data de 22 de janeiro de 2016).

As considerações feitas no julgamento deste recurso pelo Órgão Colegiado baseiam-se no estado do processo em 2014, o que torna incerta a existência atual, em 2016, de elementos que permitam antever o *periculum in mora* (já que a probabilidade do direito alegado foi já reconhecida). Não se sabe, por exemplo, se o autor apresentou documentos complementares a evidenciar diligências frustradas em busca de bens penhoráveis, ou ainda se a edificação do prédio veio a ser concluída.

Não se olvida que compradores de outras unidades possam estar movendo ações de cunho semelhante, caso os apartamentos, nesse interregno entre 2014 e 2016, efetivamente não tenham sido entregues. Enfim, dado o largo prazo decorrido entre o recebimento e o julgamento deste agravo de instrumento, existe o receio de que o juízo de origem

tenha elementos para, atualmente, considerar que existe perigo de dano a ensejar a proteção cautelar, em atenção ao disposto nos artigos 273, § 7º, e 798 do Código de Processo Civil.

Pondere-se, outrossim, que um levantamento repentino da constrição pode dar ensejo a modificações irreversíveis na situação de fato, com a alienação dos bens constriçados. A possibilidade de frustração efetividade jurisdicional é um aspecto a ser levado em consideração, haja vista o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Nesse contexto, reconhece-se que, em razão do lapso de tempo decorrido entre a atribuição de efeito ativo ao agravo de instrumento e o julgamento do recurso, é plausível a possibilidade de que o magistrado *a quo* tenha atualmente, nos autos, elementos complementares que, não tendo sido levados em consideração no julgamento deste recurso, conduzam-no ao convencimento pela necessidade de manutenção da constrição levada a efeito.

Assim, para preservar a parte autora deste risco, resguardando-se, com isso, a própria efetividade da Jurisdição (Constituição da República, art. 5, XXXV), e tendo-se em vista, conforme já referido, o disposto nos artigos 273, § 3º, e 798 do Código de Processo Civil, modulam-se os efeitos da decisão, a fim de que a liminar da lavra do Des. Artur Jenichen Filho (decisão de fls. 82 a 86) somente deixe de ter efeitos após o prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação deste acórdão. Nesse intervalo de tempo será possível ao juízo de origem, sendo caso, determinar, em decisão fundamentada, nova medida cautelar constriçtiva.

Reitere-se, a fim de se evitar decisões conflitantes, que no presente acórdão:

a) acompanhou-se a conclusão da origem em relação à natureza da medida almejada, apenas ressalvando que se cuida de cautelar inominada e de figura mais próxima ao arresto do que ao protesto;

b) confirmaram-se, também, as impressões do Dr. Juiz de Direito quanto à verossimilhança do direito alegado, observando-se apenas que, em princípio, não há cogitar de devolução em dobro das arras, pois não houve ajuste de pagamento de sinal ou arras;

c) considerou-se que é aplicável ao caso concreto a legislação consumerista e que há espaço, na espécie, para a responsabilização subsidiária do sócio-gerente, com amparo no art. 28, § 5º, do CDC, ao menos enquanto permanecer a convicção de que a obra prometida não foi entregue, transcorrido mais de um ano do prazo contratado;

d) o agravo foi rejeitado ao fundamento de que o autor não comprovou o risco de dano, pois não há nos autos do agravo de instrumento prova de diligência para buscar bens em nome dos réus, tampouco evidência de que a medida constritiva seja necessária para assegurar o futuro pagamento do crédito reclamado.

Nesse contexto, a eventual concessão de medida cautelar pelo magistrado *a quo* fica condicionada à existência de elementos nos autos que o convençam da existência do *periculum in mora*, que, na espécie, pode ser decomposta em evidências de que:

a) a sociedade ré não tem bens para fazerem frente ao crédito reclamado pelo autor (pouco mais de cinquenta mil reais); e

b) está demonstrado o risco de que, sem a medida constritiva, o corréu Hilton Roberto Lara venha a alienar seus bens para embaraçar a satisfação do crédito e não restituir os valores pagos pelo consumidor.

11 Por todo o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento, modulando-se os efeitos da decisão para preservar, por trinta dias contados da publicação deste acórdão, a liminar da lavra do Des. Artur Jenichen Filho, que atribuiu efeito ativo ao recurso.

É o voto.

Apelação Cível n. 2014.057503-6, da Capital

Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. FURTO DE CELULAR NO INTERIOR DO NAVIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS. APELO DOS AUTORES.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA DA AGÊNCIA DE TURISMO. MÁ PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PERTENCENTES AO PACOTE DE TURISMO VENDIDO AOS CONSUMIDORES. ART. 14 DO CDC E ART. 927 DO CC/02.

É assente na jurisprudência que as agências de turismo respondem de forma objetiva e solidária por eventual dano sofrido pelos consumidores, diante da falha na prestação de serviços incluso no pacote de viagem negociado, nos termos do art. 14 do Código de Processo Civil.

DANOS MATERIAIS. FURTO DO APARELHO CELULAR COMPROVADO. AQUISIÇÃO DE UM NOVO BEM. DEVER DE REPARAR O DANO. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO DESEMBOLSO (SÚMULA 43 STJ). JUROS DE MORA A CONTAR DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 52 DO STJ).

Comprovado o furto do aparelho celular no interior do cruzeiro e, posteriormente, a aquisição de outro, o dever de reparar esses danos é evidente diante da má prestação dos serviços. Ademais, sobre o valor do bem móvel deve incidir a correção monetária a partir do desembolso e os juros de mora a contar do evento danoso.

DANOS MORAIS. ALEGADOS CONSTRANGIMENTOS E VEXAME. PERDA DE CONTATOS TELEFÔNICOS. AUSÊNCIA DE PROVAS DOS PREJUÍZOS ALEGADOS. ÔNUS QUE INCUMBIA AOS AUTORES. DANOS QUE NÃO ULTRAPASSAM O MERO DISSABOR. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

Não há que se duvidar constrangimentos sofridos pelo consumidor com o furto do aparelho celular, como a tentativa de recuperá-lo. No entanto, referidos danos não são presumidos, dependendo de provas de que realmente tenham sofrido abalos que fogem do cotidiano. Não atendendo os Autores com o ônus da prova que lhe era inerente (art. 333, I, CPC), o dano experimentado por eles não ultrapassa o mero dissabor, desmerecendo o dever da Ré em indenizar.

PEDIDO DE INVERSÃO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. REJEIÇÃO. POSSIBILIDADE, TODAVIA, DE REDISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

Sendo as partes parcialmente vencedoras e vencidas, pertinente a distribuição proporcional dos encargos decorrentes da sucumbência.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.057503-6, da comarca da Capital (5ª Vara Cível), em que são apelantes Felisberto Vilmar Cardoso, Karize Briani, Fernanda Briani Cardoso e Eduarda Briani Cardoso, e apelada Sun & Sea Internacional Viagens e Turismo:

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

O julgamento, realizado em 28 de janeiro de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sebastião César Evangelista.

Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Vânio Martins de Faria, tendo lavrado parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 2 de fevereiro de 2016.

João Batista Góes Ulysséa

RELATOR

RELATÓRIO

Felisberto Vilmar Cardoso, Karize Briani, F. B. C. e E. B. C., interpuseram apelação cível contra a sentença que, na ação de reparação de danos, julgou extinta a ação, sem a resolução do mérito, por ausência de legitimidade de Karize Briani, F. B. C. e E. B. C., em relação aos danos materiais (art. 267, VI, CPC), e, referentes a todos os envolvidos na lide, julgou os pedidos de danos morais improcedentes, condenando os Autores nas custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Em suas razões, os Apelantes alegaram que: (a) a Ré é objetivamente responsável pelos danos materiais no interior do navio de propriedade da empresa Island Crusies, porque contrataram os serviços de viagem turística com ela; (b) houve falha na prestação dos serviços da Apelada, motivo pelo qual somente o proprietário do celular furtado merece ser ressarcido pelos prejuízos materiais que teve; (c) a empresa Requerida também é responsável pelos danos morais sofridos por todos os autores; (d) o dano moral está caracterizado pelo furto em si, e pelas frustrações decorrentes dele, pois aguardaram por 2 (duas) horas o desembarque sem água, comida e sem ir ao banheiro; (e) o aparelho móvel furtado continha todos os contatos de amigos e clientes, já que é advogado e utilizava o aparelho como ferramenta de trabalho; (f) o ilícito resultou em prejuízos financeiros no seu labor, além da humilhação sofrida com a sua família; e (g) o ônus sucumbencial deve ser revertido. Com esses fundamentos, requereu a reforma da sentença e, consequentemente, a procedência dos pedidos iniciais.

Foram apresentadas as contrarrazões.

O representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso, devendo ser reformado o julgado apenas em relação aos danos materiais, mantendo a improcedência dos danos morais.

Esse é o relatório.

VOTO

Cuida-se de apelação cível interposta por Felisberto Vilmar Cardoso, Karize Briani, F. B. C. e E. B. C. contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos de indenização por danos materiais e morais por si realizados contra a empresa Ré Sun & Sea Internacional Viagens e Turismo.

Destaca-se da peça portal a aquisição de um pacote de serviços de turismo e viagem, da Ré, pelos Autores, em um cruzeiro da empresa Island Escape, com início no dia 20-2-2009 e retorno no dia 27-2-2009.

Alegaram que na manhã do último dia de passeio, saíram por volta das 7:45 hs da cabine a fim de tomar café da manhã, trancando a porta do quarto como de costume. Mas, ao retornarem aos seus aposentos, por volta das 8:15h., disseram que a porta estava aberta, com o furto do aparelho celular de Felisberto Vilmar Cardoso, deixado no interior do quarto.

Informaram os fatos aos responsáveis pelo navio preenchendo um “Relatório de Atendimento ao Cliente”, como início ao procedimento de busca e investigação do ocorrido. Na sequência, foram deixados na recepção do navio por 2 (duas) horas, sem qualquer informação, e, depois de muita insistência, receberam a resposta negativa das buscas do celular, momento em que desembarcaram do navio no destino final e realizaram um boletim de ocorrência, na delegacia da Polícia Federal.

Assim, sustentam danos materiais, pois obrigados à aquisição de outro telefone celular, além do abalo moral, por não terem sido tratados com o devido respeito no interior do navio, após a comunicação do furto, motivo pelo qual requerem as devidas indenizações.

Contestado o feito (fls. 34/50) e apresentada réplica (fls. 65/74), foi proferida sentença, afastando a ilegitimidade passiva *ad causam*. E,

no mérito, reconheceu apenas a legitimidade ativa do autor Felisberto Vilmar Cardoso com relação aos danos materiais, uma vez que o celular era somente deste, e improcedentes os demais pedidos, por entender que a empresa Ré não possuía responsabilidade pelo furto do celular no interior do navio, porque todos os serviços ligados à viagem foram devidamente prestados (fls. 171/177).

Os Autores apelaram e as teses sustentadas seguem em tópicos.

(a) Da responsabilidade da empresa Ré.

Alegaram que a responsabilidade civil da sociedade jurídica Sun & Sea Internacional Viagens e Turismo é objetiva, motivo pelo qual deve ser compelida a reparar tanto os danos materiais, quanto os danos morais por eles sofridos.

E procede. Não há discussão acerca da contratação dos serviços de turismo entre as partes litigantes, tanto que o contrato entabulado entre as partes encontra-se acostado às fls. 17 e 18, dos autos. Portanto, a presente ação é regida pelo sistema da responsabilidade civil objetiva, com lastro nos artigos 927, parágrafo único do Código Civil e art. 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Acerca da responsabilidade objetiva, ensina Nelson Nery Júnior:

Dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da responsabilidade civil subjetiva (CC 186), que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar, é necessária a existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa *lato sensu* (culpa - imprudência, negligência ou imperícia; ou dolo) do agente.

O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (CC 927 par. ún.), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar, é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (v.g., CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g., atividades perigosas). Há outros subsistemas derivados dos dois sistemas, que se encontram tanto no CC como em leis extravagantes [...] (Código civil anotado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 239).

Portanto, como prestadora de serviços, responde a Recorrida de forma objetiva pela falha na prestação de seus serviços.

Ademais, a jurisprudência pátria, de forma pacífica, tem entendido que as empresas de turismo respondem solidariamente pela falha de prestação de serviços descritos no respectivo pacote negociado com os consumidores, não tendo que falar em ausência de responsabilidade por fato de terceiro, nos termos do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

1. “Esta eg. Corte tem entendimento no sentido de que a agência de turismo que comercializa pacotes de viagens responde solidariamente, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, pelos defeitos na prestação dos serviços que integram o pacote” (REsp nº 888751/BA, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 27/10/2011).

2. O Tribunal de origem concluiu tratar-se de má prestação de um serviço ao falhar no seu dever de informar, e sendo a agência de turismo uma prestadora de serviço, como tal responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores. Infirmar as conclusões do acórdão recorrido acerca da inexistência de informações suficientes e claras no contrato demandaria o reexame das provas e a interpretação do contrato, atraindo a aplicação das Súmulas 5 e 7 do STJ. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 461.448/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 9-12-2014).

AÇÃO INDENIZATÓRIA PACOTE TURÍSTICO - FURTO DE DÓLARES DAS AUTORAS DURANTE CRUZEIRO MARÍTIMO NUMERÁRIO QUE TINHA SIDO GUARDADO NO COFRE DA CABINE SENTENÇA QUE RECONHECEU O DEVER DE RESSARCIMENTO DA EMPRESA DE NAVEGAÇÃO TURÍSTICA, A QUAL NÃO RECORREU APELO DAS REQUERENTES PELO RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA OPERADORA DE TURISMO PRETENSÃO CABÍVEL FRENTE A SOLIDARIEDADE QUE DECORRE DA LEI CONSUMERISTA E NORMA EMANADA DA EMBRATUR - RECURSO DAS AUTORAS PROVIDO (TJSP, Apelação Cível n. 0006590-56.2011.8.26.0309, rel. Des. Francisco Thomaz, j. 5-11-2014).

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSPORTE AÉREO. CANCELAMENTO DE VOO. PERDA DE CONEXÃO. PACOTE DE VIAGEM. NULIDADE DA SENTENÇA NÃO VERIFICADA. EFEITOS DA REVELIA INAPLICÁVEIS. ART. 320, I, DO CPC. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA ENTRE A EMPRESA AÉREA E A AGÊNCIA DE TURISMO. DANO MORAL CONFIGURADO. DANO MATERIAL DEVIDO. SENTENÇA REFORMADA. Recurso parcialmente provido, a 1ª Turma Recursal resolve, por unanimidade de votos, CONHECER e dar PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos exatos termos deste voto (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0008007-47.2012.8.16.0031/1 - Guarapuava - Rel.: Leo Henrique Furtado Araújo - J. 09.03.2015) (TJPR, Recurso Inominado n. 0008007-47.2012.8.16.0031/1, rel. Juiz Leo Henrique Furtado Araújo, j. 9-3-2015).

Desta forma, por falha na prestação dos serviços da Apelada, ou de qualquer serviço do pacote de turismo negociado com os Apelantes, a responsabilidade civil de reparar eventuais danos é objetiva.

(a) Danos materiais.

Nesta hipótese, somente o Apelante Felisberto Vilmar Cardoso deve ser ressarcido pelo furto do seu celular ocorrido no interior do navio

pertencente à empresa Island Escape, que, por sua vez, estava incluso nos serviços de turismo e viagem negociados com a Recorrida Sun & Sea.

Como analisado acima, a Recorrida responde de forma solidária e objetiva pelos prejuízos sofridos pelos dos consumidores no interior do navio. E, o furto do aparelho celular do interior da cabine em que os Apelantes estavam hospedados está comprovado pelo Relatório de Atendimento ao Cliente, juntado à fl. 19, pelo Boletim de Ocorrência, juntado às fls. 20 e 21, como pelo registro de chamadas telefônicas expostos nos documentos de fls. 23 e 24, que corroboram com a tese de que o aparelho celular encontrava-se no interior do navio.

Vale salientar que a Recorrida não nega a subtração do bem móvel pertencente ao Recorrente. Portanto, comprovado o furto no interior do navio e a falha na prestação dos serviços, tanto da empresa proprietária da embarcação, como a Apelada, esta última, como foi acionada pelos Apelantes, responde de forma solidária e objetiva, devendo ressarcir os danos materiais.

Assim, demonstrada a aquisição de um novo aparelho celular, no valor de R\$ 279,00 (duzentos e setenta e nove reais) (fl. 22), pelo Autor Felisberto Vilmar Cardoso, esse prejuízo deve ser arcado pela sociedade jurídica Sun & Sea International Viagens e Turismo Ltda., com a correção monetária a partir do efetivo desembolso, nos termos da súmula 43 do STJ, e os juros de mora a contar do evento danoso, de acordo com a súmula n. 54, também do STJ:

[...] O termo inicial da incidência da correção monetária, nas reparações por dano material, deve ser a data do efetivo prejuízo (Súmula 43 do STJ). Os juros de mora referentes ao dano material devem incidir a partir do inadimplemento da obrigação, nos termos do artigo 397, *caput*, do Código Civil, enquanto que os juros moratórios relativos à devolução dos valores decorrentes da rescisão contratual devem fluir a partir da citação, conforme norma inserta no artigo 405 do Código Civil [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2011.070090-8, de São José, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 23-04-2015).

Portanto, reforma-se a sentença neste ponto.

(b) Danos morais.

Reclamam os Apelantes a improcedência dos pedidos de indenização por danos morais, porque decorrem do próprio furto do aparelho celular, conjugado com o constrangimento e vexame sofridos na recepção do navio ao relatarem o delito, além de terem esperado por 2 (duas) horas sem notícia do furto, sem água e sem alimentos. Além disso, relataram todos os prejuízos decorrentes da perda de contatos telefônicos, porque o Autor Felisberto Vilmar Cardoso é advogado e utilizava o aparelho para o trabalho.

Desta forma, requereram o recebimento da indenização por danos morais no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para Felisberto Vilmar Cardoso; e R\$ 3.000,00 (três mil reais), individualmente, para a sua esposa e duas filhas menores de idade.

Todavia, melhor sorte não socorre os recorrentes nessa hipótese.

O dano moral, no entender de Wilson Melo da Silva, “*pode ser decorrente de ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida e à integridade corporal*” (O dano moral e sua reparação, Rio de Janeiro: Forense, 1983, 3^a ed., p. 11).

A propósito, pertinente os ensinamentos de Yussef Cahali:

[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade

psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral (*Dano Moral*, 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. p. 20 e 21).

Com sabedoria, Sílvio de Salvo Venosa complementa:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o bonus pater familias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal (*Direito civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 4, p. 46, sem grifo no original).

Convém ressaltar, ainda, de conformidade com os ensinamentos doutrinários, que os danos morais passam pelo ato falho que, de alguma maneira, atinja a honra ou a moral do suposto ofendido. No entanto, de uma análise dos autos, não se verifica prova acerca do constrangimento sofrido pelos Autores.

Não se discorda que o furto do aparelho celular de um dos Apelantes, como todo o procedimento para a tentativa de recuperação do bem no interior do navio, tenha gerado incômodo; mas, esse desconforto não ultrapassa o mero dissabor inerente aos fatos descritos neste caderno processual. Deixaram os recorrentes de juntar qualquer prova acerca da humilhação e vexame sofridos no momento em que relatavam os fatos aos responsáveis pelo cruzeiro. E, o tempo de espera por duas horas, não se mostrou constrangedor o suficiente para gerar o dever de indenizar.

A propósito, não existem provas de que os Recorrentes ficaram sem qualquer auxílio nesse período em que esperaram pela resolução do problema.

Da mesma forma, a simples perda de contatos telefônicos, por si só, não gera o dever de indenizar, não comprovando os Requerentes, especialmente, Felisberto Vilmar Cardoso, os alegados prejuízos materiais e morais, pois afirmou que utilizava o aparelho para o trabalho. Portanto, o quadro pincelado não é suficiente para respaldar a pretensão lançada na inicial e, por conseguinte, incapaz de causar dano extrapatrimonial, configurando-se como mero dissabor comum da vida civil, como nem destacado no claro parecer do e. Procurador-Geral de Justiça (fls. 255/229), Dr. Mário Gemin, deixando eles de atenderem o ônus da prova, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil. Sobre o tema, esclarecem Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

Compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer. A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão/exceção, afinal, é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento [...] (Curso de Direito Processual Civil. 6ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011. pp. 80/81).

Colhe-se do acervo jurisprudencial desta Corte de Justiça:

[...] 1 O ser humano está sujeito a situações adversas, dia-a-dia depara-se com problemas e dificuldades que, até serem resolvidos, podem gerar desconforto, decepção ou desgosto. Todavia, isso não caracteriza o dano moral, que pressupõe um efetivo prejuízo causado à honra ou à imagem da pessoa.

2 Não há que se cogitar em responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação dos requisitos insculpidos no art. 186 do atual Código Civil. Ademais, é da dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito (Apelação Cível n. 2013.077398-3, de

Ibirama, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 10-12-2013, sem grifos no original).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE SUPOSTA EXISTÊNCIA DE “LISTA NEGRA” MANTIDA PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ASSERTIVA DESPROVIDA DE QUALQUER ELEMENTO COMPROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE CADASTRO NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. ADEMAIS, NEGATIVA DA FINANCIADORA SEQUER PROVADA NOS AUTOS. ÔNUS QUE INCUMBIA AO AUTOR. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DEVER DE REPARAR NÃO CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.

I - Para ver sua pretensão atendida, tem o autor o ônus de demonstrar a veracidade de seus articulados, comprovando satisfatoriamente os argumentos trazidos à baila na petição inicial (causa petendi), pois, segundo exegese do art. 333, I, do Código de Processo Civil, incumbelhe a prova dos fatos constitutivos de seu direito.

[...] (Apelação Cível n. 2012.091939-7, da Capital, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 12-12-2013, destacou-se).

Nessa senda, diante da ausência de provas dos danos morais, eis que não são presumidos à situação dos autos, pertinente a improcedência do pedido inicial neste ponto.

(d) Sucumbência recíproca.

O pedido de inversão dos encargos sucumbenciais é inviável, diante da reforma da sentença restrita aos danos materiais, mantendo a improcedência dos danos morais.

Todavia, a redistribuição do percentual da sucumbência recíproca merece amparo, já que os Autores foram vencedores na metade de seus pedidos, conforme prevê o art. 21 do Código de Processo Civil. Portanto,

as custas processuais devem ser redistribuídas em 50% (cinquenta por cento) aos Autores, como ao Réu; mas os honorários sucumbenciais são arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais) ao advogado dos Autores, como no mesmo valor, ao da empresa Ré, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, vedada a compensação, diante do caráter alimentar, conforme artigo 23, da Lei n. 8.906/1994.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, deferindo somente a indenização por danos materiais e, por consequência, redistribuindo o ônus sucumbencial.

Esse é o voto.

Apelação Cível n. 2011.008106-6, de Trombudo Central

Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPROCEDÊNCIA PROCLAMADA NO JUÍZO SINGULAR. IRRESIGNAÇÃO OFERTADA PELA PARTE AUTORA.

NEGÓCIO CELEBRADO PELO GENITOR DA DEMANDANTE ENVOLVENDO A DOAÇÃO DO SEU ÚNICO IMÓVEL EM FAVOR DA RÉ, COM QUEM MANTINHA SOCIEDADE CONJUGAL DE FATO.

ALEGAÇÃO DE DOLO POR PARTE DA DEMANDADA AO INDUZIR SEU COMPANHEIRO A TRANSFERIR-LHE O ALUDIDO BEM, APROVEITANDO-SE DO SEU ESTADO DE SAÚDE FRAGILIZADO, EIS IDOSO E COM LIMITAÇÕES RECORRENTES DE ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL, VINDO A ÓBITO QUATRO MESES APÓS O REGISTRO DO CONTRATO.

TESE NÃO COMPROVADA. PROVA TESTEMUNHAL APTA A DEMONSTRAR A INTENÇÃO DO *DE CUJUS* DE DOAR O BEM.

O vício de consentimento não se presume, devendo ser cabalmente demonstrado através de prova escoimada de dúvidas, sem o que não se mostra possível invalidar transação perfeita e acabada, realizada por pessoas maiores, capazes e livres para deliberarem sobre suas conveniências.

PEDIDO SUBSIDIÁRIO NÃO ANALISADO NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO POR ESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO. EXEGESE DO ART. 1.013, §§ 1º E 3º, INCISO III, DO CPC.

RÉ QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL COM O PAI DA AUTORA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA CONSTÂNCIA

DA UNIÃO ESTÁVEL, COM O REGISTRO DO BEM EM NOME DA COMPANHEIRA EXCLUSIVAMENTE. EVIDENTE BURLA AO DIREITO SUCESSÓRIO. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM NOME DA COMPANHEIRA QUE CARACTERIZA, POR VIA TRANSVERSA, DOAÇÃO INOFICIOSA. GENITOR DA AUTORA QUE SOMENTE PODERIA DISPOR DE 50% DO SEU PATRIMÔNIO, DESTINANDO-SE A PARTE REMANESCENTE À GARANTIA DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS.

NULIDADE DO NEGÓCIO NO TOCANTE À PARTE QUE EXCEDEU A PARCELA DISPONÍVEL DO PATRIMÔNIO DO DOADOR.

“É nula a disposição gratuita, por doação ou testamento, de bens ou quantias que correspondam a mais da metade do patrimônio global do doador quando este possuir herdeiros necessários - descendentes, ascendentes e cônjuge (CC art. 1.845) -, porque o excesso de liberalidade viola a fração legítima pertencente aos sucessores e dá ensejo, de conseguinte, a redução da doação aos limites da parte disponível (CC art. 549).” (TJSC, Apelação Cível n. 2014.045695-6, de Porto União, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 06-08-2015).

SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO EM 15% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, CONSOANTE O DISPOSTO NO ART. 85, § 2º DO CPC.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.008106-6, da comarca de Trombudo Central (1ª Vara), em que são apelantes Marcia Medeiros e outro, e apelada Marinalda Rosani Miranda:

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

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

Florianópolis, 14 de abril de 2016.

Jorge Luis Costa Beber

RELATOR

RELATÓRIO

Márcia Medeiros e Antônio Vilmar Avi interuseram recurso de apelação contra sentença que, nos autos da *ação de anulação de ato jurídico por fraude, vício e dolo* movida contra Marinalva Rosani Miranda, julgou improcedente o pedido inicial, reconhecendo a validade da doação de imóvel registrado na Comarca de Trombudo Central/SC, realizada por Amadeu Carlos de Medeiros, pai e sogro dos autores e companheiro da ré.

Nas razões, sustentam, em síntese, que Amadeu foi casado em comunhão universal de bens com Artina Marques de Liz, adquirindo juntos um imóvel de 90 hectares, vindo a se separar de fato da esposa em 1986, ocasião em que passou a conviver com Marinalda, a acionada, ocorrendo o respectivo divórcio em 2006, com a partilha de bens, na proporção de 50% para cada um.

Após o divórcio, Amadeu vendeu a meação do imóvel para sua ex-cônjuge, Artina, recebendo R\$ 250.000,00, importância que utilizou para pagar algumas contas, adquirir um imóvel na localidade de Serril, na localidade de Braço do Trombudo, depositando o restante numa conta poupança.

Aduzem que Amadeu, no ano de 2007, após o seu divórcio, quando

já convivia com a ré, sofreu um segundo AVC – Acidente Vascular Cerebral, ficando inicialmente hospitalizado e com sequelas na fala e nos movimentos das mãos, braços e pernas.

A demandada, segundo também asseveraram os demandantes, aproveitando-se dessa situação, passou a pressionar Amadeu, seu companheiro, para que colocasse aquele imóvel situado em Braço de Trombudo em seu nome exclusivo (doação), com usufruto para ele, o que acabou ocorrendo, tal como atesta a respectiva matrícula imobiliária.

Referem que tal ato somente ocorreu por força da fraude, dolo e má-fé da acionada, pois deixou de cuidar de Amadeu, passando a conviver com outro homem, proibindo as visitas da autora e do seu irmão, contratando um casal de desconhecidos para cuidar do idoso, a essa altura totalmente debilitado, abatido e jogado numa cama no interior de uma pequena casa de madeira construída nos fundos do imóvel.

Afirmam que a ré também se apropriou das importâncias que estavam depositadas na conta bancária de Amadeu, comprando um carro e uma pequena casa na cidade de Lages, bens esses que foram colocados em nome de terceiros com o intuito de fraudar os interesses dos herdeiros do seu companheiro.

Dizem que, diante de tal cenário, pleitearam judicialmente a interdição de Amadeu (autos n. 074.08.002740-0), vindo a falecer em 01/12/2008.

Insistem na trama arquitetada pela ré para, fraudando os filhos de Amadeu, ficar com a propriedade do único bem que o mesmo possuía, adquirido com a venda da meação que recebeu quando do divórcio da sua primeira mulher.

Clamam, à luz dessas considerações, pelo provimento do apelo, com a consequente reforma da sentença proferida, observando-se a prova documental colacionada aos autos e o depoimento da testemunha

Verônica Cristina (fls. 322/323), aptos a comprovarem o ato fraudulento praticado por Marinalda, mantendo-se o bem em nome de Amadeu, para que possa ser arrolado posteriormente na forma da lei, ou, subsidiariamente, para que seja resguardada a proporção de 50% do imóvel, por ter Amadeu herdeiros necessários, de modo que não poderia dispor de 100% de seu patrimônio em favor da companheira.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte e foram a mim redistribuídos.

VOTO

De saída, registro que apesar de ter sido o recurso interposto por ambos os autores (fl. 471), somente poderá ser reconhecida como apelante a filha do *de cujus*, Márcia Medeiros, pois a ilegitimidade ativa de Antônio Vilmar Avi (genro de Amadeu) foi proclamada através da decisão interlocutória que se encontra às fls. 227/228, que restou irrecorrida.

No mais, satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Consta do autuado que a autora Márcia Medeiros é filha de Amadeu Carlos de Medeiros, falecido em 01/12/2008, o qual foi casado com Artina Marques de Liz (genitora da autora), ocorrendo a separação de fato no ano de 1986, ocasião em que Amadeu passou a conviver com Marinalda.

O divórcio entre Amadeu e Artina ocorreu em **16/08/2006** (fl. 298), tendo sido decretada a partilha igualitária dos bens. Na sequência, em **08/11/2006**, Amadeu alienou à Artina a fração que lhe competia do imóvel registrado sob o n. 12.909 (fl. 17).

Foi então que Amadeu adquiriu o imóvel objeto do presente litígio, por meio de contrato de compra e venda celebrado em **23/11/2006**

(fls. 216/218), mas que somente foi registrado em **24/04/2008**, sob a matrícula de n. 9.010, **diretamente em nome de Marinalda**, sua companheira (fl. 16).

Conforme alegado na petição de ingresso, Marinalda aproveitou-se do estado debilitado de Amadeu para induzi-lo a celebrar o aludido negócio, registrando o bem exclusivamente em seu nome, em ato consumado mediante vício de consentimento, acarretando, além disso, inegável doação inoficiosa (fls. 09/10), pois ao tempo em que realizada a liberalidade Amadeu não possuía outros bens em seu nome, mas tinha herdeiros necessários (Márcia e Jonas Medeiros, seus filhos).

Em resposta, Marinalda confirmou que o bem foi adquirido por Amadeu e repassado diretamente ao seu nome, nos seguintes termos:

“Com suporte na aludida sociedade conjugal de fato, e a título de indenização e quitação referindo-se a participação pelos árdus serviços prestados pela companheira e aqui Requerida, **os conviventes resolveram promover a aquisição de uma residência familiar em favor da suplicada senhora Marinalda Rosani Miranda**, com a condição de usufruto vitalício em favor do então companheiro [...]” (fl. 205, grifos meus).

A sentença, afastando a alegação de vício de consentimento no negócio de compra e venda celebrado, julgou improcedentes os pedidos formulados, apoiando-se, exclusivamente, na prova testemunhal.

De fato, não restou comprovado qualquer dos vícios de vontade mencionados na inicial (fl. 06), uma vez que a prova testemunhal não foi capaz de demonstrar tenha Marinalda induzido Amadeu a transferir o bem para o seu nome.

Com efeito, a testemunha Amauri Antunes Rodrigues, ao ser inquirida, afirmou:

“...que certa vez Amadeu comentou com o depoente que queria deixar

alguma coisa para ela tendo em vista ue [sic] Marinalda havia cuidado dele durante bastante tempo; que Amadeu comentou que pretendia transferir para a ré o imóvel no qual moravam, fazendo-o com reserva de usufruto para si; que nunca percebeu ou ficou sabendo que a ré pressionasse Amadeu para ele transferir o tal imóvel; que efetivamente era a ré que cuidava de Amadeu (...) que Amadeu tinha consciência e estava certo na ideia de passar o bem para Marinalda” (fl. 318).

Antonio Bertelli, por sua vez, asseverou:

“...antes do segundo derrame Amadeu comentou com o depoente que queria deixar um imóvel para a ré desde que fosse com usufruto para ele, porque assim, depois que morresse, o bem ficaria para Marinalda; que Amadeu nunca falou para o depoente, tampouco o depoente viu isso, que Marinalda pressionasse Amadeu para que ele transferisse a casa para ela” (fl. 319).

Valdir Manoel dos Santos, no mesmo rumo, deixou assentado:

“...sabe do negócio jurídico tratado nos autos porque foi o depoente que levou a ré, Amadeu e a vendedora até o cartório; que Marinalda e Amadeu pediram para que o depoente os levasse até o cartório; que nessa época Amadeu falava bem; que nessa época Amadeu andava sozinho e não precisava de ajuda; que Amadeu não precisou de ajudar [sic] nem para sair do fusca do depoente; que Amadeu nunca falou para o depoente que a ré o estivesse pressionando para que passasse a casa para o nome dela; que também nunca viu a ré pressionar Amadeu” (fl. 320).

Deniza Vogel, Oficial que lavrou o ato objeto do litígio, também prestou depoimento, dizendo:

“...Amadeu falava compreensivelmente e entendia perfeitamente o que era conversado com ele; que em nenhum momento na realização do negócio jurídico Amadeu demonstrou não querer realizá-lo, tendo apenas exigido que fosse feita a reserva de usufruto vitalício para ele; que Amadeu agiu de livre e espontânea vontade no negócio por ele realizado” (fl. 326).

Superada essa questão, certo é que o magistrado prolator do édito recorrido deixou de analisar as questões envolvendo a **doação inoficiosa**, o que atrai a incidência da regra inscrita no art. 1.013, do Código de Ritos, *in verbis*:

“Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

[...]

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

[...]

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; (Sublinhei).

Portanto, a nova regra processual permite a imediata análise pelo juízo *ad quem* de questão não apreciada pelo juízo *a quo*, desde que o processo esteja em condições de imediato julgamento, como ocorre na hipótese em foco.

Não há dúvidas de que a ré foi beneficiada com o imóvel adquirido por seu companheiro, circunstância, aliás, reconhecida na peça defensiva ao alegar que “*a título de indenização e quitação referindo-se a participação pelos árduos serviços prestados pela companheira e aqui requerida, os conviventes resolveram promover a aquisição de uma residência familiar em favor da suplicada senhora Marinalda*” (fl. 205), bem como em depoimento prestado à autoridade policial, no qual asseverou que reside em imóvel “*cuja propriedade foi transferida diretamente para a depoente na ocasião da aquisição, pois Amadeu*

dizia que se a depoente lhe cuidasse até a sua morte então o mesmo não iria lhe deixar mal” (grifei – fl. 117).

Sucedeu que ao tempo da celebração do negócio, Amadeu possuía herdeiros necessários (Márcia e Jonas), e não tinha outros bens, de modo que a doação do imóvel pelo pai da autora à companheira atingiu, na data da liberalidade, a legítima, prejudicando os herdeiros necessários (art. 1.845, CC).

Tal constatação deve ser realizada observando-se o patrimônio do doador no momento da doação, como, aliás, dispõe o art. 549 do Código Civil, sendo certo, outrossim, que a nulidade se restringe tão somente a parte que exceder à legítima.

Pois bem, perscrutando-se os autos, verifica-se que o imóvel matriculado sob o n. 9.010 foi adquirido por meio de contrato de compra e venda celebrado em 23/11/2006, após Amadeu alienar para ex-esposa a parte que lhe competia do imóvel registrado sob o n. 12.909.

E analisando o termo de audiência que homologou o divórcio (fl. 198), é possível verificar que todos os bens do casal foram englobados como um todo e divididos igualmente entre as partes.

Assim, se Amadeu alienou à ex-esposa a sua meação, ficou desprovido de patrimônio, sendo, portanto, verídica a alegação da autora de que Marinalda ficou *“sozinha com o bem único deixado pelo falecido [...] registrado junto ao C.R.I. local sob o número (9.010), a ser arrolado em ação própria”* (fl. 06), o que, a propósito, não foi impugnado pela ré.

A autora, portanto, logrou êxito em comprovar que o seu genitor não possuía nenhum outro imóvel na data da liberalidade, além daquele objeto da doação, atendendo à regra prevista no art. 373, I, do novo CPC (correspondente ao art. 333, I, do CPC/1973).

Ora, a doação, ainda que travestida de compra e venda, envolvendo

a totalidade do único bem patrimonial do doador, efetuada em favor da companheira, é ato de todo nulo, quando existentes herdeiros necessários, justo que tal proceder configura excesso de liberalidade, afrontosa à legítima daqueles que ostentam o direito de suceder, o que viabiliza a respectiva redução ao patamar máximo da parte disponível.

Acerca da doação inoficiosa, ensina PAULO NADER:

“Os proprietários de bens, que tenham herdeiros necessários, encontram no art. 549 do Código Civil uma restrição à liberdade de doar, delimitada, no momento da liberdade, ao que poderiam dispor em testamento. Já o art. 1.789 considera disponível, havendo herdeiros necessários, apenas a metade da herança. Importante a destacar-se é que o momento de definição da parte disponível é o da liberalidade, exatamente como determinava o Código Beviláqua (art. 1.176). O art. 1.014, parágrafo único, do Código de Processo Civil, modificará o critério, indicando o momento da abertura da sucessão para a avaliação do acervo e a conseqüente definição da metade da herança. Como o Código de Processo Civil de 2002 é lei posterior à de Ritos (1973), volta a prevalecer o momento da doação como critério de aferição da parte disponível.

Chama-se doação inoficiosa a parte excedente à disponibilidade do doador. A violação do limite legal não implica a nulidade do contrato de doação, mas apenas a da parte inoficiosa. Dá-se então o efeito que Eduardo Espíndola designa por redução da doação inoficiosa. Tratando-se de várias doações, dever-se-á considerar a primeira, a fim de se certificar da existência ou não de doação inoficiosa. O objetivo de tal regra é proteger a legítima dos herdeiros necessários (*Curso de direito civil: contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 3, p. 235, grifos meus).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE ATO JURÍDICO CUMULADA COM RECONHECIMENTO DE DIREITO DE HERANÇA. DECADÊNCIA AFASTADA. RÉ QUE VIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL COM O DE CUJUS. COMPRA

E VENDA DE IMÓVEIS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. BENS MATRICULADOS SOMENTE EM NOME DA COMPANHEIRA DO DE CUJUS. EVIDENTE BURLA AO DIREITO SUCESSÓRIO. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM NOME DA COMPANHEIRA QUE CARACTERIZA, POR VIA TRANSVERSA, DOAÇÃO INOFICIOSA. DE CUJUS QUE SOMENTE PODERIA DISPOR 50% DE SEUS BENS. METADE DOS BENS DESTINADOS À GARANTIA DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS.

ALEGAÇÃO DE QUE O IMÓVEL FORA ADQUIRIDO COM VERBA EXCLUSIVA DA REQUERIDA. AUSÊNCIA DE PROVAS. RECONHECIMENTO DO DIREITO DE HERANÇA DOS AUTORES À PARTE QUE EXCEDEU O PATRIMÔNIO DISPONÍVEL DO FALECIDO. POSSIBILIDADE DA COMPANHEIRA PARTICIPAR DA SUCESSÃO NO PROCESSO DE INVENTÁRIO, CONCORRENDO COM OS HERDEIROS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 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, ainda que não exista prova de contribuição para aquisição do bem. Logo, o registro dos bens do casal em nome somente da companheira, ora ré, configura evidente burla ao direito sucessório. Isso porque, havendo a existência de herdeiros necessários e legítimos sucessores, ora autores, não poderia o *de cuius* dispor de mais de 50% da parte de seus bens.” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.049910-4, de Turvo, rel. Des. Saul Steil, j. 19-11-2013, grifos meus).

E, ainda:

“É nula a disposição gratuita, por doação ou testamento, de bens ou quantias que correspondam a mais da metade do patrimônio global do doador quando este possuir herdeiros necessários - descendentes, ascendentes e cônjuge (CC art. 1.845) -, porque o excesso de liberalidade viola a fração legítima pertencente aos sucessores e dá ensejo, de consequente, a redução da doação aos limites da parte disponível (CC art. 549).” (TJSC, Apelação Cível n.

2014.045695-6, de Porto União, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 06-08-2015, grifos meus).

Por fim:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ANULAÇÃO DE DOAÇÃO INOFICIOSA. ASCENDENTE QUE CEDE GRATUITAMENTE IMÓVEIS EM FAVOR DE SUA COMPANHEIRA. MAGISTRADO *A QUO* QUE JULGA PROCEDENTES OS PLEITOS VAZADOS NA EXORDIAL. INCONFORMISMO DOS DEMANDADOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINAR AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE PACTA CORVINA. ADMISSIBILIDADE DA PROPOSITURA DA *ACTIO* AINDA EM VIDA DO DOADOR. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA QUE NULIFICA A DOAÇÃO NA INTEGRALIDADE. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. INTERESSADOS QUE OBJETIVAM, EM SEDE RECURSAL, A ADEQUAÇÃO DA TUTELA JURÍDICA ENTREGUE NA ORIGEM AO REGRAMENTO ACERCA DA LIBERALIDADE DA PARTE DISPONÍVEL DO PATRIMÔNIO. DOAÇÃO INOFICIOSA QUE MACULA SOMENTE A COTA QUE EXCEDER A PARCELA DISPONÍVEL. REDIMENSIONAMENTO IMPERATIVO. READEQUAÇÃO DA DOAÇÃO À FRAÇÃO DE 50% SOBRE A TITULARIDADE DO DEMANDADO SOBRE CADA IMÓVEL. DESNECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO REQUERIDO. HIPÓTESE PLAUSÍVEL NO CASO DE O DOADOR POSSUIR ACERVO PATRIMONIAL A MAIOR DO QUE AQUELE QUE FEZ PARTE DO ATO DE LIBERALIDADE. SITUAÇÃO *IN CASU* EM QUE O REQUERIDO NÃO COMPROVA POSSUIR QUAISQUER OUTROS BENS, SENÃO AQUELES QUE FORAM DOADOS À SUA COMPANHEIRA. INTELIGÊNCIA DO INCISO II DO ART. 333 DO CÓDIGO BUZAID. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.” (TJSC, Apelação Cível n. 2011.094475-1, de Guaramirim, rel. Des. Rosane Portella Wolff, j. 08-11-2012, grifos meus).

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou-lhe parcial provimento, para declarar parcialmente nulo o negócio jurídico enfocado, e, de conseguinte, determinar o retorno de 50% (cinquenta por cento) da propriedade do imóvel declinado na petição inicial ao patrimônio do doador, Amadeu, resguardando-se, assim, o quinhão correspondente à futura legítima dos herdeiros necessários.

Em corolário, condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor da causa, ex vi do art. 85, § 2º, do CPC.

Oficie-se ao Cartório de Registro de Imóveis de Trombudo Central/SC comunicando a nulidade parcial da compra e venda com reserva de usufruto registrada sob o nº R-3, da matrícula nº 9.010.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 0158548-61.2015.8.24.0000

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

COMPRA E VENDA. DAÇÃO EM PAGAMENTO. ENTREGA DE APARTAMENTO EM CONSTRUÇÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE DAVA O TERRENO SOB O QUAL SE CONSTRUÍA O APARTAMENTO COMO GARANTIA DA ENTREGA DO BEM. PLEITO DE AVERBAÇÃO DE ÔNUS REAL EM GARANTIA NA MATRÍCULA DO TERRENO. REQUISITO DA PUBLICIDADE NÃO PREENCHIDO. INSTRUMENTO PARTICULAR NÃO REGISTRADO NO CARTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO *ERGA OMNES*. MERA AVERBAÇÃO QUE NÃO SUPRE A AUSÊNCIA DO REGISTRO.

Tanto a especialização como a publicidade são requisitos imprescindíveis para que o ônus real possa valer contra terceiros, caracterizando-se juridicamente como um direito real pela sua oponibilidade *erga omnes*. Se a garantia não contiver tais requisitos, o contrato que a constitui, embora não seja nulo, não dará origem a um direito real. Ademais, impossível o registro de hipoteca por intermédio de instrumento particular, de acordo com o art. 108 do Código Civil.

AGRAVO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0158548-61.2015.8.24.0000, da comarca da Capital 5ª Vara Cível em que é Agravante Umberto Sfoggia Zago ME e Agravado Dui Godin Construtora e Incorporadora EIRELE.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 14 de junho de 2016.

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Umberto Sfoggia Zago ME da decisão que, em sede de ação de rescisão contratual, indeferiu o pedido de antecipação de tutela e determinou a averbação da existência de ação que envolve o imóvel de matrícula nº 20.194 do Registro de Imóveis da Capital.

O agravante sustenta que parte da avença de compra e venda firmada entre as partes seria adimplida mediante dação em pagamento, com a entrega de um apartamento e, conforme consta no contrato, o terreno sobre o qual o bem era construído serviria como garantia real do pacto, motivo por que a informação deve ser averbada na matrícula do terreno (fls. 02/10).

O efeito ativo foi indeferido (fls. 85/91).

Os autos vieram conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos que regem a admissibilidade, conhece-se do recurso.

Infere-se dos autos que as partes efetuaram contrato de compra e venda, mediante o qual o vendedor, ora agravante, aliena estoque total de produtos e mobiliário da loja Coqueiro Materiais de Construção e, em troca, receberia um apartamento, por dação em pagamento – que à época da avença se encontrava em construção –, bem como R\$ 20.000,00, além de outros R\$ 5.754,74 a serem quitados títulos do passivo do agravante.

No entanto, verificou-se que o comprador, ora agravado, deixou de cumprir com diversas cláusulas contratuais, razão por que foi ajuizada demanda visando a rescisão do contrato e a concessão de antecipação de tutela, que tinha como escopo a averbação de garantia real na matrícula do terreno em que se construía o imóvel objeto da dação em pagamento; todavia, a medida foi indeferida pela magistrada singular.

Escorreito o interlocutório.

Inicialmente, oportuno consignar que, em agravo de instrumento, cabe ao Relator tão somente a análise da questão no que diz respeito ao acerto ou desacerto da decisão recorrida sem, contudo, esgotar a discussão da matéria, sob pena de supressão de instância.

Ultrapassado esse ponto, esclarece-se que o sistema jurídico vigente prevê as modalidades de garantias reais no art. 1.419 do Código Civil (art. 755 do CC/16), *in verbis*:

Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.

Ainda, considera-se a propriedade fiduciária, conceituada pelo art. 1.361 do mesmo Diploma (arts. 647 e 648 do CC/16), a qual, no que tange aos bens imóveis, é regulamentada pela Lei nº 9.514/97.

Nessa esteira, as aludidas garantias revelam-se direitos reais “porque adere imediatamente à coisa, sendo oponível *erga omnes* e provida de

sequela, aperfeiçoando-se após a tradição ou registro” (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 416).

Outrossim, uma vez que há a criação de vínculo real com relação ao bem garantido, há dois requisitos formais que devem ser observados a fim de que o ônus real seja oponível a terceiros, quais sejam: a publicidade e a especialização.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz elucida:

A *especialização* do penhor, da hipoteca, da anticrese vem a ser a pormenorizada enumeração dos elementos que caracterizam a obrigação e o bem dado em garantia. De modo que, além dos requisitos do art. 104 do Código Civil, exige o art. 1.424 deste que no instrumento figurem:

- a) O valor do crédito, sua estimação ou valor máximo [...]
- b) O prazo fixado para o pagamento do débito [...]
- c) A taxa de juros [...]
- d) A especificação da coisa dada em garantia [...]. Se se tratar de hipoteca ou de anticrese, deverá mencionar a situação, denominação, superfície, caracteres do imóvel dado em garantia, individuando-o. A falta de individualização do objeto descaracteriza a garantia.

A *publicidade* do contrato é dada pelo registro e pela tradição se se tratar de bem móvel. Todos os requisitos acima mencionados deverão figurar na inscrição do ônus real na circunscrição imobiliária competente (Lei n. 6.015/73, arts. 238 e 241). De modo que a hipoteca e a anticrese só se constituem por meio desse registro imobiliário (CC, art. 1.227). [...] (*op. cit.* p. 421/422).

No caso vertente, o agravante sustenta a necessidade de averbação de garantia real na matrícula do imóvel em discussão por força de cláusula constante no contrato de compra e venda firmado entre as partes.

Retira-se da avença a aludida disposição (fl. 36):

CLÁUSULA SEXTA: [...]

PARÁGRAFO ÚNICO: Fica, desde já, sob forma de garantia do cumprimento da entrega do Apartamento listado acima, no PREÇO E FORMA DE PAGAMENTO, o terreno matriculado sob o nº 20.194, no Livro nº 2 – Registro Geral, do Cartório do 2º Ofício do Registro de Imóveis, de Florianópolis e, onde está sendo erguida a obra. Na impossibilidade de conclusão das obras e a entrega efetiva do imóvel, o terreno deverá ser inabilitado e imediatamente disponibilizado para reparação dos prejuízos do VENDEDOR. Por meio desse Contrato, o COMPRADOR fará a transferência do terreno a quem o Promitente Vendedor designar, e receberá por isso somente a diferença, subtraído o valor do bem, corrigido desde a assinatura desse Contrato até a data do recebimento dessa venda, pelo CUB (Custo Unitário Básico da Construção) e mais de 1% (um por cento) de juros por mês.

Extrai-se da cláusula transcrita que a figura estampada assemelha-se à hipoteca; porém, não se constatou o preenchimento do requisito da publicidade. Isso, porque o pacto foi firmado por meio de instrumento particular, com a assinatura de duas testemunhas e ausente o registro no cartório (fls. 34-36).

Nesse sentir, válida a célebre frase de Lacerda de Almeida: “hipoteca não registrada é hipoteca não existente” (*apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 483).

Ademais, considerando-se que a hipoteca passa a existir no mundo jurídico com o seu registro, igualmente passará a ser oponível *erga omnes*, revelando sua validade com força de garantia real; caso contrário, tratar-se-ia de direito pessoal com mera eficácia *inter partes* sem capacidade de averbação.

Por oportuno:

Tanto a especialização como a publicidade são requisitos imprescindíveis

para que o ônus real possa valer contra terceiros, caracterizando-se juridicamente como um direito real pela sua oponibilidade *erga omnes*. Todavia, se a garantia não contiver tais requisitos, o contrato que a constitui não será nulo, só que não dará origem a um direito real, passando a valer apenas *inter partes*, ou seja, como direito pessoal, sem referência a terceiros [...] (*op. Cit.* p. 422).

Feitos tais esclarecimentos, importa frisar que, no caso dos autos, o agravante busca suprir a ausência do requisito da publicidade – o qual ver-se-ia preenchido com o registro da hipoteca – por intermédio da mera averbação de garantia real na matrícula do imóvel.

Todavia, diferem-se os atos de registro dos atos de averbação.

No que tange aos atos relativos a imóveis, é por meio do registro que se dá o domínio, bem como se constituem os demais direitos reais.

Nicolau Balbino Filho leciona:

Do exposto se conclui que os atos do registro de imóveis, executados de conformidade com a legislação pátria, produzem os seguintes efeitos:

- a) são modo de adquirir imóveis com o registro do título de transferência, operando sempre a validade contra terceiros;
- b) são modo de constituir e transferir direitos reais sobre imóveis alheios, tanto os de gozo como os de garantia;
- c) determinam, pela averbação na folha da matrícula ou à margem do competente registro, a extinção do respectivo direito real;
- d) o registro oferece a prova da existência do domínio e dos direitos reais sobre imóveis, ressalvados os direitos de terceiros. (Registro de Imóveis: doutrina, prática e jurisprudência. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33)

Por outro lado, nas palavras do referido doutrinador: “averbar é fazer constar na folha de um registro todas as ocorrências que, por qualquer modo, o alterem” (*op. Cit.*, p. 529).

Tratando-se, pois, de atos com características e funções distintas, não há como por meio de um – averbação – obter-se o mesmo efeito que outro – registro –, conforme postula o agravante.

Ademais, impossível o registro de hipoteca por intermédio de instrumento particular, porquanto dispõe o art. 108 do Código Civil: *“Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”*.

Logo, diante da inexistência de publicidade que cinge a suposta hipoteca, não há falar na existência de ônus real em garantia, na hipótese.

O VOTO é no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso.

Apelação Cível n. 2015.094453-3, de Blumenau

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

CIVIL. AÇÃO MANDAMENTAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE (SULAMÉRICA). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. ACOLHIDO PEDIDO DE MANUTENÇÃO DOS DEPENDENTES EM PLANO DE SAÚDE NO CASO DE MORTE DO TITULAR. INSURGÊNCIA DA RÉ. CONTRATO CELEBRADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 9.656/98. NÃO DEMONSTRADA A INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR SOBRE A POSSIBILIDADE DE MIGRAR PARA O NOVO REGIME. ÔNUS EXCLUSIVO DA OPERADORA. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. APLICABILIDADE DA LEI. DISPOSIÇÃO ESPECÍFICA SOBRE DIREITO DOS DEPENDENTES À PERMANÊNCIA NO PLANO APÓS O FALECIMENTO DO TITULAR (ART. 30, § 3º). REFORMA DA SENTENÇA APENAS PARA LIMITAR O DIREITO DE PERMANÊNCIA AO PRAZO DE DOIS ANOS APÓS A MORTE. LIMITE ESTABELECIDO EM LEI (ART. 30, § 1º, DA LEI 9.656/98). RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. DANO MORAL AFASTADO NA SENTENÇA. INSURGÊNCIA DOS AUTORES HIPÓTESE QUE EXTRAPOLA A ESFERA DO MERO DISSABOR. AMEAÇA DE EXCLUSÃO QUE CAUSOU AFLIÇÃO PSICOLÓGICA E ANGÚSTIA EM MOMENTO DE EXTREMA FRAGILIDADE E SOFRIMENTO DOS AUTORES. AUTOR, JÁ FALECIDO, À ÉPOCA COM CÂNCER E AUTORA IDOSA (81 ANOS). DEVERDE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) PARA CADA AUTOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DOS AUTORES PROVIDO. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.

A Lei n. 9.656/98 prevê expressamente, em seu art. 30, § 3º, o direito dos dependentes a permanecerem no plano coletivo em caso de morte

do titular. Contudo, não se pode deixar de observar o mandamento legal de que essa permanência deve se dar “nos termos do disposto [naquele] artigo”, que, em seu parágrafo 1º, prevê um prazo mínimo de 6 meses e um máximo de 24 meses para a manutenção da condição de beneficiário nessa situação. Com efeito, a manutenção dos dependentes por prazo indefinido ultrapassaria os limites da razoabilidade e geraria excessivo ônus à seguradora

2. Diante da angústia, da dor e do sofrimento suportado pelos autores ante a ameaça ilegal de exclusão do plano de saúde por parte da ré, somada à situação de doença grave e condição de pessoa idosa, deve a operadora ser condenada ao pagamento de indenização por danos morais. Há que se ter, em tais hipóteses, mais consideração com a vida do ser humano e segurado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.094453-3, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível), em que são apte/apdo Iracema Soares e outro, e apdo/apte Sulamérica Companhia de Seguros Gerais:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso dos autores e provimento parcial ao recurso da ré. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 17 de maio de 2016.

Marcus Túlio Sartorato

RELATOR

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado às fls. 173/174, por revelar com transparência o que existe nestes autos, e a ele acrescenta-se que o MM. Juiz de Direito, Doutor Cássio José Lebarbenchon Angulski, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e, assim, (1) confirmou a tutela antecipada concedida, (2) determinou à ré que mantivesse a autora no plano de saúde do qual fazia parte, nas mesmas condições vigentes à época do falecimento do titular do plano, mediante o recolhimento das mensalidades devidas, e, por fim, (3) afastou o pleito relativo à indenização por danos morais. Condenou as partes, ainda, ao pagamento de metade das custas processuais, cada uma, e ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), admitida a compensação por força da sucumbência recíproca (art. 21 do Código de Processo Civil).

Inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação (fls. 183/191), em que procura reverter a sentença no que diz respeito à indenização por danos morais. Relata que seu filho estava internado no hospital, para tratamento de câncer, quando ficou sabendo que seu plano de saúde, bem como o de seu filho, seria cancelado devido ao falecimento de seu marido. Alega que a conduta da seguradora, naquele contexto, resultou em abalo moral indenizável.

A ré, igualmente, apelou da sentença (fls. 193/201) e, em suas razões, sustenta a legalidade da não manutenção do contrato coletivo no caso de falecimento do titular, sustentando que (1) havia previsão contratual para exclusão dos segurados na hipótese ocorrida; (2) as disposições da Lei n. 9.656/98 não se aplicam ao contrato em questão, por ter sido firmado anteriormente à sua entrada em vigor; (3) o próprio caráter coletivo do contrato, que tornaria inviável sua manutenção e (4) a aplicação mitigada da legislação consumerista ao presente caso, por se tratar de contrato firmado entre pessoas jurídicas. Pugna pela total improcedência dos

pedidos. Intimados, autores e ré apresentaram contrarrazões (fls. 210/218 e fls. 219/228), em que pleiteiam, respectivamente, o desprovimento do recurso da parte contrária.

VOTO

1. Inicialmente, há que se reconhecer a relação de consumo existente entre as partes, as quais se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor de serviços, estatuídos nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente, devendo o presente caso, por essa razão, ser analisado sob a ótica da legislação consumerista. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, aliás, é questão bem pacificada na jurisprudência, tendo sido, inclusive, objeto de súmula no âmbito do STJ, *in verbis*: “*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*” (Enunciado n. 469).

De igual modo, são aplicáveis ao contrato em questão as normas da Lei n. 9.656/98, que regula os planos e seguros privados de assistência à saúde, muito embora a segunda apelante pretenda o contrário, sob o argumento de que a contratação do plano se deu em 02.09.1996 (fl. 22) – antes de a referida norma entrar em vigor. O artigo 35 do diploma legal mencionado assegura expressamente aos consumidores que firmaram contratos anteriores à sua vigência “a possibilidade de optar pela adaptação” ao sistema instituído pela referida norma.

O § 2º do artigo 10 da Lei em questão previu, ainda, a obrigação das pessoas jurídicas que comercializassem o plano a oferecer ao consumidor o plano-referência ali estabelecido. Ademais, este egrégio Tribunal de Justiça tem jurisprudência consolidada a respeito do tema, segundo a qual é ônus exclusivo da seguradora comprovar que efetivamente possibilitou ao segurado a migração para a proteção da nova Lei:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO FIRMADO POR EMPRESA EM FAVOR DE SEUS FUNCIONÁRIOS. EMPREGADA QUE, AO REQUERER A REALIZAÇÃO DE EXAMES, TEM SEU PEDIDO NEGADO SOB A JUSTIFICATIVA DE QUE SEU PLANO (BÁSICO) NÃO PREVIA A COBERTURA PARA PROCEDIMENTOS RELATIVOS AO CÂNCER. REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS DE FORMA PARTICULAR SUBSIDIADA PELA EMPREGADORA (AUTORA). CONTRATO FIRMADO ANTERIORMENTE À LEI N. 9.656/98. NÃO COMPROVAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO DA CONSUMIDORA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE MIGRAÇÃO DE PLANO DE ACORDO COM AS NOVAS REGRAS. EXIGÊNCIA CONTIDA NA ALUDIDA LEI (ART. 35) E RESOLUÇÃO 64/2003 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. APLICABILIDADE DA NORMA AO CASO EM DEBATE. NEGATIVA INDEVIDA. (...) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - Aplicam-se as disposições contidas na Lei n. 9.656/98 aos contratos firmados antes de sua vigência quando não demonstrado pelo plano de saúde a oferta, ao consumidor, da possibilidade de migração de plano de acordo com as novas regras, consoante determinação contida no art. 35 da aludida Lei e Resolução 64/2003 da Agência Nacional de Saúde. II - (...) (TJSC, Apelação Cível n. 2009.035540-7, de Timbó, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 11-12-2012).

No mesmo sentido: TJSC, Apelação Cível n. 2013.009972-2, de Blumenau, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 09-06-2015; TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.014130-9, de Joinville, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 25-09-2014; TJSC, Apelação Cível n. 2014.053076-4, de Brusque, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 04-09-2014.

Não há nos autos qualquer elemento que comprove a notificação do segurado a respeito da possibilidade de migração para a tutela da nova regulamentação jurídica, a partir de 1998. Portanto, na esteira dos precedentes acima colacionados, aplicam-se à espécie as disposições previstas na Lei 9.656/98.

Apesar da literalidade do art. 35-G dessa legislação (“*Aplicam-se*

subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990”), a incidência desses dois diplomas legais – CDC e Lei 9.656/98 – deve dar-se, na verdade, de forma complementar, e não com a simples aplicação subsidiária do CDC, como bem observa Bruno Miragem:

[...] Essa redação, como bem aponta a doutrina especializada, não parece ser dogmaticamente correta. Não há se falar de aplicação subsidiária, senão complementar entre as duas leis. Em outros termos: O CDC não deve ser aplicado apenas quando a Lei 9.656/98 não disponha sobre o tema em específico, senão que devem ambas as leis guardar coerência lógica, orientada pela finalidade de proteção do consumidor dos planos de assistência à saúde. (Curso de direito do consumidor. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 422)

Esclarecido o direito que rege o contrato, passa-se ao exame da legalidade da conduta da ré, que pretende excluir os dependentes do plano de saúde em virtude do falecimento do titular. Adianta-se que a tese não merece prosperar, conforme ficará demonstrado a seguir.

A primeira autora alega que, após o falecimento de seu marido, em março de 2014, fora informada de que seu plano de saúde, bem como o de seu filho (segundo autor), seria cancelado em virtude daquele fato. Nos *e-mails* enviados à seguradora (fls. 27/30), a operadora do plano de saúde comunicou à autora que o contrato não previa o benefício da remissão e que manter os dependentes seria uma “afronta à RN 195” (fl. 27).

A ré, por sua vez, sustenta que existe previsão no contrato firmado entre as partes (fls. 98/119) para que haja exclusão do titular e seus dependentes do plano de saúde em caso de falecimento daquele – considerando-se que o vínculo empregatício se rompe com a morte do empregado –, não havendo qualquer menção ao instituto da remissão.

De fato, não se pode negar que a exclusão dos dependentes do plano

está contratualmente prevista no caso de cessar o vínculo empregatício do titular:

23.1 – Os casos adiante mencionados determinarão a exclusão dos segurados titulares do seguro, que ocorrerá no último dia do mês do respectivo pedido:

(...)

b) cessação do vínculo concreto ou empregatício com o Estipulante;

(...)

23.2 – A cessação da cobertura dos dependentes do segurado titular ocorrerá quando for perdida a condição de dependência estabelecida na cláusula 2.5, ou nos seguintes casos:

(...)

b) cessação do seguro do segurado titular;

(...)

Mas é necessário perquirir se o contrato se adequa às normas que o regem.

A Resolução Normativa 195/2009 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, mencionada pela ré em seu *e-mail* à autora (fl. 27), dispõe que as operadoras poderão excluir ou suspender a assistência à saúde dos beneficiários de planos coletivos, sem a anuência das pessoas jurídicas contratantes, em caso de “*perda dos vínculos do titular previstos nos artigos 5º e 9º*” da Resolução (art. 18, parágrafo único, II) – *in casu*, o vínculo empregatício. Contudo, a redação do dispositivo continua e, após a última vírgula, o inciso faz a ressalva do “*disposto nos artigos 30 e 31 da Lei n. 9.656/1998*”.

O *caput* desse artigo 30, ressalvado pela Resolução, trata da hipótese de manutenção da condição de beneficiário daquele que enfrenta uma

“rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa (...), nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral”. Mais especificamente, em seu parágrafo 3º, tem-se que *“em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo”*.

Ora, do cotejo entre as normas mencionadas extrai-se a clara interpretação de que os dependentes vinculados a um plano de saúde regido pela Lei n. 9.656/1998 possuem o *direito de permanência* em caso de *morte do titular*, sendo inexistente na hipótese, por ressalva expressa, o direito de exclusão da operadora constante do art. 18, parágrafo único, II, da RN 195/2009.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal de Justiça:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÕES COMINATÓRIAS CUMULADAS COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE. MORTE DO TITULAR. EXCLUSÃO DAS DEPENDENTES. CONEXIDADE E REUNIÃO DOS PROCESSOS. SENTENÇA UNA. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA, OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. ILEGITIMIDADE PASSIVA E DENUNCIÇÃO DA LIDE À EMPREGADORA, QUE FIGURA COMO MERA INTERMEDIÁRIA DO CONTRATO FACULTATIVIDADE DAS HIPÓTESES DO INCISO III DO ARTIGO 70 DO CÓDIGO PROCESSUALISTA. PRELIMINARES AFASTADAS. DIREITO DE MANUTENÇÃO DO PLANO DE SAÚDE AOS DEPENDENTES, APÓS O FALECIMENTO DO TITULAR. EXEGESE DO ARTIGO 30, PARÁGRAFO 3º, DA LEI N. 9.656/1998. ALEGAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA POR EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.093070-0, de Lages, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 09-09-2014, sem grifo no original).

DIREITO DO CONSUMIDOR - PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE CONTRATO - FALECIMENTO DO TITULAR - RESCISÃO UNILATERAL PELA SEGURADORA EM FACE DA BENEFICIÁRIA DEPENDENTE - PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - INCONFORMISMO DA RÉ - RECUSA NA MANUTENÇÃO DA AVENÇA - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DAS NORMAS DE INTRODUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO, DO CDC E DAS DETERMINAÇÕES DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE - FALECIMENTO DO TITULAR - VÍNCULO CONTRATUAL EXTENSIVO AOS DEMAIS BENEFICIÁRIOS - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. Relação contratual entre administradora de plano de saúde e contratante beneficiário é vínculo jurídico subordinado aos ditames do CDC. Havendo dúvidas ou omissões em contratos de consumo, prevalece a proteção ao consumidor. Falecendo o titular do plano de saúde, não se extingue o contrato pela existência de remissão, permanecendo o vínculo contratual nas mesmas condições em que foram estabelecidas inicialmente, conforme normas da agência nacional de saúde.

(TJSC, Apelação Cível n. 2011.021150-4, de Joinville, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 10-05-2012).

Contudo, constatada a existência do direito à manutenção do benefício, é necessário atentar ao prazo pelo qual essa extensão do plano será válida. Isto porque o direito dos dependentes à manutenção do benefício previsto no artigo 30 da Lei n. 9.656/1988 é expressamente condicionado aos *termos do disposto* no próprio artigo, i.e., em seu *caput* e demais parágrafos.

O parágrafo 1º do referido artigo estabelece que “*o período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o caput será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses*”. Foi estipulada pelo legislador, portanto, a proporção de um terço, balizada por um limite

mínimo (seis meses) e um limite máximo (vinte e quatro meses), como fator de balanceamento entre o tempo em que o beneficiário permaneceu na relação de trabalho – i.e., na condição de filiado – e o tempo a que terá direito ao benefício no caso de rompimento desse vínculo nos termos do *caput*.

Assim, enquanto o prazo mínimo de seis meses tem o condão de servir como garantia ao beneficiário de que gozará de proteção por tempo razoável quando se tratar de uma efêmera relação de trabalho, o prazo máximo de vinte e quatro meses, por sua vez, é a salvaguarda da seguradora de que não terá de manter o plano vigente de modo vitalício em relação ao titular e a seus dependentes em caso de cessação do vínculo.

A inexistência de um prazo de manutenção da condição de beneficiário, nesse contexto, daria ensejo a situações que ultrapassariam os limites da razoabilidade, pois um determinado segurado poderia manter-se por anos a fio no plano de saúde coletivo, ainda que tivesse trabalhado por poucos meses, acarretando um ônus excessivo às operadoras. Na lição de Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, “[a] ausência de tal regra limitadora do tempo de filiação seria um estímulo para que as empresas se desinteressassem pela estipulação de planos e seguros coletivos aos empregados” (*Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Comentada artigo por artigo*. 2ª ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 264).

Aprouve ao legislador, portanto, dispor expressamente, e de modo cogente, sobre a fixação desse prazo de manutenção do benefício nas hipóteses do artigo 30 (*caput* e parágrafos) e, especificamente, para a morte do titular do plano. Esse mandamento legal, portanto, não pode ser ignorado.

Vale salientar que não se olvida o disposto na Súmula Normativa n. 13/2010 da ANS, *in verbis*: “O término da remissão não extingue

o contrato de plano familiar, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes, para os contratos firmados a qualquer tempo". Contudo, esta não se aplica, pois não se trata aqui de *plano familiar* mas, sim, de *plano coletivo empresarial* (art. 5º da Resolução Normativa n. 195/2009).

No caso em análise, o plano contratado pelo marido da autora, em que ela e seu filho figuram como dependentes, está em vigência desde 1996. Considerando o lapso temporal de praticamente vinte anos, não há dúvidas de que o benefício deve ser mantido aos dependentes do titular falecido pelo prazo máximo estipulado na Lei, a saber, vinte e quatro meses (art. 31, § 1º, da Lei n. 9.656/98).

Assim, ocorrida a morte do titular em 07.03.2014 (conforme certidão de óbito à fl. 26), deve ser assegurado aos dependentes o direito de permanência no plano de saúde, nas mesmas condições de que gozavam quando da vigência do contrato de trabalho – desde que seja assumido seu pagamento integral (*caput*) – até o dia 07.03.2016.

2. Quanto ao pedido de indenização por danos morais, cumpre esclarecer, inicialmente, que, não obstante o autor Paulo Josué Soares tenha falecido no decorrer da ação, foi regularmente realizada a substituição processual (fls. 170/171), em que a segunda autora, Iracema Soares, foi designada representante do falecido, na condição de sucessora.

Deve-se salientar que, de fato, o ressarcimento por dano moral é direito personalíssimo do ofendido e, por isso, extingue-se com a sua morte. Todavia, sendo intentada a ação enquanto ainda viva a vítima, o direito a indenização constitui-se em um crédito que passa integrar o seu patrimônio, de modo que, advindo seu falecimento, transmite-se aos herdeiros o direito de prosseguir com a ação.

É pacífica a jurisprudência quanto ao tema:

A Corte Especial deste Tribunal firmou o entendimento de que, embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cuius* (AgRg no EREsp. 978.651/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, *DJe* 10.02.11).

Conforme defendem a doutrina e entendimento do STJ, os herdeiros têm legitimidade para dar continuidade à ação de danos morais iniciada pelo *de cuius*, não sendo óbice o fato de os direitos de personalidade serem direitos personalíssimos e, por isso, intransmissíveis. (AgRg no Resp. 1.072.946/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, *DJe* 08.09.2009)

DANO MORAL. Morte da vítima. Transmissibilidade do direito. O direito de prosseguir na ação de indenização por ofensa à honra transmite-se aos herdeiros. Recurso não conhecido. (Resp n. 440.626/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. em 3.10.2002).

Esta Câmara também já se manifestou sobre a matéria em outras oportunidades (TJSC, Apelação Cível n. 2010.087138-3, de São José, deste relator, com votos vencedores dos desembargadores Fernando Carioni e Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 15-03-2011; TJSC, Apelação Cível n. 2008.053026-0, de Ponte Serrada, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, com votos vencedores deste relator e do Desembargador Fernando Carioni, j. 10-03-2009).

Dessa forma, nenhum impedimento há para o prosseguimento da ação quanto ao pleito de dano moral, mesmo com a substituição processual realizada, motivo pelo qual se passa a analisar o mérito recursal.

3. A Carta Magna em seu art. 5º, X, estabelece que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

De igual sorte, está previsto no art. 186 do atual Código Civil que:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Na mesma esteira e no que toca à obrigação de reparar o dano, não se deve perder de vista o que restou disposto no art. 927 do mesmo diploma legal: *“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”*

Sobre o tema ato ilícito, da doutrina, em especial dos ensinamentos de Maria Helena Diniz, colhe-se que *“para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente”* (Código Civil anotado, Saraiva, 1999, 5ª ed., p. 169).

Para Serpa Lopes, responsabilidade *“significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”* (Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil, Freitas Bastos, 2001, 5ª ed., v. 5, p. 160).

Ensina José Aguiar Dias que *“a culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua conduta. [...] Consiste a imprudência da precipitação no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos”* (Da responsabilidade civil, Forense, 1997, 10ª ed., v. I, p. 120). Neste sentido, entende-se que “o

grande fundamento da culpa está na previsibilidade. Pois ela consiste na conduta voluntária que produz um resultado antijurídico, não querido, mas previsível ou excepcionalmente previsto, de tal modo que, com a devida atenção, poderia ser evitado” (RT 415/242).

Afirma ainda Carlos Alberto Bittar:

O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõe a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade.

Impõe-se-lhe, no plano jurídico, que responde pelos impulsos (ou ausências de impulsos) dados no mundo exterior, sempre que estes atinjam a esfera jurídica de outrem.

Isso significa que, em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as conseqüências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade.

[...]

Com efeito, das ações que interessam ao direito, umas são conformes, outras desconformes ao respectivo ordenamento, surgindo, daí, os ‘atos jurídicos’, de um lado, e os ‘atos ilícitos’, de outro, estes produtores apenas de obrigações para os agentes.

Entende-se, pois, que os ilícitos, ou seja, praticados com desvio de conduta em que o agente se afasta do comportamento médio do *bonus pater familias* devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem.

Mas, em sua conceituação, ingressam diferentes elementos, tendo-se por pacífico que apenas os atos resultantes de ação consciente podem ser definidos como ilícitos. Portanto, à antijuridicidade deve-se juntar a subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente. A culpa *lato sensu* é, nesse caso, o fundamento da responsabilidade.

Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem.

Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).

[...]

Deve, pois, o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhe os prejuízos acarretados, à causa do seu próprio, desde que represente a subjetividade do ilícito (Responsabilidade civil nas atividades perigosas, in Responsabilidade Civil Doutrina e Jurisprudência, 1988, p. 93-5).

No caso em análise, a autora relata que seu filho estava internado no hospital, para tratamento de câncer, quando ficou sabendo que seu plano de saúde, bem como o de seu filho (segundo autor), seria cancelado devido ao falecimento de seu marido. Alega que a conduta da seguradora, naquele contexto, resultou em considerável abalo psicológico e dano moral indenizável, diante da situação delicada em que se encontrava (fl. 188).

A ré, em seu turno, sustenta a ausência de conduta ilícita de sua parte. Ademais, afirma não estar comprovada a aflição psicológica alegadamente sofrida, caracterizando-se o caso por um mero “acontecimento infeliz ou decepcionante” (fl. 215).

Adentrando-se às peculiaridades do caso, pode-se ver sem dificuldades que os autores sofreram mais que um simples aborrecimento

diante da comunicação de exclusão do plano por parte da operadora de plano de saúde. A seriedade da doença que o autor Paulo Josué Soares enfrentava no período (“*neoplasia hematológica*”, fl. 134), que pouco tempo depois ocasionou sua morte, demonstra a situação de fragilidade em que se encontravam os autores no momento em que receberam a notícia da exclusão de seu plano de saúde, sendo perfeitamente possível entrever as consequências de índole psicológica diante deste simples inadimplemento contratual.

Especialmente no caso da autora, são evidentes a angústia, a dor e o sofrimento dos quais foi acometida, ainda mais na condição de pessoa idosa (81 anos, fl. 19). No momento em que mais precisava, em situação de emergência e de agonia pela vida de seu filho, que lutava contra o câncer por meio dos recursos oferecidos pelo plano, viu-se a autora diante da possibilidade concreta de ser privada, junto com o falecido autor, da utilização do plano de saúde a que aderira, na condição de dependente, por praticamente 17 anos (fl. 21).

Ressalta-se, por fim, que o fato de o cancelamento do plano de saúde não ter ocorrido em decorrência de providências externas à vontade da seguradora não tem o condão de descaracterizar o dano moral, que já havia se concretizado diante da injusta ameaça de exclusão do plano, ao ter sido ignorado o direito de permanência dos autores pelo prazo legal, conforme exposto nos pontos anteriores.

Esta Câmara, na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, tem entendido que a negativa de cobertura de tratamento por parte da operadora de plano de saúde, em determinadas situações de angústia por causa de doença grave, é capaz de produzir abalo moral indenizável. Há diversas decisões neste sentido, dentre as quais encontram-se as seguintes:

CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PLANO DE SAÚDE (UNIMED). FALECIMENTO DA AUTORA NO CURSO DO PROCESSO.

HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS NO FEITO. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL TRANSMISSÍVEL AOS SUCESSORES. PRECEDENTES DESTA CORTE. PRELIMINAR DE PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR AFASTADA. CLÁUSULA LIMITATIVA DE FORNECIMENTO DE PRÓTESE. MATERIAL ESSENCIAL PARA O SUCESSO DA CIRURGIA. ABUSIVIDADE RECONHECIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA. PLEITO RECURSAL QUE VISA TÃO SOMENTE A EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADO MERO ABORRECIMENTO DIANTE DO INADIMPLENTO CONTRATUAL. INSUBSISTÊNCIA. HIPÓTESE QUE EXTRAPOLA A ESFERA DO MERO DISSABOR. RECUSA À COBERTURA QUE CAUSOU AFLIÇÃO PSICOLÓGICA E ANGÚSTIA EM MOMENTO DE EXTREMA FRAGILIDADE DA FALECIDA AUTORA. PACIENTE QUE CONTAVA COM 87 ANOS NA OCASIÃO EM QUE NECESSITOU DE ATENDIMENTO DE URGÊNCIA PARA TRATAR FRATURA EM SEU FÊMUR. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) QUE SE MOSTRA CONDIZENTE COM O CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. TERMOS INICIAIS DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA ALTERADOS *EX OFFICIO*. ERRO MATERIAL VERIFICADO NO DISPOSITIVO DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POR DUAS VEZES, EM PERCENTUAIS DISTINTOS. CORREÇÃO DE OFÍCIO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO DESPROVIDO. (...) 3. Conquanto assente nesta Câmara o entendimento de que o simples inadimplemento contratual, ainda que referente à cobertura de plano de saúde, não tem condão de, por si só, dar margem ao dano moral, é certo que, em determinadas situações, em que o quadro clínico apresentado denota urgência, estando em risco a vida ou a integridade física do paciente, será possível entrever conseqüências de índole psicológica como resultado direto da injusta negativa de cobertura, máxime quando se tratar de paciente idosa com saúde já fragilizada.

(TJSC, Apelação Cível n. 2013.057553-8, da Capital, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 08-10-2013, sem grifo no original).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO COM PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE UNIMED. CIRURGIA CARDÍACA DE URGÊNCIA. NEGATIVA DE COBERTURA PARA INSTALAÇÃO DE MARCA-PASSO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. (...) PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. INEGÁVEL ABALO ANÍMICO ANTE A INJUSTIFICADA NEGATIVA DE COBERTURA PELO PLANO DE SAÚDE REQUERIDO EM MOMENTO DE FLAGRANTE FRAGILIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DO CONSUMIDOR. PACIENTE COM 72 (SETENTA E DOIS) ANOS DE IDADE PORTADOR DE MOLÉSTIA CARDÍACA GRAVE (PAUSAS DE ASSISTOLIA). RISCO DE MORTE EVIDENCIADO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. PEDIDO DE MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS). INSUBSISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO FIXADA DE ACORDO COM ÀS PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO, BEM COMO À CAPACIDADE FINANCEIRA DAS PARTES. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DO TERMO *A QUO* DE INCIDÊNCIA PARA DATA DA CITAÇÃO. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS A CONTAR DA CITAÇÃO VÁLIDA. EXEGESE DO ARTIGO 405 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSC, Apelação Cível n. 2015.074977-5, de Blumenau, rel. Des. Denise Volpato, j. 15-12-2015, sem grifo no original).

PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRÓTESE NECESSÁRIA

PARA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA ORTOPÉDICA. CLÁUSULA EXCLUDENTE DE COBERTURA. ABUSIVIDADE EM FACE DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS CONTIDAS NO CDC E PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL. ABALO MORAL PATENTEADO. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MULTA CALCADA NO ART. 538 DO CPC MANTIDA, POR CONTA DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS PROTELATÓRIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Afigura-se desinfluyente a discussão acerca da aplicação das disposições contidas na Lei n. 9.656/1998 na hipótese de as cláusulas contratuais serem analisadas em conformidade com as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor (STJ, AgRg no AREsp 273.368/SC, Rel. Min. Raul Araújo, j.21.2.2013). É abusiva, nos termos do CDC, a exclusão de cobertura de prótese associada a procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça e neste Sodalício. O descumprimento contratual, em regra não gera abalo anímico. No caso, porém, sopesando a idade da segurada, bem como a gravidade do seu quadro de saúde quando negada a cobertura, há como se concluir que a situação significou evidente abalo a seu arcabouço moral. Redução do *quantum* indenizatório, porém, pertinente na hipótese. Submete-se a ré à multa do art. 538 do CPC, quando os argumentos externados nos embargos declaratórios atacam matéria claramente enfrentada no acórdão, a ponto de revelar unicamente intuito protelatório ou infringente. Recurso parcialmente provido.

(TJSC, Apelação Cível n. 2015.072693-5, de Itajaí, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 01-12-2015, sem grifo no original).

Logo, mediante raciocínio analógico, não se pode negar que a ameaça de exclusão dos autores do plano de saúde tem, na prática, os mesmos efeitos, ou senão efeitos ainda mais graves, que uma negativa de cobertura. A conduta da ré, que agiu de modo alheio ao disposto na legislação, quando colocada em conjunto com o contexto em que estavam os autores, não deixa dúvidas quanto a existência de dano moral indenizável.

À vista desses motivos, deve a ré ser condenada ao pagamento de justa compensação pelo abalo anímico suportado pelos autores – sendo, neste caso, o autor falecido representado por sua mãe, a autora supérstite. É, portanto, de se reformar a decisão do Magistrado *a quo* no que tange à configuração dos danos morais. Urge, agora, verificar o *quantum* das respectivas indenizações.

4. Configurado o dano moral, nasce para o responsável a obrigação de repará-lo. Acerca da natureza dos danos morais, prelecionam Carlos Alberto Bittar e Cahali:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria violação da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social) (Reparação civil por danos morais, RT, 1992, p. 41).

Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa (*op. cit.*, p. 42).

A indenização a título de danos morais deve ser arbitrada de forma a compensar o abalo experimentado pelo autor e alertar a ofensora a não reiterar com a conduta lesiva. Todavia, não existem parâmetros legais objetivos para se fixar à reparação.

A doutrina e a jurisprudência têm se encarregado de fornecer importantes elementos ao julgador, para esse fim, como se verá a seguir: “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' (Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*. RT, 1993, p. 220).

No mesmo sentido, esclarece José Raffaelli Santini:

[...] 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. [...] 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, p. 45).

No caso em exame, à vista da imprudência da financeira ré e da capacidade econômico financeira presumível e demonstrada pelas partes (a autora é aposentada e o autor, falecido, era desempregado à época, enquanto a ré, por sua vez, uma seguradora com atuação em âmbito nacional), com amparo no princípio da persuasão racional previsto no art. 131 do Código de Processo Civil (1973) e na esteira dos precedentes desta Câmara, tem-se por razoável fixar o *quantum* indenizatório para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, totalizando R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), valor que deverá ser atualizado monetariamente pelo

INPC a partir da data deste julgamento e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação, uma vez que o dano moral surgiu de relação contratual, não se aplicando a Súmula 54 do STJ.

4. Mantida a sucumbência recíproca, a despeito das modificações ora realizadas, os honorários advocatícios e as custas processuais ficam fixados e distribuídos nos termos da sentença.

5. Ante o exposto, vota-se no sentido de (1) dar provimento parcial ao recurso da ré, reformando-se a sentença para limitar o direito de permanência dos autores no plano de saúde aos termos do artigo 30 da Lei n. 9.656/98, em especial seus parágrafos 1º e 3º, isto é, reconhecê-lo apenas para o prazo legal de dois anos a partir do falecimento do titular (falecido em 07.03.2014, estendendo-se o plano até 07.03.2016), condicionado ao pagamento das mensalidades; (2) dar provimento ao recurso dos autores para condenar a ré ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor a título de danos morais, valor que deverá ser atualizado monetariamente pelo INPC a partir da data deste julgamento e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação. Honorários e custas processuais conforme a sentença, pois mantida a sucumbência recíproca.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2012.084714-4, de Joinville

Relator: Des. Júlio César M. Ferreira de Melo

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO VERBAL DE PERMUTA DE IMÓVEL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. APELAÇÃO DOS RÉUS. SUBPRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. MITIGAÇÃO. MAGISTRADO TRANSFERIDO, PROMOVIDO OU APOSENTADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE PRAZO PARA AS PARTES TRANSFERIREM AS PROPRIEDADES DOS IMÓVEIS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROIBIDADE E BOA-FÉ. APELANTES QUE NÃO CUMPRIRAM O CONTRATADO – TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE. INADIMPLEMENTO APTO A PERMITIR A RESCISÃO CONTRATUAL. AFASTADA A PRELIMINAR, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I – DO SUBPRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. O subprincípio da identidade física do juiz poderá ser mitigado nos casos em que o Magistrado for transferido, promovido ou aposentado, o que ocorreu neste caso e, portanto, inviável o acolhimento do pedido, até mesmo porque ausente qualquer prejuízo.

II – DO MÉRITO. Nada obstante a ausência de prazo para o cumprimento contratual, tendo uma das partes cumprido a sua obrigação, o não cumprimento pela parte adversa por tempo desarrazoado justifica a rescisão contratual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.084714-4, da comarca de Joinville (1ª Vara Cível), em que é apelante Cristiano Leandro e outro, e apelada Lazineira Ribeiro de Almeida:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e, afastada a preliminar, negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 5 de maio de 2016, o Exmo. Sr. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo – Relator, o Exmo. Sr. Des. Joel Figueira Júnior – Presidente e o Exmo. Sr. Des. Stanley Braga.

Florianópolis, 11 de maio de 2016.

Júlio César M. Ferreira de Melo

RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença proferida, da lavra do Magistrado Uziel Nunes de Oliveira, que apresentou devidamente as postulações das partes e os fatos jurídicos mais relevantes.

1 – Da Petição Inicial

Lazinha Ribeiro de Almeida ingressou com Ação de Rescisão de contrato verbal de permuta de imóvel c/c liminar de reintegração de posse em face de Cristiano Leandro e Elisabete Andrade.

Alegando que firmou contrato verbal de permuta de imóveis, tendo como objeto as residências das partes, avaliadas em valores iguais, sem saldos a mais para pagar, ficando pactuado que no prazo máximo de 1 (um) ano, seria providenciada a escritura definitiva do imóvel em favor da autora, ao passo que esta, nesse mesmo período, providenciaria a escritura definitiva do imóvel de sua propriedade para os réus.

Afirma que em contraponto ao pactuado os réus detinham apenas a posse do imóvel, além do mesmo ser objeto de herança, e de não

possuir nenhum tipo de documentação, inviabilizando a confecção da escritura em favor da Autora. Em decorrência do lapso temporal para a transferência do imóvel, a autora em abril de 2008 estipulou prazo de trinta dias para a rescisão do contrato, porém os réus se negaram devolver o imóvel.

Requeru a liminar de reintegração de posse e dentre os pleitos iniciais a rescisão do contrato verbal com a consequente reintegração de posse do imóvel objeto da permuta.

Valorou a causa em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), com base nos artigos 258 a 261 do Código de Processo Civil.

Juntou aos autos escritura de compra e venda do imóvel permutado com o réu (fls. 12/13), registro geral do imóvel (fl.14), contrato de compra e venda do imóvel onde foi transferido para a autora (fl. 16), notificação extrajudicial para rescisão do contrato verbal (fls. 18/19), boletim de ocorrência (fl. 22).

2 – Da resposta

Em contestação os réus afirmam a celebração do contrato de permuta, no entanto, relatam que neste nunca foi estipulado prazo para a transferência das propriedades, sendo que as partes regularizariam a transferência das propriedades, cada uma para seu respectivo dono, assim que os imóveis estivessem desimpedidos.

Relataram sobre as condições do contrato que, os imóveis foram avaliados com diferença de valores, sendo que o imóvel da autora tinha preço menor, com valores aproximados pelas diferenças referentes a dívida de IPTU que os réus tinham no imóvel.

Afirmam que nem mesmo a autora conseguiu registrar seu imóvel antes de decorrido 1 (um) ano do contrato, informando, ainda, o ajuizamento da ação de usucapião extraordinário em face do imóvel

permutado com a autora, e alegando que a autora já sabia da situação de seu imóvel antes de celebrar o contrato.

Requereram improcedência da demanda, mantendo-se o contrato verbal e a desconsideração do pedido liminar de reintegração de posse.

Colacionou aos autos declaração de colégio e catequese de que seus filhos estão frequentando instituições perto casa que permutaram com a autora (fls. 53/56), termo de parcelamento e confissão de débitos fiscais do imóvel que permutaram para a autora (fls. 57/59), documento de compra e venda em nome de Tereza Venancio (fl. 60).

3 – Da réplica

Reiterou os argumentos iniciais e afirmou que seu imóvel possui valor maior do que o dos réus, ao contrário do exposto na contestação. Quanto as dívidas referentes ao IPTU, alega que nunca se negou a pagar, sendo que não era condição para a regularização da permuta. Por fim, relatou que os réus propuseram acordo, para que a autora ajuizasse a ação de usucapião em favor dela mesma mas que em contrapartida deveria pagar o valor dos IPTUs atrasados.

4 – Das audiências

Houve audiência de conciliação, sem êxito em termos de composição (fl.32) e audiência de instrução e julgamento onde houve a oitiva de testemunhas (fls. 86/87).

5 – Das provas produzidas

Durante a instrução processual foi ouvida a testemunha Pedro Marinho da Silva arrolada pela autora.

7 – Das alegações Finais

Em alegações finais as partes reeditaram suas pretensões. (fls. 88/98).

Ao sentenciar o feito, o Juiz julgou procedente o pedido para rescindir o contrato verbal de permuta de bens, devendo as partes retornarem aos seus respectivos imóveis. Ao final, condenou o Réu ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 7.000,00, suspensa a exigibilidade, pelo prazo de cinco anos, em virtude da Justiça Gratuita (fls. 100-104).

Os Réus apelaram sustentando: a) prejuízo em virtude do desrespeito ao princípio da identidade física do Juiz; b) não terem as partes firmado qualquer prazo para transferirem os imóveis; c) o ajuizamento de ação de usucapião para transferirem a propriedade do imóvel para a Autora; d) que a exceção de contrato não cumprido permite tão somente a suspensão do pacto e não a sua rescisão; e) o *pacta sunt servanda* (fls. 113-118).

Contrarrazões às fls. 120-128.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

1 Da preliminar

Os Apelantes asseveram que o julgamento do feito por outro Magistrado malferiu o princípio da identidade física do Juiz.

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas.

Atento à realidade da justiça, o supracitado artigo prevê que o subprincípio da identidade física do juiz poderá ser mitigado nos casos

em que o Magistrado for transferido, promovido ou aposentado, o que ocorreu neste caso e, portanto, inviável o acolhimento do pedido do Apelante.

A inadequação ao dia a dia forense permitiu até mesmo o suprimento do aventado subprincípio no novo Código de Processo Civil que sequer o registrou no seu texto, até mesmo porque o simples fato de o Juiz estar ausente na produção da prova não o impossibilita de julgar a causa com a devida justiça, consoante o Órgão Colegiado que se afigura na mesma posição quanto as provas contidas nos autos.

Não discrepa o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

[...] **ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. SENTENÇA PROLATADA POR MAGISTRADO DIVERSO DAQUELE QUE PRESIDIU A FASE INSTRUTÓRIA. PREJUÍZO INEXISTENTE. EXEGESE DO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** [...] I - Não viola o princípio da identidade física do juiz a prolação de sentença por magistrado diverso daquele que presidiu a audiência de instrução e julgamento, por enquadrar-se nas **hipóteses excepcionadas no art. 132, caput, do Código de Processo Civil.** [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2014.061516-5, de Joinville, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 28-01-2016).

Mutatis mutandis decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] **ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. ART. 132 DO CPC. INOCORRÊNCIA.** [...] II. Não prospera a alegada contrariedade ao art. 132 do CPC, por ofensa ao princípio do juiz natural, porquanto **a Corte Especial deste Tribunal firmou entendimento no sentido de que “o princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto. Assim, desde que não se vislumbre, no caso concreto, prejuízo a alguma das partes, é de se reconhecer como válida sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução,** ainda que tenha decidido como substituto eventual, em regime de mutirão” (STJ, AgRg no Ag 624.779/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, CORTE ESPECIAL, Dje de 17/11/2008).

Na hipótese, tendo os autos sido enviados ao Desembargador substituto, em razão de afastamento por férias, não há que se falar em ofensa ao princípio do juiz natural. [...] (AgRg no AREsp 690.661/ES, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 29/03/2016)

Ao final do dispositivo supracitado infere-se que o sucessor do Juiz mandará repetir, se entender necessário, as provas já produzidas e, não o fazendo, conclui-se que não houve qualquer dúvida na prolação da sentença.

Caso o Apelante se sentisse prejudicado, deveria ter interposto o recurso cabível, sob pena de preclusão nos termos do art. 245 do CPC/73, o que ocorreu neste caso: **A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.**

Outrossim, a alegação de possível desequilíbrio psíquico da Apelada, de brigas com seu filho e também com a Advogada que a representava no caso, de per si, não tem qualquer nexo etiológico com a resolução do negócio entre as partes. Até mesmo porque não há qualquer prova destes fatos nos autos.

Destarte, insubsistente o pedido do Apelante, pois em desacordo com a lei e a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e, mormente pelo fato de inexistir qualquer prejuízo.

2 Do mérito

Os Apelantes afirmaram que não houve fixação de prazo anual para a transferência das propriedades.

Expenderam também que a Apelada somente regularizou a documentação e efetuou o registro do imóvel após um ano e dez meses, bem como prometeram ajuizar Ação de Usucapião com o fito de regularizar o imóvel e permitir a consecução da avença.

Não merece acolhimento o reclamo dos Apelantes, visto que o contrato verbal entre as partes não prevê qualquer prazo para a transferência das propriedades, todavia, nestes casos, aplica-se o art. 134 do CC ao determinar que nos negócios jurídicos sem prazo deverá ser executado em determinado tempo com base nos princípios da probidade e boa-fé insculpidos no art. 422 do CC.

É o teor do art. 134 do CC: **Os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exeqüíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo.**

O supracitado artigo apresenta o prazo tácito que, *in casu*, é determinado pelo tempo que não pode ser *ad eternum* ou ao livre arbítrio do devedor, mas sim deve se balizar pelo contido no art. 422 do CC. *In verbis*:

Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Outrossim, não se olvide dos princípios norteadores do Código Civil, a serem aplicados neste caso, quais sejam, operabilidade e eticidade, que permitem ao Magistrado concretizar a solução mais justa e equitativa para o caso *sub judice*.

É a ensinança de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

As cláusulas gerais permitem a aplicação da Teoria Tridimensional do Direito, construída por Miguel Reale, uma vez que haverá uma dialética entre a norma, o fato e os valores. **A norma será o fato valorado pelo Magistrado em consonância aos princípios constitucionais. O Magistrado exercerá a vital tarefa de, periodicamente, construir e reconstruir a norma, segundo o valor justiça.** Nunca se esqueça que o bom exemplo que se pode extrair da Constituição Norte-Americana que, em linguagem usual, é aquilo que os juízes dizem que ela é.

Neste sentido, o próprio Miguel Reale criticava o Código Civil de 1916 pelo excessivo rigorismo formal, como se a experiência jurídica imperasse o princípio da causalidade, próprio das ciências naturais. O arquiteto do Código Civil de 2002 remetia, então, à **fundamentalidade da diretriz da eticidade para, mediante cláusulas gerais, “prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permitam chegar-se à ‘concepção jurídica’, conferindo-se maior poder ao Juiz para encontrar-se a solução mais justa e equitativa”** (Curso de Direito Civil, Parte Geral e LINDB, vol. 1, 10ª ed., 2012, ed. JusPodivm, fl. 56).

Não discrepa Flávio Tartuce:

Código Civil de 2002 consagra três princípios fundamentais, conforme se extrai da sua exposição de motivos, elaborada por Miguel Reale, a saber: [...]

c) Princípio da **Operabilidade** - **Esse princípio tem** dois sentidos. Primeiro, o de simplicidade ou facilitação das categorias privadas, o que pode ser percebido, por exemplo, pelo tratamento diferenciado da prescrição e da decadência. Segundo, há o **sentido de efetividade ou concretude, o que foi buscado pelo sistema aberto de cláusulas gerais adotado pela atual codificação.** [...] (Manual de direito civil, volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 40).

Portanto, ante os ditames dos arts. 134 e 421 do CC, a serem analisados em cotejo com os princípios fundamentais do Código Civil, operabilidade e eticidade, conclui-se que não há qualquer possibilidade de impor à Apelada que se submeta a prazo indeterminado.

Ademais, não pode a Apelada ser obrigada a esperar que os Apelantes ajuízem Ação de Usucapião com o fito de regularizar o imóvel objeto da permuta.

Até mesmo porque, ao pactuar o contrato verbal, não é crível supor que a parte tenha aceito esperar todo o trâmite de uma ação judicial e, inclusive, correr o risco do insucesso na demanda e consequente frustração da permuta.

Além disso, aduzem os arts. 113 e 114 do CC: Art. 113. *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.* e Art. 114. *Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.*

Consoante dito e provado pelos próprios Apelantes, a Apelada demorou um ano e dez meses para regularizar o imóvel. No entanto, tal fato, conforme o texto dos artigos supramencionados, apenas depõe a favor da justa causa para a rescisão do contrato.

Explico:

O fato de a Apelada ter demorado um ano e dez meses para regularizar o imóvel denota que a sua obrigação foi concretizada e que a morosidade dos Apelantes, a partir desse prazo, expressa o desequilíbrio contratual ao ter sido devidamente cumprida a obrigação por uma das partes sem que a outra sequer tenha lhe apresentado prazo certo para adimplir.

Portanto, há inadimplemento contratual apto a incidir neste caso a exceção de contrato não cumprido, contido no art. 476 do CC, pois os Apelantes atrasaram a regularização do imóvel e não apresentaram qualquer prazo para o adimplemento contratual, permitindo-se a aplicação dos arts. 421, 422, 476 e 475 do CC.

Aduzem os arts. 421, 422, 476 e 475 do CC:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 475. **A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato**, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Sobre o tema dispõe Nelson Rosenvald:

Há que salientar que existem duas acepções de boa-fé, uma subjetiva e outra objetiva. **O princípio da boa-fé objetiva** - circunscrito ao campo do direito das obrigações - é o objeto de nosso enfoque. **Compreende ele um modelo de conduta social**, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de conduta, **caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.** [...]

Esse dado distintivo é crucial: **a boa-fé objetiva é examinada externamente**, vale dizer que **a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo**, pouco importando a sua convicção. De fato, o princípio da boa-fé **encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão.**

Por isso, **a boa-fé objetiva é fonte de obrigações, impondo comportamentos aos contratantes, segundo regras de correção, na conformidade do agir do homem comum daquele meio social.** [...]

A função integrativa da boa-fé resulta do art. 422 do CC. Integrar traz a noção de criar, conceber. Ou seja, além de servir à interpretação do negócio jurídico, a boa-fé é uma fonte, um manancial criador de deveres jurídicos **para as partes. Devem elas guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé.** Aqui, **prosperam os deveres de proteção e cooperação com os interesses da outra parte – deveres anexos ou laterais –, propiciando a realização positiva do fim contratual na tutela aos bens e à pessoa da outra parte.**

Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela.

Os deveres de conduta são conduzidos ao negócio jurídico pela boa-fé, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Eles incidem tanto sobre o devedor quanto sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo.

Por fim, o grande influxo integrativo da boa-fé está localizado nas relações obrigacionais duradouras e não naquelas instantâneas em que há coincidência temporal entre a contratação e a execução. Nas obrigações duradouras, exige-se uma execução com confiança recíproca e especial observância de diligência no cumprimento da atividade assumida, pois em uma vinculação de grande período cada uma das partes depende, mais do que em nenhum outro caso, da boa-fé no cumprimento do convencionado.

Parece-nos que **o art. 422 não se olvidou da responsabilidade pré-contratual, tampouco da responsabilidade *post pactum finitum*. Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares (tratativas) e sobre aquilo que se passa depois do contrato. Não se pode olvidar de que estamos diante de norma de textura aberta, que induz os operadores à sua colmatação com base em argumentação já desenvolvidas na doutrina.**

Em verdade, mesmo antes de a relação obrigacional ser pactuada já existe o contato social entre as partes. Os deveres de conduta emergem no momento das primeiras negociações, pois a boa-fé objetiva diz respeito à manutenção da palavra empenhada. Assim, **a complexidade da relação obrigacional apanha todo o processo relacional construído pelas partes, não se podendo dissociar os acertos e as promessas inaugurais de tudo aquilo que se verificou após a subscrição do contrato.**

O mesmo se entende da responsabilidade pós-contratual. **A confiança recíproca – que permitiu a concretização da relação obrigacional – não termina no instante em que a prestação principal é satisfeita. Há uma enorme expectativa de que o outro contratante não frustrará os fins do pactuado.** Isso explica a razão da corriqueira imposição de cláusulas de confidencialidade e de não concorrência no bojo de contratos negociados (Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 476-477).

In casu os Apelantes não cumpriram com as suas obrigações, ex vi do art. 476 do CC, pois impossibilitaram a consecução da permuta frustrando a legítima confiança da Apelada ao realizar o contrato.

Aliás, não é crível que alguém pactuasse avença que não se realizaria em prazo razoável ou até mesmo não se concretizaria em total afronta à realização positiva do contrato – pautada pela cooperação, proteção e informação entre os contratantes – com a devida tutela dos interesses das partes, quais sejam, a permuta dos imóveis das partes (função social interna).

E continua o doutrinador à fl. 528:

Contratos bilaterais são aqueles em que ambas as partes possuem direitos e obrigações recíprocas, sendo contemporaneamente credores e devedores. Compra e venda e locação são exemplos de contratos em que uma das partes transfere a propriedade ou

a posse de um bem em troca de um preço ajustado. As obrigações nascem unidas e assim deverão se manter durante a execução da relação contratual, preservando o contrato como um todo incindível, no qual avulta a realização integral da relação. [...]

Uma das consequências da distinção entre **contratos** unilaterais e **bilaterais** concerne à **possibilidade de** nestes últimos **ser facultada a uma das partes o manejo da *exceptio non adimpleti contractus***, pela qual cada um dos contraentes deverá respeitar o conjunto indivisível da relação a ponto de não poder reclamar a prestação do outro contratante sem que esteja disposto a executar a sua. [...]

O fundamento do instituto reside na equidade. O sistema jurídico pretende que haja uma execução simultânea das obrigações. A boa-fé objetiva e a segurança do comércio jurídico demandam o respeito pelas obrigações assumidas de modo a unir o destino das duas obrigações, de forma que cada uma só será executada à medida que a outra também o seja. Trata-se de uma verdadeira situação de interdependência que assegura não apenas o interesse das partes na realização da finalidade comum (função social interna), mas satisfaz a ordem social que procura pelo adimplemento como imposição de justiça comutativa (função social externa).

A aplicação da exceção é a maneira de assegurar que as obrigações recíprocas se mantenham coesas, a fim de que uma das partes só possa ser compelida a prestar seu compromisso caso a outra proceda de igual modo.

Note-se que enquanto o descumprimento for temporário, a *exceptio* servirá como forma de pressão, hábil a compelir o devedor a executar sua obrigação, preservando a unidade indivisível do contrato, vista de maneira complexa e global, além de servir de garantia contra as consequências de uma inexecução definitiva. Todavia, **constatando-se a impossibilidade total de cumprimento, deverá o credor lesado pleitear a resolução contratual pelo inadimplemento, desvinculando-se da relação obrigacional** (art. 475 do CC).

Havendo a exceptio non adimpleti contractus, torna-se lídima a

rescisão do contrato verbal e, por consequência, mantêm-se incólume a sentença vergastada.

Por derradeiro, quanto ao vetusto princípio do *pacta sunt servanda* (força obrigatória dos contratos), é cediço que o direito brasileiro o relativizou e mitigou a muito tempo em prol do equilíbrio contratual, conforme os ditames dos artigos citados alhures. No entanto, conforme explicitado neste acórdão, quem inadimpliu o contratado foram os Apelantes, e não a Apelada.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e, afastada a preliminar, negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2012.060477-1, de Joinville

Relator: Des. Stanley Braga

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO EMPRESARIAL. REDE DE LOJAS DE ELETRODOMÉSTICOS E ELETRÔNICOS. IMPROCEDÊNCIA. PROTEÇÃO CONTRA ROUBO DE MERCADORIAS. CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE TELEFONES CELULARES. COBERTURA NEGADA PELA SEGURADORA. INVALIDADE DA RESTRIÇÃO POR CONTRADIÇÃO AO OBJETO DO CONTRATO, VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ E EXCESSIVO DESEQUILÍBRIO DA RELAÇÃO NEGOCIAL. DEVER DE RESSARCIMENTO. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. VALOR DOS PREJUÍZOS. NECESSIDADE DE ESPECIFICAÇÃO DOS ITENS ROUBADOS EM CADA SINISTRO. POSSIBILIDADE DE APURAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO, COM DESCONTO DA FRANQUIA. SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS COM ACRÉSCIMO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.060477-1, da comarca de Joinville (4ª Vara Cível), em que é apelante Comercial Salfer Ltda., e apelada Real Seguros S/A:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe 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. Júlio César M. Ferreira de Melo.

Florianópolis, 12 de maio de 2016.

Stanley Braga

RELATOR

RELATÓRIO

Nos termos da decisão de Primeiro Grau (fls. 1532-1534):

“Comercial Salfer Ltda., qualificada à fl. 02, ajuizou a presente ação em face de Real Previdência e Seguros S/A, também qualificada nos autos, alegando haver celebrado contrato de seguro pelo qual se estabeleceu a proteção das lojas da autora contra roubo e furto de bens do segurado.

Informou ter ocorrido roubos em cinco lojas, quando várias mercadorias foram levadas, tais como aparelhos de som e telefones celulares. Solicitada a cobertura, a seguradora negou o pagamento afirmando que o seguro não cobria os aparelhos celulares.

Requeru a condenação da ré ao pagamento de R\$ 52.168,27 relativos aos celulares subtraídos, além das custas processuais e honorários advocatícios.

Citada, a ré apresentou contestação alegando que o contrato de seguro firmado com a autora excluía da cobertura os bens furtados, telefones celulares, quando de furtos ou roubos. Não havendo cobertura como expressamente consta no contrato, não há que se falar em indenização. Disse que a autora não comprovou o valor do alegado prejuízo, sendo que os boletins de ocorrências não indicam marcas e modelos. Também destacou a necessidade de pagamento de franquia, acaso procedente o pedido. Requeru a improcedência do pedido.

Houve réplica.”

Restando o litígio assim decidido na Instância *a quo*:

“Em face do que foi dito, julgo improcedente o pedido formulado por Comercial Salfer Ltda. em face de Real Previdência e Seguros S/A.

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários

do advogado, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, com base no art. 20, § 4º, do CPC.”

Foi interposto Recurso de Apelação Cível (fls. 1542-1566) por Comercial Salfer Ltda. que teceu argumentação no sentido de que o contrato firmado com a ré é regido pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor, devendo ser interpretado favoravelmente em seu favor para incluir na cobertura do seguro os aparelhos de telefones celular furtados ou roubados de seus estabelecimentos, pois não abrangidos pela cláusula de exclusão. Concluiu, dessarte, que a ré deve ser condenada ao pagamento da respectiva indenização.

As contrarrazões foram oferecidas às fls. 1572-1588, nas quais a ré arguiu ofensa à dialeticidade recursal por repetição de argumentos contra matéria já decidida na instância *a quo*. No mérito, sustentou que não obstante a previsão de cobertura para furto qualificado de bens, o contrato tem interpretação restrita e disposição expressa que exclui a cobertura de telefones celulares colocados à venda pela autora. Por fim, subsidiariamente, alegou que o prejuízo material não foi demonstrado, pois os documentos de fls. 67 a 1484 são apenas notas fiscais de telefones celulares, sem a correspondente individualização, e os boletins de ocorrência de fls. 54 e 58 descrevem, respectivamente, que foram furtados apenas 37 e 54 aparelhos de várias marcas, mas sem a correspondente especificação técnica. Caso houver condenação, o valor a ser deduzido a título de franquia é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos seis eventos e não o de R\$ 3.000,00 (três mil reais) mencionado pela autora. Logo, se devida a indenização pleiteada, esta não poderá ultrapassar R\$ 40.168,27 (quarenta mil cento e sessenta e oito reais e vinte e sete centavos).

Regularmente preparado (fl. 1566), a tempo e modo, o recurso ascendeu a esta Instância.

Este é o relatório.

VOTO

Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais, o recurso é conhecido.

Do julgamento:

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Comercial Salfer Ltda. contra sentença de improcedência de pedido de cobrança de seguro contra furto e roubo de mercadorias, formulado na Ação de Reparação de Perdas e Danos que a apelante ajuizou contra a Real Seguros S/A.

Preliminares:

A apelada alegou em contrarrazões ofensa ao princípio da dialeticidade recursal, ao fundamento de que a apelante reeditou argumentos já expendidos na petição inicial.

Razão não lhe assiste, pois os motivos de fato e de direito do apelo, mesmo já deduzidos na origem, dão sustento a pedido de novo julgamento perante esta Corte. Além disso, no caso, permitem ainda o pleno contraditório pela parte apelada.

A respeito, *mutatis mutandis*, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A repetição dos argumentos [...] não implica em inobservância ao princípio da dialeticidade, nas hipóteses em que, como a dos presentes autos, as razões apresentadas deixem configuradas a compatibilidade com os temas decididos na sentença e o interesse pela sua reforma. [...]. (AgRg no AREsp 335.051/PR, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 17-12-2013)

Por tais razões, não há que se falar em ofensa à dialeticidade no caso concreto.

Em decorrência, afasta-se a preliminar.

Mérito:Do dever de cobertura securitária

A recorrente, como visto, sustenta a possibilidade de indenização dos telefones móveis que foram roubados dos seus estabelecimentos, fundamentando a sua pretensão na invalidade da cláusula 5, item “d” (fl. 41), da apólice de seguro empresarial n. 18100780024, firmada com a ré.

Colhe-se do relato inicial da demandante:

A Autora teve a loja 05, localizada na cidade de Joinville, roubada em 11/08/2005, sendo levados 18 (dezoito aparelhos celulares). Esta loja 05 foi novamente roubada em 26/09/2005, sendo levados 33 (trinta e três) aparelhos celulares. A sua loja 06, localizada na cidade de Joinville, foi roubada em 24/11/2005, sendo levados 54 (cinquenta e quatro) aparelhos celulares. A sua loja 11, localizada na cidade de Joinville, foi roubada em 08/10/2005, sendo levados 15 (quinze) aparelhos celulares. A sua loja 21, localizada na cidade de Criciúma, foi roubada em 09/04/2005, sendo levados 37 (trinta e sete) aparelhos celulares. A loja 75, localizada na cidade de Taió, foi roubada em 14/09/2005, sendo levados 23 (vinte e três) aparelhos celulares, conforme os boletins de ocorrências anexos. (fl. 4)

Assim, a autora requereu a respectiva indenização invocando cláusula de proteção geral contra roubo e furto qualificado de bens (2.2.7, fl. 37), afastando, por conseguinte, a excludente de equipamentos portáteis.

A ré defendeu que tais cláusulas devem ser interpretadas restritivamente, em razão da natureza do pacto, de modo a se admitir a validade da disposição que exclui a cobertura de bens específicos, no caso, aparelhos celulares, nos termos da Cláusula 5, item “d”, do contrato.

Não há controvérsia acerca da incidência ou não das disposições do Código de Defesa do Consumidor, o qual, a propósito, é plenamente aplicável ao caso em tela, uma vez que a autora se enquadra como

destinatária final e a seguradora como prestadora do serviço de seguro em discussão. Nesse sentido: STJ, Resp 814.060/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6-4-2010. Mesmo que não fossem aplicáveis, a lide pode ser encaminhada para idêntica solução, com base somente nas regras gerais de contratos e de seguros previstas no Código Civil.

A apólice em exame prevê coberturas securitárias básicas contra incêndio, queda de raio e explosão, bem como coberturas acessórias para danos elétricos, despesas fixas, equipamentos eletrônicos, equipamentos estacionários, quebra de vidros, espelhos e mármore, roubo de bens, tumultos, greve e paralisações, ventos de forte intensidade, granizo, queda de aeronaves e impactos de veículos.

Apresenta-se às fls. 30-49 como verdadeiro pacto de adesão, de modo que, por foça de lei, eventual ambiguidade ou contradição de suas cláusulas acarreta interpretação mais favorável ao aderente, independentemente da peculiaridade do contrato (art. 423 do Código Civil).

O seguro em discussão, destinado a empresas industriais, comerciais, prestadores de serviço e profissionais liberais, tem por objetivo garantir o pagamento de indenização ao segurado por prejuízos patrimoniais resultantes da realização de um dos eventos previstos nas coberturas mencionadas (fl. 33).

Para a hipótese de roubo, como a que se verifica neste caso, a cláusula 2.2.7 da apólice dispõe que a cobertura se aplica a riscos de roubo ou furto qualificado de matérias-primas, mercadorias, instalações, máquinas e equipamentos inerentes ao ramo de negócio do segurado, no âmbito do estabelecimento deste, abrangendo os danos causados ao prédio ou seu conteúdo durante a prática dos eventos previstos nesta cobertura (fl. 37).

Portanto, evidente que, ao realizar a contratação de seguro dessa natureza, com cobertura específica de mercadorias, a sociedade empresária, rede de lojas de eletrodomésticos e eletrônicos que é, teve

justa e legítima expectativa de garantia de indenização da totalidade dos itens colocados à venda no varejo. Considerado o escopo da contratação – a proteção mais ampla possível –, não é coerente inferir que tenha manifestado anuência, ainda que em sede de renovação de apólice, com cláusula que exclui indenização de telefones celulares, mercadoria essencial ao seu negócio.

Nessa perspectiva, a jurisprudência, destacando a boa-fé contratual inserta especialmente no CDC e também no art. 765 do Código Civil, vem reconhecendo a invalidade da exclusão de determinado risco sem o prévio e satisfatório esclarecimento do segurado. Esclarecimento que só se faz evidente a partir da concordância específica, cuja eficácia, por ser limitativa de direitos, exige mais que a verificação da mera experiência negocial ou da aceitação tácita pelo pagamento da apólice.

É cediço:

Os arts. 6º, inciso III, e 54, § 4º, do CDC, estabelecem que é direito do consumidor a informação plena do objeto do contrato, garantindo-lhe, ademais, não somente uma clareza física das cláusulas limitativas - o que é atingido pelo simples destaque destas -, mas, sobretudo, clareza semântica, um significado unívoco dessas cláusulas, que deverão estar infensas a duplo sentido. [...] (STJ, REsp 814.060/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 6-4-2010).

No caso, a ré não deixou isso claro à parte autora. Prova deste fato é a contradição da própria cláusula em relação ao objeto da apólice, como também, além do plano semântico, o modo como mal apresentada e situada no texto do contrato.

Saliente-se que o objeto do seguro é patrimonial, o que o faz prever cobertura específica para danos súbitos a equipamentos eletrônicos. Dentre estes, principalmente, microcomputadores e demais componentes de hardware, tais como modems, *plotters*, *scanners*, fotocopiadoras e centrais telefônicas do estabelecimento do segurado (Cláusula 2.2.3).

No que diz respeito à cobertura contra roubo (cláusula 2.2.7), objeto deste litígio, reitera-se que a apólice protege matérias-primas, mercadorias, instalações, máquinas e equipamentos inerentes ao ramo de negócio do segurado e situados dentro de seu estabelecimento.

Logo, é manifestamente contraditório excluir telefones celulares da cobertura securitária.

Aliado a esse contexto está a incontroversa afirmação de que a ré já havia indenizado aparelhos celulares à autora por conta de incêndio em uma das lojas, ocorrido em 22-12-2004 (fl. 4). Desleal, portanto, seu comportamento inesperado em sentido contrário.

A exclusão também se mostra abusiva, na medida em que realizada por cláusula remissiva, notadamente sem destaque no resumo da apólice a que aderiu o segurado, circunstância que não proporciona boa compreensão do alcance das coberturas.

No âmbito da proteção de bens roubados (cláusula 2.2.7), a seguradora se remete a cláusula de “riscos excluídos e “bens não compreendidos no seguro”. Dessa forma, é somente ao final da descrição das coberturas contratadas que faz menção específica ao que não está albergado na indenização. No item “d” da cláusula 5, exclui telefones celulares, *notebooks*, *palmtop*, *laptop*, e, vagamente, “assemelhados e equipamentos portáteis da cobertura indenizatória”.

Frise-se, novamente: faz isso à revelia de previsão de cobertura de danos a equipamentos eletrônicos, conforme descritos na Cláusula 2.2.3; do fato de já ter indenizado telefones celulares em oportunidade anterior; e também à revelia de outros eletroportáteis inerentes à atividade empresarial da segurada (máquinas fotográficas, rádios, carregadores de pilhas e videogame), estes mencionados nos boletins de ocorrência de fls. 51-60 e acerca dos quais não se tem notícia de negativa de cobertura.

Diante disso, é certo que a restrição constante da cláusula 5, “d”,

frustra a finalidade do seguro contratado. Do modo como imposta pela ré, cria verdadeiro desequilíbrio e exagerada desvantagem ao segurado.

A esse respeito, aliás, em demanda de natureza securitária, este subscritor já manifestou idêntica posição:

A cláusula do contrato de seguro que excluiu a cobertura de certos eventos de forma excessiva, causando desequilíbrio contratual entre a seguradora e a parte que paga o prêmio é abusiva e, portanto, deve ser considerada nula. [...] (Apelação Cível n. 2010.066456-8, de Joinville, j. 20-9-2012).

Nessa mesma esteira, colhe-se julgado desta Quarta Câmara de Direito Civil, com peculiaridades análogas às deste caso:

DIREITO OBRIGACIONAL. COBRANÇA. SEGURO EMPRESARIAL PARA COBRIR FURTO E ROUBO. LAVANDERIA. SUBTRAÇÃO PERPETRADA CONTRA AS SUAS INSTALAÇÕES COMERCIAIS. SEGURADORA QUE NEGA O PAGAMENTO SOB O ARGUMENTO DE EXISTIR CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DA COBERTURA NO TOCANTE A BENS DE TERCEIROS. INSUBSISTÊNCIA. ATIVIDADE COMERCIAL DA SEGURADA QUE TEM RELAÇÃO DIRETA E LÓGICA COM A GUARDA DE ROUPAS E COMPONENTES DE CAMA, MESA E BANHO DE CLIENTES. DISPOSITIVO CONTRATUAL QUE, DE MODO CONTRADITÓRIO, SUBTRAI A FINALIDADE PRECÍPUA DA AVENÇA SECURITÁRIA. APLICAÇÃO DO CDC (ART. 47). OFENSA AO DEVER DE INFORMAÇÃO E AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA DOS CONTRATOS. RECURSO DESPROVIDO. Em sede de contrato de seguro empresarial, se há, na avença, a estipulação de cláusulas dúbias ou contraditórias, o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor determina que o juiz as interprete favoravelmente ao segurado. (Apelação Cível n. 2013.069438-8, de Blumenau, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 11-9-2014).

Ainda, desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO

DE CARGAS. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DE AMBOS OS LITIGANTES. ALEGAÇÃO DE RISCOS NÃO COBERTOS. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA LIMITATIVA QUE RESTRINGE O PAGAMENTO DE DANOS À MERCADORIAS NOVAS OU SEM USO, INSERIDA EM CONTEXTO DESFAVORÁVEL PARA A FÁCIL COMPREENSÃO DO CONSUMIDOR, E SEM O DESTAQUE NECESSÁRIO À IMPORTÂNCIA QUE CARREGA. EXEGESE DOS §§ 3º E 4º DO ARTIGO 54 DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. DISPOSIÇÃO NULA. PAGAMENTO DE FRANQUIA PREVISTA NA APÓLICE PACTUADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DO VALOR OU DA POSSIBILIDADE DO NÃO ADIMPLEMENTO. MANUTENÇÃO DO DESCONTO DA VERBA QUE SE IMPÕE. DANO MORAL. NEGATIVA DA SEGURADORA QUE, POR SI SÓ, NÃO CARACTERIZA ABALO MORAL SUSCETÍVEL DE INDENIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível n. 2013.039033-2, de São Bento do Sul, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 24-3-2015).

Por tais razões, ao contrário do que entendeu a Magistrada *a quo*, reputa-se inválida a exclusão de cobertura dos equipamentos descritos na Cláusula 5, item “d”, da apólice. Especificamente, de telefones celulares.

Em decorrência, dá-se provimento ao apelo no ponto, obrigando-se a ré a cobrir os prejuízos suportados pela autora.

Dos prejuízos em razão dos sinistros

A seguradora alegou que o prejuízo material não ficou suficientemente demonstrado, porque os documentos de fls. 67 a 1484 são apenas notas fiscais de telefones celulares diversos, sem correspondência com os aparelhos objeto do sinistro. Argumentou, também, que os boletins de ocorrência de fls. 54 e 58 mencionaram apenas o furto de equipamentos de diversas marcas sem a necessária especificação técnica.

O prejuízo, de um modo geral, pode ser admitido como verdadeiro porque incontroversa a ocorrência de seis roubos, nos quais levados

aparelhos celulares de diferentes estabelecimentos comerciais da autora. O estoque, por sua vez, está bem demonstrado pelas notas fiscais de fls. 67-1484, relativas a produtos adquiridos entre 2004 e 2005, época em que ocorreram os sinistros.

Não obstante, na notificação extrajudicial de fls. 61-64 encaminhada à ré, a autora descreveu apenas cinco sinistros: na loja 21, em Criciúma, no dia 9-4-2005; na loja 75, em Taió, em 14-9-2005; na loja 5, em Joinville, no dia 26-9-2005; na loja 11, em Joinville, em 8-10-2005; na loja 6, em Joinville, no dia 24-11-2005. Por sua vez, no pedido inicial, foi incluído mais um, o da loja 5, ocorrido em Joinville, no dia 11-8-2005.

Desse modo, considerada a resistência da ré, o pleito está a englobar os prejuízos decorrentes de seis eventos, quais sejam, os ocorridos nos dias 9-4-2005 (loja 21, em Criciúma); 11-8-2005 e 26-9-2005 (loja 5, em Joinville); 14-9-2005 (loja 75, em Taió); em 8-10-2011 (loja 11, em Joinville), e em 24-11-2005 (loja 6, em Joinville).

De acordo com o pedido, em cada sinistro foram levados, respectivamente, 37, 18, 33, 23, 15 e 54 telefones móveis.

Não obstante, na petição e na notificação extrajudicial a autora faz menção apenas ao valor total líquido destes, sem discriminar o que foi roubado, inviabilizando, desse modo, a conferência e o arbitramento exato da indenização.

Os boletins de ocorrência de fls. 50-51, 52, 53, 56-57 e 59-60 contêm a discriminação dos equipamentos, mas somente dos relativos aos sinistros ocorridos nos dias 11-8-2005, 26-9-2005, 14-9-2005 e 8-10-2005. Não se tem, portanto, a individualização dos 37 dispositivos roubados no dia 9-4-2005, em Criciúma, nem dos 54 roubados no dia 24-11-2005, em Joinville.

A notificação extrajudicial, ademais, reiterar-se, não apresenta informações detalhadas, apenas a soma do prejuízo de cinco sinistros.

Portanto, em que pese a certeza do dano, é certo que a autora inviabilizou sua apuração na via administrativa e na fase de conhecimento deste processo na medida em que não discriminou os aparelhos roubados, nem indicou o correspondente valor individual de cada um.

De acordo com o art. 491, I e §§ 1º e 2º, do Novo Código de Processo Civil, quando não for possível determinar de modo definitivo o montante indenizatório, e quando a apuração do valor devido depender de produção de prova de realização demorada seguir-se-á à apuração do valor por liquidação, também nas hipóteses em que o acórdão alterar a sentença, qual a deste caso.

Na mesma toada, esta Corte já vinha admitindo a possibilidade de se apurar o *quantum* indenizatório na fase de liquidação em ações de cobrança de seguro por danos em estabelecimento empresarial:

RESSARCIMENTO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS (EMERGENTES E LUCROS CESSANTES). ARROMBAMENTO DE RELOJOARIA, NO PERÍODO NOTURNO, EM SHOPPING CENTER. DEMANDA PROPOSTA CONTRA AS EMPREENDEDORAS E O CONDOMÍNIO DE LOJISTAS. DENUNCIÇÃO DA LIDE DA EMPRESA DE VIGILÂNCIA/SEGURANÇA E DA SEGURADORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA, POR SENTENÇA, EM RELAÇÃO A TODAS ELAS, EXCETO EM RELAÇÃO À SEGURADORA, PARA A QUAL JULGOU-SE PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO. APELO DESTA E DA LOJISTA DEMANDANTE. [...] DANOS MATERIAIS. SUBTRAÇÃO DE INÚMEROS RELÓGIOS E JÓIAS DE ALTÍSSIMO VALOR. PROBABILIDADE BASTANTE PRESENTE EM RAZÃO DO ATO ILÍCITO; COMPROVAÇÃO, PORÉM, QUE EXIGE A CONFECÇÃO DE PROVAS, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARTIGOS, POIS CALÇADA EM BOLETIM DE OCORRÊNCIA UNILATERAL E QUE NÃO DETALHA COM EXATIDÃO A ESPÉCIE E VALOR DE MERCADORIAS SUBTRAÍDAS. A condenação em dano material exige prova robusta e narrativa unilateral não é convincente. Lojista que

pretende ser ressarcido em decorrência de suposto furto de produtos em seu estoque deve apresentar as Notas Fiscais de aquisição, com descrição da quantidade, espécie e valor de tais itens. Boletim de Ocorrência goza de presunção de veracidade, mas, para materializar dano material, não é ele por si só suficiente, já que a narrativa da parte é unilateral, notadamente quando não contou com a presença de representantes daquele que, em tese, seria responsável pelo ressarcimento para contabilizar eventuais perdas. Apurado o ato ilícito no interior de *shopping center* em espaço destinado a lojista e evidente o roubo de diversas mercadorias do seu interior por criminosos, ainda que não demonstradas a espécie e o valor de tais produtos na ação de reparação, é possível relevar a apuração de seu efetivo *quantum* para etapa autônoma e constitutiva posterior, na forma do art. 475-E do CPC. [...] (Apelação Cível n. 2012.008457-7, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 27-8-2015)

Desta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SEGURO EMPRESARIAL. ALAGAMENTO DO PARQUE FABRIL DA EMPRESA TITULAR DO CONTRATO DE SEGURO. NEGATIVA DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SOB O ARGUMENTO DE QUE TAL EVENTO CONSTITUI ÁLEA EXPRESSAMENTE EXCLUÍDA NAS CONDIÇÕES GERAIS. INSUBSISTÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS COMPROVANDO QUE O SINISTRO DECORREU DIRETAMENTE DO CICLONE QUE ATINGIU GRANDE PARTE DO ESTADO DE SANTA CATARINA EM 2008, CAUSANDO ELEVADO ÍNDICE DE PRECIPITAÇÃO PLUVIOMÉTRICA, DEVASTANDO INÚMEROS MUNICÍPIOS. ACONTECIMENTO AMPLAMENTE DIVULGADO NA MÍDIA. SITUAÇÃO EXPRESSAMENTE PREVISTA NA APÓLICE. AUSÊNCIA DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ÔNUS DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU A SEGURADORA RECORRIDA. ART. 333, INC. II, DO CPC. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR EVIDENCIADA. *QUANTUM* A SER APURADO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, PARA JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO. “Tendo em vista que a apólice firmada entre as partes prevê cobertura para os

danos decorrentes de ciclone e que o alagamento foi decorrente deste fenômeno meteorológico, deve a seguradora responder pelos prejuízos” (TJRS - Apelação Cível nº 70033995036. Relator Desembargador Ney Wiedemann Neto, julgado em 27/05/2010). (Apelação Cível n. 2010.003034-1, de Blumenau, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 18-04-2013).

Por tais razões, é de se julgar procedente o pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de indenização securitária, cujo valor deverá ser apurado na fase de liquidação de sentença, tomando-se o valor de cada item roubado na época do sinistro, com atualização monetária pelo INPC desde a data do perecimento do bem, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês contados da decisão que homologar a conta de liquidação.

Desconto da franquia

No entendimento da ré, para caso de condenação, o valor a ser deduzido a título de franquia é R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos seis eventos e não R\$ 3.000,00 (três mil reais), conforme afirmado pela autora na notificação extrajudicial de fls. 61-64.

Com efeito, de acordo com o quadro de franquias previsto na fl. 32, trazido aos autos pela própria autora, a cobertura para roubo e furto qualificado de bens acarreta o dever de pagamento, pelo segurado, de uma franquia de 10% dos prejuízos ou, no mínimo, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por sinistro.

Logo, este é o valor mínimo que deverá ser abatido de cada indenização a ser apurada em favor da autora em razão dos sinistros mencionados na petição inicial.

Ônus sucumbenciais

Em razão da reforma integral da sentença e sucumbência mínima da parte autora (art. 86, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil), a ré deve suportar integralmente os ônus sucumbenciais.

Por conseguinte, forte no art. 82, § 2º, e art. 85 do Novo Código de Processo Civil, a ré deve ser condenada ao pagamento das despesas processuais bem como de honorários advocatícios em favor do advogado do autor, estes arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, em atenção ao grau médio do zelo dos causídicos, o lugar de fácil acesso em que prestaram o serviço, a natureza consumerista e a normal importância da causa, assim o tempo decorrente de seu regular trâmite como o trabalho profissional desenvolvido.

Contempla-se, por fim, acréscimo de 5% em decorrência da sucumbência recursal, tudo em atenção ao art. 85, § 2º, I a IV, e § 11, do Novo Código de Processo Civil.

Conclusão:

Por tais razões, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento no sentido de: a) declarar inválida a cláusula excludente de cobertura de roubo de telefones celulares bem como ineficaz a negativa da ré nesse sentido; b) condenar a ré ao pagamento da indenização securitária correspondente a cada um dos sinistros, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença, com correção monetária pelo INPC desde a data de cada evento, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês da decisão que homologar a conta de liquidação, deduzida a franquia mínima de R\$ 5.000,00 ou de 10% sobre o valor de cada indenização; c) condenar a ré ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor da condenação, já contemplada a sucumbência recursal.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 2015.058937-5, de Joinville

Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL. PARTILHA DE BENS. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. DETERMINAÇÃO DE BLOQUEIO DO SALDO DO FGTS. INVIABILIDADE. DÍVIDA DE NATUREZA PATRIMONIAL. IMPENHORABILIDADE CARACTERIZADA. EXEGESE DO ART. 649, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE EXTINÇÃO DO FEITO DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. INSUBSISTÊNCIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO DEVIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 791, III, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I – É absolutamente impenhorável a verba de natureza salarial recebida pela parte, devido ao seu caráter eminentemente alimentar, consoante artigo 649, IV, da Lei *Adjetiva* Civil, podendo, tal norma, ser relativizada apenas para suprir débito da mesma natureza (alimentar).

In casu, tratando-se de demanda que visa o cumprimento de acordo homologado em juízo referente à partilha dos bens do casal, não há falar em penhora do montante decorrente do FGTS depositado na conta vinculada ao executado, uma vez que a dívida objeto do litígio possui natureza eminentemente patrimonial, hipótese em que a regra da impenhorabilidade não se faz excepcionada.

II – Cuidando-se de cumprimento de sentença, a falta de bens passíveis de penhora implica a suspensão do processo, e não a sua extinção, sob pena de imputar ao credor a responsabilidade pela ausência de patrimônio do devedor, em sintonia com o disposto no art. 791, inciso III, do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2015.058937-5, da comarca de Joinville (1ª Vara da Família), em que é agravante S. de V., e agravada N. D. S.:

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

O julgamento, realizado no dia 28 de janeiro de 2016, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Eládio Torret Rocha, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Stanley da Silva Braga e Jorge Luis Costa Beber.

Funcionou com representante do Ministério Público a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Walkyria Ruicir Danielski e lavrou parecer a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Lenir Roslindo Piffer.

Florianópolis, 2 de fevereiro de 2016.

Joel dias Figueira Júnior

RELATOR

RELATÓRIO

S. de V. interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos do *cumprimento de sentença n. 0023777-23.2001.8.24.0038*, proposto por N.D.S., determinou a expedição de ofício à Caixa Econômica Federal a fim de que a instituição financeira realize o bloqueio do saldo existente a título de FGTS em conta de titularidade do Agravante.

Alega o Recorrente, em síntese, que a dívida exequenda originou-se do descumprimento de acordo homologado na ação de separação litigiosa n. 038.98.041646-6, em razão da partilha do patrimônio do casal,

em que o Agravante se comprometeu ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), parcelado em 25 prestações mensais em favor da ex-esposa, ora Agravada.

Assevera, ainda, a impossibilidade de penhora da verba referente ao FGTS para a quitação do crédito executado, por não se tratar de cobrança de cunho alimentar, mas sim de débito referente à partilha do acervo conjugal, o que inviabiliza a aplicação da exceção à regra da impenhorabilidade insculpida no § 2º, do art. 649 do Diploma Processual Civil.

Requeru, pois, a concessão de efeito suspensivo, e, ao final, o conhecimento e provimento do agravo, com a consequente extinção do cumprimento de sentença (fls. 2-12).

O efeito suspensivo foi parcialmente deferido pela Desa. Subst. Cláudia Lambert de Faria, para sobrestar a expedição do ofício à Caixa Econômica Federal para realização do bloqueio dos valores a título de FGTS da conta do Agravante (fls. 93-97).

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 100).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de primeiro grau que, nos autos do *cumprimento de sentença n. 0023777-23.2001.8.24.0038*, determinou a penhora do saldo do FGTS em nome do executado em razão do descumprimento do acordo homologado judicialmente, em que ficou decidida a partilha dos bens adquiridos na constância do matrimônio.

Ab initio, cumpre esclarecer que, nos termos do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil, o salário é absolutamente impenhorável, senão vejamos:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3o deste artigo.

Sabe-se que a jurisprudência tem admitido a relativização da impenhorabilidade do salário quando o crédito a que se visa garantir também possui caráter alimentar. Porém, *in casu*, a dívida reclamada advém do descumprimento do acordo referente à partilha dos bens do casal, não se podendo relativizar a penhora de verba alimentar em detrimento de dívida eminentemente patrimonial.

Sobre o tema, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E LOCAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 591, 646, 649, INCISO IV, E 655, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. VERBA ALIMENTAR ORIUNDA DE SALÁRIO E CRÉDITO DE FGTS DECORRENTE DE RESCISÃO CONTRATUAL.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça somente tem admitido a penhora de verbas de natureza alimentar, bem como de valores decorrentes de FGTS, depositadas em conta-corrente, nas hipóteses de execução de alimentos. Nas demais execuções, as referidas verbas estão resguardadas pela impenhorabilidade prevista no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial desprovido (REsp n. 805454/SP, rela Min. Laurita Vaz, T5 – Quinta Turma, DJ. 4-12-2009).

Seguindo essa orientação, colhe-se decisão deste Órgão Fracionário:

PROCESSUAL CIVIL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA -

PENHORA VIA BACEN-JUD - FGTS - IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - DECLARAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE - LIBERAÇÃO DO MONTANTE - IRRESIGNAÇÃO DOS EXEQUENTES/IMPUGNADOS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA - NÃO COMPROVAÇÃO - CARÁTER INDENIZATÓRIO E NÃO ALIMENTAR - IMPENHORABILIDADE VERIFICADA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. É absolutamente impenhorável o valor decorrente de FGTS, consoante art. 649, IV, do CPC, somente sendo admitida a penhora de referido valor em caso de prestação alimentícia. O valor referente ao FGTS tem caráter indenizatório e não alimentar, reputando-se impenhorável o valor bloqueado via BACEN-JUD. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.035774-8, de Joinville, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 13-03-2014). (fls. 105-106)

Assim, diante do caráter eminentemente patrimonial da dívida exequenda, imperiosa a aplicação da regra da impenhorabilidade da verba de natureza salarial, insculpida no art. 649, IV, do CPC.

Por fim, no tocante ao pedido de extinção do feito, sem razão o Agravante, merecendo o parecer da ilustre Procuradora de Justiça Lenir Roslindo Piffer ser parcialmente adotado como razão de decidir, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (105-106), “*in verbis*”:

[...] no que tange ao pedido de extinção do cumprimento de sentença, este por certo não merece prosperar.

E isso porque o Código de Processo Civil determina a suspensão da ação executiva quando não localizados bens passíveis de penhora e não a sua extinção, afinal é isso que se extrai do artigo 791, inciso III do CPC:

Art. 791. Suspende-se a execução:

[...]

III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

Notório que o feito já se arrasta por longos quatorze anos, contudo

não se pode privilegiar o devedor em detrimento do credor, de modo que a suspensão do processo executivo, e não a sua extinção, até que sobrevenha notícia de bens penhoráveis de propriedade do executado, é medida adequada a ser adotada pelo Magistrado.

Ad argumentandum tantum, esse Tribunal de Justiça já se manifestou em caso semelhante:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. DECISÃO QUE DETERMINOU O ARQUIVAMENTO ADMINISTRATIVO DOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. FATO INCONTROVERSO. DECISÃO ACERTADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CREDOR, QUE PODE REQUERER QUALQUER MEDIDA PARA SATISFAÇÃO DO SEU CRÉDITO E DESARQUIVAR O PROCESSO POR SIMPLES PETIÇÃO. DECISÃO ESCORREITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “A falta de bem penhorável não importa na extinção do processo de execução ou na baixa no Distribuidor, mas apenas enseja seu arquivamento provisório até que sejam localizados bens do devedor, nos termos do Art. 791, III, do CPC [...]” (STJ, Resp 1.231.544/RJ, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27-3-2012). [...]

Desse modo, a decisão vergastada merece ser reformada tão somente para desconstituir a determinação de bloqueio de eventuais valores existente em conta vinculada ao FGTS do Agravante.

É o voto.

Apelação Cível n. 2014.084409-6, da Capital

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CIRCULAÇÃO. ATROPELAMENTO FATAL DE PEDESTRE EM PERÍMETRO URBANO. DEMANDA AJUIZADA PELOS FAMILIARES DA VÍTIMA EM FACE DO CONDUTOR E DA SEGURADORA DO VEÍCULO CAUSADOR DO SINISTRO. PEDIDOS INACOLHIDOS NA ORIGEM. APELO DOS AUTORES. INQUÉRITO POLICIAL ARQUIVADO POR REQUERIMENTO FORMULADO PELA PROMOTORIA DE JUSTIÇA COMPETENTE, POR AUSÊNCIA DE PROVA DA CULPABILIDADE DO AGENTE ATROPELANTE, QUE, OBVIAMENTE, NÃO OBSTA A ANÁLISE DA SUA RESPONSABILIDADE NO JUÍZO CÍVEL. SENTENÇA QUE, CONTUDO, JULGANDO A LIDE ANTECIPADAMENTE, REJEITOU A PRETENSÃO INDENIZATÓRIA VESTIBULAR. NÃO IMPLEMENTAÇÃO DE DILAÇÃO PROBATÓRIA QUE, INESCAPAVELMENTE, CONSTITUIU CERCEAMENTO DO DIREITO DE OS AUTORES COLHER AS PROVAS QUE ENTENDAM/POSSAM/DEVAM PRODUZIR A TEMPO E MODO. DECISÓRIO DESCONSTITUÍDO PARA QUE, NO JUÍZO DE ORIGEM, O PROCESSO PROSSIGA COMO DEVIDO. RECLAMO PROVIDO.

O juiz não está autorizado, pelas normas procedimentais, a julgar antecipadamente a lide, e, no caso de não acolher o pedido, argumentar com falta de prova, tanto mais porque o equivocadamente antecipado da lide serviu para, proverbialmente, inviabilizar que a parte produzisse a prova supostamente faltante. Haverá, então, na hipótese, por irrefletida ação do togado, irrecusável cerceamento do direito de a parte, pelos meios que dispuser, lançar-se à colheita dos elementos probatórios para provar aquilo a que se propôs ao aforar a ação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.084409-6, da comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que é apelante Heitor Otávio Henrique dos Santos e outros e apelada Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais e outro:

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Joel Figueira Júnior e Desembargador Stanley Braga.

Florianópolis, 11 de fevereiro de 2016.

Eládio Torret Rocha

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Sentença da lavra do magistrado Jaime Pedro Bunn (fls. 251/255) julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de indenização n. 023.11.055718-5, da comarca da Capital, ajuizada por **Heitor Otávio H. dos Santos e outros** contra **Nazareno Martins e Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais**, sujeitando os autores ao implemento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), suspensa a exigibilidade com relação aos demandantes Marlene dos Santos Carvalho, Iara Josina dos Santos, Alex Osmar dos Santos, Patrícia Margarete dos Santos, Solange dos Santos e Leticia Schmidt dos Santos, por serem eles beneficiários da justiça gratuita, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50 (fl. 255).

Foram opostos embargos de declaração pelos requerentes (fls. 259/267), os quais foram rejeitados (fl. 269).

Inconformados com o teor do decisório apelaram os vencidos (fls. 271/281), sustentando, em síntese, como forma de obter o provimento

do recurso, que: **a)** a absolvição do condutor requerido na esfera criminal não obsta o reconhecimento da sua culpabilidade no juízo cível; **b)** deve ser reconhecida a culpa exclusiva do demandado pela deflagração do sinistro, porquanto atropelou a vítima em local e horário de grande circulação de pedestres; e, **c)** o valor fixado a título de honorários advocatícios comporta mitigação.

Foram apresentadas contrarrazões pela seguradora (fls. 290/299).

VOTO

A questão fática é a seguinte: em 10.05.2011, pelas 18h45min, Melita Batista Santos, respectivamente genitora e progenitora dos requerentes, atravessava a rodovia SC-406, Km 43,8, nas proximidades da Escola Estadual Básica Dilma Lúcia dos Santos, quando foi atingida pelo veículo Fiat/Palio, placas MHA-2444, conduzido no sentido Centro/Pântano do Sul pelo requerido Nazareno Martins e segurado pela demandada Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais, vindo a falecer no hospital.

Após a instauração de inquérito policial n. 023.12.006701-6 (atualmente arquivado), os familiares da vítima ajuizaram, então, a presente demanda, pleiteando, em suma, o recebimento do montante indenizatório total previsto na apólice e, ainda, reparação pecuniária pelo abalo anímico sofrido.

A sentença, então, julgou improcedentes os pedidos exordiais, sujeitando os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, à razão, então, da insurgência dos vencidos, a qual ora cuida de deslindar.

Sustentaram os apelantes, inicialmente, que a absolvição do condutor apelado na esfera criminal (autos n. 023.12.006701-6), nos termos do art. 397, inc. III, do CPP, não possui o condão de afastar sua responsabilidade no juízo cível.

Razão, de fato, se lhes assiste, haja vista que, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça “A decisão fundamentada na falta de provas aptas a ensejar a condenação criminal, como no particular, não restringe o exame da questão na esfera cível” (Resp n. 1164236, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 21.02.2013).

É possível, portanto, ser o demandado eventualmente condenado, na esfera cível, ao pagamento de indenização pelo cometimento de ato ilícito, ainda que não haja sido penalmente responsabilizado pelo fato, uma vez que, como no caso focalizado, o arquivamento dos autos do inquérito policial por requerimento formulado pela promotoria de justiça competente, por ausência de prova da culpabilidade do agente atropelante, obviamente não obsta a análise da sua responsabilidade no juízo cível (fls. 234/236).

Ocorre, contudo, que, na hipótese, ao meu sentir, revela-se imprescindível, para o adequado deslinde do feito, a implementação da necessária dilação probatória, de modo que se possibilite aos recorrentes, a tempo e modo, a produção das provas que entenderem pertinentes.

E isto porque o juiz não está autorizado, pelas normas procedimentais, a julgar antecipadamente a lide, e, no caso de não acolher o pedido, argumentar com falta de prova, tanto mais porque, na hipótese, o equivocado conhecimento antecipado da lide serviu para, proverbialmente, inviabilizar que a parte autora produzisse a prova supostamente faltante.

Com efeito, o Magistrado prolator do decisório recorrido destacou, em seu julgado, que:

“A pretensão deduzida não merece acolhida, uma vez que as provas coligidas não permitem elucidar a dinâmica exata do sinistro de modo a se estabelecer a culpabilidade de qualquer das partes nele envolvidas.

“Veja-se, pois, que eventual solução para a controvérsia esbarra,

sobretudo, na ausência de respaldo técnico e testemunhal conclusivo acerca de quem teria sido o responsável para a concretização do evento danoso.

“O panorama delineado, amparado em escasso conjunto probatório, permite somente elencar prováveis hipóteses para a forma como sucedeu o infortúnio, subsistindo e preponderando, porém, o estado de dúvida – motivo pelo qual, inclusive, o inquérito instaurado a respeito foi arquivado [...]

“Com base, pois, nos fundamentos acima e considerando, ainda, que o ordenamento jurídico vigente veda a condenação fundada em meros juízos de probabilidades, conjecturas e deduções, ausente a prova certa sobre a culpa e os limites da responsabilidade do réu, nada há a indenizar, fato que implica, por conseguinte, a improcedência da pretensão.” (fls. 254/255).

Ora, nesta ordem de ideias, não se mostra justo, nem tampouco razoável, o inacolhimento do pleito exordial ao argumento de que inexistem nos autos provas suficientes à procedência do pedido, ao passo em que o Magistrado julgou antecipadamente o feito, nos termos do art. 330, inc. I, do CPC, deixando, dessarte, de oportunizar aos interessados a produção probatória que lhes compete.

Entendo pois, neste contexto, que a demanda ainda não estava em condições de imediato julgamento, posto que há, em tese, matéria de fato pendente de comprovação, mostrando-se impossível concluir, pois, pela responsabilidade ou não do motorista atropelante, com a certeza e segurança necessárias.

Desta forma, reconheço a ocorrência de cerceamento de defesa e, conseqüentemente, grave violação ao princípio do contraditório, da ampla defesa e ao direito à produção de prova (inc. LV do art. 5º da Constituição Federal).

Como bem pontua, a propósito do tema, Cândido Rangel Dinamarco:

“[a] razão pela qual se permite a antecipação do julgamento do mérito é invariavelmente a desnecessidade de produzir provas. Os dois incisos do art. 330 desmembram essa causa única em várias hipóteses, mediante uma redação cuja leitura deve ser feita com a consciência de que só será lícito privar as partes de provar quando as provas não forem necessárias ao julgamento. **Não se antecipa a decisão do mérito quando ainda faltarem esclarecimentos sobre algum ponto relevante da demanda ou da defesa.** Só se antecipa quando nenhuma prova seja necessária - nem pericial, nem oral, nem documental” (*Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. III, p. 555 – dei destaque).

Reconheço, portanto, no caso em comento, a necessidade de se desconstituir a sentença em face da imprescindibilidade da dilação probatória, devendo-se oportunizar a produção dos pertinentes elementos probatórios, a fim de apurar, seguramente, o responsável pela deflagração do sinistro enfocado.

Isto posto, pelo meu voto eu conheço do recurso e dou-lhe provimento, para, cassando a sentença, determinar que, na origem, o processo prossiga como de direito.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação n. 0002046-20.2000.8.24.0033, de Itajaí

Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA E SUCESSÕES. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM* C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

RECURSO DA AUTORA. (1) PATERNIDADE BIOLÓGICA. EXUMÇÃO CADAVERICA. RESULTADO NEGATIVO. IMPUGNAÇÃO. EIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. RESULTADO CONVERGENTE COM AS CONCLUSÕES PERICIAIS ANTERIORES.

– O paradigma da paternidade biológica foi revolucionado pela ciência com o advento dos exames de DNA, os quais atribuem a ascendência genética com invejável precisão. Na espécie, a perícia realizada carece de qualquer eiva a ensejar a necessidade de novo exame.

(2) SOCIOAFETIVIDADE. ÔNUS PROBATÓRIO DA AUTORA (ART. 373, INCISO I, CPC/2015). COABITAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. VÍNCULO NÃO COMPROVADO.

– Diante da fragilidade de elementos probatórios, inconcebível o reconhecimento de paternidade fundada em socioafetividade. Em que pese ser uma prova de difícil produção, trata-se de ônus indiscutivelmente atribuído à autora, consoante disciplina o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0002046-20.2000.8.24.0033, da comarca de Itajaí (Vara da Família), em que é

Apelante A. de J. L. e Apelados R. A. B., R. R. do A. e F. A. B.:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer e desprover o recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves e a Excelentíssima Senhora Desembargadora Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 13 de junho de 2016.

Henry Petry Junior
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

1 A ação

Perante a Vara da Família da comarca de Itajaí, A. de J. L. ajuizou, em 02/03/2000, “ação de investigação de paternidade com petição de herança” (autos n. 00020462020008240033) (fls. 02/09) contra R. R. do A., R. A. B. e F. A. B. – herdeiros de C. J. do A. –, todos qualificados nos autos.

Alegou, em síntese, ser fruto de um romance extraconjugal entre o *de cujus* e sua genitora biológica, M. das D. L., mantido durante o ano de 1955, vindo a nascer em 29/06/1956, consoante demonstra sua certidão de nascimento, no qual o nome do falecido consta como declarante.

Aduziu ter residido com sua mãe até o atingimento de seus 5 (cinco) anos de idade, vindo, posteriormente, a morar com a família do investigado, onde permaneceu até completar 18 (dezoito) anos.

Asseverou que durante o período em que residiu com o seu pretenso

pai sempre foi tratada identicamente aos demais filhos, acentuando a relação de afetividade que mantinha com o *de cujus*, o qual havia lhe confidenciado a verdade acerca da sua paternidade quando ela possuía 16 (dezesseis) anos, prometendo-lhe que a assumiria juridicamente.

Sustentou que tal promessa, contudo, não se cumpriu, visto que seu genitor passou a ser acometido por graves problemas de saúde, momento no qual a família determinou que a autora passaria a residir com uma tia materna na cidade de Curitiba, onde foi informada, em 21/04/1976, sobre o falecimento de C. J. do A.

Requeru a realização de exame de DNA através de coleta do material genético de familiares do falecido e, em havendo recusa, que se proceda a exumação do cadáver, com o fito de confirmar a paternidade investigada e, por consectário, o reconhecimento do seu direito de herança aos bens do *de cujus*.

Ao fim, pleiteou, ainda, a concessão dos benefícios da Justiça gratuita (fls. 02/09).

Instruiu a exordial com documentos (fls. 10/18).

Devidamente citado, R. R. do A. apresentou resposta na forma de contestação (fls. 30/34), oportunidade em que refutou a paternidade pretendida pela autora.

Ato contínuo, houve impugnação à contestação (fls. 41/42).

R. A. B. também apresentou contestação (fls. 54/56), ocasião em que defendeu que seu falecido genitor auxiliava materialmente a autora e muitas outras pessoas porque era demasiado benevolente, em especial com empregados, como era o caso da mãe da demandante. Nestes termos, pugnou pela improcedência do pleito exordial.

Em contrapartida, apresentou a autora réplica às fls. 64/65.

Citada por edital, a ré F. A. B. foi defendida por curadora judicialmente designada (fls. 80/81), a qual apresentou negativa geral.

Houve, ainda, audiência de instrução e julgamento com oitiva de testemunhas (fls. 112 e 161/163); juntada de laudo pericial inconclusivo (fls. 123/131); posterior esclarecimento pericial (fl. 164); segundo laudo pericial resultante de coleta de amostras de DNA, também inconclusivo (fls. 225/240); auto de exumação de cadáver (fl. 467); laudo pericial referente à exumação (fls. 478/482); oferecimento de razões finais (fls. 514/515, 516/519 e 522/523); e, manifestação do Ministério Público (fls. 528/532).

Após, sobreveio sentença (fls. 533/540).

1.1 A sentença

No ato compositivo da lide (fls. 533/540), proferido em 19/11/2015, o Magistrado Roberto Ramos Alvim julgou improcedente o pleito formulado pela autora, condenando-a ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, esses fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada advogado da parte contrária, mantendo, contudo, a exigibilidade suspensa, visto que, na mesma ocasião, deferiu-lhe os benefícios da Justiça gratuita.

1.2 O recurso

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 550/563), sustentando, em síntese, a ocorrência de uma possível violação ao jazigo do investigado, visto que a sua tampa não se encontrava vedada no momento em que o Instituto Geral de Perícias lá chegou para efetuar o procedimento de exumação.

Ademais, a lápide acusaria a presença de 5 (cinco) corpos na sepultura, tendo-se encontrado, contudo, somente 3 (três) caixas de madeira na urna fúnebre.

Em decorrência desses delineamentos fáticos, refutou o resultado negativo do exame, intencionando que o mesmo seja realizado com a coleta de material genético de algum dos réus, para o fim de demonstrar que o cadáver exumado efetivamente pertencia a C. J. do A.

Aduz que a prova oral igualmente confirma ser o *de cujus* seu genitor. Nada obstante, caso se entenda que a paternidade biológica não resta cabalmente demonstrada, enfatizou a configuração da paternidade socioafetiva, dado que possuía o estado de filha do *de cujus* perante a sociedade.

Requer, por fim, seja dado provimento ao recurso a fim de reconhecer a paternidade pretendida.

Contrarrazões às fls. 571/575 e 592/594 pela manutenção da sentença.

Com a ascensão dos autos a esta Corte de Justiça, a Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra do Procurador de Justiça Mário Gemin, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 07/10 dos autos físicos).

Após, vieram-me conclusos em (fl. 13/04/2016).

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2 A admissibilidade do recurso

2.1 Um esclarecimento necessário

A **segurança jurídica** é preceito assegurado em algumas passagens da Constituição da República Federativa do Brasil, como no *caput* do art. 5º, e, ainda, no inc. XXXVI do mesmo dispositivo, o qual dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa

julgada”, previsão repisada no *caput* do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujos §§ 1º a 3º conceituam os institutos.

Sob esse prisma, o Código de Processo Civil de 2015, em termos de direito intertemporal processual, regulando a sucessão de leis processuais no tempo e a sua aplicação aos processos pendentes, adotou a **regra *tempus regit actum***, nos termos de seu art. 1.046, impondo a aplicação imediata da lei processual a partir de sua entrada em vigor, em 18.3.2016 (art. 1.045 do Código de Processo Civil de 2015), mas, à luz do princípio da segurança jurídica, apenas aos atos pendentes, salvaguardando, portanto, o ato processual perfeito, o direito processual adquirido e a coisa julgada, conforme melhor leitura do art. 14 do Código de Processo Civil de 2015.

A temática, para ser melhor compreendida, comporta exegese **da teoria do isolamento dos atos processuais**, pela qual, muito embora se reconheça o processo como um instrumento complexo formado por uma sucessão de atos inter-relacionados, advindo nova lei processual e se deparando esta com um processo em desenvolvimento, para fins de definir sua específica incidência ou não sobre cada ato, necessário se faz verificar se possível tomá-los individualmente.

Dessa forma, constata-se se os elementos do ato a ser praticado são efetivamente pendentes e independentes dos atos anteriores – aplicando-se, portanto, a lei nova – ou se possuem nexos imediato e inafastável com um ato praticado sob a vigência da lei anterior, passando a ser tomados, enquanto dependentes, como efeitos materiais dele – aplicando-se, assim, a lei antiga –, vez que imodificável a lei incidente sobre os atos anteriores, seja porque atos processuais perfeitos (uma vez consumados ao tempo da lei antiga), seja porque existente sobre eles um direito processual adquirido (uma vez passíveis de exercício ao tempo da lei antiga, com termo pré-fixado de início de exercício ou condição preestabelecida inalterável para o exercício).

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp n. 1.404.796/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 26.3.2014), firmado, aliás, em sede de Recurso Especial Repetitivo (arts. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil de 2015).

Dessa forma, tendo a sentença guerreada sido publicada em 20/11/2015 (fl. 545), isto é, quando ainda em vigência o Código de Processo Civil de 1973, o caso será analisado sob o regramento do Diploma revogado, ressalvadas eventuais normas de aplicação imediata.

2.2 A admissibilidade do recurso

O procedimento recursal, em seu juízo de admissibilidade, comporta uma série de pressupostos, doutrinariamente divididos em: **[a] intrínsecos**, os quais se compõem por: **[a.1]** cabimento; **[a.2]** interesse recursal; **[a.3]** legitimidade recursal; e **[a.4]** inexistência de fato extintivo do direito de recorrer; e **[b] extrínsecos**, que se subdividem em: **[b.1]** regularidade formal; **[b.2]** tempestividade; **[b.3]** preparo; e **[b.4]** inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer ou do seguimento do recurso.

Nesse aspecto, oportuno salientar que a ausência de preparo se justifica em razão do deferimento do benefício da Justiça gratuita à parte recorrente por ocasião da sentença (fl. 539).

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.3 O mérito

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente a pretensão de reconhecimento de paternidade c/c petição de herança intentados por A. de J. L. de L. em face dos herdeiros de C. J. do A., seu pretenso pai.

2.3.1 A filiação

Nada obstante a filiação consista em um conceito atemporal a acompanhar o desenvolvimento da humanidade desde o seu primórdio, é dotada, simultaneamente, de dinamismo, na medida em que se amolda aos valores vigentes em cada época.

Historicamente, o ordenamento jurídico discriminava os filhos entre legítimos (nascidos da relação casamentária) e ilegítimos (havidos fora do matrimônio), dedicando atenção e amparo à primeira categoria em detrimento da segunda. A este respeito, Renata Nepomuceno Cysne leciona:

Na perspectiva histórica das relações familiares, a família matrimonializada e os filhos advindos dessa relação recebiam todo o amparo social, religioso e jurídico, enquanto os filhos tidos como “ilegítimos” foram alvo de profundos preconceitos, pelos “pecados” cometidos por seus pais. A igreja proibia e alei dificultava o reconhecimento de filhos ilegítimos, tudo em razão da manutenção da paz da família matrimonial. (CYSNE, Renata Nepomuceno. Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva. *In*: Família e Jurisdição II. BASTOS, Eliane Pereira; LUZ, Antônio Fernandes da. (coords). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 190)

Com o advento da Constituição de 1988, aboliu-se qualquer possibilidade de diferenciação entre filhos, passando a destinar-se igual tratamento a filhos concebidos dentro ou fora da relação matrimonial, bem como aos de origem biológica ou socioafetiva.

O artigo 227, § 6º, da Carta Magna é o dispositivo que traduz e normatiza este avanço jurídico ao dispor que:

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Farias e Rosenvald enfatizam a importância da Constituição no

processo de busca pela isonomia ao sintetizarem que “O tratamento jurídico dos filhos emprestado pelo Pacto Social de 1988 corresponde ao término de um longo processo de discriminações que, historicamente, marcou a legislação brasileira” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 566).

Sob o prisma constitucional, não há dúvidas de que a filiação consubstancia um direito indisponível. Na lição de Belmiro Pedro Welter, “a perfilhação é direito natural e constitucional de personalidade, sendo indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano” (WELTER, Pedro Belmiro. Coisa julgada na investigação de paternidade. Revista Jurídica. N. 256. Ano 46, fevereiro de 1999, p. 19).

Segundo Mauro Nicolau Júnior, o registro de nascimento – apesar de alguns posicionamentos em sentido contrário – não exprime, propriamente, a paternidade. O que ele reflete é um acontecimento jurídico. Ao registro não interessa a história natural das pessoas, senão apenas um evento jurídico.

Assim, quando o estabelecimento da paternidade decorrer de derivação biológica do DNA, o que o oficial de registro consigna em seus assentos não é o laudo pericial, mas a sentença do juiz. Ao contrário, se a sentença for lavrada manifestamente contrária à prova genética, ainda assim é ela e não o laudo a que o oficial deve obediência. (*In*: Investigação de Paternidade Procedente - coisa julgada material - prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade. Qual prevalece- Revista da AJURIS. N. 85. Tomo I. Rio Grande do Sul: AJURIS, março/2002, p. 286).

De outro lado, é relevante notar que o registro civil – por alguns chamado de paternidade registral – não se configura, de regra, em fonte primária da paternidade. Ao revés, o assentamento revela, exterioriza e dá publicidade a um evento anterior, qual seja, a relação biológica ou socioafetiva. O registro não nasce per se, mas sim é consequente a algo que lhe é anterior. Não é causa, mas consequência. Não é originário, sim sequencial.

Maria Berenice Dias ensina, acerca da filiação socioafetiva:

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. (Manual de Direito das Famílias. 5ª ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 338).

A autora vai mais além, analisando as diferenciações entre os vínculos parentais biológicos e socioafetivos:

Dois fenômenos marcaram de forma significativa tudo que a lei diz, a doutrina sempre sustentou e a jurisprudência vinha decidindo sobre os vínculos de parentalidade. Até hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filho, sempre se esteve a falar em filiação biológica. Em juízo sempre foi buscada a chamada verdade real, sendo assim considerada a relação de filiação decorrente do vínculo de consanguinidade.

O primeiro grande marco que introduziu profunda revolução no direito das famílias foi a quebra do princípio de que a família se identificada com o casamento.

No momento em que se admitiram como entidades familiares estruturas não constituídas pelo matrimônio, passou-se a reconhecer a afetividade como elemento constitutivo da família. Essa mudança de paradigmas

não se limitou ao âmbito das relações familiares. Refletiu-se também nas relações de filiação. O prestígio que se emprestou à afetividade, como elemento identificador da família, passou a ser também o elemento identificador dos elos de filiação. Com isso o estado de filiação desligou-se da verdade genética, relativizou-se o papel fundador da origem biológica, como diz Paulo Lôbo: na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar.

Outro acontecimento veio trazer reflexos significativos no que diz com os vínculos parentais. Os avanços científicos, que culminaram com a descoberta dos marcadores genéticos e permitem a identificação da filiação biológica por meio de singelo exame não invasivo, desencadearam verdadeira corrida ao Judiciário, na busca da “verdade real”.

Esses dois episódios ensejaram consequências paradoxais: nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade tem pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto é assim que se estabeleceu a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera. Se durante muito tempo por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos confundiam-se essas duas figuras, hoje é possível identificá-las em pessoas distintas. (Manual de Direito das Famílias. 5ª ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 331).

Esta Corte já decidiu acerca do tema, também ratificando a possibilidade de sobreposição da filiação socioafetiva:

DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E ALIMENTOS - EXAME DNA POSITIVO - PROCEDÊNCIA PARCIAL EM 1º GRAU - INSURGÊNCIA DO INVESTIGADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS E INDEFERIMENTO DE 2º EXAME DNA - TESTEMUNHAS DEFERIDAS INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO - NOVA PERÍCIA - DESNECESSIDADE - LAUDO REGULAR - RECURSO IMPRÓVIDO - RECONHECIMENTO

DA PATERNIDADE - EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E GENÉTICA - PREVALÊNCIA DAQUELA - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA –PATERNIDADE PARA FINS EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICOS - MANUTENÇÃO DO REGISTRO CIVIL - SENTENÇA REFORMADA.

[...] No conflito entre paternidade socioafetiva e biológica - matéria de ordem pública -, prevalece aquela por melhor acolher o princípio constitucional da dignidade humana. (AC n. 2005.000406-5, rel. Des. MONTEIRO ROCHA, j. em 01-08-2008).

E:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDA. DESCONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO PELA NULIDADE DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO E CONSCIENTE DA PATERNIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO INEXISTENTE. REALIZAÇÃO DE TESTE DE PATERNIDADE POR ANÁLISE DE DNA. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE SÓLIDO VÍNCULO AFETIVO POR MAIS DE 23 ANOS. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA. DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE VEDADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É irrevogável e irretroatável a paternidade espontaneamente reconhecida por aquele que tinha plena consciência de que poderia não ser o pai biológico da criança, mormente quando não comprova, estreme de dúvidas, vício de consentimento capaz de macular a vontade no momento da lavratura do assento de nascimento.

A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica. (AC n. 2011.005050-4, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 10-05-2011, grifo acrescido).

Delimitados os preceitos norteadores do caso em apreço, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.4 A espécie

2.4.1. O vínculo genético

A análise da prova nas ações de investigação de paternidade não constitui tarefa fácil para o julgador, sendo certo que o juiz é soberano na análise da prova autuada, decidindo de acordo com o seu convencimento motivado (art. 371 do Código de Processo Civil de 2015).

A concepção ocorre no interior do corpo da mulher e não admite testemunhas, de regra. Resta ao julgador, nas ações do gênero, o recurso às provas também indiretas, formadas pela simbiose dos fatos que integram a causa petendi, que é constituída da enumeração da lei e da busca na comprovação do ato gerador, este já com respaldo no avanço científico da prova. (ALMEIDA, Maria Cristina de. Prova do DNA: Uma evidência absoluta. *In*: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 2, jul/set 1.999, p. 145/146)

Considerável parcela da doutrina sustenta que o exame de DNA é praticamente incólume a erros. Póvoas, por exemplo, justifica que:

Não obstante, os erros de análise de DNA ocorreram, em sua maioria, no início da utilização desta técnica e, sobretudo, por conta de erros laboratoriais. Com o passar do tempo e o aprimoramento dos profissionais e equipamentos, tornou-se quase impossível a ocorrência de exames de DNA com resultados evados de erro. (PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. 1 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 50).

Na espécie, foram realizados 3 (três) perícias técnicas visando apurar a consanguinidade. Desses, as duas primeiras pautaram-se em comparações de amostras de material genético entre a autora e seus potenciais irmãos, ora réus, vindo seus resultados, contudo, a revelar a necessidade da exumação cadavérica, ante à inconclusividade da comparação intentada.

Do primeiro laudo, colhe-se o seguinte trecho:

Com base nos resultados obtidos (Tabela I) não é possível excluir a paternidade uma vez que o supostos (*sic*) não está presente, sugere-se para uma investigação detalhada um número maior de indivíduos relacionados e/ou a exumação cadavérica do pai falecido. (fl. 129)

Diante de solicitação do Juízo para que prestasse melhores esclarecimentos, a perita respondeu:

[...] Sugerimos que para um parecer conclusivo do referido exame seja realizado (*sic*) a exumação cadavérica do suposto pai falecido, onde então será obtido o perfil genético do suposto pai falecido e assim o exame poderá ser concluído de forma conclusiva. As investigações de análise indireta dependem do perfil genético obtido dos indivíduos envolvidos. No referido exame foram testados 15 loci de cada envolvido e a partir destes dados foi possível observar a semelhança genética entre o autor e réu, porém esta semelhança não foi significativa a ponto de permitir um laudo conclusivo de inclusão e/ou exclusão de paternidade. (fl. 166)

O segundo laudo realizado, por sua vez, aponta que a autora e um dos apelados “guardam, estatisticamente, algum grau de parentesco”, enfatizando que o grau “corresponde a uma correlação de parentesco a nível de ***primos em segundo grau***” (fl. 229, grifo no original).

Logo, as primeiras perícias constataram a existência estatisticamente de uma semelhança genética entre as partes, apontando a probabilidade de parentesco em nível “primos em segundo grau”.

Diante da incerteza das conclusões periciais, o Juízo determinou a realização da exumação cadavérica dos restos mortais do investigado, vindo o laudo de fls. 479/482 a concluir que: “*a comparação dos perfis genéticos obtidos levou à EXCLUSÃO de [C. J. do A.] como pai biológico de [A. de J. L.]*” (fl. 481).

Lastreado em tal resultado, sentenciou o magistrado *a quo* pela improcedência do pleito, decisão da qual irressigna-se a autora, suscitando

dúvida quanto a identificação do corpo, pois alega que a urna fúnebre não se encontrava vedada quando da abertura, bem como não continha caixas em número congruente com o de nomes da lápide.

Pois bem.

No que concerne a uma possível violação da sepultura, necessário apontar que menção alguma há a essa circunstância no auto de exumação (fl. 467), sendo crível que, houvesse qualquer dúvida nesse sentido, os envolvidos no procedimento teriam feito constar no documento, dado que é assinado por representante da Vara em que o processo tramitou na origem, médico legista e duas técnicas de autópsia representantes do Instituto Geral de Perícias – IGP.

Além dos mencionados assinantes do termo, encontravam-se presentes, no momento, duas testemunhas, advogados de ambas as partes e o administrador do cemitério, não tendo o advogado da parte apelante mencionado qualquer suspeita acerca de violação à lápide na primeira oportunidade que teve de se manifestar após a exumação (fls. 498/503).

Nesse vértice, pertinente colacionar trecho do parecer ministerial que bem observa a idoneidade da condução da perícia: *“E que aqui não se diga que o procedimento de exumação não é confiável, pois foi realizado por instituição idônea – Instituto Geral de Perícias do Estado de Santa Catarina”* (fl. 09 dos autos físicos).

A existência de apenas 3 (três) caixas – e não 5 (cinco) –, dentro sepultura tampouco gera dúvida suficiente a fomentar a realização de nova perícia, visto que, ainda que se admitisse eventual violação da sepultura – fato esse que não restou demonstrado –, alguém interessado em fraudar a perícia certamente atentaria em conservar numericamente a quantidade de caixas anteriormente ali enterradas, dado que os registros do cemitério certamente indicam a quantidade de urnas depositadas.

Nesse aspecto, frise-se que a apelante sequer produziu essa prova,

sendo imperioso afirmar tratar-se de elemento probatório de simples averiguação e que a ela incumbiria, nos termos do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, de se destacar que o resultado do exame cadavérico se coaduna com as análises periciais realizadas tomando por base a colheita de material genético de seus descendentes, vez que foram “*observadas coincidências aleatórias em algumas regiões do genoma pesquisadas*”, assim como constatado nos dois primeiros exames de DNA.

Entrementes, a autópsia detectou 7 (sete) incompatibilidades alélicas, o que “*impossibilita a existência de vínculo genético de paternidade*” (fl. 481).

Logo, pontuados esses delineamentos, descartada a possibilidade de paternidade biológica, razão pela qual passa-se a analisar a existência, ou não, de vínculo socioafetivo.

2.4.2 O vínculo socioafetivo

Assim como o conceito de filiação sofreu diversas reformulações com o avançar do tempo, a figura de pai, igualmente, evoluiu, deixando de representar mera consanguinidade para tornar-se uma figura construída ao longo do convívio cotidiano, independentemente de transmissão de carga genética. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira defende que a filiação:

(...) constitui, segundo a Psicanálise, uma função. É essa função paterna exercida por um pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o amante oficial, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção..., enfim, aquele que exerce a função de pai. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.62-63).

O critério tradicionalmente adotado por doutrina e jurisprudência para o fim de demonstrar a socioafetividade reside, substancialmente, na posse do estado de filiação, que, por sua vez, consiste na “*situação fática na qual uma pessoa desfruta do status de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal*”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p.210)

Três são os pressupostos elegidos pela doutrina como necessários a caracterizar o estado de filho afetivo: a *nominatio*, a *tractatus* e a *reputatio*. Assim o sendo, a *nominatio* corresponde ao nome, ou seja, é ter o filho o apelido do pai; a *tractatus*, por sua vez, exige tratamento e educação como se filho fosse; e, por fim, a *reputatio*, consiste em possuir a reputação, ser tido e havido por filho na família e na sociedade em que vive.

Hodiernamente, contudo, os doutrinadores vêm graduando a importância conferida a cada um destes requisitos. “*A doutrina, em sua maioria, dispensa o requisito do nome, bastando a comprovação dos requisitos do tratamento e da reputação*”. (BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de paternidade: posse de estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.63).

No caso em tela, sustenta a apelante que era tratada e amada como filha pelo *de cuius*, sendo esse um fato público, dado que residia em sua casa e convivia diretamente com seus outros filhos, ora apelados.

Com o fito de comprovar sua alegação, colacionou os seguintes documentos: [a] certidão de nascimento em que o falecido consta como declarante, sem, contudo, preencher o campo relativo à paternidade (fl. 11); [b] declaração de frequência da extinta Escola Evangélica (fl. 14).

Tais documentos, contudo, não se prestam a configurar prova robusta acerca do tratamento de filha pretensamente prestado à apelante.

Isso porque o simples fato de o *de cujus* ter providenciado o registro de seu nascimento indica tão somente que esse foi prestativo em um momento em que, por razões óbvias, sua mãe não reunia condições para tratar de aspectos burocráticos.

Já no que concerne aos estudos da apelante, o documento colacionado não comprova que o responsável pelo pagamento de suas mensalidades fosse C. J. do A., e, ainda que o fizesse, tal circunstância não teria o condão de lhe imputar a paternidade da autora, podendo perfeitamente tratar-se apenas de um ato de benevolência para com a filha da empregada que servia ao seu lar.

Nesse aspecto, cumpre mencionar que à época dos fatos – cronologicamente situados entre 1956 e 1973 –, era bastante comum que empregados domésticos residissem nas casas dos patrões, bem como seus filhos, que, por consectário, acabavam por conviver com os filhos dos empregadores, sem que tal circunstância, por si só, gerasse o ânimo de composição de um único e harmônico arranjo familiar.

A apelante sustenta a existência desse ânimo, asseverando que seu pretenso genitor intencionava, inclusive, reconhecer-lhe registralmente. Todavia, carece de embasamento probatório que corrobore sua versão dos fatos.

As testemunhas ouvidas tampouco confirmam a existência de socioafetividade. A primeira delas, I. D. V., informou apenas ter tido conhecimento acerca da paternidade biológica do finado – a qual já restou rechaçada no tópico anterior –, e que esse, em dado momento, tentou entrar em contato com a autora (fl. 162).

A segunda, por sua vez, noticiou a existência de boatos na cidade de que a autora seria filha de C. J. do A., os quais se intensificaram pelo fato de ela ser conduzida ao colégio por motorista particular daquele. Nada obstante, o mesmo testigo referenciou que o falecido era “*uma*

peessoa que ajudava muito a comunidade”, confirmando a tendência à filantropia já defendida pelos apelados enquanto uma característica de seu pai (fl. 163).

Diante de tamanha fragilidade de elementos probatórios, inconcebível o reconhecimento de uma paternidade fundada em socioafetividade. É bem verdade que se trata de uma prova de difícil produção, principalmente considerando o transcurso de tantos anos, contudo, trata-se de ônus indiscutivelmente atribuído à autora, consoante disciplina o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, inevitável questionar o porquê de a autora ter aguardado o transcurso de tão demasiado lapso temporal para buscar a tutela jurisdicional dos direitos que acredita ter, dado que a própria menciona, na exordial, ser detentora das informações acerca de sua origem desde os seus 16 (dezesseis) anos, quando o investigado, inclusive, ainda era vivo.

Outro aspecto digno de nota concerne na possibilidade jurídica de que o falecido dispunha em resguardar materialmente a autora contemplando-a com fração de seu acervo hereditário através de testamento, atitude essa que seria bastante plausível caso ele acreditasse ser seu pai, tanto biológico quanto socioafetivo. Contudo, não o fez.

Nem mesmo a joia de família com a qual ele supostamente haveria presenteado a autora resta comprovada nos autos, tornando altamente temerário um reconhecimento de paternidade.

Logo, diante de toda essa conjectura de fatos e circunstâncias, voto pela manutenção da sentença, visto que o vínculo biológico não foi confirmado pelas perícias realizadas, bem como o socioafetivo não restou cabalmente demonstrado.

3 A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo

que do seu teor decorre, suplantadas direta ou indiretamente todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e desprovido, tudo nos termos supra.

É o voto.

Apelação Cível n. 2013.009210-6, de Herval D'Oeste

Relator: Des. Luiz César Medeiros

CIVIL – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM – MAIOR INCAPAZ – ALVARÁ JUDICIAL – CANCELAMENTO PARCIAL DE USUFRUTO – TERRENO DE PROPRIEDADE DOS FILHOS – PRETENSÃO DE LOTEAMENTO DO IMÓVEL – NECESSIDADE E MANIFESTA VANTAGEM NÃO DEMONSTRADAS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO

Conforme prevê o art. 1.750 do Código Civil, a venda de imóvel de tutelado ou curatelado, como também o cancelamento de usufruto, devem ser compreendidos como a *ultima ratio*, ficando restritos às hipóteses em que for constatado serem medidas indiscutivelmente vantajosas e essenciais para preservar o bem-estar do protegido, pois, em caso de dúvida, é mandamento da legislação que se mantenha íntegro o patrimônio do incapaz.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.009210-6, da Comarca de Herval D'Oeste (Vara Única), em que é apelante J. T. C., representada por R. C.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 15 de fevereiro de 2016, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Henry Petry Junior e Desembargadora Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2016.

Luiz César Medeiros

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

J. T. C., representada por sua curadora R. C., formulou pedido de alvará judicial, relatando que é titular de usufruto vitalício de terreno rural com área de 35.150,00 m², cuja propriedade pertence aos seus filhos, avaliado em R\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais).

Alegou que os nus proprietários pretendem transformar o imóvel em loteamento urbano, que já estaria aprovado pelos órgãos competentes e pela Fatma, para melhorar o aproveitamento econômico do bem, extinguir o condomínio existente entre os herdeiros e proporcionar melhores condições de vida à idosa.

Discorreu que teria assegurado o usufruto sobre a parcela remanescente e as áreas dos lotes que permanecerão com os filhos, as quais, em razão do aumento do preço do metro quadrado devido ao fracionamento do terreno, foram avaliadas em valor maior do que o original do imóvel inteiro, qual seja, R\$ 446.711,57 (quatrocentos e quarenta e seis mil, setecentos e onze reais e cinquenta e sete centavos).

Ao final, postulou o deferimento da expedição do alvará judicial para autorizar o levantamento do usufruto sobre a área integral objeto do loteamento, limitando sua incidência sobre os lotes apontados.

Intimado, o Ministério Público manifestou-se desfavoravelmente ao pleito.

O Doutor Juiz sentenciou o feito, consignando na parte dispositiva da decisão:

“Diante do exposto, julgou improcedente o pedido formulado por J. T. C., resolvendo o mérito da demanda, o que faço com base no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Custas pela parte autora, restando sobrestada esta obrigação em face da gratuidade de justiça que lhe foi deferida.

Sem honorários.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, cumpra-se o disposto nos arts. 514 e seguintes do CNCGJ/SC e, após, arquivem-se” (fl. 38).

Irresignada, a demandante interpôs apelação. Sustentou que: *a) “o imóvel passará a ter, em tese, com o loteamento, um valor médio de R\$ 4.921.000,00, o que significa uma sensível valorização de toda a área do imóvel” (fl. 43); b) “embora nada desmereça as condições em que vive a autora, além de sempre ter sido bem atendida por seus filhos e especialmente por sua curadora, tem-se que a implantação do loteamento a beneficiará com melhores condições de conforto” (fl. 44)” e c) “o fato de a autora não passar, no momento, por qualquer necessidade maior, não pode impedir que se dê ao imóvel melhores condições de aproveitamento econômico, em benefício tanto da autora como de seus filhos” (fl. 45).*

Os autos, então, ascenderam a esta Corte para julgamento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, parecer de lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Ricardo da Silva, opinou pelo desprovimento do reclamo.

VOTO

1 Cuida-se de apelação cível por meio da qual J. T. C., representada por R. C., almeja a reforma da decisão singular que indeferiu o pedido de expedição de alvará judicial para autorizar o levantamento parcial de usufruto vitalício de sua titularidade sobre terreno rural de 35.150,00 m².

2 Da leitura do caderno processual, observa-se que a interdição da autora foi decretada no processo n. 235.12.001158-4, da Comarca de Rio do Sul na data de 1º.8.2012, e como curadora especial provisória foi nomeada a sua filha R. C.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, conforme preconiza o art.

1.774 do Código Civil, devem ser aplicadas à curatela as regras previstas para o instituto da tutela, com poucas exceções. Nesse sentido, dispõe o art. 1.750 da Codificação Privada que *“os imóveis pertencentes aos menores sob tutela somente podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem, mediante prévia avaliação judicial e aprovação do juiz”*.

Consigne-se que, por correlação lógica, ao levantamento de usufruto, por consistir em direito real de gozo ou fruição, em que há divisão de atributos referentes à propriedade, deve ser aplicada a inteligência da norma acima reproduzida.

Em vista disso, constata-se que é requisito para a concessão de autorização para a alienação de bem imóvel de curatelado a comprovação de irrefutável vantagem para o incapaz, como também avaliação judicial e aprovação judicial. Assim, é imperioso que se demonstre cabalmente a indispensabilidade da venda do bem para suprir alguma necessidade do protegido que não esteja sendo possível prover sem a providência, como a aquisição de outro imóvel para moradia ou pagamento de despesas com educação e saúde.

Sobre a temática, ensina Flávio Tartuce:

“Em relação aos bens imóveis dos menores sob tutela, esses podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem ao menor, mediante prévia avaliação judicial e aprovação do juiz, por meio de alvará judicial (art. 1.750 do CC). Em havendo a venda sem essa vantagem e aprovação do juiz, o negócio jurídico é nulo de pleno direito, pois o caso é de nulidade virtual, eis que a lei acaba proibindo o ato de forma inversa, sem, contudo, cominar sanção (art. 166, VII, segunda parte, do CC). A ilustrar, imagine-se uma hipótese em que o menor mudou sua residência, estando em local diverso daquele onde está o imóvel de sua propriedade. Nessa outra cidade, vive ele de aluguel, havendo interesse plausível para a venda do seu imóvel, para que os seus representantes comprem outro naquele lugar onde agora mora o incapaz” (Manual de Direito Civil. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 1331).

In casu, contudo, não se logrou êxito em comprovar que a medida traria flagrante vantagem à idosa.

Isso porque não é possível se extrair dos autos demonstração satisfatória de que o cancelamento de parte do usufruto da autora sobre o terreno e posterior loteamento do imóvel estaria sendo promovido com o fito de amparar a curatelada em necessidade que esteja passando.

A prova colacionada, do contrário, apenas confirma de modo nítido o benefício que os proprietários do bem teriam com a autorização para o levantamento do gravame de fruição.

Ademais, como bem apontou o Meritíssimo Juiz, existem outros meios de trazer lucro e proveito por meio do terreno rural, caso houvesse necessidade, sem que fosse preciso tolher o direito da apelante sobre o bem, como, exemplificando, o arrendamento das terras.

Até porque, ao que parece, mostra-se mais vantajoso para a autora possuir o usufruto de um grande terreno rural, que poderia ser arrendado para produzir frutos civis, do que de pequenas glebas localizadas em loteamento urbano, das quais, por não ser proprietária, não poderá livremente dispor.

Por fim, vale registrar que a Lei n. 10.741/03, em seu art. 3º, impõe ser dever de todos garantir ao idoso a efetivação, com absoluta prioridade, dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, de forma que a proteção conferida ao seu patrimônio deve ser analisada com especial prudência, com o objetivo de ao idoso assegurar o maior conforto possível nessa etapa da vida.

Nessa senda, é pacífica a jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de exigir robusta comprovação da alegada vantagem ao incapaz. Para ilustrar:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL –

PRETENDIDA OBTENÇÃO DE AUTORIZAÇÃO PARA ALIENAÇÃO DE TERRENO DE PROPRIEDADE DE PORTADORA DE OLIGOFRENIA GRAVE, REPRESENTADA EM JUÍZO PELA RESPECTIVA CURADORA – ALEGAÇÃO DE QUE O FRUTO DA VENDA DO IMÓVEL SERÁ REVERTIDO NO CUSTEIO DO TRATAMENTO CLÍNICO PRESCRITO À INCAPAZ – FAMILIARES QUE ALEGAM NÃO DISPOR DE RECURSOS SUFICIENTES PARA SUPORTAR, POR SI PRÓPRIOS, A DESPESA AFETA À VIA PARTICULAR DE ATENDIMENTO – ENFERMA CUJO ACOMPANHAMENTO MÉDICO É EFETUADO ATRAVÉS DO SUS-SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – DESPESAS EXTRAORDINÁRIAS NÃO DEMONSTRADAS – PRESSUPOSTOS DO ART. 1.750 DO CÓDIGO CIVIL NÃO EVIDENCIADOS – AUTORIZAÇÃO INVIABILIZADA – ENTENDIMENTO DO MAGISTRADO SINGULAR QUE ATENDE AO INTERESSE DA CURATELADA, PROTEGENDO SEU RESPECTIVO PATRIMÔNIO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO” (AC n. 2012.035901-0, Des. Luiz Fernando Boller).

“APELAÇÃO CÍVEL. ALVARÁ JUDICIAL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. **PRETENSÃO DE CANCELAMENTO DO GRAVAME DE USUFRUTO SOBRE O ÚNICO BEM DE PROPRIEDADE DA INTERDITADA. IMPOSSIBILIDADE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE VANTAGEM PARA A CURATELADA, QUE É PESSOA IDOSA E ACOMETIDA POR GRAVE MOLÉSTIA (MAL DE ALZHEIMER).** INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1.774 E 1.750 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

‘A lei civil brasileira não autoriza que se proceda a venda de bem de pessoa interdita, a menos que a transação seja notoriamente vantajosa para o incapaz.’ (A.C. 2006.040672-9, de Brusque, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 27.6.2008)” (AC n. 2011.033263-3, Des. Sérgio Izidoro Heil [grifou-se]).

Dessa feita, é possível afirmar que a venda do imóvel, bem como o cancelamento de usufruto devem ser compreendidos como a *ultima*

ratio, ficando restritos às hipóteses em que for constatado serem medidas essenciais para preservar o bem-estar do curatelado, pois, em caso de dúvida, é mandamento da legislação que se mantenha íntegro o patrimônio do incapaz.

O desprovimento do apelo é, por conseguinte, medida que se impõe.

3 Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Apelação Cível n. 2013.084018-1, de Rio do Sul

Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO *POST MORTEM* DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. - PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

(1) PARTILHA. NÃO INCLUSÃO NA RUBRICA “DOS PEDIDOS”. INSERÇÃO NAS ALEGAÇÕES. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. PRETENSÃO VERSADA.

– A petição inicial merece interpretação lógico-sistemática, não sendo adequado seccioná-la por tópicos. Assim, devem ser considerados todos os requerimentos feitos ao longo do petitório, inclusive os implícitos, ainda que não localizados no item “pedidos”. Daí decorre a higidez da decisão que acolhe pleito constante do bojo da exordial, até porque mais consentânea com a garantia de máxima efetividade ao direito de ação. Inteligência dos arts. 2º, 131, 262, 293, primeira parte, e 460 do CPC; e 5º, inc. XXXV, da CRFB; e da principiologia processual.

(2) UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. REQUISITOS CONFIGURADOS. RECONHECIMENTO BEM LANÇADO.

– A união estável é entidade familiar protegida pelo Estado, configurando-se na convivência dotada de: a) publicidade; b) continuidade; c) estabilidade; e d) objetivo de constituir família, dispensando-se a dualidade de sexos, em leitura sistemática do ordenamento jurídico hodierno, por se dirigir a proteção estatal à tutela do afeto consubstanciado na solidariedade familiar, independente de sua composição de gênero. Dessa forma, demonstrados os referidos pressupostos por quem pleiteia o seu reconhecimento, enquanto fato constitutivo de seu direito, e não aportados fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, imperativa é a manutenção da procedência exarada. Inteligência dos arts. 333 do CPC; 1.723, *caput*, do CC; e 1º, inc. III, 3º, incs. I e IV, e 226, *caput* e § 3º, da CRFB.

(3) REGIME SUCESSÓRIO. UNIÃO ESTÁVEL. ART. 1.790 DO CC. INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.829 DO CC. APLICAÇÃO POR ANALOGIA.

– O art. 1.790 do Código Civil, que estabelece o regime sucessório na união estável, é inconstitucional, pois: a) estabelece, sem que presente discrimen legítimo, diferenciação entre a união estável e o casamento, nada obstante ambas sejam entidades familiares escoradas em afeto de idêntica valia e sob igual tutela protetiva estatal; b) ofende o princípio da igualdade filial ao ensejar consequências diferenciadas à prole a depender de sua origem; c) pretere o companheiro em desfavor de outros parentes sucessíveis, ferindo-lhe a dignidade e o direito fundamental à herança, em previsões expurgadas de proporcionalidade e razoabilidade; e d) mitiga a proteção sucessória do companheiro assegurada por diploma anterior, ferindo o princípio do não retrocesso social. Assim, ausente norma disciplinadora aplicável, faz-se cabível a incidência, por analogia, do art. 1.829 do Código Civil, que delinea o regime sucessório no casamento. Inteligência dos arts. 4º da LINDB; 126 do CPC; 1.790 e 1.829 do CC; e 1º, *caput* e inc. III, 3º, incs. II a IV, 5º, incs. XXX, XXXVI e LIV, 226, *caput* e § 3º, e 227, § 6º, da CRFB.

(4) PETIÇÃO DE HERANÇA. CABIMENTO. PROCEDÊNCIA ACERTADA.

– Em se aplicando à união estável o regime da comunhão parcial de bens, por subsidiariedade, em razão da ausência de contrato escrito entre as partes, além da meação garantida ao companheiro sobrevivente sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, inexistindo descendentes e ascendentes, garante-se-lhe, a título de herança, também a totalidade da meação do *de cujus*, na extensão dos bens comprovados, enquanto fato constitutivo de seu direito, como enquadráveis em tal condição, desde que não derruída esta, pela parte adversa, com fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, tornando, assim, imperativa a manutenção da procedência exarada. Inteligência dos arts. 333 do CPC; e 1.658 a 1.666, 1.725 e 1.829 do CC.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.084018-1, da comarca de Rio do Sul (Vara da Família Órfãos, Sucessões, Inf. e Juventude), em que são apelantes E. G. T. e outros, e apelada M. L. R. de M.:

A Quinta 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 Sérgio Izidoro Heil, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 21 de janeiro de 2016.

Henry Petry Junior

RELATOR

RELATÓRIO

1 A ação

M. L. R. DE M. ajuizou, em 6.10.2009, “*ação ordinária de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato com pedido de antecipação de tutela*” (autos n. 001.09.139331-1) (fls. 2/10) contra o ESPÓLIO DE R. G., representado por sua inventariante E. G. T., todos qualificados nos autos.

Narrou que: **[a]** a autora e R. G., solteiras, viveram em concubinato por 6 (seis) anos e 8 (oito) meses, no mesmo domicílio, como se casadas fossem; **[b]** durante o período de convivência, montaram uma empresa, que não logrou sucesso; **[c]** adquiriram, com esforço comum, um apartamento no Município de Guarulhos, no Estado de São Paulo, que está alugado, mas cujos alugueis estão sendo retidos pela irmã de R. G.; **[d]**

diante das dificuldades financeiras, decidiram morar no Município de Rio do Sul, no Estado de Santa Catarina, com a irmã de R. G., de nome L. G. B., tendo, pelas dificuldades, acordado de que a autora voltaria a trabalhar em São Paulo e, quinzenalmente, visitaria R. G., que continuaria a morar em Rio do Sul; **[e]** R. G. sofreu um aneurisma cerebral, tendo a autora, num primeiro momento, voltado para Rio do Sul para dela cuidar, mas, depois, retornado a São Paulo para fins laborais, mantendo as visitas quinzenais; **[f]** a irmã de R. G., no período da doença desta, devolveu o imóvel locado pelo casal e se desfez do veículo KOMBI/VOLKSWAGEN, ainda em pagamento pela autora e R. G., e dos bens móveis que guarneciam a residência do casal em Rio do Sul; **[g]** foi proibida de visitar sua companheira durante o período de doença e, quando do falecimento, impedida de participar dos serviços fúnebres; e **[h]** as companheiras contribuíram para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sendo cabível a concessão do benefício à autora pelo reconhecimento da união estável.

Requeru, por fim, fosse(m): **[a]** preliminarmente, concedida a antecipação dos efeitos da tutela a fim de que reintegrada na posse: **[a.1]** indireta, do apartamento, recebendo os valores dos aluguéis diretamente do locatário; e, **[a.2]** direta, dos móveis que guarneciam a residência do casal; e, **[b]** no mérito, julgados totalmente procedentes os pedidos formulados para que reconhecido(a): **[b.1]** a união estável entre a autora e R. G.; **[b.2]** o direito à herança; e **[b.3]** o direito ao benefício previdenciário junto ao INSS.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 11/79.

Instado o Ministério Público à manifestação (fl. 80), deixou de se manifestar sobre o mérito por não consubstanciar interesse ministerial (fls. 81/82).

Determinada a emenda da inicial a fim de que aditado o polo passivo com a inclusão dos herdeiros J. G., V. G., E. G. T., L. G. B. e E. G.

A autora acostou petição (fls. 85/86) e documentação (fls. 87/88).

Deferida a emenda à inicial (fl. 89); indeferida a antecipação dos efeitos da tutela (fl. 91), por se entender ausente prova inequívoca dos fatos narrados, especialmente quanto à existência da união estável no momento do falecimento de R. G.; e, em “exceção de incompetência” (autos n. 0043608-02.2010.8.26.0001) oposta por V. G., declinou-se da competência e determinou-se a remessa ao juízo competente (fls. 123/124).

Distribuído à Vara da Família, Órfãos, Sucessões, Infância e Juventude da comarca de Rio do Sul, em 9.6.2011, como “*ação ordinária de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato*” (autos n. 054.11.004785-4).

Citados (fls. 107, 112/114 e 128), os réus, conjuntamente, apresentaram resposta na forma de contestação (fls. 130/142).

Narraram que: **[a]** nunca existiu união estável entre a autora e R. G., as quais mantinham relação profissional e de amizade; **[b]** moraram juntas como amigas; **[c]** a autora indica como última residência sua e de R. G. um imóvel no Município de Jaçanã, no Estado de São Paulo, o que é faticamente impossível, pois, desde junho de 2006, R. G. morava no Município de Rio do Sul, neste Estado; **[d]** a aduzida relação, se existente, nunca foi pública; **[e]** inexistente durabilidade na relação, vez que a própria autora reconhece períodos em que morou em São Paulo; **[f]** a não comprovação da união estável afasta o direito de herança; **[g]** o apartamento foi adquirido por R. G. com importe decorrente de venda de imóvel exclusivo de origem anterior ao aduzido início da relação; **[h]** o apartamento atual foi objeto de alienação; **[i]** o veículo KOMBI/VOLKSWAGEN não pertencia a R. G., encontrando-se registrado no nome do cunhado desta, I. DOS S. B.; e **[j]** inexistente prova quanto à existência dos bens móveis indicados.

Requereram, por fim, fossem julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados na exordial.

A contestação veio instruída com os documentos de fls. 143/186-v.

Deferida a realização de prova oral.

Em audiência de instrução e julgamento (fls. 204-A, 217, 236 e 258): **[a]** inexitosa a conciliação; **[b]** procedeu-se: **[b.1]** à tomada do depoimento pessoal da autora (fl. 204-A e mídia acostada à fl. 204-B) e do réu V. G. (fl. 204-A e mídia acostada à fl. 204-B); e **[b.2]** à oitiva de 4 (quatro) testemunhas arroladas pela autora (fls. 218/220, 237/240 e 259/260).

A autora (fls. 262/265) e os réus, estes conjuntamente (fls. 267/271), apresentaram memoriais.

Após, sobreveio sentença (fls. 273/278).

1.1 A sentença

No ato compositivo da lide (fls. 273/278), proferido em 23.7.2013, o Magistrado RENATO GUILHERME GOMES CUNHA: **[a]** julgou procedentes os pedidos a fim de: **[a.1]** reconhecer *post mortem* a união estável mantida entre a autora e R. G., no período do início de 2003 a agosto de 2009, data do óbito desta; e **[a.2]** reconhecer à autora, a título de herança, o direito à metade: **[a.2.1]** de 1 (um) apartamento e sua respectiva vaga de garagem localizado no Município de Guarulhos, no Estado de São Paulo; **[a.2.2]** de 1 (um) veículo KOMBI/VOLKSWAGEN; e **[a.2.3]** dos bens móveis que guarneciam a residência do casal em Rio do Sul, neste Estado; e **[b]** reconhecer a incompetência da Justiça Comum Estadual para apreciar a pretensão de obtenção de benefício previdenciário junto ao INSS.

Condenou a parte ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados estes em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa.

1.2 O recurso

Irresignados, os réus, conjuntamente, interpõem recurso de apelação (fls. 282/298).

Sustentam que: **[a]** a autora não soube precisar o início da relação, com uma variação de cerca de 12 (doze) meses, razão pela qual as declarações de terceiro acostadas são inverídicas; **[b]** as testemunhas dizem ter perdido o contato com a autora e R. G. após a mudança para Rio do Sul em 2006, pelo o que não podem afirmar continuidade da alegada relação até 2009; **[c]** não há comprovação das alegadas visitas quinzenais feitas pela autora a R. G.; **[d]** os aduzidos problemas financeiros são contraditórios à narrada frequência das visitas; **[e]** a publicidade da relação não é extraída de nenhum dos depoimentos; **[f]** os documentos acostados não comprovam a relação estável alegada; **[g]** a presença dos requisitos da união estável não restou demonstrada; **[h]** o apartamento foi adquirido exclusivamente por R. G., com verba decorrente da venda de imóvel anterior à relação aduzida; **[i]** o instrumento de confissão de dívida foi uma atitude de R. G. para assegurar a posse do bem à autora; **[j]** o apartamento foi objeto de transferência pela irmã de R. G., L. G. B., primeiro, para o irmão de R. G., V. G., e sua esposa, e, depois, para terceiros, O. F. G. e H. DE A. G., negócios estes nunca questionados; **[k]** a vaga de garagem não restou contemplada no pleito exordial, sendo a sentença, no ponto, *extra petita*; **[l]** o veículo KOMBI/VOLKSWAGEN está registrado no nome do cunhado de R. G., I. DOS S. B., não havendo falar em direito de herança sobre o automóvel apenas por ter ele sido usado, a título de comodato, pela autora e por R. G.; **[m]** os bens móveis indicados na inicial não foram discriminados e não tiveram sua existência comprovada; e **[n]** a sociedade empresarial não foi objeto de pedido de partilha na exordial, sendo a sentença, no ponto, *extra petita*.

Requerem, por fim, seja: **[a]** preliminarmente, declarada a nulidade parcial da sentença, porquanto *extra petita*, com relação à partilha de: **[a.1]** vaga de garagem; e **[a.2]** sociedade empresarial; e, **[b]** no mérito,

dado provimento ao recurso a fim de reformar a sentença para que julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Sem contrarrazões (fl. 303).

Com a ascensão dos autos a esta Corte de Justiça, a Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra da Procuradora de Justiça LENIR ROSLINDO PIFFER: **[a]** opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso quanto à existência da união estável; e **[b]** deixou de se manifestar sobre a partilha, por não consubstanciar interesse ministerial (fls. 308/313).

Após, vieram-me conclusos em 8.1.2014 (fl. 314).

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2 A admissibilidade do recurso

O procedimento recursal, em seu juízo de admissibilidade, comporta uma série de pressupostos, doutrinariamente divididos em: **[a] intrínsecos**, os quais se compõem por: **[a.1]** cabimento; **[a.2]** interesse recursal; **[a.3]** legitimidade recursal; e **[a.4]** inexistência de fato extintivo do direito de recorrer; e **[b] extrínsecos**, que se subdividem em: **[b.1]** regularidade formal; **[b.2]** tempestividade; **[b.3]** preparo; e **[b.4]** inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer ou do seguimento do recurso.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.1 A preliminar

2.1.a A (in)congruência da sentença

Sustentam os réus que a vaga de garagem e a sociedade empresarial não restaram contempladas no pleito de partilha na exordial, sendo a sentença, no ponto, *extra petita*.

Não lhes socorre acerto, pelo o que se expõe na sequênci

2.1.a.1 A introdução necessária

2.1.a.1.1 A validade da decisão

A validade da decisão judicial perpassa, invariavelmente, pelo **princípio dispositivo, da adstrição ou da congruência**, o qual vem consagrado, em essência: **[a]** na exigência de que o processo comece por iniciativa da parte, não podendo o juiz prestar a tutela jurisdicional sem requerimento, apesar de, uma vez provocado, caber-lhe dar impulso ao feito (arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil); **[b]** na regra segundo a qual cabe ao juiz decidir a lide nos limites em que proposta, sendo-lhe proibido discutir questões não levantadas e que a lei exige sejam trazidas à baila pelas partes (art. 128 do Código de Processo Civil); e **[c]** na vedação ao togado de proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da requerida, e de condenar o réu em quantidade superior ou objeto distinto daquele pleiteado, devendo a sentença ser certa, mesmo que solucione relação jurídica condicional (art. 460 do Código de Processo Civil).

Consoante interpretação doutrinária (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 2. p. 341), a decisão judicial precisa ser congruente tanto em relação à demanda que resolve quanto no tocante aos sujeitos a quem atinge, bem como congruente em si mesma.

Nesse sentir, classifica-se a congruência em: **[a] externa**, que diz respeito à necessidade de que a decisão relacione-se com os sujeitos envolvidos (**congruência subjetiva**) e com os elementos objetivos que lhe deram causa e aqueles contrapostos pelo réu (**congruência objetiva**); e **[b] interna**, atinente à obediência aos pressupostos para sua intelecção como ato judicial, como certeza, clareza, coerência e liquidez.

No âmbito da **congruência externa objetiva**, tem-se, segundo lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, citado por FREDIE DIDIER JR., PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, a necessidade de “*decidir nos limites da demanda proposta*”, que “*significa não ir além ou fora deles, nem ficar aquém*” (*op. cit.* p. 343). Quando se vai **além** dos limites, a decisão é *ultra petita*; se fica **fora**, é *extra petita*; e, se fica **aquém**, é *citra petita*.

De acordo com DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA: [a] a decisão é *ultra petita* quando: [a.1] “concede ao demandante mais do que ele pediu”; [a.2] “analisa não apenas os fatos essenciais postos pelas partes como também outros fatos essenciais”; ou [a.3] “resolve a demanda em relação aos sujeitos que participaram do processo, mas também em relação a outros sujeitos, não-participantes” (*op. cit.* p. 344); [b] a decisão é *extra petita* quando: [b.1] “tem natureza diversa ou concede ao demandante coisa distinta de que foi pedida”; [b.2] “leva em consideração fundamento de fato não suscitado por qualquer das partes, em lugar daqueles que foram efetivamente suscitados”; ou [b.3] “atinge sujeito que não faz parte da relação jurídica processual” (*op. cit.* p. 347); e [c] a decisão é *citra petita* quando deixa de analisar: [c.1] “pedido formulado”; [c.2] “fundamento de fato ou de direito trazidos pela parte”; ou [c.3] “pedido formulado por um ou em face de um determinado sujeito do processo” (*op. cit.* p. 350).

Com relação às consequências, a existência dos vícios consubstancia a invalidade da decisão, dada a inegável caracterização de *error in procedendo*, sendo que, em regra: [a] na *ultra petita*, tem-se a invalidade cingida à parte da decisão em que se superam os limites da lide, isto é, o malfadado *plus*, demandando decotação; [b] na *extra petita*, tem-se a invalidade por inteiro, demandando nova decisão; e [c] na *citra petita*, tem-se a invalidade pela incompletude da decisão, demandando integração.

Dessa forma, possível concluir que: [a] a sentença é *ultra petita*

quando, em excesso às pretensões formuladas nos autos, vai além dos pedidos ou fundamentos consubstanciados nos limites da lide compostos pelas partes, em verdadeiro “exagero” do juiz, ensejando, como consequência, a decotação da parte excessiva da decisão, pela inegável caracterização de *error in procedendo*; **[b]** a sentença é *extra petita* quando, em desapego às pretensões formuladas nos autos, examina pedidos ou fundamentos estranhos aos limites da lide compostos pelas partes, em verdadeiro proceder “inventivo” do juiz, ensejando, como consequência, a invalidação por inteiro da decisão e a prolação de novo ato, pela inegável caracterização de *error in procedendo*; e **[c]** a sentença é *citra petita* quando, em desatenção às pretensões formuladas nos autos, deixa de examinar pedidos ou fundamentos consubstanciados nos limites da lide compostos pelas partes, em verdadeiro “esquecimento” do juiz, ensejando, como consequência, a invalidade em razão da incompletude da decisão, demandando integração, pela inegável caracterização de *error in procedendo*.

Antes, porém, de proceder à análise da hipótese vertente, cumpre verificar premissa imprescindível ao deslinde da *quaestio*.

2.1.a.1.2 A extensão do pedido

O pedido é o elemento que se pretende ver analisado e deferido com a propositura da demanda, extraindo-se da interpretação lógico-sistemática das alegações do autor, ou seja, levam-se em conta todos os requerimentos feitos ao longo do petítório, inclusive os implícitos, não se limitando àqueles constantes de capítulo especial ou sob a rubrica “dos pedidos”, sem ofensa à regra da restritividade na hermenêutica dos pedidos (art. 293, primeira parte, do Código de Processo Civil) ou ao princípio dispositivo, da adstrição ou da congruência (decisão *ultra* ou *extra petita*) (arts. 2º, 131, 262 e 460 do Código de Processo Civil), porquanto proceder mais consentâneo com a garantia de máxima efetividade ao direito de ação (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Assim, atendidas tais premissas, não haverá falar em invalidade da decisão como *ultra petita* ou *extra petita* por ofensa ao princípio dispositivo, da adstrição ou da congruência (arts. 2º, 131, 262 e 460 do Código de Processo Civil), mesmo porque cabe à parte expor os fatos e ao juiz dizer o direito, em exegese dos princípios *da mihi factum dabo tibi jus* (dá-me os fatos que te darei o direito) e *iura novit curia* (o juiz é quem conhece o direito).

Outra não é a concepção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), AgRg no REsp n. 1.427.522/AM, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 9.6.2015; STJ, AgRg no REsp n. 1.462.355/SC, rel. Min. Og Fernandes, j. em 16.6.2015; STJ, AgRg no REsp n. 1.392.983/DF, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 16.6.2015; STJ, AgRg no AREsp n. 124.613/PR, rela. Mina. Maria Isabel Gallotti, j. em 18.6.2015; e STJ, AgRg no AREsp n. 690.054/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 23.6.2015), acompanhada por esta Corte (TJSC, AC n. 2013.085135-9, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 7.4.2015; TJSC, AC n. 2010.082406-1, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 9.4.2015; TJSC, AC n. 2015.012338-0, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 28.4.2015; e TJSC, EDcl em AC n. 2012.080589-2, rel. Des. Gerson Cherem II, j. em 14.5.2015), inclusive sob minha Relatoria (TJSC, AC n. 2013.065583-6, deste Relator, j. em 23.1.2014; TJSC, AC n. 2013.072216-8, deste Relator, j. em 25.6.2015; e TJSC, AC n. 2015.042427-5, deste Relator, j. em 23.7.2015).

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.1.a.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se que, apesar de a autora não ter formulado pleito específico, no capítulo “*dos pedidos*” (fls. 9/10), quanto à vaga de garagem e à sociedade empresarial, declinou pretensão de partilha dos bens adquiridos na constância da união com R. G., tendo, no corpo da exordial, relatado sua participação não apenas na aquisição do

apartamento e dos bens móveis, mas, também, da vaga de garagem e da sociedade empresarial.

Logo, formulado pedido de partilha dos bens móveis e imóveis adquiridos na constância da união estável, aqueles declinados na exordial e enquadráveis em tal condição deverão ser objeto de divisão, ainda que não explicitados no contexto dos pedidos finais, ressalvada eventual exclusão expressa e específica, observada a interpretação lógico-sistemática.

Sobre o tema, *mutatis mutandis*, já tive a oportunidade de decidir, valendo conferir: TJSC, AC n. 2007.048376-2, deste Relator, j. em 3.3.2009; TJSC, AC n. 2007.040174-6, deste Relator, j. em 9.11.2010; e TJSC, AC n. 2013.072216-8, deste Relator, j. em 25.6.2015.

Assim, assentada a validade do decisório de primeira instância, vê-se apta a demanda à apreciação meritória, incursão a qual se dá início.

2.2 O mérito

2.2.a O ônus da prova

O **ônus da prova** é um encargo processual que se confere a um sujeito da demanda acerca da demonstração de certas alegações de ordem fática, não se confundindo com um dever, pois não se pode exigir o seu cumprimento, sendo que, em caso de inobservância, apenas restará o encarregado, possivelmente, submetido a uma situação de desvantagem.

Nesse sentido, estabelece o legislador, abstratamente, **quem** tem de provar **o quê**, definindo, como regra geral, no art. 333 do Código de Processo Civil, que o ônus da prova é dado: **[a]** ao **autor**, quanto ao **fato constitutivo** do seu direito (inciso I); e **[b]** ao **réu**, quanto à existência de **fato impeditivo, modificativo ou extintivo** do direito do autor (inciso II).

A norma lastreia-se na noção de que o autor deve provar os fatos constitutivos do direito que afirma ter, mas não a inexistência

dos elementos que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou impõem a sua extinção, sob pena de receber o encargo de fazer prova negativa, também chamada pela doutrina de diabólica, dada sua dificuldade ou mesmo impossibilidade de produção. Assim, confere-se ao réu, pretense resistente do direito do autor, a atribuição de demonstrar tais fatos.

Outrossim, consigna-se que o regramento do ônus da prova, segundo tradicional apreciação doutrinária (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual civil – segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988), pode ser analisado sob uma dupla perspectiva: **[a] ônus subjetivo ou formal**; e **[b] ônus objetivo ou material**.

A primeira perspectiva – **ônus subjetivo ou formal** – consubstancia a feição do regramento enquanto dirigido às partes (sujeitos parciais), como um norte ao desenvolvimento de sua atividade probatória, estabelecendo verdadeira **regra de conduta das partes** ou, ainda, **regra de instrução**, porquanto dá aos litigantes o conhecimento quanto à sua respectiva parte de responsabilidade na formação do arcabouço probatório destinado à construção do convencimento fático do juízo.

Contudo, é possível que as provas não venham a ser produzidas pelas partes ou, se produzidas, não sejam suficientes à compreensão da realidade fática pelo juiz, o qual, porém, mesmo sem prova, tem o dever de julgar.

Assim, exsurge a segunda perspectiva – **ônus objetivo ou material** – dirigida ao julgador (sujeito imparcial) como uma **regra de julgamento**, a fim de evitar o *non liquet* (“não está claro”) do Direito Romano, não admitido nos sistemas hodiernos. Por tal feição, a partir da identificação de a quem cabia o ônus de fazer determinada prova, uma vez finda a instrução, faz-lhe o togado suportar as respectivas consequências negativas de eventual ausência ou insuficiência probatória.

Por fim, segundo lição de LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, a regra de distribuição do ônus da prova destina-se “*a iluminar o juiz que chega ao fim do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos*” (Curso de processo civil: processo de conhecimento. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2. p. 267).

Nada obstante paire a dúvida e reste ausente prova concreta das alegações, por vezes, alguns fatos podem ser tomados como incontrovertidos, passando a independe de prova, como dita o art. 334 do Código de Processo Civil: **[a]** notórios (inciso I); **[b]** afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (inciso II); **[c]** admitidos, no processo, como incontrovertidos (inciso III); e **[d]** em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (inciso IV).

Dentre as situações acima, destaca-se aquela dos **fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária**. Trata-se do instituto da **confissão**, a qual ocorre, segundo letra do art. 348 do Diploma Processual Civil, “*quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário*”.

Sobre os seus efeitos, por fim, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART apontam serem 2 (dois): “*a dispensa de prova do fato pela parte contrária (art. 334, II, do CPC) e a presunção de veracidade (quase que absoluta) sobre o fato confessado*” (op. cit. p. 283).

Cumpre conceder especial relevo, ainda, à situação dos **fatos admitidos, no processo, como incontrovertidos**. A previsão reporta ao

princípio do ônus da impugnação especificada constante do *caput* do art. 302 do Estatuto Buzaid, segundo o qual, em contestação, cabe “*ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial*”, sob pena de se presumirem “*verdadeiros os fatos não impugnados*”.

Nesse sentido, bem assentam NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, para quem “*no processo civil é proibida a contestação genérica, isto é, por negação geral. Pelo princípio do ônus da impugnação especificada, cabe ao réu impugnar um a um os fatos articulados pelo autor na petição inicial. Deixando de impugnar um fato, por exemplo, será revel quanto a ele, incidindo os efeitos da revelia (presunção de veracidade - CPC 319)*” (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 688).

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.2.b O reconhecimento da união estável

Sustentam os réus, em síntese, que a presença dos requisitos da união estável não restou demonstrada, pois: **[a]** a autora não soube precisar o início da relação, com uma variação de cerca de 12 (doze) meses, razão pela qual as declarações de terceiro acostadas são inverídicas; **[b]** as testemunhas dizem ter perdido o contato com a autora e R. G. após a mudança para Rio do Sul em 2006, pelo o que não podem afirmar continuidade da alegada relação até 2009; **[c]** não há comprovação das alegadas visitas quinzenais feitas pela autora a R. G.; **[d]** os aduzidos problemas financeiros são contraditórios à narrada frequência das visitas; **[e]** a publicidade da relação não é extraída de nenhum dos depoimentos; e **[f]** os documentos acostados não comprovam a relação estável alegada.

Não lhes socorre acerto, pelo o que se expõe na seqüência.

2.2.b.1 A introdução necessária

A **união estável** é reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil (art. 226, *caput* e § 3º) e pelo Código Civil (art. 1.723, *caput*) como entidade familiar protegida pelo Estado, configurando-se na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida a fim de constituir família.

De acordo com ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO, citado por CARLOS ROBERTO GONÇALVES, instaura-se a união estável “*a partir do instante em que resolvem seus integrantes iniciar a convivência, como se fossem casados, renovando dia a dia tal conduta, e recheando-a de afinidade e afeição, com vistas à manutenção da intensidade*” (*Direito civil brasileiro: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6. p. 614).

Os seus **elementos caracterizadores** são listados, a partir de exegese do texto legal, pela doutrina (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONHA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6), a qual os desdobra em: **[a]** essenciais: **[a.1]** publicidade; **[a.2]** continuidade; **[a.3]** estabilidade; e **[a.4]** objetivo de constituir família; e **[b]** acidentais: **[b.1]** tempo de convivência; **[b.2]** existência de prole; e **[b.3]** exigência de coabitação.

Antes de proceder ao exame dos requisitos propriamente ditos, porém, cumpre consignar que, apesar de expressamente prevista a **dualidade de sexos** no texto constitucional e na lei (“*entre o homem e a mulher*”), já há muito vinha sendo afastada como pressuposto da união estável.

Segundo lição de CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD, conforme referência de GAGLIANO e PAMPLONHA FILHO, “*efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual,*

fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida, não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas” (op. cit. p. 432/433).

Na temática, aliás, bem dissertou LUÍS ROBERTO BARROSO, citado por GAGLIANO e PAMPLONHA FILHO, para quem “*é certo[...] que a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de inclusão. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram” (op. cit. p. 426).*

De acordo com ensinamentos de MARIA BERENICE DIAS, “*a homossexualidade acompanha a história do homem. Não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de ser amigas de homossexuais. É simplesmente uma outra forma de viver. A origem não se conhece. Aliás, nem interessa, pois, quando se buscam causas, parece que se está atrás de um remédio, de um tratamento para encontrar cura para algum mal. Mas tanto a orientação homossexual não é uma doença que, na Classificação Internacional das Doenças - CID, está inserida no capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. O termo ‘homossexualismo’ foi substituído por homossexualidade, pois o sufixo ‘ismo’ significa doença, enquanto o sufixo ‘dade’ quer dizer modo de ser” (Manual de direito das famílias. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 186).*

Em decisão paradigmática no cenário jurídico nacional, declinou

MARIA BERENICE DIAS que, por ser “inconteste que o relacionamento homoafetivo é um fato social que se perpetua através dos séculos, não pode mais o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de sexo. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essência” (TJRS, AC n. 70012836755, rela. Des. Maria Berenice Dias, j. em 21.12.2005).

Nesse sentir, em decisões de ampla repercussão, o Supremo Tribunal Federal (STF, ADPF n. 132/RJ e ADI n. 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, j. em 5.5.2011) reconheceu a inconstitucionalidade da distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo, e o Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 1.183.378/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 25.10.2011) decidiu pela inexistência de óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, cominando na edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Resolução n. 175/2013, que “dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo”.

A Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, em mesmo caminhar, editou o Provimento n. 17/2011, admitindo o reconhecimento da união estável homoafetiva, e a Circular n. 5/2013, autorizando a formalização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, na atual conjuntura, a dualidade de sexos faz-se absolutamente prescindível à configuração da união estável, com espeque, sobretudo, nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil), da solidariedade

(art. 3º, inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil) e do bem-estar coletivo e da vedação à discriminação (art. 3º, inc. IV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Isso posto, passa-se à dissecação dos **pressupostos da união estável** que persistem em acolhida.

1. Primeiro, os **elementos essenciais** são aqueles expressamente dispostos no § 3º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil e no *caput* do art. 1.723 do Código Civil, com identificação necessária para o reconhecimento da existência do instituto.

1.1. A uma, tem-se a **publicidade**, consistente na noção de que o casal seja reconhecido publicamente como família, até mesmo como se cônjuges fossem. Assim, há de ser a fama do casal, notoriamente, de que são companheiros, de modo a afastar do manto protetivo deste instituto meros casos furtivos e *affaires secrets*.

1.2. A duas, tem-se a **continuidade**, identificada pela convivência contínua, isto é, aquela sem interrupções, sendo de fácil identificação a atualidade da união, bem como a sua estabilidade. Obstam-se, deste modo, as relações caracterizadas pela eventualidade, mormente os relacionamentos fugazes, sem intuito de permanência ou definitividade, ainda que intensos.

1.3. A três, tem-se a **estabilidade**, que se manifesta na durabilidade da convivência entre os companheiros, conforme se extrai da própria expressão “estável”, definida por AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA como aquilo “*que está bem assente; firme; que está bem consolidado; seguro, sólido; que não varia; inalterável*”. Este é o elemento que diferencia a união estável, à primeira vista, de um mero namoro.

1.4. A quatro, tem-se o **objetivo de constituir família**, vez que, numa relação de companheirismo, é inerente a imediata finalidade de formar uma família, como se casados fossem. Isso não se confunde, por certo, com a intenção de prole – mesmo porque esta inexistente, por

vezes, até mesmo entre pessoas casadas –, mas, sim, de viverem como cônjuges. É justamente essa aparência de casamento, esse intuito de construir um núcleo familiar estável, que distingue, em última instância, o relacionamento configurador da união estável de um namoro.

2. Segundo, os **elementos acidentais** são aquelas circunstâncias de fato que, mesmo dispensáveis à caracterização da união estável, facilitam sua identificação, de modo a reforçar sua existência.

2.1. A uma, tem-se o **tempo de convivência**, que não encontra objetivação na realidade atual do ordenamento jurídico pátrio, não obstante já se tenha estabelecido, em momento passado, o lapso mínimo de 5 (cinco) anos (art. 1º da Lei n. 8.971/1994). Assim, prevalece, hoje, a prudência judicial no exame das particularidades do caso concreto, com desapego ao mero decurso temporal, não obstante este possa reforçar a caracterização da união estável.

2.2. A duas, tem-se a **existência de prole** em comum, igualmente já exigida em Diploma anterior para a configuração do instituto (art. 1º da Lei n. 8.971/1994), mas que não mais se mostra indispensável ou como elemento absoluto. Contudo, assume relevância quando consonante com os demais pressupostos.

2.3. A três, tem-se a **exigência de coabitação**, que é entendida como a convivência sob o mesmo teto, também se fazendo dispensável, conforme há muito consolidado pelo enunciado n. 382 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Por certo, então, mormente na atual realidade globalizada – com meios de comunicação que permitem contato constante e realístico e meios de transporte cada vez mais ágeis e acessíveis –, que um casal, mesmo habitando casas separadas, pode viver em união estável, desde que presentes os pressupostos essenciais.

Apesar do reconhecimento expresso da união estável pelo constituinte e, posteriormente, pelo legislador infraconstitucional,

afastando-se a tradicional acepção negativa de que qualquer relacionamento fora de um matrimônio configuraria concubinato, além de conferir efetiva proteção ao companheiro, não se olvidou o legislador de **impedimentos** que obstam a caracterização do casamento e, por seu fundamento moral e até mesmo biológico, aplicou-as, temperadamente, à união estável.

Nesse sentido, dispõe o § 1º do art. 1.723 do Código Civil que “a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521”. Ressalva-se, porém, não haver “incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”, ou seja, pessoas casadas, uma vez separadas de fato ou mediante sentença judicial, ainda que impedidas de convolarem novas núpcias, podem constituir união estável.

Em conclusão, de acordo com PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONHA FILHO, “como nunca foi da natureza humana viver sozinho, a constituição de uma família surge como uma consequência lógica, motivo pelo qual valorizar uniões espontaneamente formadas soa perfeitamente natural para as novas gerações, menos apegadas a tradições imemoriais”, mesmo porque “a agregação de seres humanos em um núcleo de afeto, ou mesmo com finalidades de produção, reprodução e assistência recíproca, em um embrião do que se conhece hoje como família, é muito mais antiga do que a instituição do casamento” (*op. cit.* p. 411).

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.2.b.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se que a análise promovida pelo sentenciante, Magistrado RENATO GUILHERME GOMES CUNHA, foi completa e se mostra irretocável, com plena consonância com os

elementos acostados aos autos, pelo o que se pede vênia para transcrevê-la, a fim de evitar enfadonha tautologia, *in verbis*:

Alegou a autora, na inicial, que a união homoafetiva durou seis anos e oito meses, que moravam em São Paulo, tendo como último domicílio conjugal a Rua Dr. Carlos Bastos Aranha, 239, Casa 1, Jaçanã.

Em seu depoimento pessoal (mídia de fl. 204), ratificou o período de convivência, afirmando (1:24 min) que o seu relacionamento com R. iniciou em 2003/2004 até a data do falecimento dela, que moravam em São Paulo, na Avenida Torres Tibagi, onde tinham uma residência, reformaram e depois venderem e foram para um apartamento que compraram na Alameda América, ficaram lá há um ano e meio no apartamento e tinham uma loja no Jaçanã, na Carlos Bastos Aranha.

Aduziu que durante esse tempo viviam maravilhosamente e que todos os familiares sabiam. Que vinham passear em Rio do Sul quinzenalmente, mensalmente, às vezes a cada dois meses ou em feriados prolongados e que, antes da mãe de R. falecer ficavam na casa dela e após, na casa de Leontina.

Aos 2:45 min da gravação, a autora disse que a loja em São Paulo estava com problemas financeiros, sofreram “calote” e a autora afastada do seu serviço devido a um acidente de trabalho. Então L. convidou R. e a autora para virem morar em Rio do Sul, pois eram auxiliares de enfermagem e não havia ninguém para locomovê-la de carro, já que era cadeirante. Como lá não tinha nada para fazer, diante da situação financeira e sendo o gasto bem maior, vieram “dar uma força” para L. e ficaram morando três meses na casa dela.

Aos 4:50min, afirmou a autora que, em Rio do Sul, cursou um ano e meio de faculdade na UNIDAVI. Neste período, a situação financeira também foi difícil, viviam com o salário mínimo que R. passou a receber do INSS, mais mil e quinhentos reais de seu salário e ainda pagavam sua faculdade. Locaram uma casa no Bairro Fundo Canoas, mobiliada com móveis novos e esses móveis todos sumiram antes do falecimento de R.

Alegou ter ficado por aproximadamente quatro anos e meio afastada,

fazendo tratamento em face do acidente de trabalho, teve que voltar para reassumir seu emprego de dez anos em São Paulo. Porém, nunca deixaram de se comunicar, inclusive diariamente, por telefone. Fizeram acordo de se visitarem a cada quinze dias.

Disse ainda que, durante o seu retorno a São Paulo, R. foi duas vezes, enquanto a autora veio quatro vezes a Rio do Sul.

Sobre o relacionamento toda a família de R. sabia, pois moraram junto com L. por três meses e se davam muito bem, inclusive usavam alianças de ouro iguais. Algumas pessoas da sociedade também sabiam, como no hospital, onde não quiseram deixá-la entrar.

Por fim, afirmou a autora que quando R. adoeceu, veio para Rio do Sul para cuidar dela, ela estava consciente ainda, tudo bem, porém na segunda vez que veio visitá-la eles não queriam deixá-la entrar no hospital (pausa - choro da autora) inicialmente veio para ficar uma semana aqui cuidando de R. até ela melhorar, porém chegou no dia 3 e no dia 4 seu irmão que morava em São Paulo faleceu, obrigando-a a retornar a São Paulo. Lá se encontrando, foi informada sobre o agravamento da saúde de R., vindo a Rio do Sul para visitá-la, encontrando-a já inconsciente. Disse que a partir de então passou a haver resistência por parte de L., que a impedia de se aproximar da autora. Por isso, nessas ocasiões tinha que visitar R. fora dos horários estabelecidos.

A testemunha M. R. DE A. C. (fl. 237) disse que: “[...] Foi através de N. que conheceu a autora. N. apresentava a autora, publicamente, como sua companheira. O relacionamento delas era público. [...] A autora e N. mantiveram união estável por cerca de seis ou sete anos [...]”.

S. DO P. (fl. 239/240), alegou que: “[...] a depoente é muito amiga de M. J. São amigas há mais de trinta anos. M. J. manteve, durante cerca de vinte anos, união estável com a falecida R., “N.”. [...] Após esse longo período, M. J. e N. resolveram terminar o relacionamento, mas continuaram muito amigas. Algum tempo depois, N. comentou com a depoente no telefone que tinha conhecido uma nova pessoa e que iria apresentá-la ao grupo. [...] Algum tempo depois, N. e a autora estabeleceram união estável [...]”.

Corroborando os relatos anteriores, V. L. S. DOS S. afirmou em seu depoimento de fls. 259-260 que: “[...] R. tinha dito para a depoente que conheceu uma pessoa e que iria se casar. Não disse quem era, mas a depoente sabia que a falecida tinha relacionamentos homossexuais. [...] Depois do casamento chegou a ver várias vezes a autora e a R. juntas, inclusive em festas. Elas trabalhavam juntas, tinham uma empresa e sempre saíam juntas. [...] Ambas usavam aliança [...]”.

Ficou esclarecido que o último endereço residencial comum em São Paulo foi à rua Carlos Bastos Aranha, 239, casa 1, em Jaçanã, conforme relatado na inicial, todavia a união foi mantida após a vinda das conviventes para Rio do Sul, onde residiram inicialmente com L. e após locaram outra moradia e, mesmo tendo a autora retornado a São Paulo para trabalhar, visitavam-se mutuamente a cada quinze dias, até o falecimento da primeira requerida, ocorrido em Rio do Sul.

Neste sentido, a requerente juntou aos autos declarações de diversas pessoas que afirmam conhecer a união estável mantida com R., pelo período de mais ou menos 6 anos. Embora tenham sido impugnadas as alegações por serem unilaterais, os depoimentos das testemunhas trazidas a Juízo ratificaram aquelas declarações.

Também observo que o endereço - rua Torres Tibagi, 123, casa 2, Gopouva, Guarulhos - SP, declinado pelos requeridos à fl. 131 como sendo o da residência de sua irmã R. desde o ano de 2002 é o mesmo apresentado pela requerente, conforme cópias de correspondências constantes às fls. 35, 36 e 44 e declaração de Imposto de Renda de fl. 38.

À fl. 76 juntou cópias de passagens de ônibus da linha Rio do Sul - São Paulo, afirmando serem estas destinadas à visitação de R. no período em que a mesma esteve doente, propriamente no ano de seu falecimento. Tais documentos comprovam a alegação da autora quanto à manutenção da convivência, mesmo após ter voltado para São Paulo a fim de retornar ao trabalho.

Os requeridos sempre alegaram desconhecer a união homoafetiva. Contudo, a alegação de que a família não permitia a aproximação da autora com R. foi ratificada pela testemunha M. R. que visitou Rainilda

quando esta já estava semiconsciente e, à fl. 237, afirmou: “[...] Soube dos problemas de saúde de N. e, em determinada data, viajou com sua irmã para visitar N. no hospital. [...] Não conseguiram falar com N. porque ela já estava sem muita consciência. Encontraram a autora na escada de incêndio do hospital. A autora disse que a família não autorizara que ela visitasse N. [...]”.

Ademais, o fato de não terem conhecimento ou de não aprovarem a união homoafetiva em nada pode alterar a realidade, tampouco prejudicar os direitos que hoje são conferidos a quem convive em união estável com pessoa do mesmo sexo. [...].

Em que pese a impugnação dos requeridos, a união estável restou demonstrada pelas provas colhidas, ao passo que as alegações com que os requeridos a contestaram não foram capazes de rechaçá-las, limitando-se a afirmar que desconheciam a relação homoafetiva com R. e que essa relação era apenas de amigas e sócias.

Embora tenha havido pequena divergência quanto às datas informadas na inicial, em Juízo a autora precisou melhor as datas do início do relacionamento e do falecimento da autora. Esclareceu que o início da união deu-se em fins 2003 ou início de 2004 e o falecimento de R. em agosto de 2009. (fls. 274/275).

Pois bem.

Com relação aos pontos suscitados, especificamente, no recurso de apelação, cumpre promover alguns esclarecimentos.

Primeiro, os réus afirmam que a autora não soube precisar o início da relação, com uma variação de cerca de 12 (doze) meses, razão pela qual as declarações de terceiro acostadas são inverídicas.

No tema, esclareceu o sentenciante: **[a]** a **uma**, que *“a requerente juntou aos autos declarações de diversas pessoas que afirmam conhecer a união estável mantida com R., pelo período de mais ou menos 6 anos. Embora tenham sido impugnadas as alegações por serem unilaterais,*

os depoimentos das testemunhas trazidas a Juízo ratificaram aquelas declarações” (fl. 274-v); e, **[b]** a **duas**, que, “*embora tenha havido pequena divergência quanto às datas informadas na inicial, em Juízo a autora precisou melhor as datas do início do relacionamento e do falecimento da autora. Esclareceu que o início da união deu-se em fins 2003 ou início de 2004 e o falecimento de R. em agosto de 2009*” (fl. 275).

Com efeito, a dificuldade na precisão da data de início na exordial não obsta o reconhecimento da relação, mesmo porque esclarecida no curso da demanda, sendo justificada a confusão, tanto pelo tempo decorrido, quanto por eventual deficiência do procurador ao relatar na exordial as ocorrências narradas pela autora. Outrossim, as declarações de terceiros, além de não restarem prejudicadas pela imprecisão da manifestação da própria autora, porquanto afirmam período aproximado, e não categórico, mesmo que fossem invalidadas, não obstarão o reconhecimento da relação, dada, sobretudo, a suficiência das demais provas (oral e documental) amealhadas.

Segundo, os réus afirmam que as testemunhas dizem ter perdido o contato com a autora e R. G. após a mudança para Rio do Sul em 2006, pelo o que não podem afirmar continuidade da alegada relação até 2009.

No tema, afirmou o sentenciante que “*a testemunha M. R. DE A. C. (fl. 237) disse que: [...] a autora e N. mantiveram união estável por cerca de seis ou sete anos [...] (fl.), tendo sido a única referência temporal constante dos depoimentos considerada pelo juízo.*”

Com efeito, nada obstante a testemunha afirme ter perdido o contato com as partes após sua mudança para o Município de Rio do Sul, conforme leitura integral de seu depoimento (fls. 237/238), narra: **[a]** a **uma**, que as reviu em visitas feitas por elas ao Estado de São Paulo, mesmo após a mudança; e, **[b]** a **duas**, que voltou a ter contato com elas quando as reencontrou no hospital, já no período de debilitada saúde de R., o que cancelaria a sua quantificação temporal da relação.

Terceiro, os réus afirmam que não há comprovação das alegadas visitas quinzenais feitas pela autora a R. G.

No tema, esclareceu o sentenciante que “à fl. 76 juntou cópias de passagens de ônibus da linha Rio do Sul-São Paulo, afirmando serem estas destinadas à visitação de R. no período em que a mesma esteve doente, propriamente no ano de seu falecimento. Tais documentos comprovam a alegação da autora quanto à manutenção da convivência, mesmo após ter voltado para São Paulo a fim de retornar ao trabalho” (fl. 275).

Quarto, os réus afirmam que os aduzidos problemas financeiros são contraditórios à narrada frequência das visitas.

No tema, esclareceu o sentenciante que a autora afirmou que, “durante o seu retorno a São Paulo, R. foi duas vezes, enquanto a autora veio quatro vezes a Rio do Sul” (fl. 274), inclusive acostando cópias de passagens (fl. 76), conforme também apontado pelo sentenciante (fl. 275).

Com efeito, apesar da dificuldade financeira alegada pela autora, que, inclusive, ensejou seu retorno a São Paulo, para retomar emprego que, ao que parece, lhe ofertava melhor condição econômico-financeira, conseguiu fazer visitas a R. G. em Rio do Sul, não havendo incompatibilidade entre tais situações, sobretudo porque o valor da passagem não se apresenta em patamar exorbitando, mas, sim, de aproximadamente R\$ 115,00 (cento e quinze reais) por trecho (fl. 76).

Quinto, os réus afirmam que a publicidade da relação não é extraída de nenhum dos depoimentos.

No tema, afirmou o sentenciante que: [a] “a testemunha M. R. DE A. C. (fl. 237) disse que: ‘[...] N. apresentava a autora, publicamente, como sua companheira. O relacionamento delas era público. [...]’” (fl. 274-v); [b] “S. DO P. (fl. 239/240), alegou que: ‘[...] N. comentou com a depoente no telefone que tinha conhecido uma nova pessoa e que iria

apresentá-la ao grupo. [...]” (fl. 274-v); e [c] “V. L. S. DOS S. afirmou em seu depoimento de fls. 259-260 que: “[...] R. tinha dito para a depoente que conheceu uma pessoa e que iria se casar. [...] Depois do casamento chegou a ver várias vezes a autora e a R. juntas, inclusive em festas. Elas trabalhavam juntas, tinham uma empresa e sempre saíam juntas. [...] Ambas usavam aliança [...]” (fl. 274-v).

Com efeito, os depoimentos adotados na fundamentação da sentença são suficientes e claros a fim de extrair a publicidade da relação entre a autora e R. G., dispensando maiores digressões.

Sexto, os réus afirmam que os documentos acostados não comprovam a relação estável alegada.

No tema, esclareceu o sentenciante que: **[a]** a **uma**, “*o endereço - rua Torres Tibagi, 123, casa 2, Gopouva, Guarulhos - SP, declinado pelos requeridos à fl. 131 como sendo o da residência de sua irmã R. desde o ano de 2002 é o mesmo apresentado pela requerente, conforme cópias de correspondências constantes às fls. 35, 36 e 44 e declaração de Imposto de Renda de fl. 38*” (fl. 275); e, **[b]** a **duas**, “*à fl. 76 juntou cópias de passagens de ônibus da linha Rio do Sul - São Paulo, afirmando serem estas destinadas à visitação de R. no período em que a mesma esteve doente, propriamente no ano de seu falecimento. Tais documentos comprovam a alegação da autora quanto à manutenção da convivência, mesmo após ter voltado para São Paulo a fim de retornar ao trabalho*” (fl. 275).

Com efeito, apesar de não bastar a prova documental amealhada à comprovação da existência da relação entre a autora e R. G., quando conjugada com a prova oral produzida, extrai-se o juízo de certeza necessário ao reconhecimento da união estável.

Dessa forma, demonstrados os pressupostos incidentes por quem pleiteia o seu reconhecimento, enquanto fato constitutivo de seu direito –

in casu, pela autora M. L. R. DE M. –, e não aportados fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito – *in casu*, pelos réus ESPÓLIO DE R. G., representado por sua inventariante E. G., e os herdeiros T. J. G., V. G., E. G. T., L. G. B. e E. G. –, imperativa é a manutenção da procedência exarada.

À vista do exposto, escoreita, na temática, a sentença guerreada – ao “*reconhecer a união estável post mortem mantida entre M. L. R. DE M. e R. G., com início em 2003 e término em agosto de 2009, data do falecimento desta*” (fl. 277) –, merece desprovimento, no ponto, o recurso interposto.

2.2.c A petição de herança

Sustentam os réus que: **[a]** o apartamento foi adquirido exclusivamente por R. G., com verba decorrente da venda de imóvel anterior à relação aduzida; **[b]** o instrumento de confissão de dívida foi uma atitude de R. G. para assegurar a posse do bem à autora; **[c]** o apartamento foi objeto de transferência pela irmã de R. G., L. G. B., primeiro, para o irmão de R. G., V. G., e sua esposa, e, depois, para terceiros, O. F. G. e H. DE A. G., negócios estes nunca questionados; **[d]** o veículo KOMBI/VOLKSWAGEN está registrado no nome do cunhado de R. G., I. DOS S. B., não havendo falar em direito de herança sobre o automóvel apenas por ter ele sido usado, a título de comodato, pela autora e por R. G.; e **[e]** os bens móveis indicados na inicial não foram discriminados e não tiveram sua existência comprovada.

Não lhes socorre acerto, pelo o que se expõe na sequência.

2.2.c.1 A introdução necessária

A união estável é reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil (art. 226, § 3º) e pelo Código Civil de 2002 (art. 1.723, *caput*) como entidade familiar protegida pelo Estado, configurando-se na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida a fim de constituir família.

Em um primeiro momento na evolução do instituto, não se falava propriamente em disciplina patrimonial de bens, nem *inter vivos*, nem *mortis causa*, porquanto não comportada a união estável pelo ordenamento jurídico. Contudo, com o seu desenvolvimento no curso do século XX, a temática teve seu primeiro assento, ainda que no âmbito do Direito Previdenciário (art. 3º da Lei n. 4.297/1963).

No campo cível, porém, era a companheira relegada a um segundo plano, apesar do afeto e do núcleo familiar construídos durante toda a convivência, sem resguardo de direitos. Passou-se a admitir, então, inicialmente, um direito à indenização por serviços prestados, norma não amparada em concepção familiar, mas sim de responsabilidade civil (arts. 22 do Decreto n. 2.681/1912, 1.548 do Código Civil de 1916 e 11, alínea “c”, do Decreto-Lei n. 7.036/1944), escorando-se, sobretudo, na vedação ao enriquecimento sem causa (arts. 964 a 971 do Código Civil de 1916 e 884 do Código Civil de 2002) do companheiro, o qual, no curso da convivência, duma forma ou doutra, teria se beneficiado com os trabalhos domésticos prestados pela companheira.

O Supremo Tribunal Federal editou, nessa acepção indenizatória, em 1963, o enunciado n. 35 de sua Súmula, segundo o qual, “*em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio*”.

A jurisprudência, porém, caminhou ainda mais na temática, passando a reconhecer uma sociedade de fato entre os companheiros (art. 1.363 do Código Civil de 1916), de sorte a deixar a companheira de ser mera prestadora de serviços domésticos para se tornar sócia na relação, com direito à parcela do patrimônio comum (arts. 1.373 do Código Civil de 1916, 673 do Código de Processo Civil de 1939 e 1.218, inc. VII, do Código de Processo Civil de 1973).

Nesse sentido, a Suprema Corte editou, em 1964, o enunciado sumular n. 380, o qual previa que, “*comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum*”.

Segundo orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em casos de partilha de bens decorrentes de dissolução da sociedade de fato consistente em união estável, “*na fixação do percentual, que necessariamente não implica meaço no seu sentido estrito (50%), recomendável que o seu arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao tempo de duração da sociedade, a idade das partes e a contribuição indireta prestada pela concubina, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso*” (STJ, REsp n. 183.718/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 13.10.1998), à luz das regras de experiência comum (art. 335 do Código de Processo Civil).

Isso, por certo, na extensão em que se desincumbissem os companheiros do ônus de provar a sua contribuição, direta ou indireta, na formação do patrimônio aduzidamente adquirido pelo esforço comum (arts. 209 do Código de Processo Civil de 1939 e 333 do Código de Processo Civil de 1973).

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, significou grande revolução no âmbito da união estável, que passou a ser reconhecida como instituto caracterizador de entidade familiar sob o manto protetor do Estado (art. 226, § 3º).

Seguindo a inspiração do mandamento constitucional, foi editada, primeiro, a Lei n. 8.971/1994, que, em seu art. 1º, regulou os direitos dos companheiros aos alimentos e, em seus arts. 2º e 3º, à sucessão, estabelecendo, dentre outras regras: **[a]** a uma, que, “*quando os bens deixados pelo(a)*

autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens” (art. 3º); e, [b] a duas, que: “o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns”; “o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes”; e “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança” (art. 2º incs. I a III, respectivamente).

Em seguida, editou-se a Lei n. 9.278/1996, que ampliou a tutela dos companheiros e revogou parte do diploma anterior, no que com ele fosse incompatível, sem, porém, nada disciplinar acerca da sucessão.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, no cume da evolução legislativa, conforme disposição de seu art. 1.725, passou-se a aplicar às relações patrimoniais entre companheiros, salvo contrato escrito em sentido contrário, *mutatis mutandis*, o regramento atinente ao regime da comunhão parcial de bens (arts. 1.658 a 1.666).

Outrossim, estabeleceu-se novo regramento ao regime sucessório do companheiro, em seu art. 1.790, *in verbis*:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma *quota* equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

De forma apartada, disciplinou-se o regime sucessório do cônjuge, com tratamento notoriamente distinto em relação ao companheiro, conforme melhor leitura do art. 1.829, *ipsis litteris*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Com efeito, o art. 1790 do Código Civil acima transcrito, desde sua entrada em vigor, tem sido alvo de inúmeras críticas doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive com suscitações de inconstitucionalidade, por algumas razões, passando-se, na sequência, a expor, pontualmente, as de maior relevo.

Primeiro, a Constituição da República Federativa do Brasil reconhece como formadora de entidade familiar, base da sociedade e especialmente protegida pelo Estado (art. 226, *caput*), a união estável, em mesmo patamar do que a família decorrente do casamento (art. 226, § 3º, primeira parte), ou seja, ambos recebem a mesma dignidade constitucional, limitando-se a distinção, por certo, à prova de sua existência, mais simplificada na hipótese do casamento.

Sob esse prisma, ainda, não pode a possibilidade prevista no texto fundamental de conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º, segunda parte) ser tomada, de modo algum, como escalonamento implícito entre os institutos, a autorizar, assim, tratamento diferenciado

entre companheiro e cônjuge, afinal, trata-se de mera flexibilização dos formalistas percalços cartorários, com facilitação à conversão de uma situação fática consolidada (união estável) na consagração jurídica correspondente (casamento).

Com efeito, o Código Civil ora consagra tratamento mais favorável ao cônjuge – por prever, por exemplo, que, ausentes descendentes e ascendentes, o cônjuge herdará a totalidade da herança (art. 1.829, inc. III), enquanto que, no caso do companheiro, ausentes descendentes e ascendentes, mas presentes outros parentes sucessíveis, tocar-lhe-á apenas 1/3 (um terço) da herança (art. 1.790, inc. III) –, ora mais favorável ao companheiro – por prever, por exemplo, que o companheiro sempre concorrerá na herança do falecido quanto aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, independente do regime de bens (art. 1.790, *caput*), enquanto o cônjuge não concorre com descendentes, se for regime de comunhão universal ou de separação de bens ou, em se tratando de regime da comunhão parcial, não houver bens particulares do falecido (art. 1.829, inc. I).

Dessa forma, a previsão de um regime sucessório diferenciado entre o companheiro e o cônjuge, tal como promovido pelo legislador ordinário, é inconstitucional, porquanto ausente *discrímen* suficiente a lhe justificar, afinal, a única distinção essencial entre os institutos é a sua (in)formalidade sacramental em termos jurídicos, pois, ao cabo, ambas consubstanciam, igualmente, entidades familiares, escoradas em afeto de idêntica valia, sob tutela protetiva estatal, com igual participação de companheiro e cônjuge, presumidamente, na construção da família e do amearhar patrimonial.

Logo, inquinado de inconstitucionalidade resta o art. 1.790 do Código Civil, por violação ao art. 226, *caput* e § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Segundo, ainda que se concebesse como admissível a possibilidade de tratamento diferenciado pelo legislador infraconstitucional quanto ao regime sucessório do cônjuge e do companheiro, o regramento eleito no Código Civil persistiria privado de inconstitucionalidade.

A **uma**, pois estabelecer que o companheiro, se concorrer com filhos comuns, tem direito a uma *quota* à que por lei for atribuída ao filho (art. 1.790, inc. I) e, se concorrer com descendentes só do autor da herança, tem direito à metade do que couber a cada um daqueles (art. 1.790, inc. II), fere o princípio da igualdade filial, segundo o qual “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 227, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Ora, ao estabelecer quinhões diferenciados para o companheiro em razão da natureza dos filhos (se comuns ou exclusivos do autor da herança – o que, aliás, também cria o criticadíssimo e habitual problema de um contexto híbrido, com filhos comuns e exclusivos, não disciplinado em lei), acaba-se por conceder, por ricochete, tratamento diferenciado à prole, cujo quinhão, ao cabo, será influenciado, se comuns ou exclusivos os filhos, para que atendido, matematicamente, o *quantum* devido ao companheiro.

Dessa forma, por exemplo, na divisão de um patrimônio de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), havendo 3 (três) filhos, todos comuns, cada um herdará R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil), cabendo o mesmo ao companheiro sobrevivente. Porém, no mesmo cenário, em sendo os filhos exclusivos do *de cujus*, a cada um caberia, aproximadamente, R\$ 285.000,00 (duzentos e oitenta e cinco mil reais), enquanto ao companheiro, aproximadamente, R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais).

Logo, inquinados de inconstitucionalidade restam os incisos I e II do art. 1.790 do Código Civil, por violação ao art. 227, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A **duas**, pois estabelecer que o companheiro, inexistindo descendentes, mas havendo outros parentes sucessíveis, terá direito a apenas 1/3 (um terço) da herança (art. 1.790, inc. III), cabendo-lhe a totalidade apenas em não havendo parentes sucessíveis (art. 1.790, inc. IV), fere a sua dignidade (art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil) e o seu direito fundamental à herança (art. 5º, inc. XXX, da Constituição da República Federativa do Brasil), além de serem previsões expurgadas, sobretudo a segunda, à evidência, de proporcionalidade e razoabilidade, corolários do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil) e do princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Ora, a expressão “*outros parentes sucessíveis*” compreende, além dos ascendentes, infinitamente (art. 1.591 do Código Civil), também os colaterais até o 4º (quarto) grau do falecido (arts. 1.592 e 1.839 do Código Civil).

Dessa forma, enquanto o cônjuge, inexistindo descendentes, concorrendo com ascendentes, recebe metade da herança (art. 1.829, inc. II) e, não havendo também ascendentes, herda a totalidade (art. 1.829, inc. III), ao companheiro caberá, sem descendentes e com ascendentes, apenas 1/3 (um terço) (art. 1.790, inc. III), e a totalidade apenas se inexistirem parentes sucessíveis, ou seja, terá que concorrer, antes, com irmãos (segundo grau), sobrinhos e tios (terceiro grau) e primos, sobrinhos-netos e tios-avôs (quarto grau) (art. 1.790, inc. IV), em absoluto desprestígio à base do núcleo familiar e do principal colaborador com a formação patrimonial (companheiro) em favor de parentes de vínculo jurídico e, em regra, também fático, distantes (irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos-netos e tios-avôs).

Logo, inquinados de inconstitucionalidade restam os incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil, por violação aos arts. 1º, *caput* e inc. III, 5º, incs. XXX e LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A três, pois estabelecer que o companheiro, inexistindo descendentes, mas havendo outros parentes sucessíveis, terá direito a apenas 1/3 (um terço) da herança (art. 1.790, inc. III), cabendo-lhe a totalidade apenas em não havendo parentes sucessíveis (art. 1.790, inc. IV), fere o princípio do não retrocesso social, da proibição de contrarrevolução social, da proibição da evolução reacionária ou, ainda, *effet cliquet*, oriundo do direito europeu, notadamente o lusitano, mas há certo tempo acolhido em terras tupiniquins (STF, MC em ADI n. 2.213/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 4.4.2002), com recente replicação (STF, EDcl em AI n. 598.212/PR, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.3.2014).

Em solo pátrio, infere-se o assento constitucional primeiro do preceito no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil), que tem por consequência política e lógico-material o princípio da democracia econômica, social e cultural (art. 3º, incs. II a IV, da Constituição da República Federativa do Brasil), conformando o proclamado princípio da socialidade.

A concepção, segundo tradicional lição de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, aponta para a proibição de retrocesso social, no sentido de que os direitos, “*uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo*”. Por certo, “*nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos*”, em homenagem ao “*princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural [art. 5º, inc. XXXVI, da CRFB], e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana [art. 1º, inc. III, da CRFB]*”.

Dessa forma, prossegue o autor lusitano, “o reconhecimento desta proteção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’”.

Entretanto, “a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antissociais”. Assim, “as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da atividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais”.

Sob tais premissas, assenta-se que “o princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”.

Adverte-se que “não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um *statu quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial”. Assim, “a liberdade de conformação do legislador e inerente autoreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”

(Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 2003. p. 337/340).

Ora, a Lei n. 8.971/1994 havia estabelecido que, “*na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança*” (art. 2º, inc. III), silenciando, sobre o tema, a subseqüente Lei n. 9.278/1996.

Dessa forma, o legislador infraconstitucional, ao editar o Código Civil de 2002, incorreu em flagrante retrocesso, pois retirou tal posição assegurada ao companheiro, de herdar a totalidade da herança, uma vez inexistindo descendentes e ascendentes, e o relegou a uma condição de herdeiro subsidiário, afinal, fê-lo passar a concorrer com todos os demais herdeiros sucessíveis para, então, poder receber a totalidade da herança.

Logo, inquinados de inconstitucionalidade restam os incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil, por violação aos arts. 1º, *caput* e inc. III, 3º, incs. II a IV, 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com efeito, a regra constitucional estabelece que “*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*” (art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil), com pertinente chancela interpretativa do Pretório Excelso, segundo o qual “*viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*” (enunciado n. 10 da Súmula Vinculante do STF).

Nada obstante, ressaltou o legislador inconstitucional que “*os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver*

pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão” (art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil), por certo com espeque nos princípios da eficiência ou da economia processual (arts. 243, 244, 245, *caput*, 248, segunda parte, 249 e 250 do Código de Processo Civil e 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil) e da razoável duração do processo (arts. 125, inc. II, do Código de Processo Civil e 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil), e nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, corolários do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil) e do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Nesse sentido, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, instado a se manifestar sobre o tema, recentemente reconheceu a inconstitucionalidade de referido dispositivo (TJSC, Arguição de Inconstitucionalidade em AI n. 2008.064395-2, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 17.12.2014).

Em mesmo norte, aliás, anteriormente já havia decidido este Órgão Fracionário (TJSC, AC n. 2008.008859-6, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 22.11.2012), com o entendimento recentemente replicado pelo Colegiado (TJSC, AI n. 2014.068023-4, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 11.6.2015), sendo que participei de ambos os julgamentos com voto vencedor.

No Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, após tentativa de submissão da questão à Corte Especial (STJ, AI no REsp n. 1.135.354/PB, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24.5.2011), frustrada por formalistas percalços processuais (STJ, AI no REsp n. 1.135.354/PB, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. em 3.10.2012), novamente encaminhou-se a questão ao Órgão Máximo do Tribunal Superior (STJ, AI no REsp n. 1.291.636/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 11.6.2013), aguardando-se, por ora, contudo, decisão meritória.

Conclui-se, assim, que o art. 1.790 do Código Civil, que estabelece o regime sucessório na união estável, é inconstitucional, pois: **[a]** estabelece, sem que presente discrimen legítimo, diferenciação entre a união estável e o casamento, nada obstante ambas sejam entidades familiares escoradas em afeto de idêntica valia e sob igual tutela protetiva estatal; **[b]** ofende o princípio da igualdade filial ao ensejar consequências diferenciadas à prole a depender de sua origem; **[c]** pretere o companheiro em desfavor de outros parentes sucessíveis, ferindo-lhe a dignidade e o direito fundamental à herança, em previsões expurgadas de proporcionalidade e razoabilidade; e **[d]** mitiga a proteção sucessória do companheiro assegurada por diploma anterior, ferindo o princípio do não retrocesso social. Assim, ausente norma disciplinadora aplicável, faz-se cabível a incidência, por analogia (arts. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 126 do Código de Processo Civil), do art. 1.829 do Código Civil, que delinea o regime sucessório no casamento.

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.2.c.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se que a análise promovida pelo sentenciante, Magistrado RENATO GUILHERME GOMES CUNHA, foi adequada, com plena consonância com os elementos acostados aos autos, pelo o que se pede vênia para transcrevê-la:

[...] cabem à autora, em decorrência do falecimento de sua companheira, a título de meação, a metade dos bens onerosamente adquiridos na constância da união homoafetiva ora reconhecida e, não havendo descendentes nem ascendentes, a outra metade dos referidos bens, a título de herança.

Dos bens adquiridos com esforço comum:

a) apartamento em Guarulhos

Esclareceu a autora em seu depoimento pessoal, aos 3:40min, que a casa que compraram inicialmente era de R. e a autora já convivia quando foi comprada, ela tinha uma loja na Vila Galvão, de onde ambas vieram.

Aos 7:00 min, esclareceu que ajudou a reformar a casa, que foi vendida para ajudar a mãe dela que estava internada há muito tempo. Também pagaram dívidas da loja e com o que sobrou bastante dinheiro, juntaram o que auferiram com a venda de um apartamento da autora, que também foi investido na loja. Ajudou também a pagar contas da loja e o que sobrou deram como entrada em outro apartamento na Alameda Amélia, em Guarulhos, que foi parcelado. Para adquirir o apartamento deram de entrada a importância de trinta e cinco mil reais e financiaram dez a quinze mil.

Sobre a aquisição desse apartamento, a testemunha M. R. DE. A. C. (fl. 237) relatou que: “[...] Inicialmente, moravam em uma casa. [...] Posteriormente, a autora e N. mudaram-se para um apartamento que, assim como a casa, ficava em Guarulhos”.

Tocante aos imóveis de Guarulhos, S. DO P. (fl. 239-240) esclareceu que a autora e R. utilizavam tanto a casa quanto o apartamento para morar: “Elas alternavam sua residência comum entre uma casa e um apartamento em Guarulhos [...]”. E, quanto à aquisição dos referidos bens, afirmou (fl. 240) que, “Segundo se recorda, antes do início do relacionamento entre N. e L., N. já era proprietária da casa de Guarulhos. O apartamento em Guarulhos, N. e L. compraram juntas, quando já estavam mantendo união estável”.

No mesmo sentido, V. L. S. DOS S. (fls. 259-260) afirmou que “Ambas compraram uma casa aqui em Guarulhos juntas, no Anél [sic] Viário. A compra do imóvel foi depois do casamento. Quando as partes se casaram a casa do Anel Viário [sic] ainda não era delas” [...].

A própria autora reconhece que R. já possuía uma casa quando iniciaram a convivência e que a auxiliou na reforma dessa casa, bem como vendeu um apartamento, pagaram dívidas da loja e tiveram gastos com o tratamento da genitora dos requeridos. O restante foi utilizado na entrada do apartamento n. 31, com garagem, situado na Alameda Amélia, n. 800,

Gopouva, em Guarulhos, adquirido em maio de 2005.

Às fls. 46/47, os requeridos juntaram termo de cessão de direitos desse apartamento n. 31 e respectiva vaga de garagem.

A requerente, por sua vez, juntou termo de confissão de dívida à fl. 73, destinado a comprovar que a requerente e a falecida R. adquiriam conjuntamente o apartamento mediante união de esforços e, que fizeram o termo quando “descobriram a doença e, para caso a requerente tivesse qualquer problema por parte da família em ter a posse do imóvel” (fl. 8).

Embora não conste da confissão de dívida, a autora afirmou que o valor se refere à sua contribuição para a aquisição do apartamento em questão, estipulado em US\$ 6.580,00 (seis mil, quinhentos e oitenta dólares), em 1º de abril de 2009.

Assim, entendendo suficientemente demonstrado que tal bem foi adquirido na constância da união estável, com esforço comum e, por tal razão, deve fazer parte do acervo a que a autora teria direito, por sua meação.

b) veículo Volkswagen, Kombi

Quanto ao veículo, os requeridos juntaram cópia de propriedade fl. 172 da Camioneta VW/Kombi, estando esta em nome do Sr. I DOS S. B., a quem alegaram pertencer o veículo.

A autora, por sua vez, esclareceu que a Kombi era necessária para entregar os doces e salgados que passaram a fazer como fonte de renda e que foi adquirida em nome do esposo de L. porque, em face das dívidas deixadas em São Paulo, tanto a autora como R. estavam sofrendo restrições de crédito.

Disse ainda que elas (a autora e R.) que efetivamente pagavam as parcelas do financiamento do veículo, mesmo ficando o boleto e os comprovantes dos depósitos bancários com L. Para pagar as prestações vendiam doces e salgados que faziam em casa, fazendo entrega no interior, como Cobras e Ituporanga.

Embora não tenham registrado empresa, denota-se que houve

contribuição de ambas para a confecção e distribuição dos produtos, conforme relatos das testemunhas e demonstrado pelas fotografias contidas no CD de fl. 61.

Assim, reconheço à autora o direito à metade do valor do referido veículo.

c) sociedade empresarial

Da cópia do contrato social acostada aos autos pela requerente às fls. 28-31, percebe-se que a mesma constituiu com a requerida R., em 6.6.2006, uma sociedade empresária denominada Comércio de Colchões NINAFLEX Ltda., inscrita no CNPJ sob n. 07.710.287/0001-92, em 21.6.2005, sendo a cota parte da autora no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A existência dessa sociedade não foi contestada pelos requeridos, porém conforme alegado pela autora a empresa ruiu e só dívidas em seu nome restaram. Mesmo não havendo notícias sobre a existência de algum patrimônio capaz de ressarcir a autora pelo investimento, reconheço a contribuição da autora para sua aquisição, devendo também ser partilhada.

d) móveis que guarneciam a residência locada pela autora em Rio do Sul

Alegou a autora que no período em que R. esteve internada, L. devolveu o imóvel locado e se desfez dos móveis pertencentes à autora e à falecida.

“Art. 1.662. 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 relação aos bens reclamados pela autora, cumpria aos requeridos a demonstração de que os adquiriram. Porém a relação de móveis constante dos autos (fls. 78/79), não foi sequer impugnada particularmente, presumindo-se tenham sido adquiridos pela autora e pela falecida R. Desta forma, reconheço à autora o direito aos citados bens. (fls. 276-v/278).

Pois bem.

Com relação aos pontos suscitados, especificamente, no recurso de apelação, cumpre promover alguns esclarecimentos.

Primeiro, os réus afirmam que: **[a]** o apartamento foi adquirido exclusivamente por R. G., com verba decorrente da venda de imóvel anterior à relação aduzida; e **[b]** o instrumento de confissão de dívida foi uma atitude de R. G. para assegurar a posse do bem à autora.

No tema, esclareceu o sentenciante que: **[a]** “*a própria autora reconhece que R. já possuía uma casa quando iniciaram a convivência e que a auxiliou na reforma dessa casa, bem como vendeu um apartamento, pagaram dívidas da loja e tiveram gastos com o tratamento da genitora dos requeridos. O restante foi utilizado na entrada do apartamento*”; **[b]** “*a requerente, por sua vez, juntou termo de confissão de dívida à fl. 73, destinado a comprovar que a requerente e a falecida R. adquiriam conjuntamente o apartamento mediante união de esforços e, que fizeram o termo quando ‘descobriram a doença e, para caso a requerente tivesse qualquer problema por parte da família em ter a posse do imóvel’* (fl. 8); e **[c]** “*embora não conste da confissão de dívida, a autora afirmou que o valor se refere à sua contribuição para a aquisição do apartamento em questão, estipulado em US\$ 6.580,00 (seis mil, quinhentos e oitenta dólares), em 1º de abril de 2009*” (fl. 277).

Com efeito, como bem concluiu o sentenciante, por tais razões, entende-se “*suficientemente demonstrado que tal bem foi adquirido na constância da união estável, com esforço comum e, por tal razão, deve fazer parte do acervo a que a autora teria direito, por sua meação*” (fl. 277).

Segundo, os réus afirmam que o apartamento foi objeto de transferência pela irmã de R. G., L. G. B., primeiro, para o irmão de R. G., V. G., e sua esposa, e, depois, para terceiros, O. F. G. e H. DE A. G., negócios estes nunca questionados.

Com efeito, extrai-se dos autos a promoção documental e registral de tais transferências (fls. 165/171). Contudo, o contexto de sua realização enseja a configuração de simulação, e, como tal, devem ser declarados nulos os negócios jurídicos realizados (art. 167 do Código Civil), o que se faz possível, inclusive de ofício, porquanto negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação e nem convalida-se pelo decurso do tempo (arts. 168, parágrafo único, e 169 do Código Civil).

Ora, deve-se recordar que *“a simulação, causa de nulidade, é um vício social do negócio jurídico consubstanciado numa declaração enganosa da vontade, aparentando negócio diverso do efetivamente objetivado, estabelecido a fim de prejudicar terceiros ou fraudar a lei, provando-se, dada a dificuldade na consolidação do elemento subjetivo, mediante indícios e presunções, notadamente com a configuração do binômio motivo-necessidade do ato simulado”* (TJSC, AC n. 2014.027163-3, deste Relator, j. em 30.10.2014).

Isso porque: **[a]** a **uma**, não lograram os réus demonstrar que houve qualquer pagamento efetivo à R. G.; **[b]** a **duas**, o negócio foi pactuado pela ré L. G. B., irmã de R. G., na condição de sua procuradora, em favor de V. G., irmão de ambas, e sua esposa; **[c]** a **três**, é fato incontroverso que R. G., no fim de sua vida, encontra-se em debilitado estado de saúde, causando espécie a proximidade da data de realização de tais atos negociais (23.7.2009 – fl. 166) com aquela de seu óbito (18.8.2009 – fl. 147); e **[d]** a **quatro**, a negação constante dos réus, irmãos de R. G., quanto à existência do relacionamento mantido por esta com a autora, com a conseqüente preocupação com o destino do patrimônio adquirido pela irmã e sua companheira, bem delinea o binômio motivo-necessidade necessário ao reconhecimento da simulação.

Quarto, os réus afirmam que o veículo KOMBI/VOLKSWAGEN está registrado no nome do cunhado de R. G., I. DOS S. B., não havendo falar em direito de herança sobre o automóvel apenas por ter ele sido usado, a título de comodato, pela autora e por R. G.

No tema, esclareceu o sentenciante que: **[a]** “*a Kombi era necessária para entregar os doces e salgados que passaram a fazer como fonte de renda e que foi adquirida em nome do esposo de L. porque, em face das dívidas deixadas em São Paulo, tanto a autora como R. estavam sofrendo restrições de crédito*”; **[b]** “*elas (a autora e R.) que efetivamente pagavam as parcelas do financiamento do veículo, mesmo ficando o boleto e os comprovantes dos depósitos bancários com L. Para pagar as prestações vendiam doces e salgados que faziam em casa*”; e **[c]** “*embora não tenham registrado empresa, denota-se que houve contribuição de ambas para a confecção e distribuição dos produtos, conforme relatos das testemunhas e demonstrado pelas fotografias contidas no CD de fl. 61*” (fl. 277).

Com efeito, como bem concluiu o sentenciante, por tais razões, entende-se cabível reconhecer “à autora o direito à metade do valor do referido veículo” (fl. 277).

Quinto, os réus afirmam que os bens móveis indicados na inicial não foram discriminados e não tiveram sua existência comprovada.

No tema, esclareceu o sentenciante que, “*em relação aos bens reclamados pela autora, cumpria aos requeridos a demonstração de que os adquiriram. Porém a relação de móveis constante dos autos (fls. 78/79), não foi sequer impugnada particularmente, presumindo-se tenham sido adquiridos pela autora e pela falecida R.*” (fl. 277-v).

Com efeito, como bem concluiu o sentenciante, por tais razões, entende-se cabível reconhecer “à autora o direito aos citados bens” (fl. 277-v).

Conclui-se, assim, que, em se aplicando à união estável o regime da comunhão parcial de bens, por subsidiariedade, em razão da ausência de contrato escrito entre as partes, além da meação garantida ao companheiro sobrevivente – *in casu*, a autora – sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, inexistindo descendentes e ascendentes,

garante-se-lhe, a título de herança, também a totalidade da meação do *de cuius* – *in casu*, R. G. –, na extensão dos bens comprovados, enquanto fato constitutivo de seu direito, como enquadráveis em tal condição, uma vez não derruída esta, pela parte adversa – *in casu*, pelos réus ESPÓLIO DE R. G., representado por sua inventariante E. G., e os herdeiros T. J. G., V. G., E. G. T., L. G. B. e E. G. –, com fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, tornando, assim, imperativa a manutenção da procedência exarada.

À vista do exposto, escoreita, na temática, a sentença guereada – ao “reconhecer à autora, a título de herança, os seguintes direitos [...]: a) à metade do apartamento - e sua respectiva vaga de garagem – situado na Alameda Amélia, n. 800, ap. 31, Gopouva, Guarulhos/SP; b) à metade do veículo Volkswagen Kombi, registrado em nome do Sr. I. DOS S. B. (fl. 172); e c) à metade dos móveis que guarneciam a residência locada pela autora, em Rio do Sul, constantes da relação de fls. 78/79” (fls. 277/278) –, merece desprovemento, no ponto, o recurso interposto.

3 A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que do seu teor decorre, suplantadas direta ou indiretamente todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e desprovido, tudo nos termos supra.

É o voto.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação n. 0000585-41.2013.8.24.0135

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDUZIMENTO AO SUICÍDIO – FALECIMENTO – RESPONSABILIDADE DA RÉ – DANOS MORAIS – IMPROCEDÊNCIA – 1. AGRAVO RETIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DA OITIVA DE TESTEMUNHAS – INACOLHIMENTO – TESTEMUNHAS OUVIDAS EM INQUÉRITO POLICIAL – REPETIÇÃO DESNECESSÁRIA – CERCEAMENTO INACOLHIDO – AGRAVO RETIDO IMPROVIDO – 2. APELAÇÃO CÍVEL – RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL – INACOLHIMENTO – FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO – INOCORRÊNCIA – ÔNUS DA PROVA – INCUMBÊNCIA DOS AUTORES – ART. 333, I, DO CPC – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. Inexiste cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide quando o juiz indefere a oitiva de testemunhas ouvidas anteriormente, se os documentos carreados aos autos são suficientes para o deslinde da *quaestio*.

2. Cabendo aos autores comprovar o induzimento ao suicídio efetivado pela requerida, procede a ação de indenização por danos morais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0000585-41.2013.8.24.0135, da comarca de Navegantes 1ª Vara Cível, em que são Apelantes J. da R., M. da R. e J. da R. e apelada L.T. S.T.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao agravo retido e à apelação interpostos pelos autores, nos termos do voto. Custas na forma da lei.

Presidiu a sessão, com voto, a Exma. Sra. Desembargadora Denise Volpato e participou do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Gerson Cherem II.

Florianópolis, 10 de maio de 2016.

Desembargador Monteiro Rocha

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de ação indenizatória movida por J. da R., M. da R. e J. da R. contra L. T. S. T., sob o fundamento de que a requerida, em 20-1-2008, induziu ao suicídio seu filho e irmão I. da R.

Dizem que no inquérito policial há depoimentos demonstrando que a requerida amedrontou, assustou e ameaçou o finado para que este assumisse a autoria de fofocas contra terceira pessoa, de nome 'E.'.

Por tal fato, postularam a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais em valor a ser arbitrado judicialmente.

Citada, a ré apresentou contrarrazões, alegando, como prejudicial de mérito, a prescrição. Quanto ao mérito propriamente dito, afirmou que o inquérito policial instaurado para apuração das circunstâncias da morte de I. da R. foi definitivamente arquivado, não havendo indícios para atribuir a responsabilidade pelos fatos à ré. Sustentou que em nenhum momento teve atitudes ou condutas aptas a induzir I. a tal conduta. Pugnou pela improcedência dos pedidos iniciais.

Houve réplica.

Em decisão interlocutória, o magistrado *a quo* afastou a alegação de prescrição, determinando a realização de audiência de instrução e julgamento.

Em audiência, foi indeferida a oitiva das testemunhas arroladas pelos autores, decisão contra a qual os autores interpuseram agravo retido.

Processado o feito, sobreveio sentença, na qual o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido inicial.

Inconformados, os autores interpuseram apelação, requerendo, inicialmente, o conhecimento do agravo retido de fl. 166. Quanto ao mérito, reiteraram a tese de que a ré foi responsável direta pela morte de I. da R. Requereram o provimento do agravo retido para anular a sentença por cerceamento de defesa ou, alternativamente, o acolhimento do apelo, para julgar procedente o pedido indenizatório.

Ausentes contrarrazões.

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, determino que seja preservada a identidade das partes, abreviando-se seus nomes.

1. Agravo retido

Em preliminar, requereram os réus o conhecimento do Agravo Retido interposto por si à fl. 166, cumprindo o requisito previsto pelo art. 523 do Código de Processo Civil de 1973.

Argumentam os requerentes que o indeferimento da oitiva das testemunhas por si arroladas em audiência de instrução e julgamento cerceou seu direito de defesa, devendo o processo ser anulado a partir do referido ato.

Sem razão os recorrentes.

No caso em exame, deflui dos autos a desnecessidade de dilação

probatória, sendo que “presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder” (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp n. 2.832/RJ, j. 14-8-1990).

De fato, os documentos acostados são suficientes à apreciação da lide, não sendo necessária a instrução probatória, tendo em vista a juntada integral do inquérito policial nesta ação.

As testemunhas arroladas pelos autores foram ouvidas no inquérito policial instaurado para apuração do suicídio objeto desta indenizatória (fls. 34, 80, 89 e 92). Os relatos apresentados são suficientes para aferir o grau de conhecimento das testemunhas sobre os fatos apreciados. Dessa forma, torna-se desnecessária nova oitiva neste momento processual.

Os apelantes não especificaram de que forma novos depoimentos das testemunhas revelariam fatos até aquele momento desconhecidos ou em que poderiam contribuir na busca da verdade processual perseguida.

Os aspectos relevantes da causa foram suficientemente demonstrados pelos depoimentos prestados na fase policial, razão pela qual o processo estava pronto para julgamento, sendo correto o encerramento da instrução processual.

Conforme julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“Incorre cerceamento de defesa quando o juiz, fundamentado no livre convencimento motivado, dispensa a colheita de prova testemunhal objetivamente desnecessária ao deslinde da *quaestio*” (TJSC, 2ª Câm. de Dir. Civ., de minha lavra, ACV n. 2002.017931-6, de Maravilha, j. 30-6-2005).

Ademais, tratando sobre prova, enfatiza Hélio Tornaghi in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I – Arts. 1º a 153 – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 402, 1974:

“Em matéria de prova o poder inquisitivo do Juiz é maior que em qualquer outra atividade processual. O juiz não é mero espectador da luta de partes; ele a dirige e polícia, ‘determina as provas necessárias à instrução do processo’, indefere as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333) é o juiz que faz a seleção das requeridas e diz quais são as necessárias à instrução do processo”

Por esses argumentos, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa suscitada, negando-se provimento ao agravo retido interposto.

Passo, assim, ao exame da apelação.

2. *Apelação*

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Os autores imputam à requerida a responsabilidade pela morte do menor I. da R., com 15 anos de idade, por induzimento ao suicídio.

Extrai-se dos autos que, em virtude de desavenças – existentes entre o filho dos autores (I. da R.), a filha da ré, e E., sobrinha da ré –, a requerida, em 20-1-2008, compareceu à residência dos autores convidando o finado I. da R. para lhe acompanhar até a casa de E. objetivando resolver o imbróglio. Dirigiram-se à casa de E., onde permaneceram por algum tempo. Depois disso, a ré retornou com o menor I. para a casa deste, quando o finado I. ficou em um acesso secundário da propriedade de sua família, alegando que desejava caminhar até sua casa. Algumas horas depois, o menor I. foi encontrado morto, com uma corda ao pescoço, em uma árvore.

Os autores argumentam que a requerida, no caminho de ida até a casa da sua sobrinha E., assustou, ameaçou e amedrontou o jovem I., coagindo-o a assumir a responsabilidade por ofensas que o atingiram, provocando instabilidade emocional ao finado, que ensejou o evento descrito nos autos.

Por sua vez, a ré insurge-se contra tal afirmação, sustentando que seu único objetivo era esclarecer as desavenças entre os menores, sendo falsa a assertiva de que ameaçou, coagiu ou induziu I. aos fatos narrados.

Para aferição da responsabilidade civil da requerida, aplica-se o do art. 186 do Código Civil, para o qual “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, comete ato ilícito*”.

Para tanto, faz-se mister à procedência desta ação a constatação dos seguintes requisitos: a) ação ou omissão do agente; b) relação de causalidade; c) existência de dano; d) dolo ou culpa do agente.

O ato lesivo é toda ação ou omissão voluntária que viola direito ou causa prejuízo a outrem. Dano é toda lesão a bens ou interesses juridicamente tutelados, sejam de ordem patrimonial, sejam de ordem puramente moral (AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, Saraiva, 1972, p. 172). O nexo causal é um liame jurídico que se estabelece entre causa (fato lesivo) e consequência (dano), de uma tal maneira que se torne possível dizer que o dano decorreu daquela causa. A culpa, a seu turno, que em sentido amplo envolve o dolo, é a vulneração a um dever jurídico que possibilita a imputação do ilícito a alguém, em virtude da reprovação social daí decorrente.

Nenhuma das vinte e oito pessoas ouvidas no inquérito policial (entre testemunhas e informantes), comprovou ter a requerida induzido ou ameaçado o menor de algum mal injusto. Sabe-se, e isso é incontroverso, que a requerida conduziu I., até a residência de E. para esclarecer as “fococas” envolvendo esta, I. e sua filha, conduzindo-o de volta à sua residência algum tempo depois. Entretanto, não há provas do que efetivamente ocorreu no interregno entre a saída e o retorno de I. da propriedade de sua família. Tampouco, é possível aferir a certeza

necessária à condenação da requerida, imputando-lhe o induzimento ao suicídio. Apenas boatos e especulações não são capazes de comprovar o nexo de causalidade entre a eventual conduta da requerida e o trágico evento narrado nos autos.

Os próprios autores afirmam na inicial (fl. 3) que desconhecem o conteúdo da conversa mantida entre a ré e I. no período em que estes estiveram juntos.

Como afirma a sentença de 1º Grau “das provas colacionadas ao processo, em especial os depoimentos que instruíram o inquérito policial instaurado para apurar o caso, a única certeza que se tem é que o menor efetivamente conversou com a demandada. Já no tocante ao conteúdo do diálogo, o que se tem são meras especulações e achismos, não se podendo precisar o que restou verdadeiramente discutido na oportunidade” (fl. 170).

Em que pese a gravidade dos fatos para os autores e sua família, bem como suas nefastas consequências, o que se extrai dos autos e das circunstâncias do caso, é que não há como imputar à ré a responsabilidade pelo falecimento de I. da R.

Objetivando a apuração criminal dos fatos narrados na presente ação, foi instaurado o Inquérito Policial n. 001/2008, no qual o Ministério Público concluiu que “inexistindo indícios suficientes da autoria, para deflagração da ação penal, requer-se o arquivamento do presente caderno investigativo” (fl. 105). O pedido de arquivamento formulado pelo *parquet* foi acolhido pelo magistrado *a quo* (fl. 106).

Dessa forma, não há elementos probatórios que comprovem eventuais ameaças da ré sobre o menor e tampouco o alegado induzimento ao suicídio.

Conforme o art. 333, inc. I do Código de Processo Civil de 1973, incumbia aos autores a prova do fato constitutivo de seu direito, sendo

indispensável à indenização prova do ilícito ensejador da obrigação de indenizar.

Trago à lume, entendimento doutrinário que corrobora esse entendimento:

“Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil: processo de conhecimento. 5ª edição: revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 344).

Colaciono julgado do TJSC, que entendo aplicável ao caso:

“Conforme expressa disposição legal o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, I). Assim, não sendo cumprido tal encargo, a parte estará assumindo as conseqüências legais, qual seja, perder a causa.” (TJSC – 1ª Câ. de Dir. Civ., Rel. Des. José Volpato de Souza in Apelação Cível nº 99.007253-3, j. em 25/06/2002).

Assim, porque *allegatio et non probatio quasi non allegatio* e porque *quod non est in actus no est in mundo*, a solução é a improcedência do pedido inicial, pois o caderno processual não revela a prática de ilícito pela requerida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2013.044878-1, de Campos Novos

Relatora: Desa. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. COMPRA DE VEÍCULO USADO. CONSTATADA ADULTERAÇÃO DO CHASSI. VEÍCULO APREENDIDO. INSTAURADO INQUÉRITO POLICIAL. PLEITEADA RESTITUIÇÃO DO VALOR DO VEÍCULO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DO AUTOR. VÍCIO OCULTO EM BEM MÓVEL. VEÍCULO APREENDIDO POR AUTORIDADE POLICIAL. CONSTATAÇÃO DE CHASSI ADULTERADO POR MEIO DE PERÍCIA. EVICÇÃO. IDENTIFICAÇÃO DO CHASSI IDÊNTICA À APRESENTADA PELO DEMANDADO. VÍCIO PREEXISTENTE AO NEGÓCIO JURÍDICO CELEBRADO ENTRE AS PARTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ALIENANTE. DEVER DE RESTITUIR O VALOR DO BEM. INCIDÊNCIA DE JUROS DESDE A CITAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DA DATA DA TRANSAÇÃO. EXEGESE DO ART. 447 E § 1º, DO ART. 450, DO CC/2002.

INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 20% DO VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO. EXEGESE DO ARTIGO 20, PARÁGRAFO 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.044878-1, da comarca de Campos Novos (1ª Vara Cível), em que é apelante Sidenir de Jesus Gavin, e apelado Gasparino Alves Teixeira:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Excelentíssima Desembargadora Sônia Maria Schmitz e o Excelentíssimo Desembargador Eduardo Mattos Gallo Junior. Presidiu a sessão o Excelentíssimo Desembargador Monteiro Rocha.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2016.

Denise Volpato

RELATORA

RELATÓRIO

Sidenir de Jesus Gavin ajuizou “Ação de Cobrança” em face de Gasparino Alves Teixeira, aduzindo, em síntese, ter recebido do demandado uma camioneta GM/Chevrolet D-10, placas MVT 7835, ano/modelo 1984, cor bege, no valor de R\$ 13.000,00 (treze mil reais) como parte de pagamento pela venda do veículo F-4.000, placas MCO 2650 (ano 1987). Afirmou ter vendido o referido veículo a terceiro, restando este impossibilitado de efetuar a transferência junto ao órgão competente porquanto constatada adulteração no chassi, ocorrendo inclusive a instauração de inquérito policial para apuração do fato. Por força disso, alegou ter-lhe sido negado o pagamento pelo veículo GM/Chevrolet D-10, com a contraordem do cheque recebido de empresa adquirente. Pugnou, assim, pela condenação do requerido ao pagamento do valor de R\$ 13.000,00 (treze mil reais) acrescido de juros e correção monetária. Por fim, requereu a condenação do requerido ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência. Valorou a causa e juntou documentos (fls. 05/18).

Devidamente citado, o demandado apresentou resposta em forma de contestação (fls. 23/26) alegando ter a camioneta passado por vistorias nos anos de 2005 e 2006, com autorização para transferência e licenciamento sem que qualquer problema no chassi tivesse sido constatado, não sendo de sua responsabilidade eventual adulteração posterior. Aduziu ter o requerente a posse da camionete desde 13/11/2009, não tendo se insurgido contra qualquer vício no momento da transação, sendo intempestiva a sua irresignação. Suscitou a insuficiência de provas quanto à venda do veículo a terceiro bem como a inexistência de prejuízo na medida em que o demandante teria permanecido de posse da camioneta. Sustentou, ainda, a inexistência de qualquer restrição oposta junto ao registro do veículo no Detran, estando o mesmo devidamente licenciado no ano de 2011, quando da propositura da ação. Assim, asseverou inexistir o dever de indenizar o demandante, pugnano pela improcedência da demanda e a condenação do requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. Juntou documentos (fls. 27/32).

Houve réplica (fls. 36/40) com a qual foram juntados novos documentos (fls. 41/46).

Realizada audiência de conciliação (fl. 57) a proposta conciliatória restou inexitosa. Deferida a suspensão do processo pelo prazo de 60 (sessenta) dias para tentativas de regularização da documentação do veículo.

Decorrido o prazo sem a resolução do conflito, a parte autora impulsionou o feito (fl. 61) restando determinada a especificação de provas a produzir (fl. 62)

Apresentado o rol de testemunhas pelo autor (fl. 65) e realizada audiência de instrução e julgamento conforme designado (fl. 75), foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelo demandante (fl. 76) e juntado documento pelo requerido (fl. 78).

Apresentadas alegações finais (pelo autor às fls. 79/83; pelo requerido às fls. 84/85).

Sobreveio Sentença (fls. 86/87), na qual o Magistrado Dr. Murilo Leirião Consalter julgou a lide nos seguintes termos: “Face a todo o exposto, julgo improcedente os pedidos formulados por Sidenir de Jesus Gavin em face de Gasparino Alves Teixeira. Por consequência, condeno-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), considerando-se o tempo de duração do processo e os ditames do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

Irresignado com a prestação jurisdicional, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 90/97), alegando a responsabilidade do requerido pelo vício no veículo (adulteração do chassi) que impossibilitou a sua transferência para terceiro de boa-fé. Assevera a impossibilidade de se provar, por meio de vistorias realizadas em 2005 e 2006, muito antes da transação realizada entre as partes no ano de 2009, que o vício inexistia. Afirmar não ter condições de constatar problemas dessa natureza (adulteração do chassi), tendo tomado ciência apenas quando da vistoria realizada pelo Detran do Estado do Rio Grande do Sul. Pugna, assim, pelo provimento do apelo e a consequente reforma da Sentença, julgando-se totalmente procedente a inicial restando condenado o requerido ao pagamento do valor correspondente ao cheque recebido em pagamento pelo veículo e não compensado, acrescido de correção monetária e juros de mora.

Recebido o recurso em seu duplo efeito (fl. 99).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 101/105), ascenderam os autos a este Egrégio Tribunal 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, comprovado o pagamento do preparo pelo demandante (fls. 97v), e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do recurso.

2. Mérito

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo autor, contra decisão que julgou improcedente o pedido condenatório de restituição do valor da coisa (camionete) recebida como parte do pagamento pela alienação de outro veículo ao requerido, em face da apreensão e impossibilidade de transferência da titularidade da camionete por adulteração do chassi.

Alega o apelante ter sofrido os efeitos da evicção sobre o veículo adquirido do apelado, diante de ato administrativo que determinou a apreensão do bem – mediante constatação de adulteração do chassi em vistoria, a transferência da titularidade do veículo, sendo instaurado inquérito policial para averiguação das irregularidades constatadas – e impossibilitou sua alienação a terceiro.

Aduz ter sofrido perdas e danos em decorrência da rescisão do contrato de compra e venda celebrado com terceiro adquirente, não tendo recebido o valor do veículo (R\$ 13.000,00), restando o autor sem a posse do bem e sem o valor por ele cobrado.

Pois bem.

Compulsando-se os autos infere-se ser incontroverso, e portanto independer de prova (art. 334, III, do CPC), o fato de ter o autor recebido do apelado a camioneta GM/Chevrolet D-10, placa MVT 7835, ano/modelo 1984, como parte do pagamento pelo veículo F-4.000, placa MCO 2650, ano/modelo 1987 vendido pelo autor ao demandado. Ainda, incontestemente ter sido constatada a adulteração do chassi do veículo em questão, em perícia realizada pelo Departamento de Criminalística do Instituto-Geral de Perícias do Estado do Rio Grande do Sul a requerimento da Polícia Civil daquele Estado quando da instauração de inquérito policial para averiguação da adulteração (fls. 14/15), após reprovação da vistoria prévia à transferência de titularidade do bem junto ao órgão de trânsito gaúcho.

É de conhecimento comum decorrer dos contratos de compra e venda de bens móveis ou imóveis a garantia conferida ao adquirente sobre a idoneidade e utilidade do bem adquirido.

Com efeito, dispõe o art. 447 do Código Civil de 2002:

“Art. 447. Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.”

Sobre o conceito de evicção, Nelson Rosenvald preceitua:

“dever de garantia diante de eventual perda da coisa em virtude de decisão judicial ou administrativa que conceda o direito - total ou parcial - sobre ela a um terceiro estranho à relação contratual em que se deu a aquisição. O terceiro demonstra a anterioridade de seu direito, por deter a condição de real proprietário ou possuidor do bem, através de titulação anterior

ao negócio que concedeu o direito ao adquirente. Com a perda da coisa, este passa a se chamar de evicto (excluído). Incumbirá ao evicto dirigir-se ao alienante, pleiteando a indenização pelos prejuízos decorrentes da transferência de um direito que não lhe pertencia quando formalizado o contrato.” (ROSENVALD, Nelson. Código Civil Comentado. 2008. Manole: Barueri – SP. P. 437).

Importante, ainda, destacar os pressupostos para caracterização do instituto em questão: a) existência de contrato oneroso ou arrematação em hasta pública; b) perda da posse ou da propriedade da coisa; c) sentença judicial ou ato administrativo que determine a perda do bem.

Nesse sentido, extrai-se da doutrina:

“E para que a sua responsabilidade se manifeste, três requisitos devem ser conjugados:

a) aquisição de um bem;

b) perda da posse ou da propriedade

c) prolação de sentença judicial ou execução de ato administrativo.” (GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil: Contratos. v. IV. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 201).

A aquisição onerosa do bem pelo requerido é fato incontroverso.

A perda de sua posse por ato de autoridade administrativa está devidamente documentado à fl. 13 (declaração da autoridade policial noticiando a apreensão do veículo).

In verbis:

“O veículo Chevrolet D-10, placa MVT 7835 foi apreendido por suspeita de adulteração da numeração do chassi. O laudo pericial Of – 13931/2010 confirmou a suspeita, mas no entanto não conseguiu apurar a numeração original. Armindo Gasperin declarou que adquiriu o veículo de Sedenir.” [grifei]

Sendo assim, restam devidamente configurados os requisitos para reconhecimento da procedência do pleito autoral.

Demonstrada, *(i)* a aquisição onerosa do veículo, *(ii)* a perda da posse *(iii)* por apreensão decorrente de ato administrativo de autoridade policial, inafastável o reconhecimento da evicção.

Corroborando este entendimento, colhe-se do acervo jurisprudencial deste Órgão Fracionário:

AÇÃO DE EVICÇÃO. APREENSÃO DE VEÍCULO, FEITA PELA AUTORIDADE POLICIAL POR ADULTERAÇÃO DO CHASSI DO MOTOR. REQUISITOS DA EVICÇÃO CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DA GARANTIA. SENTENÇA REFORMADA. APELO CONHECIDO E PROVIDO. A evicção é garantia conferida ao alienante de que o bem objeto de negociação pode ser livremente usufruído. Presente circunstância capaz de acarretar a apreensão, que inviabilize a posse por parte do comprador, é garantido a este o direito que da evicção lhe resulta. (TJSC, Apelação Cível n. 2008.052730-4, de Curitiba. Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, julgado em 27/10/2011).

Quanto à preexistência de vício, infere-se dos autos ser a adulteração anterior à venda.

Isso porque, nas vistorias apresentadas pelo próprio demandado, realizadas nos anos de 2005 e 2006 (fls. 29/30) já constava no chassi número adulterado, alteração, porém, não constatada pelos órgãos de trânsito catarinense. As inscrições do chassi indicadas como adulteradas na perícia realizada no Rio Grande do Sul em 2010 (fls. 29/32) são as mesmas do chassi periciado nos anos de 2005 e 2006 (fls. 14/15 e 44), e idênticas às constantes no documento do veículo (fl. 41).

Não obstante, ambas as partes concordam ter ocorrido a venda o veículo ao autor em 13 de novembro de 2009, situação corroborada com os documentos de fl. 09/10, dentre eles a procuração conferida

ao demandante, onde o demandado outorga-lhe amplos poderes sobre o veículo. Por sua vez, os documentos de fls. 41/43 informam ter o requerido pessoalmente autorizado a transferência da titularidade do bem diretamente à empresa A. R. Matrizaria Ltda., em 17 de novembro de 2009, tendo esta adquirido a camioneta do autor.

Extraí-se, assim, do caderno processual, ter o veículo permanecido pouquíssimo tempo com o autor, sendo, portanto, pouco crível que o autor seja responsável pelas adulterações no chassi como alega o demandado, tampouco que tivesse ciência da existência do problema.

Tal raciocínio, destaque-se, encontra respaldo na disposição 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 de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

Não é capaz, outrossim, de afastar a responsabilidade pela evicção a alegação defensiva de que o laudo técnico (fl. 14/15) indicativo da fraude na marcação do chassi indicar cor (preta) diversa da constante no registro do veículo (bege – fl. 41). Observa-se das fotografias de fls. 45/46 que o veículo possui duas cores, preta e bege (fls. 45/46).

Ainda, importa observar que a garantia e consequente responsabilização por força do instituto da evicção opera-se *pleno iure* (cf. Maria Helena Diniz. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 710) e independe do eventual desconhecimento do vendedor sobre o gravame encontrado no veículo (boa-fé do alienante).

Logo, mesmo que desconhecida a adulteração pelo demandado, resta evidenciada a preexistência desta à alienação feita pelo requerido ao autor.

Sendo assim, a responsabilidade do alienante, caracterizadora do

instituto da evicção, é de natureza objetiva, independente, portanto, de culpa ou de demonstração de sua má-fé.

Com efeito, sobre a desnecessidade de ciência do vício existente no bem alienado, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL - RECURSO ESPECIAL - EVICÇÃO - APREENSÃO DE VEÍCULO POR AUTORIDADE ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA SENTENÇA JUDICIAL - RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR, INDEPENDENTEMENTE DA BOA-FÉ - ART. 1.107, DO CC DE 1916 - DISSÍDIO PRETORIANO EXISTENTE E COMPROVADO.

A evicção é uma forma de garantia, um elemento natural dos contratos onerosos, que se apresenta onde haja obrigação de transferir o domínio, posse ou uso de uma determinada coisa. Como consequência, ao alienante cabe resguardar o adquirente dos riscos por ela produzidos, a não ser que estipulem expressamente em sentido contrário, ou seja, pela dispensa da garantia. Tal responsabilidade, independe da boa-fé ou não do vendedor, sendo, no silêncio das partes, subentendida.” (STJ, REsp 259726/RJ, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, julgado em 27/09/2004).

Assim, por se tratar de garantia decorrente de lei, bem como inexistente a exclusão expressa no contrato celebrado entre as partes (art. 448, CC), responde o alienante, Gasparino Alves Teixeira, pelos prejuízos suportados pelo adquirente, em razão da restrição encontrada no veículo.

Nesse sentido, já decidiu este Órgão Fracionário:

APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL EM ESTABELECIMENTO DA AUTORA. DEMANDADO QUE ENTREGA SEU VEÍCULO USADO COMO PARTE DO PAGAMENTO DEVIDO. POSTERIOR APREENSÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL. CHASSI ADULTERADO. EVICÇÃO. CULPA OU DOLO DO DEMANDADO. IRRELEVÂNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE GARANTIR O USO E A FRUIÇÃO DO BEM OBJETO DE CONTRATO

ONEROSO. RESSARCIMENTO QUE SE FAZ MISTER. SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Pelo instituto da evicção, aquele que forneceu onerosamente o bem responde perante o adquirente, evicto, pelos prejuízos sofridos diante da perda ou privação da coisa, seja por apreensão derivada de ato administrativo ou judicial, consoante entendimento remansoso doutrinário e jurisprudencial. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.050195-3, da Capital. Rel. Des. **Joel dias Figueira Júnior**, julgado em 04/02/2014)

Deve, portanto, o demandado ressarcir o valor de R\$ 13.000,00 (treze mil reais) ao ator, pagos pelo veículo, nos termos do art. 450 do Código Civil, corrigido monetariamente desde a compra e venda entre as partes (13/11/2009) e acrescido de juros a contar da citação.

3. Ônus sucumbencial e honorários

Reformada a Sentença, faz-se necessário a readequação dos ônus sucumbenciais.

Havendo o reconhecimento do direito do autor com o acolhimento *in totum* dos pedidos formulados na exordial, deve o requerido arcar integralmente com o ônus da sucumbência nos termos do artigo 20, *caput*, do Código de Processo Civil.

Prescreve o Diploma Processual, em seu artigo 20, § 3º, que os honorários advocatícios serão fixados em no mínimo 10% (dez por cento) e no máximo 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. Tal providência só é afastada se a causa for de pequeno valor ou de valor inestimável, o que não ocorre na espécie, *verbis*:

“Art. 20. [...]

§ 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

§ 4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.”

Sobre o assunto, ensina Nelson Nery Júnior:

“São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pelas quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária.” (*in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 7. ed. rev. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 381, nota 18 ao art. 20, § 3º, do CPC).

Nesse sentido, cumpre destacar ser a remuneração digna pela prestação de qualquer serviço uma garantia constitucional, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Isso porque, em uma sociedade que elege os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como seu fundamento primordial (art. 1º, IV, CF), e meio de “assegurar a todos existência digna” (art. 170, da CF), não se mostra razoável e em harmonia com a Constituição Federal determinar-se a remuneração de qualquer espécie ou categoria de profissional em

valor incompatível com o serviço prestado, mormente em se tratando de função essencial à administração da Justiça, tal qual a advocacia (art. 133 da CF/88).

Com efeito, extrai-se da Constituição:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político.”

Ainda:

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

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

Frente a esses argumentos, bem como considerando ter a procuradora do autor atuado com presteza e eficiência, fixam-se os honorários sucumbenciais em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para julgar procedente a ação e condenar o demandado ao

pagamento de R\$ 13.000,00 (treze mil reais), atualizado monetariamente a partir da celebração do negócio e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação. Condena-se, ainda, o requerido ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0501136-89.2013.8.24.0061 (2016.022266-7), de São Francisco do Sul

Relatora: Desa. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LIBERAÇÃO DE FUMAÇA DECORRENTE DA COMBUSTÃO DE FERTILIZANTES NA CIDADE DE SÃO FRANCISCO DO SUL. DEFESA CIVIL QUE DETERMINOU A DESOCUPAÇÃO TEMPORÁRIA DOS BAIRROS ATINGIDOS PELO INFORTÚNIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, NEGADOS OS PEDIDOS DE DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES.

RECURSO DAS DEMANDADAS. PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO AO ARGUMENTO DE NÃO RESTAR CONFIGURADA A RESPONSABILIDADE PELO INFORTÚNIO. INSUBSISTÊNCIA. APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, EXEGESE DO ART. 14, § 1º DA LEI 6.938/91 E DO ART. 225, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LAUDO TÉCNICO PRODUZIDO PELAS DEMANDADAS AFIRMANDO QUE OS FERTILIZANTES NÃO FORAM ARMAZENADOS/MANUSEADOS DO MODO RECOMENDADO PELO FABRICANTE. CONDUTA ILÍCITA EVIDENCIADA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL. APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL. DEVER DE REPARAR OS DANOS MANTIDO.

DANO MORAL PRESUMIDO (*IN RE IPSA*). SITUAÇÃO QUE EXTRAPOLA O MERO DISSABOR. REQUERENTES QUE NECESSITARAM SAIR DE SEUS LARES EM VIRTUDE DO INFORTÚNIO. DEVER DE INDENIZAR INAFASTÁVEL.

PEDIDO DE MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS EM R\$ 1.500,00 (MIL E QUINHENTOS REAIS). INSUBSISTÊNCIA. *QUANTUM*

FIXADO QUE ATENDE MINIMAMENTE AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0501136-89.2013.8.24.0061, da comarca de São Francisco do Sul (1ª Vara Cível), em que são Apelantes ADM do Brasil Ltda. e outro e Apelados Claudionor Marcelino e outro.

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Monteiro Rocha e o Excelentíssimo Desembargador Gerson Cheram II.

Florianópolis, 10 de maio de 2016.

Desembargadora Denise Volpato
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

Forte no Princípio da Celeridade, e utilizando racionalmente as ferramentas informatizadas, adota-se, *in totum*, o relatório da Sentença (fl. 781), *verbis*:

“Trata-se de ação de indenização ajuizada por Suzete Cardoso Marcelino e Claudionor Marcelino em desfavor de Adm do Brasil Ltda. e Global Logística e Transportes Ltda., todos devidamente qualificados nos autos, pelos fatos e fundamentos expostos na peça inicial.

Requeru a condenação solidária das rés ao pagamento de indenização por danos materiais, correspondentes aos produtos descartados na sua mercearia e lucros cessantes, bem como por danos morais. Juntaram documentos.

Foi deferida a justiça gratuita.

Citada, a ré Global Logística e Transporte Ltda. apresentou contestação, alegando preliminarmente a sua ilegitimidade passiva e requerendo a denunciação à lide de todos envolvidos na cadeia produtora, transportadora e distribuidora do produto. No mérito, rebateu os argumentos da inicial. Pugnou pela improcedência dos pedidos.

Igualmente citada, a ré Adm do Brasil Ltda. ofertou contestação, requerendo a denunciação à lide da empresa responsável pelo armazenamento do produto Global Logística e Transporte Ltda. No mérito, impugnou as alegações da exordial. Requeru a improcedência dos pedidos.

Houve réplica.”

Sobreveio Sentença da lavra do Magistrado Felippi Ambrósio (fls. 781/787) julgando a demanda nos seguintes termos:

“Em face do que foi dito, julgo procedente em parte os pedidos para condenar as rés solidariamente ao pagamento de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) para cada um dos autores, a título de indenização por danos morais à parte autora. No que toca o dano moral fixado, sendo a presente sentença constitutiva da obrigação, juros e correção monetária só passarão a incidir a partir deste ato (cf. Apelação Cível n. 2006.009134-6, de Lages. Relator: Des. Mazoni Ferreira), sendo aquele de 1% ao mês, enquanto esta deve obedecer o INPC como indexação monetária.

Por terem os autores decaído em parte mínima do pedido, condeno as rés solidariamente ao pagamento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios na base de 15% do valor da condenação, devidos ao patrono da parte autora.”

Inconformadas com a prestação jurisdicional as demandadas interpuseram recurso de apelação (fls. 791/811), asseverando inexistir

provas dos danos alegados. Defendem não haver comprovação de que a parte residia em um dos bairros atingidos, enfatizando não ter a autora Suzete Cardoso Marcelino acostado aos autos seu comprovante de residência. Sublinham que o simples fato de a casa da parte autora estar situada em um dos bairros temporariamente desocupados pela Defesa Civil, não pressupõe a ocorrência de danos. Sustentam inexistir relação de consumo na presente demanda, devendo ser afastado o conceito de consumidor por equiparação. Ressaltam a inexistência dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil. Arguem não ter ocorrido qualquer ato ilícito, inexistindo dever de indenizar. Sustentam restar demonstrado a inexistência de nexo causal entre a sua conduta e o evento supostamente causador dos danos morais. Afirmaram a ocorrência de caso fortuito. Salientam não haver comprovação dos danos morais sofridos, devendo ser afastada a condenação. Sucessivamente requer sua minoração. Pugnam pela reforma da decisão, julgando improcedente o pleito exordial.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 818/826), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

1. Prefacial: direito intertemporal

Inicialmente, imperioso destacar que a sistemática processual civil brasileira, atualmente positivada na Lei n. 13.105/2015 (em seu artigo 14), adota o princípio do isolamento dos atos processuais.

Extrai-se do Código de Processo Civil/2015:

“Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.”

Referido princípio nada mais é do que o desdobramento processual do princípio geral da irretroatividade da lei nova, previsto na Constituição Federal e no Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), que importa em relativa ultra-atividade da lei velha no tocante ao reconhecimento de regularidade dos atos processuais praticados sob a égide da lei velha.

No aspecto, salutar destacar-se a norma positivada acerca do direito intertemporal:

Constituição Federal

“Art. 5º [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)”

Aplicar-se-á, pois, ao julgamento do presente recurso as disposições constantes no revogado Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973), vigente à época da prática do ato processual impugnado, sem descuidar-se, contudo, das questões de ordem cogente concernente a viabilidade da demanda na nova sistemática processual.

2. Admissibilidade

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

Tais pressupostos são classificados como intrínsecos (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e extrínsecos (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, recolhido o preparo pelas demandadas (fl. 814) e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise dos recursos.

3. Mérito

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a Sentença que ao julgar procedente o pleito exordial, condenou as requeridas, em solidariedade, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) corrigido monetariamente desde o arbitramento e acrescido de juros mensais de mora desde a data do evento danoso.

Em suas razões recursais, as requeridas asseveram inexistir provas dos danos alegados. Defendem não haver comprovação de que a parte residia em um dos bairros atingidos, enfatizando não ter a autora Suzete Cardoso Marcelino acostado aos autos seu comprovante de residência. Sublinham que o simples fato de a casa da parte autora estar situada em um dos bairros temporariamente desocupados pela Defesa Civil, não

pressupõe a ocorrência de danos. Sustentam inexistir relação de consumo na presente demanda, devendo ser afastado o conceito de consumidor por equiparação. Ressaltam a inexistência dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil. Arguem não ter ocorrido qualquer ato ilícito, inexistindo dever de indenizar. Afirmaram a ocorrência de caso fortuito. Salientam não haver comprovação dos danos morais sofridos, devendo ser afastada a condenação. Pugnam pela reforma da decisão, julgando improcedente o pleito exordial.

3.1 Do Código de Defesa do Consumidor

Asseveram as requeridas a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor na presente demanda em razão de inexistir relação de consumo, e por consequência, a figura do consumidor por equiparação.

Com razão.

Isso porque, inexistente na presente demanda relação de consumo entre as partes, sendo inviável neste caso a aplicabilidade da teoria maximalista.

Salienta-se que este entendimento está em consonância com o entendimento proferido no julgamento da Apelação Cível n. 2015.084093-6 pelo Grupo de Câmaras de Direito Civil, que entendeu não ser aplicável o CDC ao presente feito.

3.2 Responsabilidade civil objetiva das demandadas

Inicialmente cumpre destacar que se tratando a presente demanda de matéria de cunho ambiental, verifica-se a responsabilidade objetiva das requeridas.

Nesta linha, é garantia constitucionalmente assegurada o direito dos cidadãos usufruírem de um meio ambiente equilibrado e saudável, ao passo que quem comete ações prejudiciais tem o dever de ressarcir os

danos causados, nesse sentido dispõe o art. 225, § 3º da Constituição Federal:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...]”

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Demais disso, dispõe o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/91 ser objetiva a responsabilidade do fornecedor de produtos pelos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, inexistindo necessidade de discussão a respeito da conduta do agente (culpa ou dolo), *in verbis*:

“Art. 14. [...]”

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. [...]”

A respeito do tema, disserta a doutrina:

“A Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente no seu art. 225, § 3º, recepcionou a Lei 6.938, de 1981, e deixou intacta a responsabilização objetiva do causador do dano ambiental. Acrescenta-se que o legislador constituinte não limitou a obrigação de reparar o dano, o que conduz a reparação integral. [...]” (*In*, Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 134).

Nesse sentido, destaca-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO

ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. USINA HIDRELÉTRICA. CONSTRUÇÃO. PRODUÇÃO PESQUEIRA. REDUÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. INOVAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 6.938/1981 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste.

2. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, para os pescadores da região. [...]

4. Agravo regimental não provido. “(AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015)

Assim, reconhecida a responsabilidade civil objetiva das demandadas, passa-se à análise da matéria impugnada.

Pois bem.

Defendem as demandadas a inexistência dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, afirmando não ter ocorrido ato ilícito e nexo de causalidade inexistindo dever de indenizar. Após assevera que o infortúnio ocorreu por caso fortuito.

Sem razão, contudo.

É cediço que à configuração da responsabilidade civil objetiva em matéria ambiental, prevista nos artigos 14, § 1º da Lei n. 6.938/1991, art. 225, § 1º da Constituição Federal e art. 14 do Código de Defesa do

Consumidor, exige-se a comprovação da prática de conduta comissiva ou omissiva, causadora de prejuízo à esfera patrimonial ou extrapatrimonial de outrem, independentemente de culpa, decorrendo dessas situações, os seus pressupostos: ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

In casu, a presente demanda versa a respeito do incêndio ocorrido na cidade de São Francisco do Sul/SC, na data de 24/09/2013, onde grande quantidade de fertilizantes, de propriedade da demandada ADM do Brasil Ltda., armazenados em depósito da requerida Global Logística e Transportes Ltda., entraram em combustão.

Tal fato, ocasionou na liberação de fumaça tóxica, motivo pelo qual a Defesa Civil determinou a retirada dos moradores que residiam na região afetada nos seguintes bairros:

“ÁREA URBANA: BAIROS PAULAS, ROCIO PEQUENO, CENTRO, ACARAI, RETA, IPEROBA, SANDRA REGINA, ENSEADA, ROCIO GRANDE, CAPRI, FORTE, UBATUBA.

ÁREA RURAL: LOCALIDADE DE TAPERA, MIRANDA, LARANJEIRAS.”

Na hipótese, os autores ajuizaram a presente demanda indenizatória em razão de terem sofrido danos materiais no comércio que possuem na região afetada pela fumaça, objetivando ainda a condenação das demandadas ao pagamento de indenização por danos morais em virtude de necessitarem desocupar seu imóvel, bem como requerendo o pagamento de indenização por lucros cessantes.

Sentenciado o feito, o Magistrado *a quo* condenou as requeridas ao pagamento tão somente da indenização por danos morais, afastada a indenização por danos materiais e lucros cessantes.

Assim, inexistindo recurso dos autores, apenas o fato da desocupação do lar em razão da fumaça será analisado.

Diante deste contexto, incumbe aos requerentes demonstrarem que realmente residiam em algum dos bairros atingidos pela fumaça tóxica.

Neste ponto, salienta-se não prosperar a alegação das requeridas de que a autora Suzete Cardoso Marcelino deixou de trazer comprovante de residência em sua peça exordial.

Isso porque, a prova da residência encontra-se devidamente certificada pelo comprovante de fl. 19, que está em nome do esposo da autora Claudionor Marcelino, igualmente autor da presente demanda.

Demais disso, mostra-se despicienda comprovação de que a parte efetivamente desocupou seu lar às pressas, ou de quantos dias necessitou ficar afastada da residência, visto a situação de iminente perigo instalado no local.

De outra parte, extrai-se do laudo técnico produzido pelas requeridas (fls. 167/234 – tradução juramentada) que os fertilizantes NPK, à base de nitrato de amônio, não foram armazenados da forma correta indicada pelo fabricante o que demonstra a negligência com que agiram as requeridas ao não seguirem as recomendações contidas no produto, configurando o ato ilícito, senão vejamos:

“[...] 4.6.3 Recomendações para evitar contaminação

Conforme previamente discutido em mais detalhes, os contaminantes orgânicos são conhecidos por induzirem a decomposição autossustentada de fertilizantes à base de nitrato de amônio. O fabricante do fertilizante fornece as seguintes recomendações para prevenir contaminação que poderia levar a um incidente: [...]

- Evitar o contato com substâncias orgânicas, ácidos e álcalis tendo em vista que o fertilizante NPK é incompatível com esses materiais.

Com base nas inspeções da Exponent e todo o material atualmente disponível nessa investigação, conclui-se que o referido fertilizante NPK

não foi armazenado ou manuseado de uma maneira consistente com as diretrizes do fabricante. A contaminação do fertilizante com um material incompatível desconhecido é a provável causa desse incidente.

5 Conclusões

Com base na evidência e na análise apresentadas no presente relatório, a provável causa do incidente foi autoaquecimento induzido por um contaminante que resultou na decomposição autossustentada da pilha de fertilizante NPK. A fonte provável do contaminante foi vazamentos de fluido dos equipamentos mecânicos envolvidos no manuseio do material do galpão da Global Logística. A fonte exata da contaminação e o contaminando específico não puderam ser determinados. [...]

5. O mecanismo provável para iniciar esse incidente foi a contaminação com um material orgânico no galpão da Global Logística. A contaminação impulsionou o autoaquecimento dentro da pilha de fertilizante ao ponto onde uma parte interna da pilha de fertilizante atingiu a temperatura de início da decomposição.

6. Os contaminantes potenciais, que não puderam ser excluídos, incluem os fluídos que vazam de veículos.

7. O momento no qual o fertilizante NPK foi contaminado não pode ser identificado à época deste relatório.” (fls. 202/203)

Extrai-se do laudo técnico ter o incidente ocorrido em virtude da contaminação dos fertilizantes com produtos orgânicos, constando ainda que o material provavelmente foi contaminado durante sua armazenagem, de modo que não se mostra viável afastar a responsabilidade das requeridas pelo infortúnio, posto que agiram com negligência cometendo o ato ilícito.

Demais disso, não podem as demandadas se desincumbirem da responsabilização pelos prejuízos ocasionados à parte autora por suposta ocorrência de caso fortuito, porquanto aplicado ao presente caso a teoria do risco integral.

Neste sentido, ressalta-se que, segundo a teoria do risco, a qual abriga a própria noção de responsabilidade objetiva, quem auferir lucro com a atividade deve igualmente assumir os riscos a ela inerentes.

Sobre o assunto, colhe-se da doutrina:

“No final do século XIX, surgem as primeiras manifestações ordenadas da teoria objetiva ou teoria do risco. Sob esse prisma, quem, com sua atividade ou meios utilizados, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta [...] Pode-se pensar nessa denominação para justificar a responsabilidade sem culpa, desde que não se onere a vítima a provar nada mais além do fato danoso e do nexos causal.” (Venosa, Sílvio de Salvo, Direito Civil, 4ª ed., Responsabilidade Civil, São Paulo: Atlas, 2004, p. 20)

No mesmo sentido, disserta José Rubens Morato Leite:

“Entende-se, quando se adota a teoria do risco, como é o caso da responsabilidade por dano ambiental no direito brasileiro, trazem alterações as regras de exclusão previstas no Código Civil. Lembre-se de que, nas regras do risco, o causador do dano é responsável em virtude de sua atividade potencialmente poluidora, sujeitando-se ao seu ônus, independente do exame da subjetividade do agente.

A Constituição Brasileira e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente trazem um regime especial de responsabilidade ao degradador ambiental e não dispõem acerca de qualquer exclusão da obrigação de reparar o dano ecológico (caso fortuito, força maior, proveito de terceiro licitude da atividade, culpa da vítima). Desta forma, o agente deve assumir integralmente todos os riscos que advêm de sua atividade, por tratar-se de socialização do risco. Mais do que isto, a teoria do risco integral pelo dano ambiental funda-se no princípio da equidade, pois aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou desvantagem dela resultante.

Note-se que ademais, que as normas de direito ambiental têm como alicerce, entre outros, o princípio do poluidor-pagador, precaução reparabilidade integral do dano ambiental. [...]

Pasqualotto, ao examinar a teoria do risco integral, traz um exemplo esclarecedor no que concerne à não aceitação das excludentes nesta hipótese: ‘O raio que atinge o paiol é a causa da explosão e dos danos consequentes a condição do paiol foi a condição do evento. Se o galpão estivesse vazio, não havia explosão nem dano’.

Assim, evidenciado o liame entre a causa e o efeito do dano ambiental, o agente responde por sua obrigação.” (*In* Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 208-209).

Sendo assim, não há como acolher a excludente de culpabilidade aventada pelas requeridas uma vez que aplicado ao presente caso a teoria do risco integral.

A respeito do assunto, destaca-se julgado do Superior Tribunal de Justiça admitido como representativo de controvérsia:

“RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DE VAZAMENTO DE AMÔNIA NO RIO SERGIPE. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO EM OUTUBRO DE 2008.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: [...] b) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexos de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar; [...] 2. Recursos especiais não providos.” (REsp 1354536/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014)

Em questão idêntica, já decidiu esta Câmara de Direito Civil:

“DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL - INCÊNDIO PROVOCADO PELA COMBUSTÃO

DE FERTILIZANTES - FUMAÇA - SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA - DANOS MORAIS - PROCEDÊNCIA - RECURSOS DE AMBAS AS PARTES - ANÁLISE CONJUNTA - 1. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL - INACOLHIMENTO - DANOS DEMONSTRADOS - FUMAÇA QUE ATINGIU PARTE DEMANDANTE - CASO FORTUITO - IRRELEVÂNCIA - DANO AMBIENTAL - APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL - RESPONSABILIDADE MANTIDA - 2. IMPROCEDÊNCIA DOS DANOS MORAIS - INACOLHIMENTO - DESOCUPAÇÃO DE MORADIA EM VIRTUDE DA FUMAÇA - OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE - DANO MORAL PRESUMIDO - 3. MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - INACOLHIMENTO - VALOR ADEQUADO AO BINÔMIO RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - *QUANTUM* MANTIDO - 4. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - INACOLHIMENTO - PERCENTUAL ADEQUADO À CAUSA - RECURSOS DESPROVIDOS.

1. A reparação de danos morais ambientais, causados por fumaça de combustão de fertilizantes, deve ser ampla e irrestrita, impondo-se aos seus causadores, a obrigação de indenizar todos os prejuízos diretos e indiretos advindos de sua conduta.

2. São presumidos os danos morais dos atingidos que se veem obrigados a desocupar temporariamente seus imóveis.

3. Mantém-se *quantum* indenizatório que observa o binômio razoabilidade e proporcionalidade, sem desvalia ao patrimônio moral do ofendido e sancionando pedagogicamente o ofensor.

4. Mantém-se o percentual de honorários advocatícios quando fixados em patamar condizente com a natureza da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo exigido para sua realização.” (TJSC, Apelação Cível n. 2016.006164-3, de São Francisco do Sul, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 22-03-2016).

Ainda a Segunda Câmara de Direito Civil:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL DECORRENTE DO FATO DE O AUTOR TER QUE ABRUPTAMENTE SE AFASTAR DE SUA RESIDÊNCIA EM RAZÃO DE VAZAMENTO DE FUMAÇA QUE SE SUPUNHA TÓXICA E PORTANTO NOCIVA À SAÚDE. PRETENSÃO JULGADA PROCEDENTE. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA ARBITRADA EM R\$ 1.500,00 (MIL E QUINHENTOS REAIS). LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO E DA RÉS PARCIALMENTE PROVIDO. 01. A responsabilidade pela reparação de dano ambiental é objetiva em face do disposto no § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/1981 (“É o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”) e no § 1º do art. 927 do Código Civil (“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”). À luz desses preceptivos legais, ao julgar sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil o Recurso Especial n. 1.374.284, decidiu a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça que é “descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar” (Min. Luis Felipe Salomão). Portanto, cumpre ao réu “provar que sua conduta não foi lesiva” (STJ, T-1, REsp n. 1.049.822, Min. Francisco Falcão; T-2, REsp n. 1.517.403, Min. Herman Benjamin) e, ainda, a inexistência de “nexo de causalidade entre a conduta e o resultado” (STJ, T-1, AgRgREsp n. 1.210.071, Min. Napoleão Nunes Maia Filho; T-2, AgRgREsp n. 1.277.638, Min. Humberto Martins; AgRgREsp n. 1.286.142, Min. Mauro Campbell Marques; T-3, AgRgAgREsp n. 183.202, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; T-4, REsp n. 1.346.430, Min. Luis Felipe Salomão). Como corolário lógico dessas premissas, nas causas relacionadas a dano ambiental não gera gravame ao réu decisão que inverte o ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. 02. Comete ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” (CC, art. 186), cumprindo-lhe repará-lo (CC, art. 927). 03. Por força do disposto no

art. 479 do CPC/1973, os julgamentos afetados aos Grupos de Câmaras na forma do § 1º do art. 555 do CPC/1973 têm eficácia vinculante. O CPC/2015 igualmente prescreve que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese” (art. 947, § 3º). Ao julgar a Apelação Cível n. 2015.084093-6, o Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu: I) “que são presumíveis os danos morais suportados pela parte autora, que, por conta do desastre ambiental em discussão, e por determinação das autoridades públicas, viu-se obrigada, em tom de evacuação emergencial, a deixar sua residência ou dela não se aproximar enquanto não cessassem os riscos à saúde. Tal mácula, obviamente, prescinde de prova e ultrapassa o mero dissabor do cotidiano, sendo imperativa a obrigação de prestar indenização pecuniária a fim de minimizar o abalo sofrido”; II) confirmar o *quantum* (R\$ 1.500,00) da compensação do dano moral arbitrado na sentença. 04. Deve o juiz ou tribunal impor multa ao litigante de má-fé (CPC/1973, art. 18), assim considerado aquele que: a) “provocar incidentes manifestamente infundados”; b) “interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório” (CPC/1973, art. 17, incs. VI e VII). Todavia, “para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa” (STJ, REsp n. 271.584, Min. José Delgado). “Só há litigância de má-fé quando comprovado dolo processual, resistência completamente injustificada, intenção malévola” (TJSC, AC n. 1996.004985-1, Des. Amaral e Silva). De ordinário, “resistência recursal, ainda que desarrazoada, mas que se atém aos limites do princípio do contraditório, não constitui litigância de má-fé” (TJSC, AC n. 1997.010801-0, Des. Trindade dos Santos).” (TJSC, Apelação Cível n. 2016.007222-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Newton Trisotto, j. 31-03-2016).

No mesmo sentido ainda foi o julgamento da Apelação Cível n. 2015.084093-6, julgado em 09/03/2016 pelo Grupo de Câmaras de Direito Civil, de relatoria do Des. Marcus Túlio Sartorato.

Desta feita, as demandadas têm o dever de responder pelos

danos, haja vista que, ao atuarem no mercado de consumo, tornam-se responsáveis pela reparação dos danos decorrentes de sua atividade.

Portanto, bem delineada a responsabilidade das requeridas pelo infortúnio ocorrido, resta inequívoco o dever de reparar os danos causados.

3.3 Danos morais

Asseveram as demandas não haver comprovação dos danos morais sofridos, pugnando pela reforma da Sentença a fim de afastar a condenação fixada a título de danos morais.

Sem razão.

Como dito alhures, as requeridas foram condenadas ao pagamento de indenização por danos morais em virtude dos autores necessitarem desocupar seu imóvel, tendo que se deslocarem a abrigos fornecidos pelo município, em razão da liberação de fumaça tóxica ocorrida pela explosão dos fertilizantes das requeridas.

In casu, trata-se de dano moral presumido ou do dano moral *in re ipsa*, ou seja, aquele que independe da produção de outras provas, pois a lesão extrapatrimonial é presumida.

A respeito, explica Antonio Jeová Santos:

“Quando existe dano moral, principalmente quando o ataque é a um direito personalíssimo, honra, intimidade, vida privada e imagem, ou quando fica restrita ao *pretium doloris*, com muito maior razão não devem mediar razões que justifiquem a exigência da prova direta. O dano, em especial nestes casos, deve ter-se por comprovado *in re ipsa*. Pela comum experiência de vida, estes fatos são considerados como agravos morais, passíveis de indenização”. (*in* Dano Moral Indenizável. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.

Na presente demanda o abalo moral decorre do desgosto e

da intranquilidade experimentada pelos autores face a desocupação involuntária de seu imóvel, e independe, dessa forma, de outras provas.

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/1973 (art. 375 do CPC/2015), *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.”

Ora, inegável a angústia e aflição sofrida pelos autores que foram obrigados a deixar seu lar no meio da noite, sem qualquer previsão de retorno, necessitando serem conduzidos a diversos abrigos do município em virtude da fumaça tóxica liberada em razão do acidente ocorrido, sendo evidente o abalo moral *in re ipsa* sofrido.

Portanto, a existência do evento danoso é decorrência da própria ilicitude do ato (*ipso facto*), sendo sua existência presumida (art. 335 do CPC/1973 e art. 375 do CPC/2015), ante o elevado grau de subjetividade que permeia esse tipo de abalo anímico.

Sobre o assunto, destaca-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA (“INDENIZATÓRIA”) - DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO APELO EXTREMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA RÉ PETROBRÁS. [...]”

3. “A remoção repentina de moradores em meio a uma situação de perigo, inclusive com risco de explosão, provocada pelo rompimento de gasoduto durante a execução das obras do Rodoanel Mário Covas, e a impossibilidade de retorno a seus lares por um dia ensejam dano moral indenizável.” (REsp 1376449/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS

FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 30/08/2013) 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1251137/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 13/02/2015)

Com efeito, a ocorrência do dano anímico é presumida (*in re ipsa*), sendo despicienda a produção de provas para sua aferição, bastando para tanto a prova da ilicitude do ato, da qual se presume a ocorrência do evento danoso.

Assim, resta evidenciado o dever de indenizar da requerida pelo dano moral causado aos autores, devendo ser mantida a Sentença objurgada.

3.4 *Quantum* indenizatório

Por derradeiro, requerem as demandadas a minoração do *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para cada autor.

Sem razão contudo.

Em virtude da inexistência de parâmetros legais para a fixação da verba indenizatória, prepondera na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o arbitramento da indenização pelo Magistrado nesta seara submete-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como devem ser ponderadas as peculiaridades do caso concreto.

Estabeleceu-se, ainda, a necessidade de analisar-se não só as possibilidades financeiras da parte ofensora – pois a reprimenda deve ser proporcional ao patrimônio material, para que surta efeito inibitório concreto –, mas igualmente da parte ofendida, pois o Direito não tolera o enriquecimento sem causa.

O montante indenizatório fixado, portanto, deve respeitar as peculiaridades do caso, levando-se em consideração a extensão do dano

impingido à parte autora (artigo 944 do Código Civil), como também o grau de aviltamento dos valores sociais e constitucionalmente defendidos.

In casu, vê-se, de um lado, as demandadas com grande capacidade técnica e financeira, que agiram de forma negligente possibilitando a ocorrência do acidente.

De outro lado, tem-se os autores, hipossuficientes – beneficiários da Justiça Gratuita, que foram retirados involuntariamente dos seus lares e encaminhados a abrigos fornecidos pelo município em razão da conduta perpetrada pelas requeridas.

Sob esta ótica, verifica-se que o valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos) fixado na Sentença para cada parte, embora não seja proporcional, porque aquém da extensão do dano à dignidade e cidadania dos autores (tendo em vista a gravidade dos danos causados aos autores que foram retirados do seu lar e ao meio ambiente), guarda em si, mesmo que de forma mínima o caráter inibidor e pedagógico essencial a reprimenda devendo ser mantido.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Ação Rescisória n. 2015.021394-0, de Chapecó

Relator: Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva

Ação rescisória. Pretensa desconstituição de acórdão deste Tribunal, que reformou a sentença de procedência proferida em embargos de terceiro. Penhora realizada em execução por quantia certa ajuizada pelo primeiro embargado em face da segunda embargada, ora requeridos. Imóvel integralizado na forma de subscrição de ações da sociedade anônima autora/embargante. Ato constitutivo da sociedade empresária ora requerente, arquivado na Junta Comercial, ocorrido anteriormente ao ajuizamento da execucional. Comprovação, por si, da transferência da posse que fundamenta a oposição de embargos de terceiro. Artigo 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil. Aplicação do enunciado 84 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Averbação, ademais, no Registro de Imóveis em data anterior à citação na execução e à constrição impugnada. Posse de boa-fé da embargante devidamente comprovada nos autos. Erro de fato evidenciado no acórdão rescindendo (art.485, IX, CPC) que, partindo de premissa imprópria (posse da executada no questionado bem, tendo em vista a presença do seu gerente no local, no momento da constrição, ficando como fiel depositário), produziu conclusão equivocada (ausência de posse da embargante, que possui como um de seus acionistas o aludido gerente). Pleito rescisório julgado procedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 2015.021394-0, da comarca de Chapecó (1ª Vara Cível), em que é autora a West Empreendimentos e Hotelaria S/A, e réus Gelson José Nicareta e outro:

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, à unanimidade,

julgar procedente o pedido inicial, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O Julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores ROBSON LUZ VARELLA, Altamiro de Oliveira, Janice Goulart Garcia Ubialli, Dinart Francisco Machado, Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Cláudio Valdyr Helfenstein, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins e Tulio Pinheiro.

Florianópolis, 09 de março de 2016.

RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória proposta por West Empreendimentos e Hotelaria S/A em face de Gelson José Nicareta e M&M Incorporações Imobiliárias Ltda., com fundamento no artigo 485, incisos III, V e IX, do Código de Processo Civil, relativamente ao acórdão proferido pela Câmara Civil Especial Regional de Chapecó na apelação cível n. 2012.049867-3 (fls. 571/579), que, à unanimidade, deu provimento ao apelo interposto pelo embargado/exequente, primeiro réu, para reformar a sentença de 1º grau e julgar improcedente o pedido formulado nos embargos de terceiros (processo n. 018.11.011884-4) opostos pela ora requerente em desfavor dos ora demandados, considerando prejudicados os demais reclamos.

Alegou a autora, em síntese, que 1) ocorreu dolo da parte vencedora em prejuízo da parte vencida, com o propósito de fraudar a

lei, porquanto “a executada M&M, por seu representante legal, Rubens Paula Maia, ao permitir que bens de terceiros garantissem execução de responsabilidade de empresa de sua propriedade, assumindo o encargo de fiel depositário, cometeu ato ilícito, agindo de má-fé, quer por ter silenciado em não informar o Juízo de que os bens constritados não eram de propriedade da devedora, quer por ter exercido o cargo de Diretor da Sociedade West Flat, legítima proprietária de domínio e posse dos bens penhorados, e ainda por seu advogado não oferecer embargos à execução, oportunidade que tinha para expor em Juízo a verdade dos fatos [...]” (fl. 25); 2) o advogado do exequente, primeiro requerido, também conhecia a negociação entabulada entre a M&M e a West Flat (Instrumento de Dação em Pagamento para Conclusão de Obra Civil, Ata de Constituição de Sociedade Anônima, que incorporou a totalidade dos imóveis em pagamento de capital subscrito pelos acionistas), tanto que havia patrocinado em outro processo em que reconheceu a validade de tais documentos (autos n. 018.05.002320-6) e, mesmo assim, indicou, posteriormente, na execucional, bens à penhora que sabia não serem da executada, segunda demandada; 3) o aresto rescindendo está amparado em erro de fato, pois fundamentou que não estava comprovada a posse sobre os bens constritados, quando, na verdade, há prova robusta nos autos de que a posse e o domínio foram transferidos por meio do ato constitutivo da sociedade anônima; 4) sucedeu erro de percepção no julgado, pois não se atentou que a executada, em virtude de seu inadimplemento, deu aos compradores em dação em pagamento as unidades imobiliárias, e eles, inclusive o acionista Rubens Paula Maia, lhe entregaram (domínio e posse) para subscrição do capital social da S/A, não se podendo falar em ausência de posse por não haver prova do pagamento; 5) se verifica, ainda, violação a literal disposição de lei, tendo em vista que, tão somente com o domínio dos bens, poderia manejar os embargos de terceiros, nos termos do artigo 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil; 6) “com o *decisum* no venerando acórdão rescindendo, o TJSC negou vigência ao

art. 591 do CPC, permitindo que bens de terceiro garantam dívidas que não lhe pertencem” (fl. 43).

Requeru a antecipação dos efeitos da tutela, “*para o fim de determinar a sua manutenção na posse dos imóveis constritados, na ação de execução autos n. 018.10.008780-6 em tramitação na 1ª Vara Cível da comarca de Chapecó, impedindo o prosseguimento da execução em relação a esses bens, até a solução definitiva da presente ação rescisória [...]*” (fl. 48) e a averbação da existência desta *actio* no competente Cartório de Registro de Imóveis.

O pleito antecipatório foi deferido (fls. 1168/1176).

Contra esse *decisum*, o primeiro requerido intentou agravo regimental (fls. 1186/1193), o qual foi rejeitado (fls. 1268/1277).

Citados os réus, não houve resposta.

É o relatório.

VOTO

As custas iniciais e o depósito a que se refere o artigo 488, II, do Código de Processo Civil foram recolhidos (fls. 99 e 101).

A certidão de trânsito em julgado da sentença rescindenda repousa à fl. 656.

Como antes relatado, Gelson José Nicareta ajuizou, em 04.05.2010, ação de execução por quantia certa contra devedor solvente (processo n. 018.10.008780-6) em face de M&M Incorporações Imobiliárias Ltda., para haver a importância de R\$ 965.000,00 (R\$ 1.269.776,75 atualizados à época da execucional), representada por uma nota promissória emitida em 30 de junho de 2006 e vencida, sem pagamento, em 30 de junho de 2008 (fls.147/151). Visando assegurar a execucional, o exequente indicou à penhora “*apartamentos ns. 102, 103, 104, 109, 110, 111, 112, 113, 114,*

115, 116, 201, 203, 303, 314, 414, 416, 504, 506, 508, 510, 511 e 512, todos do Condomínio West Flat Service de propriedade da executada [...]’ (fl. 150).

Citada em 01.09.2010 (fl. 198), a executada não efetuou o pagamento da dívida, o que acarretou, em 09.11.2010, a penhora dos bens apontados na inicial, avaliados em R\$ 805.000,00, ficando o Sr. Rubens de Paula Maia com o encargo de fiel depositário (auto fl. 201).

O oficial de justiça juntou a matrícula atualizada do imóvel constritado, que continha a seguinte descrição:

AV-23-12.248. INCORPORAÇÃO DE PATRIMÔNIO: Protocolo n. 209.532 de 12 de maio de 2010. De acordo com Ata de Assembléia Geral de Constituição de Sociedade Anônima de West Flat Empreendimentos e Hotelaria S/A, datado de 07 de outubro de 2003, assinado por seu presidente Marcelo Pompeo da Silva, registrado na JUCESC sob o n. 4230002830 em data de 13/11/2003, procede-se esta averbação para constar que o imóvel objeto da presente matrícula avaliado em R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) é integralizado na forma de subscrição para WEST FLAT EMPREENDIMENTOS E HOTELARIA S/A, inscrita no CNPJ/MF sob n. 05.994.064/0001-79, com sede em Nereu Ramos, 86, centro, na Cidade de Chapecó/SC (fl. 220).

Por essa razão, a West Flat Empreendimentos e Hotelaria S/A, ora postulante, em 07.06.2011, opôs embargos de terceiro (processo n. 018.11.011884-4), ao argumento de que os bens constritados são de sua propriedade (fls. 103/137).

O magistrado singular acolheu os embargos, determinou o cancelamento da penhora incidente sobre o imóvel matriculado sob o n. 12.248 e condenou os embargados ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa (fls. 461/463).

Contra esse *decisum*, o exequente Gelson Nicareta e a executada

M&M Incorporações Imobiliárias Ltda. interpuseram apelação (fls. 465/486 e 478/483) e a West Flat Empreendimentos e Hotelaria S/A intentou recurso adesivo (fls. 548/552).

Pelo acórdão de fls. 571/579, objeto da presente ação rescisória, a Câmara Especial Regional de Chapecó conheceu dos recursos, deu provimento ao do embargado/exequente, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado nos embargos de terceiro, condenando a embargante ao pagamento das despesas processuais e dos honorários do advogado, arbitrados em R\$ 20.000,00, prejudicados os demais reclamos.

Colhe-se do aresto ora questionado:

[...] Portanto, a respeito do tema, tratando-se de ação de natureza precipuamente possessória, é imprescindível que o terceiro ostente a posse do objeto constritado. Inclusive, nesse sentido, cumpre citar a lição de Araken de Assis:

Com efeito, o art. 1.046, § 1º, relaciona, sempre e necessariamente, terceiro e posse; somente o possuidor poderá ajuizar embargos de terceiro. Não estando o dono na posse da coisa, no mínimo mediata ou indireta, porém, a lei impede seu acesso aos embargos, restando-lhe as ações reivindicatória e negatória, conforme o caso. (Manual da Execução. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1377 – grifo nosso).

Porém, conforme se depreende das provas carreadas aos autos, e em que pese constar averbação de incorporação de patrimônio no nome da embargante, observa-se que esta não se desincumbiu de demonstrar a posse inequívoca dos bens; assim necessária e, sem dúvida, que indispensável à medida.

Isso porque, consta como depositário dos bens constritados o Sr. Rubens de Paula Maia, o qual foi encontrado nas dependências da executada, e é sócio desta, de modo que aceitou o encargo, consoante se verifica do auto de penhora, depósito e avaliação, datado de 9-10-2010, a fls. 100.

Inclusive, da impugnação apresentada pela embargada/executada, a fls. 338-340, observa-se o liame negocial existente entre esta e a embargante, o qual não pode passar ao largo deste juízo. Nesse sentido, aduz que o imóvel objeto da constrição ainda lhe pertence, tendo em vista que a embargante não efetuou o pagamento dos bens, logo, não há posse. Ainda, afirma que a incorporação não é prova de propriedade, e que não autorizou a transferência do bem, em virtude do inadimplemento da parte contrária.

Importante ressaltar, que não se olvide que o registro dos atos constitutivos da sociedade empresária, na Junta Comercial, tem força de escritura pública, contudo, não é o que o basta para transferência da propriedade que só se dá com o registro translativo no Registro de Imóveis, a teor do artigo 1.245, *caput*, do Código Civil. Ademais, da matrícula acostada aos autos, verifica-se que houve averbação e não registro.

Por oportuno, colhe-se de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A incorporação de empresas feita por escritura pública não tem o condão, por si só, de transferir a propriedade de imóvel da incorporada à incorporadora, dado que o domínio dos imóveis se transmite pelo registro do título aquisitivo no álbum imobiliário. (REsp 131.587/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/05/2000, DJ 07/08/2000, p. 108 -grifei).

No mesmo norte:

“A transferência do domínio de imóvel faz-se com o registro e não com a averbação. (STJ - Resp. 96713/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 15.06.99, DJ de 29.05.02 – também grifei).

Além disso, procedeu-se a referida averbação em 12-05-2010, ao passo que a execução foi protocolada em 04-05-2010; o que causa espécie, notadamente, porque a ata de aludida assembleia é de 07-10-2003.

Logo, não há como se ter a segurança necessária quanto a aventada posse/propriedade dos imóveis pela embargante, a fim de se desconstituir a penhora em questão. De sorte que o estado de dúvida quanto ao

essencial requisito dos embargos de terceiro, leva, indubitavelmente à improcedência dos mesmos. [...]

Desta feita, ante a ausência de prova a contento da posse, direta ou indireta, da embargante sobre os imóveis, o recurso interposto pelo embargado/exequente deve ser provido, tendo em vista que aquela não se desincumbiu de demonstrar fato constitutivo de seu direito, a teor do artigo 333, I, do Código de Processo Civil. [...].

O ponto relevante da *quaestio, in casu*, diz respeito à existência de posse/propriedade da embargante, ora autora, sobre o imóvel construído e da validade da averbação supracitada, na matrícula n. 12.248, hábil a comprovar tal desiderato.

Extrai-se da matrícula n. 12.248 (fls. 203/220) que, em 01.12.1997, foi registrado um contrato de permuta do imóvel ali transcrito, firmado entre os então proprietários (Sr. Edir Santo Damo e sua mulher) e a empresa M&M Incorporações Imobiliárias Ltda., em troca de 16 unidades em um edifício que seria construído sobre o lote no prazo de 40 meses (R-4) e, no ano seguinte (13.07.1998), a respectiva Incorporação de Condomínio (Condomínio West Flat Service) (R-6).

Como o empreendimento não ficou pronto no prazo, a M&M (outorgante), representada por seu gerente, Rubens Paula Maia, firmou, no dia 30.09.2003, “Instrumento Particular de Dação em Pagamento para Conclusão de Obra Civil” com o proprietário do imóvel (Sr. Edir Santo Damo) e mais 28 adquirentes (outorgados) de algumas unidades imobiliárias (apartamentos 102, 104, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 414 e 416 e partes comuns), pelo preço certo e ajustado de R\$ 300.000,00, como forma de satisfazer/liquidar todos os compromissos assumidos nos instrumentos particulares de compra e venda, e transferiu aos outorgados, “*a propriedade, posse, domínio e ação sobre referidos bens, caracterizados na cláusula primeira do presente ajuste, para todos os fins e efeitos legais, obrigando-se ele, outorgante, a transmitir por*

escritura pública definitiva de transferência dos imóveis, caso necessário, e fornecer todos os documentos à transmissão da propriedade dos bens, em qualquer tempo, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial, ficando, todavia, o outorgante, responsável pela evicção, caso em que, e pelo não cumprimento de qualquer das cláusulas do presente ajuste, restabelecer-se-á as obrigações primitivas, ficando sem efeito a quitação dada” (fl. 348).

Em seguida, no dia 07.10.2003, os 29 compradores/acionistas constituíram a Sociedade Anônima West Flat Empreendimentos e Hotelaria S/A e subscreveram ações para formação do capital social da S/A, no importe total de R\$ 2.100.000,00, a ser integralizado por todos os bens móveis e imóveis em fase de construção (Condomínio West Flat Service), com anuência expressa da empresa incorporadora M&M Incorporações Imobiliárias Ltda. e do proprietário do terreno (Ata de Assembleia Geral de Constituição de Sociedade Anônima e Boletim de Subscrição – fls. 358/368 e 369/388).

No dia 13.11.2003, efetivou-se o devido registro na JUCESC sob o n. 42300028380.

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, isso, por si, seria suficiente para comprovar a transferência da posse.

A propósito:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. POSSE. CISÃO PARCIAL DA EMPRESA DEVEDORA COM A TRANSFERÊNCIA DOS IMÓVEIS OBJETOS DA PENHORA. ARQUIVAMENTO DO TÍTULO NA JUNTA COMERCIAL. AUSÊNCIA DE AVERBAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NO REGISTRO DE IMÓVEIS.

[...] 3. Em que pese não estar configurada a transferência de domínio dos imóveis, que somente se aperfeiçoa perante terceiros por meio da averbação perante o Registro de Imóveis, o Protocolo de Cisão firmado

pelas partes, que foi arquivado na Junta Comercial, é documento hábil para comprovar a transferência da posse. Incidência, por analogia, da Súmula 84/STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (REsp n. 1172366/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 18.08.2011).

E, nos termos da Súmula 84 da aludida Corte Superior, que se aplica por analogia ao presente caso, *“é possível a oposição de embargos de terceiro fundado em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro”*.

Assim, se *“o registro dos atos constitutivos da sociedade empresária, na Junta Comercial, não basta para transferência da propriedade que só se dá com o registro translativo no Registro de Imóveis”*, como assentado no acórdão rescindendo (fl. 577), certo é que ele se afigura suficiente para transferência da posse, requisito hábil a embasar o ajuizamento de embargos de terceiro, nos termos do artigo 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Artigo 146. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor ou possuidor, ou apenas de possuidor.

De qualquer forma, em 12.05.2010, o aludido ato de incorporação de patrimônio foi averbado na matrícula do imóvel (AV-23-12.248) (fl. 220).

E isso ocorreu antes mesmo de a executada ser citada na execucional, o que se deu em 01.09.2010 (fl. 198).

Assim, devidamente comprovada a moléstia judicial sofrida pela

embargante, ora autora, com a constrição do aludido bem em 09.11.2010 (fl. 201).

Nesse sentido, são os julgados desta Corte:

1) Apelação Cível n. 2014.035322-8, de Itajaí, rel. Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 21.05.2015:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. [...] MÉRITO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS POR CESSÃO DE DIREITOS. INSTRUMENTOS NÃO AVERBADOS NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. IRRELEVÂNCIA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 84 DO STJ. NEGÓCIOS JURÍDICOS REALIZADOS ANTES DA CONSTRIÇÃO, QUANDO NÃO PENDIA QUALQUER GRAVAME SOBRE O BEM. BOA-FÉ DOS EMBARGANTES EVIDENCIADA E NÃO DERRUÍDA PELO RÉU. [...].

“Não se revela possível, em sede de embargos de terceiro, a análise de eventual invalidade do negócio jurídico de compra e venda firmado pelas partes, ao passo que a presente lide se constitui como modalidade de ação de natureza possessória.” (TJSC, Apelação Cível n. 2014.048342-7, de São Carlos, rel. Des. Edegar Gruber, j. 09-02-2015).

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO EMBARGADO QUE, ALÉM DE DAR CAUSA AO AJUIZAMENTO DA DEMANDA, SUCUMBIU INTEGRALMENTE AOS PEDIDOS INICIAIS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

2) Apelações cíveis ns. 2007.052267-9 e 2007.052268-6, de Turvo, rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 22.04.2010:

APELAÇÕES CÍVEIS. EMBARGOS DE TERCEIRO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PENHORA DE BENS IMÓVEIS. CONTRATO VERBAL DE COMPRA E VENDA. TRANSFERÊNCIA FÁTICA DOS BENS À PARTE RECORRENTE

ANTERIORMENTE À CITAÇÃO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL CORROBORADA POR PROVA DOCUMENTAL. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA POSSE. PROTEÇÃO AOS TERCEIROS DE BOA-FÉ QUE SE IMPÕE. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS IMPOSTO AOS RECORRIDOS. FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA APELANTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ENCARGO QUE DEVE RECAIR SOBRE OS EMBARGANTES. RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E PROVIDOS EM PARTE.

A ausência de averbação da transferência do bem no Registro Imobiliário não impede a procedência de embargos de terceiro, que não se prestam apenas à defesa da propriedade, podendo se fundar exclusivamente na posse, direta ou indireta.

Comprovado o exercício de atos possessórios pelos embargantes sobre os imóveis objeto do litígio, impõe-se o levantamento da constrictão judicial que atingiu os referidos bens na execução.

Não obstante a redação dos artigos 227 do CC/2002 e 401 do CPC, no caso em apreço a prova testemunhal é ratificada por documentação idônea, plenamente capaz de comprovar a posse direta sobre o imóvel, exercida pelos embargantes antes do início da execução de sentença.

Quando a transferência do bem se consubstancia anteriormente ao registro da penhora, ou, como no caso, antes mesmo da citação na execução, não há como presumir a ciência do adquirente sobre a suposta situação de insolvência do vendedor. Logo, não se cogita de fraude à execução, tendo-se o adquirente por terceiro de boa-fé (Súmula 375 do STJ).

Permitida a proteção possessória através de embargos de terceiro, que não se presta unicamente à defesa da propriedade, mas também da posse, não há que se falar na incidência dos artigos 134, II, do CC/1916 e 108 do CC/2002 na espécie, ainda mais quando o preço dos bens imóveis não alcança o importe definido pelos mencionados dispositivos legais.

“Prestando-se os embargos de terceiros à defesa do ‘simples possuidor’ (art. 1.046, § 1º, CPC), é de prestigiar-se a posse dos donatários, que restou provada. O registro, se imprescindível para a comprovação do domínio, não se faz necessário para provar a condição de possuidor. (REsp 223424/GO. Relator: Ministro: Sálvio de Figueiredo Teixeira). [...]”

O fato de o Sr. Rubens Paula Maia, gerente da empresa executada M&M, estar no local no momento da penhora e ficar como fiel depositário (em 09.11.2010), não afasta a posse da embargante/requerente sobre o imóvel, pois ele consta como um dos compradores/outorgados da dação em pagamento realizada pela executada, bem como acionista da sociedade anônima West Flat Empreendimentos e Hotelaria S/A e subscritor do capital social formado pelos bens em questão.

Nessas condições, verifica-se, *data maxima venia*, que o acórdão rescindendo incidiu em erro de fato ao assentar a ausência de posse por parte da embargante, ora postulante, e concluir pela inviabilidade de defesa por meio de embargos de terceiro.

A respeito do erro de fato a consubstanciar a ação rescisória, lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

[...] a configuração do erro de fato denota a existência de uma sentença injusta, que deve, então, ser rescindida. Realmente, para que a sentença seja justa, faz-se necessário que aprecie ou suponha corretamente os fatos, “*pois, caso contrário emprestará* consequências jurídicas que não ocorreram, *pois deu como existentes fatos que não se verificaram, ou, em outras palavras*, aplicará uma lei que não incidiu, tendo havido erro de fato”.

Trata-se, enfim, de uma suposição inexata, de um erro de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz, ao compulsar os autos do processo, relativo a um ponto incontroverso. O erro de fato constitui um erro de percepção, e não um critério interpretativo do juiz.

Em suma, “dá-se o erro de fato quando a decisão for fundada na

suposição de um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato, e que o erro se evidencie dos autos ou de documentos da causa (art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do Código” (*in* Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. vol. 3. Salvador: JusPodvium, 2012, p. 448/449).

Assim, partindo de uma premissa equivocada, o aresto guerreado concluiu erroneamente pela ausência de posse por parte da embargante/autora, impedindo a defesa da turbação incidente sobre o seu bem, em ação de execução em que não figura como parte, com inadequadas consequências.

Por todo o exposto, a Câmara decidiu julgar procedente o pedido inicial (artigo 269, I, c/c 485, IX, do CPC), para rescindir o acórdão proferido na apelação cível n. 2012.049867-3, mantendo a sentença de procedência proferida nos embargos de terceiro (autos n. 018.11.011884-4).

Condenam-se as demandadas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios dos Drs. Procuradores da autora, estes arbitrados em R\$ 20.000,00, *ex vi* do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Restitui-se em favor da requerente o depósito previsto no artigo 488, II, em observância ao artigo 494, ambos do referido diploma legal.

Esse é o voto.

Embargos Infringentes n. 2015.042334-5, de Joinville

Embargante: Banco Bradesco S/A

Advogados: Murilo Dei Svaldi Lazzarotto (OAB n. 24841/SC) e outros

Embargado: Luiz Roberto Amorim

Advogados: Salustiano Luiz de Souza (OAB n. 10952/SC) e outro

Interessada: Bela Vista Cogumelos Ltda.

Advogados: Arlete Rodrigues Braga (OAB n. 70785/MG) e outro

Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein

DECISÃO MONOCRÁTICA

Banco Bradesco S/A interpôs embargos infringentes contra o acórdão da eg. Segunda Câmara de Direito Comercial que, por unanimidade, conheceu do recurso de apelação cível n. 2013.080485-5 e, por maioria de votos, deu-lhe provimento para determinar o cancelamento do protesto realizado, bem como a exclusão do nome do embargado dos cadastros de proteção ao crédito, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em caso de descumprimento, além de condenar os demandados, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e redistribuir os ônus sucumbenciais.

No referido julgamento, por entender ser devida a expedição de ofício, o Desembargador Guilherme Nunes Born ficou vencido no tocante à aplicação da multa diária para o caso de descumprimento da ordem de cancelamento do protesto e exclusão do nome do embargado dos cadastros de proteção ao crédito.

Em suas razões recursais (fls. 188/197), com respaldo no voto vencido, a casa bancária embargante sustenta que *“o meio mais adequado de cumprimento efetivo da medida, especialmente no tocante à sustação do protesto objeto da lide, é a expedição de ofício ao Tabelionato que procedeu a formalização do protesto, viabilizando a baixa definitiva do apontamento”* (fl. 191).

Neste contexto, a instituição financeira embargante defende ser impositiva a revogação da multa diária cominada para o caso de descumprimento da ordem de cancelamento do protesto e exclusão do nome do embargado dos cadastros de proteção ao crédito. Sucessivamente, postula a redução do valor da multa cominatória diária para R\$ 50,00 (cinquenta reais) até o limite de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Por fim, além de requerer o recebimento do recurso no efeito suspensivo, a casa bancária recorrente também pugna por seu provimento, de modo a prevalecer o voto vencido.

Embora intimados (fl. 202), o embargado e a empresa demandada não apresentaram contrarrazões (fl. 203).

É o relatório.

Examinados,

DECIDO.

O recurso não merece ser conhecido, diante da ausência de requisito intrínseco de admissibilidade.

Com efeito, acerca do cabimento dos embargos infringentes, o Código de Processo Civil, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.352/2001, estabelece:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

In casu, observa-se que o acórdão recorrido reformou a sentença de mérito que se limitou a declarar a inexistência do débito objeto de título de crédito, assim o fazendo, por unanimidade, para determinar também o cancelamento do protesto realizado e a exclusão do nome do ora embargado dos cadastros de proteção ao crédito, bem como

condenar os demandados, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais e redistribuir os ônus sucumbenciais. Ou seja, no que diz respeito à reforma da sentença, não houve dissidência no julgamento.

Portanto, a divergência que ensejou a interposição dos presentes embargos infringentes, ocorreu apenas quanto à aplicação de multa diária para o caso de descumprimento da ordem de cancelamento do protesto e exclusão do nome do embargado dos cadastros de proteção ao crédito, ponto em que, por entender ser devida a simples expedição de ofício, ficou vencido o eminente Desembargador Guilherme Nunes Born.

Outrossim, em que pese tal discordância neste grau de jurisdição, resulta manifesto que não houve manifestação do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville acerca da cominação de multa ou expedição de ofício para fins de cumprimento de ordem judicial, porquanto sequer se determinou, em primeira instância, o cancelamento do protesto e a exclusão do nome do embargado dos cadastros de proteção ao crédito.

Destarte, não se pode olvidar que o voto vencido reina isolado, afinal inexistente no julgamento de primeiro grau qualquer decisão no mesmo sentido, o que constitui requisito intrínseco de admissibilidade dos embargos infringentes e cuja ausência importa em seu não conhecimento.

A propósito, Cândido Rangel Dinamarco elucida:

O critério da dupla sucumbência, adotado no novo art. 530 do Código de Processo Civil, significa que a parte vencida por um julgamento não-unânime em apelação ou ação rescisória não terá direito aos embargos infringentes se houver sido vencida duas vezes (no julgado em reexame perante o tribunal e também no próprio julgamento que o tribunal vier a proferir). **Só se admite esse recurso se houver divergência de votos (como sempre foi, no passado) e se, além disso, o voto divergente for no mesmo sentido do julgado anterior. Se a divergência de votos tiver ocorrido no julgamento de uma apelação, os embargos**

infringentes serão cabíveis quando a maioria houver dado provimento a ela e o voto vencido, negado; não serão admissíveis na hipótese contrária, ou seja, quando a maioria houver negado provimento e só o voto divergente a houver provido. (A Reforma da reforma. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 197-198, grifou-se).

Sobre o tema, colhe-se do eg. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO INEXISTENTE. EMBARGOS INFRINGENTES. HIPÓTESE DE NÃO CABIMENTO. INEXISTENTE A DIVERGÊNCIA ENTRE AS TESES. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

- O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que o cabimento dos embargos infringentes está condicionado ao interesse de se fazer prevalecer o voto vencido, que adote a mesma conclusão esposada na sentença, ainda que com fundamentos diversos, hipótese não configurada.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.027.027/RJ, Ministro Ericson Maranhão, j. 3-3-2015).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO CONHECIDOS. CONCLUSÃO DISTINTA DA SENTENÇA E DO VOTO VENCIDO. RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO.

I - O art. 530 do CPC enuncia o cabimento dos embargos infringentes “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”.

II - Este Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento segundo o qual “o cabimento dos embargos infringentes está condicionado ao interesse de fazer prevalecer voto vencido que adote a mesma conclusão da sentença” (AgRg no REsp 1443919/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, *DJe* de 21/5/2014).

[...]

IV - Recurso especial não conhecido. (Resp n. 1.169.581/PR, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 9-9-2014).

Do mesmo modo, confira-se deste eg. Tribunal:

[...] O Grupo de Câmaras de Direito Comercial desta Corte firmou posicionamento no sentido de que os embargos infringentes somente são cabíveis se revelarem o empate técnico entre as posições deliberadas no processo, ou seja, o voto dissidente tem que somar ao dispositivo da sentença impugnada para gerar contraposição aos votos majoritários. (Embargos Infringentes n. 2011.089133-3, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, Jaraguá do Sul, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 11-4-2012, grifou-se).

Veja-se, ainda, os Embargos Infringentes n. 2012.012239-6, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, Lages, rel. Des. Rodrigo Antônio, j. em 23-4-2012; Embargos Infringentes n. 2013.016509-0, Grupo de Câmaras de Direito Civil, Chapecó, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. em 11-6-2014; Embargos Infringentes n. 2014.086120-5, Grupo de Câmaras de Direito Civil, Araranguá, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 11-11-2015; e, de minha relatoria, Embargos Infringentes n. 2011.084245-7, de Xanxerê, j. 8-2-2012.

Ademais, no que se refere ao pedido formulado pela casa bancária embargante, de concessão de efeito suspensivo aos embargos infringentes em apreço, além de estar prejudicado pelo presente julgamento, forçoso é reconhecer que se afigura igualmente incabível na espécie, tendo em vista as razões explicitadas alhures.

A propósito, já decidiu a c. Corte Superior que “*não há falar em efeito suspensivo em Embargos Infringentes se estes não são cabíveis*” (HC 25.836/PR, Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 10-6-2003).

Por fim, em relação ao petítório protocolado em 19-11-2015 sob o n. 000206351, no qual o embargado almeja a imediata determinação judicial de baixa do protesto do título objeto desta lide, mediante a expedição de ofício ao 3º Ofício de Protestos de Títulos de Joinville, enfatiza-se que tal pleito não exige maiores considerações, cabendo ao embargado, em primeiro grau de jurisdição, formular pedido de cumprimento provisório do julgado, na forma do art. 475-O e seguintes do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO ao recurso.

Junte-se o petítório protocolado em 19-11-2015 sob o n. 000206351.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 14 de março de 2016.

Cláudio Valdyr Helfenstein

RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 2015.029950-0, de Biguaçu

Relator: Des. Mariano do Nascimento

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. DECISÃO QUE DETERMINA O LEVANTAMENTO DE AVERBAÇÃO DA TRAMITAÇÃO DA DEMANDA EM MATRÍCULA IMOBILIÁRIA. TERRENO SOBRE O QUAL SE ENCONTRA CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO COMERCIAL EM ANDAMENTO. INSURGÊNCIA DO AUTORES. SUPOSTA NECESSIDADE DE DAR PUBLICIDADE COMO FORMA DE INIBIR ALEGAÇÕES DE DESCONHECIMENTO DE VÍCIO POR PARTE DE TERCEIROS ADQUIRENTES. TESE ACOLHIDA. MEDIDA DE NATUREZA MERAMENTE ACAUTELATÓRIA, QUE NÃO REPRESENTA RESTRIÇÃO ÀS PRERROGATIVAS CONFERIDAS AO PROPRIETÁRIO. AÇÃO DE ORIGEM COM POSSÍVEIS EFEITOS REIPERSECUTÓRIOS. APLICAÇÃO DO ART. 167, INC. I, “21” DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. DECISÃO QUE DEVE SER REFORMADA PARA MANTER A AVERBAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

“Ainda que o objeto da demanda não seja especificamente de direitos reais, muito menos há título executivo que garantiria a averbação da existência da demanda de modo mais simplificado, nos termos do artigo 615-A, do Código de Processo Civil, diante do poder geral de cautela atribuído ao julgador, nos termos do artigo 798 do Código de Processo Civil e, considerando a situação narrada e a presença dos requisitos ensejadores, poderá o magistrado excepcionalmente deferir o pleito de averbação a respeito da ação na matrícula dos imóveis da parte requerida visando a efetividade da prestação jurisdicional perquirida.” (TJSC, AI n. 2015.006141-3, de Içara, rel. Des. Saul Steil. J. em: 18-8-2015).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2015.029950-0, da comarca de Biguaçu (2ª Vara Cível), em que é agravante Felisberto Odilon Córdova Filho, e agravados Francesco de Martino, Laura Nagyova e De Martino – Incorporadora, Construtora e Venda de Imóveis Ltda.:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, as Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras Substitutas Janice Goulart Garcia Ubiali e Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer.

Florianópolis, 7 de abril de 2016.

Mariano do Nascimento
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Felisberto Odilon Córdova Filho interpôs agravo de instrumento da decisão proferida nos autos da ação de dissolução de sociedade em conta de participação c/c condenatória de obrigação de fazer e pedido de perdas e danos n. 0301355-20.2014.8.24.0007, oferecida por si, conjuntamente com Felisberto Odilon Córdova e Gabriela Zapelini Córdova, em face de De Martino – Incorporadora, Construtora e Venda de Imóveis Ltda., Francesco de Martino e Laura Nagyova, na qual a magistrada rejeitou os embargos declaratórios opostos pelos autores, mantendo incólume decisão anterior que deferiu o levantamento de averbação acerca da tramitação da demanda em matrícula imobiliária.

Irresignado, o agravante aduziu, em síntese, que: a) é cristalina a inteligência da obrigação de se averbar a publicidade da demanda na

matrícula de imóvel como forma de inibir alegações de desconhecimento de vícios por parte de terceiros adquirentes; e b) é imprescindível a concessão de efeito suspensivo, uma vez presentes os princípios norteadores do instituto. Juntou documentos (fls. 10/73).

Deferido o efeito suspensivo pleiteado (fls. 77/81), os agravados, devidamente intimados, deixaram de ofertar suas contrarrazões (fl. 94).

Este é o relatório.

VOTO

De antemão, conheço do agravo de instrumento interposto, porquanto presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Vislumbra-se do caderno processual que o agravante, juntamente de Felisberto Odilon Córdova e Gabriela Zapelini Córdova, ajuizou ação de dissolução de sociedade em conta de participação c/c condenatória de obrigação de fazer e pedido de perdas e danos em face dos agravados, ao argumento de suposta ocorrência de desvio de dinheiro e apropriação indébita no âmbito da sociedade, tendo requerido, entre outros pontos, a devolução do montante equivalente a R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), a dação em pagamento de imóveis e a averbação da ação nas matrículas imobiliárias n. 23.580, 23.581 e 27.855, relativas a terrenos envolvidos no empreendimento e registradas no Ofício de Registro de Imóveis de Biguaçu.

Após deferido o pedido de averbação da demanda nas três matrículas indicadas (fls. 80/81), a magistrada de origem, em análise de petitório dos agravados pelo levantamento, decidiu por indeferir o pleito no tocante àquelas de n. 23.580 e 23.581, autorizando, entretanto, o cancelamento da averbação na de n. 27.855.

Fundamentou sua decisão no fato de que as duas torres comerciais que estão sendo construídas pela sociedade restringem-se ao último terreno mencionado, sendo que “*as averbações existentes sobre as unidades autônomas estão impossibilitando a alienação das mesmas, o que tende a causar graves prejuízos aos réus e, eventualmente, aos próprios demandantes*” (fls. 17/18).

Rejeitados os embargos de declaração opostos em face desta decisão, insurge-se o agravante por meio do presente agravo de instrumento.

Pois bem. A decisão vergastada deve ser reformada.

A medida pleiteada na peça inicial pela averbação da ação nas matrículas dos imóveis nutre caráter meramente acautelatório, primeiro por resguardar eventuais terceiros de boa-fé, cientificando-lhes da existência de demanda em andamento em desfavor do proprietário, e, em segundo plano, ao garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

O pedido encontra amparo na Lei n. 13.097/2015 que, em seu art. 54, inc. IV, dispõe:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

[...]

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Ademais, haja vista que a demanda pode vir a ter efeitos reipersecutórios, pela presença de pedido de dação em pagamento dos imóveis adquiridos pela sociedade em conta de participação, é aplicável à hipótese o art. 167, inc. I, “21” da Lei de Registros Públicos, *in verbis*:

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro:

[...]

21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;

Ressalta-se, outrossim, que a medida não representa impedimento a ato de alienação dos imóveis ou restrição de modo geral aos direitos advindos da propriedade, não gerando, deste modo, qualquer prejuízo concreto e direto aos agravados.

Com relação aos pressupostos exigidos para o deferimento de medida cautelar, evidencia-se a verossimilhança, consoante fundamentação alhures, e o *periculum in mora*, uma vez que a ausência da averbação pode importar em lesão grave irreparável ou de difícil reparação.

Colhe-se acórdãos deste Sodalício em análise de casos semelhantes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRETENSÃO DE AVERBAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA DEMANDA NA MATRÍCULA DE IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA AGRAVADA. PEDIDO INDEFERIDO NA ORIGEM. POSSIBILIDADE, CONTUDO, DE ACOLHIMENTO DO PLEITO. MEDIDA MERAMENTE ENUNCIATIVA, QUE NÃO IMPEDE A ALIENAÇÃO OU MALFERE QUALQUER DIREITO DERIVADO DO DOMÍNIO IMOBILIÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À AGRAVADA. INTERESSE INEQUÍVOCO DA RECORRENTE. INDÍCIOS DO DIREITO DE RECEBIMENTO DA VERBA HONORÁRIA. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. PRIMAZIA PELA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DECISÃO REFORMADA. “Ainda que o objeto da demanda não seja especificamente de

direitos reais, muito menos há título executivo que garantiria a averbação da existência da demanda de modo mais simplificado, nos termos do artigo 615-A, do Código de Processo Civil, diante do poder geral de cautela atribuído ao julgador, nos termos do artigo 798 do Código de Processo Civil e, considerando a situação narrada e a presença dos requisitos ensejadores, poderá o magistrado excepcionalmente deferir o pleito de averbação a respeito da ação na matrícula dos imóveis da parte requerida visando a efetividade da prestação jurisdicional perquirida.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.006141-3, de Içara, rel. Des. Saul Steil, j. 18-08-2015). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, AI n. 2015.062806-2, de Itajaí, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber. J. em: 28-1-2016) (grifei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZATÓRIA. AVERBAÇÃO DE EXISTÊNCIA DA DEMANDA EM MATRÍCULA DE IMÓVEL DA AGRAVADA. - INTERLOCUTÓRIO NEGATIVO. (1) PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CARÁTER ACAUTELATÓRIO DA MEDIDA. FUNGIBILIDADE. POSSIBILIDADE. - “Em razão do princípio da fungibilidade das tutelas de urgências, estampado no artigo 273, § 7º do Código de Processo Civil, o magistrado está autorizado a conhecer e deferir como cautelar, o pedido antecipatório formulado pela parte autora, desde que preenchidos os seus respectivos pressupostos.” (TJSC, AI n. 2012.019547-8, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 20.02.2014). (2) AVERBAÇÃO DE EXISTÊNCIA DA AÇÃO EM MATRÍCULA DE IMÓVEL DA AGRAVADA. POSSIBILIDADE. EMPRESA DEMANDADA EM DIVERSAS AÇÕES. PUBLICIDADE DA SITUAÇÃO A TERCEIROS. GARANTIA DE EVENTUAL EXECUÇÃO. MEDIDA QUE NÃO ACARRETA PREJUÍZO À PROPRIEDADE. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* EVIDENCIADOS. - Diante da existência de diversas ações nas quais a agravada é demandada (dentre outras, condenatórias e executórias), e da necessidade de tornar pública a situação a terceiros porventura interessados no imóvel, impõe-se a concessão da medida pleiteada, devendo ser averbada a existência da presente

demanda na matrícula do imóvel da empresa recorrida. - “O art. 167, I, alínea 21 da Lei de Registros Públicos reza que ‘no registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos o registro das citações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis’. *In casu*, o registro da averbação não impede a concretização de negócios, que só serão ineficazes em relação aos terceiros, caso assim realizados. Terão por efeito, ao contrário, conferir cientificações a terceiros do pleito judicial pendente, evitando posterior alegação de boa-fé por parte de eventuais adquirentes dos bens do devedor. Em suma, na ação de rescisão contratual intentada, os autores pretendem dar publicidade no sentido de que a construtora requerida está sendo acionada, registrando a averbação da existência da *actio*, c/c perdas e danos à margem da matrícula da unidade autônoma [...], objeto do litígio. Sem esse registro no Álbum Imobiliário, não há o conhecimento de terceiro presumido, ficto ou real, porque o nosso sistema registral é que confere essa publicidade, o que possibilitaria à requerida negociar a fração ideal do solo comprometida com os autores até a quitação do feito referido. Assim, o terceiro de boa-fé louva-se sempre no que consta nos Registros Públicos. A respeito do imóvel, da vida do imóvel, só há de valer contra ele, sem ter eficácia, aquilo que lá se encontra. (TJSC, AI n. 2001.007777-9, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 26.02.2002) DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO (TJSC, AI n. 2015.054430-2, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior. J. em: 29-10-2015) (grifei).

Diante de todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para revogar a decisão combatida, mantendo-se a averbação da demanda de origem na matrícula imobiliária n. 27.855, registrada no Ofício de Registro de Imóveis de Biguaçu.

É como voto.

Agravo de Instrumento n. 2014.088726-1, de Trombudo Central

Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE – DECISÃO QUE DETERMINOU A PENHORA, NO ROSTO DOS AUTOS DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, DO VALOR A QUE FAZ JUS O DEVEDOR – INSURGÊNCIA DO EXECUTADO.

DEFENDIDA A IMPENHORABILIDADE DO CRÉDITO, HAJA VISTA SEU CARÁTER ALIMENTAR, E TAMBÉM PORQUE É EQUIPARADO À INDENIZAÇÃO PAGA POR SEGURO DE VIDA E NÃO ULTRAPASSA O LIMITE DE ATÉ 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS – TESES RECHAÇADAS – VERBA QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS INCISOS IV, VI E X DO ART. 649 DO CPC/1973 – ADEMAIS, AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A QUANTIA OBJURGADA É IMPRESCINDÍVEL À SUBSISTÊNCIA DO EXECUTADO – EXECUÇÃO QUE SE REALIZA NO INTERESSE DO CREDOR, EMBORA DEVA SER PROMOVIDA PELO MODO MENOS GRAVOSO PARA O DEVEDOR.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.088726-1, da comarca de Trombudo Central (1ª Vara), em que é agravante Giancarlo Ferrari, sendo agravada Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda.:

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

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo relator e dele participaram a Exma. Sra. Desa. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt

Schaefer e o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho.

Florianópolis, 2 de junho de 2016.

Cláudio Valdyr Helfenstein
PRESIDENTE E RELATOR

I – RELATÓRIO

Giancarlo Ferrari interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Trombudo Central que, nos autos da execução por quantia certa contra devedor solvente n. 0001552-27.2003.8.24.0074, promovida por Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda., determinou a penhora, no rosto do cumprimento de sentença n. 125.08.006749-6, do valor que o ora agravante busca receber.

Em síntese, alega o recorrente que a ordem de penhora contraria a regra prevista no art. 649, inciso X, do CPC/1973.

Neste contexto, assevera ser impenhorável a quantia de até 40 (quarenta) salários mínimos, independentemente de estar ou não depositada em caderneta de poupança ou conta corrente, destacando que o crédito que possui nos autos n. 125.08.006749-6 totaliza o valor de R\$ 6.700,00 (seis mil e setecentos reais).

Também sustenta que se equipara aludido crédito, decorrente de indenização por negativa de cobertura de plano de saúde, à verba indenizatória paga pelo seguro de vida, reiterando sua impenhorabilidade com fulcro no art. 649, incisos IV e VI, do CPC/1973.

Em consequência, requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal, pugnando, ao final, pela reforma do *decisum* objurgado.

Na decisão proferida às fls. 60/64, da lavra do ilustre Desembargador Rodolfo C. R. S. Tridapalli, “*o pedido de efeito ativo*” foi indeferido.

Devidamente intimada (fl. 67), a agravada apresentou resposta às fls. 68/73.

Este é o relatório.

II – VOTO

1 – Inicialmente, cumpre registrar que a decisão agravada foi proferida na data de 17-11-2014 (fls. 15/16) e publicada na data de 27-11-2014 (fl. 21), ou seja, sob a égide do CPC/1973, razão pela qual se mostra aplicável ao caso o Enunciado Administrativo n. 2 do c. Superior Tribunal de Justiça, vide: (http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Notícias/Notícias/STJ-sai-na-frente-e-adequar-regimento-interno-ao-novo-Código-de-Processo-Civil), *in verbis*:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas **até 17 de março de 2016**) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (grifou-se).

O recurso merece ser conhecido, porquanto, além de tempestivo e devidamente preparado, foi instruído com os documentos indispensáveis relacionados no art. 525, inciso I, do CPC/1973.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que determinou a penhora, no rosto dos autos do cumprimento de sentença n. 125.08.006749-6, do valor a que faz jus o ora agravante.

Em síntese, defende o recorrente que o crédito que possui nos autos n. 125.08.006749-6 não é passível de penhora, isto ao argumento de que tal valor não alcança 40 (quarenta) salários mínimos (art. 649, inciso X, do CPC/1973), bem como de que é equiparado à verba indenizatória

paga pelo seguro de vida, por ser decorrente de indenização por negativa de cobertura de plano de saúde (art. 649, incisos IV e VI, do CPC/1973).

Em que pese o alegado, não assiste razão ao agravante.

Com efeito, acerca da impenhorabilidade, prevê o CPC/1973:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

[...]

VI - o seguro de vida;

[...]

X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança;

Outrossim, é cediço que “a impenhorabilidade absoluta obriga o juiz a impedir, a requerimento ou mesmo de ofício, a penhora e expropriação do bem”. (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1272).

Na situação em apreço, contudo, não se vislumbra estar a quantia penhorada enquadrada no rol do art. 649 do CPC/1973.

Assim se afirma pois, conforme propalado pelo próprio agravante, o crédito existente nos autos n. 125.08.006749-6 “é oriundo de indenização por negativa de cobertura de plano de saúde” (fl. 11). Tal circunstância, contudo, não tem o condão de conferir-lhe a natureza

alimentar prevista no inciso IV do art. 649 do CPC/1973, tampouco de equipará-lo à indenização de seguro de vida constante do inciso VI do art. 649 do CPC/1973.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade lecionam:

Ganhos de natureza alimentar. As doze hipóteses do inciso IV têm em comum o fato de que estão destinadas ao sustento da pessoa e da família, perfazendo ganhos de natureza alimentar. Analisadas individualmente, nota-se confusão na reunião dessas situações sob uma mesma disposição: (i) os vencimentos, subsídios, soldos, salários, proventos, pensões, pecúlios e montepios podem ser vistos como espécie do gênero *remuneração*, muito embora as “remunerações” estejam incluídas nessas espécies; (ii) ao mesmo tempo que fala de ganhos do profissional autônomo, menciona honorários de profissionais liberais, como se fossem situações muito distintas; (iii) as quantias recebidas por liberalidade e destinadas ao sustento do devedor e sua família não se encaixam em nenhuma das situações anteriores [...]. (Ibid., p. 1273).

Seguro de vida. O CC 794 prevê que o capital estipulado não se sujeita às dívidas do segurado nem se considera herança, para todos os efeitos de direito, o que pressupõe que o dinheiro recebido tem destinação alimentar [...]. (Ibid., p. 1273).

Mutatis mutandis, colhe-se desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. CRÉDITO EM FAVOR DO EXECUTADO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C PERDAS E DANOS, LUCROS CESSANTES E DANO MORAL. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 674, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO.

Em ação de execução, se o executado está disputando direito de crédito em demanda indenizatória com terceiro, que foi julgada parcialmente procedente em seu favor, é possível haver penhora sobre referido direito, averbando-a no rosto dos autos para garantir a execução. (Agravo de Instrumento n. 2002.007709-2, Primeira

Câmara de Direito Civil, Porto União, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 12-11-2002, grifou-se).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA. INDEFERIDO PEDIDO DE PENHORA DE CRÉDITO TRABALHISTA. VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. POSSIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ÓBICE DO ART. 649, IV, DO CPC. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 2009.026713-3, Segunda Câmara de Direito Civil, Criciúma, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 10-12-2009).

Colaciona-se, ainda, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Agravo de instrumento. promessa de compra e venda. ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. fase de cumprimento de sentença. penhora no rosto dos autos mantida. valores oriundos de indenização decorrente de desapropriação indireta do imóvel. impenhorabilidade não demonstrada. não incidência das hipóteses previstas no artigo 649 do código de processo civil. decisão agravada mantida.

Diante do fato de que o valor penhorado no rosto dos autos é decorrente de indenização oriunda de ação de desapropriação, hipótese não prevista no rol constante do artigo 649 do CPC, não há falar em impenhorabilidade de tais valores. Decisão agravada mantida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento n. 70054198965, Décima Sétima Câmara Cível, Caxias do Sul, rela. Desa. Liege Puricelli Pires, j. em 29-8-2013, grifou-se).

Do mesmo modo, diversamente do invocado pelo agravante, a impenhorabilidade da quantia de até 40 (quarenta) salários mínimos pressupõe, sim, que estejam os valores respectivos depositados em conta poupança, ou aplicados de outra forma, de modo a caracterizar uma

reserva financeira destinada a garantir o sustento futuro do poupador e de sua família.

Sobre a matéria, Araken de Assis ensina:

O art. 649, X, na redação da Lei 11.382/2006, tornou impenhorável o depósito em caderneta de poupança até o valor de quarenta salários mínimos. A regra só protege essa aplicação financeira. É o investimento mais popular entre as pessoas de baixa renda. Revelou o legislador, neste particular, elogiável sensibilidade com as poupanças modestas, formadas ao longo de anos de trabalho árduo e honesto, e que representam o capital de toda uma vida. (*Manual da execução*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007, p. 225).

Antonio Carlos Marcato elucidada:

O novo inciso X, parece-nos, tem claro objetivo, considerando até mesmo os motivos que levaram à sua idealização: proteger o pequeno poupador, que se utiliza dessa específica modalidade de aplicação de recursos (caderneta de poupança - e não qualquer outra modalidade de poupança, como sinônimo de investimento). (*Código de processo civil interpretado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2107).

Nesse sentido, deste Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO PARA DECRETAR A IMPENHORABILIDADE DOS VALORES CONSTRITOS PELO SISTEMA BACEN JUD. NUMERÁRIO BLOQUEADO EM CONTA-POUPANÇA DE TITULARIDADE DA AGRAVANTE, COM SALDO INFERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. VERBA IMPENHORÁVEL, A TEOR DO ART. 649, X, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE MOVIMENTAÇÕES NA CONTA BANCÁRIA QUE DESCARACTERIZEM A NATUREZA DE CADERNETA DE POUPANÇA. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. DESBLOQUEIO DOS VALORES QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 2015.093619-

6, Quinta Câmara de Direito Comercial, São José, rela. Desa. Soraya Nunes Lins, j. em 17-3-2016, grifou-se).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. VALORES BLOQUEADOS PELO SISTEMA BACEN JUD. CONTA-CORRENTE CONJUNTA DA EXECUTADA E SEU CÔNJUGE COM POUPANÇA INTEGRADA. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DOS VALORES BLOQUEADOS COM BASE NO ARTIGO 649, IV E X, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE OS RECURSOS PENHORADOS NA CONTA-CORRENTE SÃO ORIGINÁRIOS DE VENCIMENTOS DO CÔNJUGE OU PENSÃO ALIMENTÍCIA DA FILHA.

[...]

PENHORA DE VALORES EM CONTA-POUPANÇA INTEGRADA COM CONTA-CORRENTE. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO NÃO ALCANÇADA PELA PROTEÇÃO CONFERIDA PELO ART. 649, X, DO CPC. RECURSO DESPROVIDO.

“Embora sejam absolutamente impenhoráveis as quantias depositadas em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários-mínimos (art. 649, X, do Código de Processo Civil), a proteção legal em tela tem por escopo resguardar as economias do titular para suas necessidades futuras, situação esta que se distingue das aplicações em conta corrente para movimentações financeiras constantes, razão pela qual se mostra possível a constrição de valores porventura existentes em contas de natureza mista (conta remunerada)”. (Agravo de Instrumento n. 2011.088534-7, de Curitiba, Sexta Câmara de Direito Civil, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. em 5-9-2013). (Agravo de Instrumento n. 2014.027783-1, Primeira Câmara de Direito Comercial, Lages, rela. Desa. Janice Goulart Garcia Ubiali, j. em 4-9-2014, grifou-se).

Destarte, resulta manifesto que o crédito a que faz jus o agravante nos autos n. 125.08.006749-6 não pode ser considerado impenhorável,

haja vista não se encontrar aplicado em caderneta de poupança ou qualquer outro fundo de investimento, não se podendo olvidar que, consoante salientado pelo magistrado *a quo*, “*o executado sequer comprovou que a referida verba traria qualquer prejuízo ao seu sustento*” (fl. 16).

Em situação análoga, já decidiu este Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. REFORÇO DE PENHORA. BLOQUEIO VIA BANCEN-JUD. **DECISÃO QUE RECONHECEU A IMPENHORABILIDADE DE PARTE DO MONTANTE, EM RAZÃO DE SUPOSTA IMPENHORABILIDADE DE CONTA POUPANÇA. IRRESIGNAÇÃO DA EXEQUENTE.**

MÉRITO. MONTANTE BLOQUEADO AO MESMO TEMPO EM QUE OS AGRAVADOS DETINHAM QUANTIA MUITO SUPERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. **AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE COMPROVAÇÃO DE QUE OS VALORES DEPOSITADOS E RETIDOS SÃO IMPRESCINDÍVEIS PARA A SUBSISTÊNCIA DOS AGRAVADOS. MANUTENÇÃO DA PENHORA E EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PARA LIBERAÇÃO QUE SE IMPÕE.**

DECISÃO CASSADA. RECURSO PROVIDO.

“[...] São impenhoráveis as quantias depositadas nas contas de poupança, nos termos do inc. X do art. 649 do Código de Processo Civil. Contudo, este não pode ser o único fundamento para a desconstituição da penhora on-line, devendo o exequente juntar elementos que comprovem a alegada situação de miserabilidade financeira, especialmente quando a execução se arrasta por considerável lapso de tempo” (Agravo de Instrumento n. 2011.054209-0, de Xanxerê, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 29-11-2011). (Agravo de Instrumento n. 2013.066454-3, Câmara Especial Regional de Chapecó, São Miguel do Oeste, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. em 10-3-2014, grifou-se).

Por fim, não é demais registrar que, embora deva ser promovida

pelo modo menos gravoso para o devedor, é consabido que se realiza a execução no interesse do credor, como bem enfatizado pelo Desembargador Rodolfo C. R. S. Tridapalli no *decisum* de fls. 60/64:

[...] a referida constrição de valores está em plena consonância com a regra de que a execução se faça pelo modo menos gravoso para o devedor (art. 620 do CPC), pois, apesar da existência de colisão entre dois princípios processuais, o da menor onerosidade para o devedor e o da efetividade da execução em favor do credor, num juízo de ponderação e bom senso, deve prevalecer este último, especialmente em virtude das alterações ocorridas no Código de Processo Civil por intermédio da Lei 11.232/2005, a qual possui como principal desiderato dar celeridade ao processo de execução.[...]

Com base em tais premissas, forçosa é a manutenção da decisão que ordenou a penhora, no rosto dos autos n. 125.08.006749-6, do valor a que faz jus o ora agravante.

2 – Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 2012.064899-3, de Forquilha

Relator: Des. Altamiro de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COOPERATIVA DE EXTRAÇÃO DE CARVÃO MINERAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. REBELDIA DO AUTOR.

AUSÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE A COOPERATIVA E SEUS ASSOCIADOS. EXEGESE DA LEI N. 5.764/1971, DO ESTATUTO E REGIMENTO INTERNO DA COOPERATIVA COOPERMINAS.

DESLIGAMENTO DO COOPERADO. PAGAMENTO, EM CONFORMIDADE, DAS VERBA ESTATUTÁRIAS, TAIS COMO, PRÓ-LABORE MENSAL, PRÓ-LABORE ADICIONAL E FUNDO DE POUPANÇA COMPULSÓRIO. AUSÊNCIA DE PROVAS EM SENTIDO CONTRÁRIO.

PARTICIPAÇÃO ANUAL NOS LUCROS, ENQUANTO COOPERADO. IMPOSSIBILIDADE. BALANÇOS ANUAIS QUE APONTAM A AUSÊNCIA DE LUCRO DA COOPERATIVA EM TAL PERÍODO.

FUNDO DE PARTICIPAÇÃO. ADIMPLENTO DAS QUOTAS-PARTES, APÓS AUDITORIA FISCAL E FINANCEIRA. PEDIDO DE PERÍCIA DENEGADO NA ORIGEM E OBJETO DE AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO PARA APRECIÇÃO DESSE RECURSO, NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. QUOTAS-PARTES PAGAS QUANDO DO DESLIGAMENTO DO COOPERADO. VALORES EM CONSONÂNCIA COM AS DISPOSIÇÕES DO ART. 14 DO ESTATUTO DA COOPERATIVA. HIGIDEZ DO *DECISUM A QUO*.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.064899-3, da comarca de Forquilha (Vara Única), em que é apelante Cedenir Mandelli, e apelada Cooperativa de Extração de Carvão Mineral dos Trabalhadores de Criciúma Ltda. – COOPERMINAS:

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

O julgamento, realizado no dia 7 de junho de 2016, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 7 de junho de 2016.

Altamiro de Oliveira

RELATOR

RELATÓRIO

Cedenir Mandelli ajuizou “Ação de Indenização” n. 166.09.002080-9 contra Cooperativa de Extração de Carvão Mineral dos Trabalhadores de Criciúma Ltda. – COOPERMINAS, no Juízo da Vara Única da comarca de Forquilha, sob a alegação de que começou a trabalhar para a ré em 1º-9-2003, na função de eletricitista, e foi demitido sem justa causa em 31-3-2007, data em que também foi admitido no quadro de cooperados, por meio da integralização de 17 (dezesete) cotas (20 parcelas de R\$ 30,00), e passou a desempenhar mesma atividade e a receber salário pelos dias trabalhados. Já como cooperado, sem justo motivo, foi excluído da cooperativa em 7-7-2008, oportunidade em que lhe foi pago R\$ 10.532,74 (dez mil quinhentos e trinta e dois reais e setenta e quatro centavos), a título de rescisão.

Asseverou que, por não se conformar com a dispensa arbitrária e com os valores pagos, pretende, por meio da presente *actio*, auferir o pagamento: a) de pró-labore, nos termos dos arts. 11 e 13 do Estatuto da Cooperativa; b) da diferença dos valores do FPC (Fundo Poupança Compulsória), conforme disposições do art. 88, “c”, da “Alteração Estatutária”, ocorrida na Assembleia Geral Extraordinária da Cooperativa, em 11-7-1997, uma vez que, para o autor, os valores apresentados, quando da rescisão, são inferiores ao pró-labore recebido e ao percentual ditado pela mencionada alteração estatutária; c) da participação dos lucros anuais durante o período em que foi cooperado; d) das 17 (dezessete) quotas-partes, subscritas e integralizadas, com base nos arts. 16 a 18 do Estatuto, em valor a ser determinado por meio de auditoria fiscal e financeira; e) as horas extras trabalhadas; f) da rescisão referente ao período em que foi cooperado; g) de 1 (um) litro de leite por dia trabalhado, desde a suspensão da entrega até o desligamento imotivado; h) do abono anual de férias, conforme previsto em convenção coletiva; e, i) da compensação pelos danos morais ocasionados pela exclusão imotivada da cooperativa.

Por fim, requereu os benefícios da justiça gratuita.

Com o transcurso do feito – citação efetivada (fl. 97); contestação (fls. 99-235); réplica (fls. 239-250); decisão acerca da exceção de incompetência (fls. 251-253), audiência de conciliação e saneamento, na qual o Magistrado indeferiu o pedido do autor de produção de perícia contábil, o que ensejou a interposição de agravo retido (fls. 257-258), rol de testemunha da ré (fl. 259), petitório do autor, por meio do qual, requereu a transferência da data da audiência de instrução e julgamento (fls. 260-261), decisão que redesignou a data da mencionada audiência (fl. 262), rol de testemunhas do autor (fls. 269-270), audiência de instrução e julgamento (fls. 271 e 275-277) –, sobreveio a sentença que, de forma antecipada, julgou parcialmente procedentes os pedidos, conforme a seguinte parte dispositiva:

Em face do que foi dito, **julgo procedentes em parte** os pedidos formulados na petição inicial, apenas para condenar a ré a pagar ao autor: a) a correção monetária incidente sobre as cotas por ele integralizadas e restituídas; e, b) o valor equivalente a um litro de leite por dia de serviço prestado durante o período compreendido entre agosto de 2007 e 7 de julho de 2008, data do desligamento, a serem apurados em liquidação de sentença.

Diante da sucumbência mínima da ré (art. 21, parágrafo único, do CPC), condeno o autor ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes no importe de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) (fl. 291, grifo no original).

Inconformado, por meio de apelo, o autor aduziu que o julgamento de primeiro grau causou-lhe prejuízos, por entender que não foram considerados os direitos implícitos do autor, porquanto trabalhou muitos anos para a Cooperativa e, na condição de cooperado, foi excluído sem justo motivo e sem receber as verbas de direito, pois o *quantum* da rescisão teve por base pró-labore em montante (R\$ 358,89) inferior ao recebido mensalmente (R\$ 1.620,00), motivos pelos quais almeja receber o pagamento: a) das “diferenças dos valores pagos a menor no momento da rescisão efetuada em 07 de junho de 2008”; b) das “diferenças dos valores do FPC (Fundo de Poupança Compulsório); c) da participação anual nos lucros, enquanto cooperado; d) do pró-labore adicional; e) do valor das “quotas-partes”, após auditoria fiscal e financeira.

Além disso, pugnou pela condenação da parte adversa ao pagamento das custas processuais e da verba honorária de sucumbência (fls. 294-302).

Ascenderam os autos com as contrarrazões de praxe (fls. 306-313).

Neste Juízo *ad quem*, foi informada a mudança de procuradores da parte demandada (fls. 322-323) e, após a redistribuição do feito, os autos vieram conclusos (fls. 326-331).

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta pelo autor contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

De início, impende consignar que a relação entre cooperativas e associados é regida pela Lei n. 5.764/1971, a qual, em seu art. 90, estabelece que “qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”.

Nesse sentido, o próprio Estatuto Social da COOPERMINAS, no art. 26, prevê que “a participação de cooperado em todas as atividades da Cooperativa não gera vínculo empregatício [...]” (fls. 39). Inclusive, essa nova relação foi levada ao conhecimento do apelante no momento em que se tornou “sócio-cooperado”, conforme se infere pela “Declaração de Livre Adesão”, *in verbis*:

Declaro para os devidos fins, que recebi no ato de minha matrícula o Estatuto Social da COOPERMINAS – Cooperativa de Extração de Carvão Mineral dos Trabalhadores de Criciúma Ltda., e que estou consciente dos Direitos deveres e obrigações inerentes e atividades da Cooperativa no quadro social.

Como Sócio-Cooperado da COOPERMINAS, estou consciente de que somos amparados pela lei nº 5764/71 e pela lei nº 8949/94, que acrescenta parágrafo único ao artigo 442 da CLT, declarando a inexistência de vínculos empregatícios entre cooperativa e seus associados e entre eles e os tomadores de serviços daquela.

[...]

NOME: CEDENIR MANDÉLLI

MATRÍCULA: 996

FORQUILHINHA (SC), 01/04/2007 (fl. 142, sem grifos no original).

Tem-se, então, que as cooperativas destoam-se por completo das

relações de emprego – típicas da esfera trabalhista –, razão pela qual, no caso em comento, não se aplicam as normas de Direito do Trabalho (CLT), mas sim, o específico Estatuto Social e Regimento Interno da Cooperativa demandada.

Outrossim, além da “Declaração de Livre Adesão”, a “Ficha Individual” do apelante demonstra que ele foi admitido na cooperativa em 1º-4-2007, sob a Matrícula n. 996 e, enquanto cooperado, desempenharia a função de “mecânico subsolo”, com pró-labore de R\$ 47,80 por cada hora trabalhada (fl. 143).

Com base em tais diretivas, passar-se-á ao exame dos seguintes pontos da rebeldia: a) o direito ao recebimento de verbas estatutárias relativas às diferenças dos valores pagos quando do desligamento da Cooperativa, em 07 de junho de 2008, mais especificamente às do pró-labore (mensal e adicional) e do FPC (Fundo de Poupança Compulsório); b) a participação anual nos lucros, enquanto cooperado; e, c) o pagamento das “quotas-partes”, após auditoria fiscal e financeira.

Vale enfatizar que o enfrentamento dessa questão perpassará pelo quanto dito na segunda parte do já mencionado art. 26 do Estatuto Social da COOPERMINAS, ou seja, que a remuneração pelo trabalho prestado pelo Cooperado à Cooperativa “será estabelecida em Regimento Interno de acordo com as atividades da Cooperativa” (fls. 39), bem como pelo valor da “hora trabalhada”, a título de pró-labore, conforme pactuado na “Ficha Individual” do cooperado. Isso representa dizer que as verbas estatutárias guiavam-se pelo Regimento Interno da Cooperativa, de modo que não servem como paradigma as verbas trabalhistas pagas quando da anterior relação de trabalho, como pretende o recorrente.

Diante de tais considerações, no que se refere ao primeiro tópico recursal, de acordo com a documentação carreada nos autos, constata-se que o apelante, no período em que figurou como cooperado (abril

de 2007 a julho de 2008), recebia “pró labore mensal” em torno de R\$ 1.480,00 (equivalente a soma da produção mensal [quantidade de horas trabalhadas] + descanso semanal, nos termos do art. 11 do Estatuto da Cooperativa, fl. 38), além de acréscimos oriundos de horas-extras, adicionais, gratificações e férias (ver folhas de pagamento às fls. 79-87 e “ficha financeira” à fl. 91).

Colhe-se, ainda, que, em 7-7-2008, Cedenir Mandelli solicitou o desligamento da Cooperativa (fls. 145 e 143v.) e, por meio do “Recibo de Verbas Estatutárias por Desligamento” (fl. 88 ou 146), observa-se que tais quantias não se pautaram em pró-labore de R\$ 358,89 – como alegado pelo apelante –, mas sim, no valor da hora trabalhada, o qual, como já dito, era de R\$ 47,80, à época em que o recorrente ingressou como cooperado.

Para dirimir quaisquer dúvidas, o art. 11 do Estatuto estabelece que: “Todo cooperado receberá um **pró-labore mensal correspondente ao trabalho executado, conforme o seu enquadramento no plano de cargos e funções da Cooperativa**” (grifos nossos).

Além desse “pró-labore mensal”, o cooperado fazia jus ao “pró-labore adicional anual”, cujo cálculo era feito “proporcionalmente aos meses trabalhados durante o exercício do ano, incluído para efeito de cálculo o período do descanso anual” (art. 13 do Estatuto), o qual, durante o período em que o recorrente figurou como cooperado – 15 meses: de 1º abril de 2007 a 7 de julho de 2008 –, foi pago em dezembro de 2007, no valor de R\$ 1.434,00 (fl. 83) e meses depois, proporcionalmente, quando do desligamento da Cooperativa, no valor de R\$ 769,05 (fl. 88).

Extraí-se que o apelante também recebeu “pró-labore suplementar”, no valor de R\$ 1.538,10, o qual é destinado, apenas, aos cooperados que se “desligam” da Cooperminas em razão de aposentadoria, conforme dicção do art. 15 do Estatuto, *in verbis*:

No caso de desligamento da Cooperativa por força de aposentadoria, o cooperado terá direito de receber o valor de um pró-labore suplementar, acrescido dos remanescentes existentes no descanso anual e no pró-labore adicional anual (fl. 38).

Ademais, observa-se que o recorrente, ao se desligar da Cooperativa, recebeu R\$ 3.878,75 a título de “fundo de poupança compulsório – FPC”, que, nos termos do art. 88, “c”, do Estatuto, é “constituído de 11,2% (onze vírgula dois por cento) sobre o conjunto do pró-labore mensalmente concedido pela Cooperativa, o qual será devolvido ao cooperado por ocasião da perda de sua qualidade na proporção de sua respectiva participação na formação do mesmo”.

Ao simular tal cálculo, tendo por base a média dos “pró-labores mensais”, recebidos ao longo do período em que o apelante figurou como cooperado ($R\$ 1.480,00 \times 11,2\% = R\$ 165,76 \times 15$ meses), tem-se que o *quantum* aferido (R\$ 3.878,75) encontra-se em sintonia os parâmetros dados pelo Estatuto, além de não existir elemento no caderno processual que permita concluir que houve equívoco no cálculo elaborado, ônus, aliás, que competia ao recorrente (art. 333, inc. I, do CPC).

Nessa feita, do conjunto probatório, extrai-se o regular pagamento das verbas estatutárias acima identificadas, o que, aliado à falta de provas em sentido contrário pelo cooperado, a quem competia o ônus, permite concluir que a condição de cooperado do apelante justificou o recebimento de acordo com a produção, de forma que quanto maior o tempo de trabalho executado, maior o pro labore mensal e reflexos a serem percebidos.

Por isso tudo, não merece guarida a tese que sustenta que a “rescisão” foi realizada com base em pró-labore em montante inferior ao recebido mensalmente e, em razão disso, o apelante teria direito a receber diferenças dos valores de pró-labore (mensal e adicional) e do Fundo de Poupança Compulsório.

Por outro vértice, melhor sorte não possui o tópico recursal que objetiva o recebimento de uma participação anual nos lucros, enquanto cooperado, pois, como bem analisado pelo Juízo na origem, as cooperativas distinguem-se das demais formas de sociedades e, para que “haja a indenização aos cooperados de sua participação nos lucros a cada ano, é necessária a comprovação do lucro da cooperativa”, situação não espelhada nos autos,

porquanto, ao **examinar os balanços anuais juntados às fls. 169/174, é possível verificar que o cooperado não possui direito de receber da cooperativa ré aludida parcela, já que no exercício financeiro em que a cooperativa esteve em atividade e o autor era cooperado, aquela não apontou lucros, mas sim prejuízos** (fl. 286, sem grifos no original).

Rejeita-se, por conseguinte, esse ponto da rebeldia.

No que se refere ao ponto do recurso que objetiva o pagamento das “quotas-partes”, após auditoria fiscal e financeira, impende consignar que, ao compulsar os autos, avistou-se que o Juízo *a quo* refutou o pedido de realização de perícia contábil para aferir os acréscimos patrimoniais da Cooperativa “desde a entrada até a saída do autor” do quadro de cooperados. Contra essa decisão, o autor interpôs agravo retido (fls. 257-258). Contudo, nas razões deste apelo, o apelante deixou de formular pedido expresso para conhecimento daquele recurso, o que impede que este Juízo *ad quem* aprecie tal ponto, segundo comandos do § 1º do art. 523 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1º. **Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal** (grifos nossos).

Sobre o assunto, esta Câmara há muito vem alertando que “constitui pressuposto recursal específico do agravo retido, a sua expressa reiteração nas razões recursais, para a devida apreciação pelo Tribunal. Inexistindo o pedido, não se conhecerá do recurso (Apelação Cível n. 2010.054747-5, rel. Des. ROBSON LUZ VARELLA, j. 21-2-2011).

Nessa feita, não se conhece do agravo retido interposto, pois não há, nas razões deste apelo, pedido expresso para a sua apreciação.

Feito o registro necessário, por meio do “Recibo de Verbas Estatutárias por Desligamento” (fl. 88), observa-se que o recorrente recebeu a quantia de R\$ 450,00 pelas “cotas-partes” pagas à Cooperativa, referente às 15 cotas de R\$ 30,00 cada, descontadas em folha de pagamento durante os 15 (quinze) meses em que figurou como cooperado (ver “extratos de fls. 79-86).

Além desse valor, constata-se que o recorrente recebeu a quantia de R\$ 427,08 à título de acréscimo estatutário.

Nessa feita, há que preponderar a parte da sentença que afastou tal pleito, pois, além de não existir prova e/ou indício capaz de refutar tais valores, como bem salientado pelo Magistrado, “o estatuto social da cooperativa dispõe que, em caso de desligamento, o cooperado faz jus apenas ao valor de sua cota parte, desprovido de qualquer valor relativo a acréscimo patrimonial da empresa durante o período em que o cooperado dela fez parte” (fl. 288).

Outra não foi a conclusão do Exmo. Des. Cláudio Barreto Dutra, ao analisar caso idêntico. Veja-se:

Tratando das cotas-partes o Estatuto é claro ao dispor que “no caso de eliminação, desligamento ou exclusão do cooperado a Cooperativa fará a devolução de sua cota-parte na sua saída [...]” (artigo 14, fl. 126).

Não há que se falar, desse modo, em acréscimos decorrentes do incremento de patrimônio da Cooperativa, mas, tão somente, da devolução dos valores correspondentes a cota-parte do cooperado.

E de outro modo não foi feito, porquanto no ato de seu desligamento, devolveram-se ao apelante suas cotas-partes, consoante se vê no item 006, à fl. 20.

Nesse ponto, reafirma-se: não há justo motivo para contrariar os valores, a não ser ilações do apelante desacompanhadas de qualquer indício plausível, ônus que lhe incumbia a teor do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil (TJSC, Apelação Cível n. 2012.068608-9, j. 15-12-2014).

Em sendo assim, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Apelação Cível n. 2010.003031-0, de Araranguá

Relator: Des. Altamiro de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REBELDIA DO EMBARGANTE.

DEMANDA EXPROPRIATÓRIA EXTINTA ANTE O PAGAMENTO DA DÍVIDA. TRÂNSITO EM JULGADO CERTIFICADO. INSUBSISTÊNCIA DA PENHORA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL PELA PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO QUANTO À TEMÁTICA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA.

ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. CONDENAÇÃO AFASTADA. TESE DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA ARGUÍDA COMO TEMA CENTRAL EM EMBARGOS À EXECUÇÃO INTEMPESTIVOS. POSTURA QUE NÃO CONFIGURA RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA NEM OPOSIÇÃO MALICIOSA. REFORMA DA DECISÃO NESSE PONTO.

A impenhorabilidade do bem de família, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser arguida por simples petição, em qualquer fase do processo e grau de jurisdição e, inclusive, ser conhecida de ofício pelo Juízo.

RECURSO EM PARTE CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.003031-0, da comarca de Araranguá (2ª Vara Cível), em que é apelante Hercilino Vieira Neto, e apelado Banco de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina – BADESC:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação

unânime, conhecer em parte do recurso e dar-lhe provimento para afastar a penalidade imposta aos apelantes a título de ato atentatório à dignidade da justiça. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 3 de maio de 2016, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. ROBSON LUZ VARELLA.

Florianópolis, 3 de maio de 2016.

Altamiro de Oliveira

RELATOR

RELATÓRIO

Hercilino Vieira Neto opôs “Embargos à Execução” n. 004.07.003155-3, perante o Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Araranguá, sob a alegação de que, nos autos da Execução n. 004.96.004636-1 – ajuizada pelo Banco de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina (BADESC) contra Indústria e Comércio de Confecções Santo Antonio Ltda., Amadeu Vieira Sobrinho e esposa, Hercilino Vieira Neto e esposa e Antônio Inácio Vieira e esposa – 4 (quatro) unidades residenciais, 1 (um) pavilhão industrial e 1 (uma) área de terras com 159.775,87m² encontravam-se na iminência de ir à hasta pública.

Afirmou que um desse imóveis – unidade residencial, item “5”, com 150,67 m², edificada sob uma área de 2.476,87 m² –, apesar de encontrar-se dentro de uma área maior, pertencia aos embargantes e não à sociedade empresária executada, e constituía o único bem residencial da família, cuja posse, mansa e pacífica, era exercida há mais de 25 (vinte e cinco) anos.

Enfatizou, ainda, que tal imóvel não foi oferecido em garantia no

contrato de financiamento de folhas 5-10, motivo pelo qual entendia que não poderia fazer parte do rol dos bens levados a leilão.

A par disso, pleiteou, liminarmente, a suspensão da praça designada. No mérito, pugnou pela decretação da impenhorabilidade do bem de família, com a conseqüente nulidade da penhora ou, sucessivamente, por indenização fixada em valor equivalente ao bem, conforme avaliação de folha 22, ou, subsidiariamente, pela retenção até o efetivo pagamento.

Por fim, requereu os benefícios da justiça gratuita.

Com o transcurso do feito – audiência de justificação (fl. 34), impugnação do banco (fls. 38-80), réplica (fls. 86-88), designação de audiência de instrução e julgamento (fl. 90), petitório do banco embargado ratificado a preliminar de intempestividade dos embargos (fl.96-98), decisão que manteve a designação de audiência, na qual os embargos foram rejeitados e o embargante, ainda, foi condenado ao pagamento das despesas processuais e por ato atentatório à dignidade da justiça, razão pela qual o Juízo *a quo* aplicou multa de 10% sobre o valor atualizado do débito (fls. 99 e 106-107).

Inconformado, o embargante, por meio de apelo, almeja reformar a sentença, com base nos seguintes fundamentos: a) que a decisão, além de equivocada, cerceou o direito de defesa ao julgar improcedente o pedido por intempestividade, uma vez que o tema referente à impenhorabilidade do bem de família, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser reconhecida em qualquer fase do processo, o que demonstra que o recorrente fazia jus em comprovar que o bem de família não poderia ter sofrido constrição judicial; b) que a penalidade imposta a título de ato atentatório à dignidade da justiça não merece sobreviver, porquanto os embargos foram opostos para garantir a preservação do bem de família (fls. 113-125).

Ascenderam os autos com as contrarrazões de praxe (fls. 129-135).

Neste Juízo *ad quem*, o apelante foi intimado para informar se possuía interesse no julgamento do feito, pois, por meio do Sistema de Automação da Justiça (SAJ), constatou-se que a execução foi extinta pelo pagamento (fl. 142). Em resposta, o recorrente manifestou interesse no conhecimento da tese da “multa de 10%” e pugnou, ainda, pela inversão da condenação dos honorários advocatícios sucumbenciais (fls. 145-146).

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta pelo embargante contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos ante a oposição intempestiva dos “embargos à execução”.

Inicialmente, é pertinente destacar que não obstante estarem presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, o apelo não deve ser conhecido em sua inteireza, pois ausente um pressuposto intrínseco de admissibilidade (cabimento, legitimidade, interesse), qual seja, o interesse recursal (binômio utilidade e necessidade), consubstanciado no fato de ter sido prolatada sentença homologatória de acordo, nos autos da Execução n. 004.96.004636-1, conforme se infere em consulta ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ). Veja-se:

Diante da satisfação da obrigação, julgo EXTINTA a execução, nos termos do art. 794, inciso I, do CPC.

Custas na forma da lei.

Oficie-se para liberação de eventual penhora existente nos autos.

Havendo nomeação de curador especial, expeça-se certidão de URH’s, nos termos da tabela própria.

P.R.I.

Transitada em julgado e recolhidas as custas, arquite-se.

Não recolhidas, cumpra-se o disposto no art. 516 do CNCGJ.

Araranguá (SC), 10 de janeiro de 2012.

O *decisum*, inclusive, já alcançou o trânsito em julgado:

Certifico que a sentença de fls. 433 transitou em julgado, pois o prazo teve início em 09-02-2012 e término em 23-02-2012.

À vista disso, constata-se a ocorrência da perda do objeto central – a impenhorabilidade do bem de família – dos “embargos à execução”, porquanto a dívida foi satisfeita e, por consequência, a penhora deixou de subsistir, o que acarreta a carência superveniente de interesse recursal.

Nesse sentido, esta Câmara já se manifestou em hipótese semelhante:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO NA FORMA DO ART. 267, XI, DO CPC. APELO DO EMBARGANTE. PRETENSÃO QUE ATACA PENHORA REALIZADA SOBRE IMÓVEL EM PROCESSO DE EXECUÇÃO. SOBREVINDA DE SENTENÇA NA DEMANDA EXPROPRIATÓRIA. EXTINÇÃO DA AÇÃO PELO ADIMPLEMENTO DO DÉBITO (ART. 794, I, DO CPC). *DECISUM* COM TRÂNSITO EM JULGADO CERTIFICADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL PELA PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. RECURSO PREJUDICADO.

“É sabido que a ação principal mencionada no art. 1.052, do CPC, é aquela em que houve a turbação ou apreensão judicial de bem de terceiro. Assim, sobrevindo sentença com trânsito em julgado no processo principal, restam prejudicados por perda de objeto os embargos de terceiro” (Apelação Cível n. 2008.044493-8, de Barra Velha, Quarta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luis Fernando Boller, j. em 29.11.12)” (Apelação Cível n. 2014.023913-0, de Campos Novos, rela. Des. Rejane Andersen, j. 16-6-2015).

No mesmo sentido, este Tribunal há muito vem reiterando que:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO. PAGAMENTO DA DÍVIDA. CAUSA EXTINTIVA. EXEGESE DOS ARTS. 930 DO CC/1916 E 794, I, DO CPC.

O pagamento da dívida é causa de extinção da execução, nos termos da codificação civil revogada e da lei processual vigente. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. APELO PREJUDICADO POR PERDA DE OBJETO.

A extinção da execução em face do pagamento do débito acarreta a prejudicialidade, por perda de objeto, da apelação cível interposta nos autos de embargos de terceiro opostos com vistas à desconstituição de penhora de bem constritado (Apelação Cível n. 2002.006358-0, de São Joaquim, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 15-3-2007).

Não se olvida, dessa forma, que a satisfação da dívida, por meio do pagamento, constitui causa de extinção do feito executório e, com o trânsito em julgado, desapareceu a razão de existir da penhora e, com ela, *in casu*, o objeto dos embargos opostos pelo recorrente.

Por outro viés, subsiste o interesse recursal quanto à multa de 10% sobre o valor atualizado do débito.

Bem se sabe que os atos atentatórios à dignidade da justiça estão enumerados no art. 600 do Código de Processo Civil de 1973, *in verbis*:

I – fraudar a execução;

II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III – resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV – intimado, não indica ao juiz, em 5 dias, quais e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

No caso em apreço, observa-se que o Juízo *a quo* impôs tal condenação, com fulcro no inciso II do artigo citado acima, por entender que [...] “diante da flagrante intempestividade dos embargos não se tem

como não concluir que o embargante ao utilizar-se deste expediente opôs resistência injustificada ao andamento do processo” (fl. 107).

Ao analisar os autos, dessume-se que o comportamento processual do apelante não pode ser tido como oposição maliciosa à execução, mormente porque a temática referente à impenhorabilidade do bem de família, por se tratar de “matéria de ordem pública, podendo ser argüida por simples petição, em qualquer fase processual e Grau de Jurisdição e, inclusive, ser conhecida de ofício pelo juiz” (Agravado de instrumento. n. 2004.009028-5, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 13-9-2005; Agravado de Instrumento n. 2011.081164-1, desta Relatoria, j. 19-6-2012).

Tal “tese”, como visto, poderia ter sido oposta, inclusive, por simples petição no feito executivo, o que demonstra, por conseguinte, que a oposição desse tema no “corpo de embargos intempestivos” não tinha o condão de configurar postura maliciosa do embargante; no máximo, equívoco quanto à melhor técnica processual.

E desta Câmara fica o alerta:

A impenhorabilidade de bem de família é matéria de caráter absoluto, de ordem pública, que pode ser reconhecida de ofício, a qualquer tempo, sem que se configure a preclusão consumativa. Assim, considera-se possível a análise de certidão de propriedade do imóvel colacionada apenas nos autos do presente agravo de instrumento (Agravado de Instrumento n. 2013.060777-0, rel. Des. ROBSON LUZ VARELLA, j. 29-9-2015).

Nessa feita, urge afastar a condenação imposta.

Outrossim, impende dizer que este Juízo *ad quem* não poderá conhecer do pedido de “inversão da condenação dos honorários advocatícios sucumbenciais”, formulado pelos apelantes na petição de folhas 145 *usque* 146), por se tratar de inovação recursal.

Em sendo assim, conhece-se em parte do recurso e dá-se-lhe provimento para afastar a penalidade imposta aos apelantes a título de ato atentatório à dignidade da justiça.

Agravo de Instrumento n. 2016.015371-9, de Itaiópolis

Relator: Des. Altamiro de Oliveira

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO POR VÍCIO DE CONSENTIMENTO CUMULADO COM PLEITOS DE DANOS MORAIS E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA SUSPENDER AS CONSIGNAÇÕES DAS PARCELAS DO EMPRÉSTIMO NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REBELDIA DO AUTOR.

VENDA A DOMICÍLIO DE COLCHÃO MAGNÉTICO. FINANCIAMENTO DO VALOR DA VENDA E CONSIGNAÇÃO DE VÁRIAS PARCELAS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DOS CONSUMIDORES. VEROSSIMILHANÇA ACERCA DA ABUSIVIDADE NA NEGOCIAÇÃO. INSISTÊNCIA E PROMESSA DE VANTAGEM À SAÚDE DAS PESSOAS. PÚBLICO ALVO: IDOSOS, APOSENTADOS E PENSIONISTAS. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS SOBRE TAIS PRÁTICAS NESTE ESTADO. *PERICULUM IN MORA* TAMBÉM EVIDENCIADO. SUSPENSÃO DAS CONSIGNAÇÕES QUE MERECE SER DEFERIDA. PROVIDÊNCIA ADEQUADA À REALIDADE DOS AUTOS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2016.015371-9, da comarca de Itaiópolis (Vara Única), em que é agravante Célio Cabral da Luz, e agravados Sanoflex Colchões Ltda. e outro:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para determinar

a suspensão da consignação das parcelas de R\$ 173,82 oriundas do empréstimo n. 557338617 realizado com o Banco Itaú BMG Consignados S.A. Tal providência deverá ser efetivada pela Diretoria Judiciária deste egrégio Tribunal, a qual encaminhará ofício ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para imediato cumprimento dessa decisão. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 3 de maio de 2016, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. ROBSON LUZ VARELLA.

Florianópolis, 3 de maio de 2016.

Altamiro de Oliveira

RELATOR

RELATÓRIO

Célio Cabral da Luz interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, contra a decisão interlocutória do Juízo da Vara Única da comarca de Itaiópolis que, nos autos da “Ação Ordinária de Anulação de Ato Jurídico c/c Repetição de Indébito e Indenização por Danos Morais” n. 0300068-73.2016.8.24.0032, ajuizada contra Sanoflex Colchões Ltda. e Banco Itaú BMG Consignados S.A., indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela para suspender as consignações em benefício previdenciário do autor, nos seguintes termos:

Trata-se da ação anulatória de ato jurídico c/c repetição de indébito e indenização, na qual o autor alega que foi ludibriado por vendedores da primeira requerida, para a compra de um colchão, pago com o saldo de um empréstimo realizado com a segunda requerida, mas que não foi por ele autorizado.

Requer, em sede de antecipação de tutela, a suspensão dos pagamentos, já que o empréstimo foi realizado para quitação em 24 meses, afirmando que os vendedores realizaram todo o procedimento de compra, venda e pagamento, sem sua autorização e por se sentir coagido acabou adquirindo o produto.

Compulsando a documentação juntada com a inicial, observo que, de fato, houve a compra de um colchão (fls. 26/27) e a realização de um empréstimo, o qual vem sendo descontado do benefício de aposentadoria do autor (fl. 29).

A controvérsia reside na existência, ou não, de coação por parte dos vendedores da requerida, a ponto do autor adquirir o produto contra sua vontade, apontando a existência de ilegalidade. Entretanto, tais fatos não restam amplamente demonstrados [sic] com a documentação acostada na inicial, a qual apenas comprava a compra e o pagamento do bem, além de soar no mínimo duvidoso, o fato do autor demorar ao menos 06 meses para ajuizar ação, requerendo a anulação do contrato.

Dessa forma, analisando os requisitos da antecipação de tutela pretendida, entendendo não restar presente a verossimilhança das alegações do autor, bem como a possibilidade do contrato lhe causar dano irreparável, pelo que INDEFIRO o pedido (fl. 45).

Inconformado, o agravante, primeiro, reprisou que vendedores da “Sonoflex” foram até sua residência, que fica na zona rural do município de Itaiópolis, e apresentaram-lhe o colchão magnético. Afirmou que sugeriram que ficasse com o colchão por um período de teste, de modo que a venda somente se confirmaria se o consumidor – que contava já com 70 anos – gostasse do produto, proposta que foi aceita.

Esclareceu que consentiu apenas testar o produto e, diferentemente do quanto acordado, foi surpreendido com a efetivação de um empréstimo pessoal e consignações das respectivas prestações em seu benefício previdenciário, situação que vem comprometendo o sustento familiar.

A par disso, objetiva modificar o *decisum*, ao argumento de que se

encontram presentes os requisitos necessários para a concessão do pleito antecipatório, por entender que, em se tratando de relação consumeristas, na qual há necessidade de se inverter do ônus da prova, constitui dever da parte agravada comprovar a inexistência de coação na feitura do negócio.

Por fim, enfatiza que os litigantes encontram-se em grande desigualdade processual, o que, na hipótese, fica espelhado pelo “estado de hipervulnerabilidade do agravante”, primeiro, porque o autor se trata de consumidor idoso; segundo, porque, conforme combinado com os vendedores, não foi concretizada a compra do colchão e, por consequência, não autorizava a efetivação do empréstimo e as consignações das parcelas (24 x de R\$ 173,82); terceiro, porque, esses descontos, não programados, no benefício previdenciário comprometem a subsistência familiar.

O recorrente, ainda, pleiteia a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, ao argumento de que possui condições financeiras para arcar com as despesas processuais sem prejuízo próprio e de sua família.

Em juízo de admissibilidade, o efeito pretendido foi indeferido (fls. 56-58) e as partes agravadas não foram intimadas para contra-arrazoar ante a inexistência de procuradores cadastrados, segundo certidão de folha 61.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra a interlocutória que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela para suspender as consignações das parcelas de R\$ 173,82, do contrato bancário, no benefício previdenciário do autor.

De início, urge conceder os benefícios da justiça gratuita, porquanto a documentação de folhas 41 *usque* 44 é capaz de espelhar que o agravante não pode custear as despesas processuais sem comprometer a subsistência própria e da família.

Por outro viés, antes de se adentrar no mérito recursal, impende destacar que a insurgência deve ser examinada, em sede perfunctória, sob a ótica dos requisitos necessários para a concessão dos efeitos da tutela antecipada, pois, como há muito já alertava o Exmo. Desembargador Trindade dos Santos, no “âmbito restrito do agravo de instrumento só se compadece com o exame acerca do acerto ou desacerto da interlocutória angustiada. Nessa espécie recursal, inadmissível faz-se a discussão de matéria referente ao mérito da causa, por implicar qualquer decisão a respeito em antecipação indevida da tutela jurisdicional invocada, com a conseqüente supressão de um nível de jurisdição” (Agravo de Instrumento n. 88.086044-1).

Disciplina o art. 273, incs. I e II, do CPC que:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

De forma mais simples, pode-se dizer que é da valoração conjunta desses conceitos – prova inequívoca acerca da verossimilhança das alegações mais *periculum in mora* ou abuso do direito de defesa/manifesto propósito protelatório da parte ré – que se dimensiona a possibilidade para a concessão do pleito antecipatório.

Acerca do tema, o Ministro Luiz Fux explica com maestria tais requisitos:

A tutela antecipada reclama pressupostos substanciais e pressupostos processuais. Genericamente, poder-se-ia assentar que são pressupostos substanciais a ‘evidência’ e a ‘periclitación potencial do direito objeto da ação’ e, ‘processuais’, a ‘prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação’ e o ‘requerimento da parte’.

O art. 273 do CPC, com sua nova redação, permite a tutela antecipada toda vez que a prova inequívoca convença o juízo da verossimilhança da alegação de que o direito objeto do judicium submete-se a risco de dano irreparável ou de difícil reparação (*Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 60-61).

E acrescenta o Prof. Fredie Didier que:

[...] a concessão da tutela antecipada é efeito jurídico decorrente de um enunciado normativo composto por dois conceitos juridicamente indeterminados, como, por exemplo, prova inequívoca e perigo de dano irreparável. Preenchidos os pressupostos legais, então, é *direito subjetivo* da parte obter a providência, não restando ao magistrado nenhuma dose de *discricionariedade* (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 2, Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 487)

Por outro olhar, Humberto Theodoro Junior ensina que:

Para qualquer hipótese de tutela antecipada, o art. 273, *caput*, do CPC, impõe a observância de dois pressupostos genéricos:

‘prova inequívoca’; e

‘verossimilhança da alegação’.

[...]

A antecipação não é de ser prodigalizada à base de simples alegações ou suspeitas. Haverá de apoiar-se em prova preexistente, que, todavia, não precisa ser necessariamente documental. Terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável.

[...]

Além dos pressupostos genéricos de natureza probatória, que se acaba de enunciar, o art. 273 do CPC condiciona o deferimento da tutela antecipada a dois outros requisitos, a serem observados de maneira alternativa, ou seja:

- a) ‘fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação’ (inc. I); ou
- b) ‘o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu’ (inc. II) (*Curso de direito processual civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2, p. 554; 558-559).

Mas atenção, a lei não exige prova de verdade absoluta, “mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. Saraiva, 1997. p. 76).

Ou como no magistério de Luiz Guilherme Marinoni,

[...] a prova inequívoca a que se refere o artigo 273 somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil’, embora ainda não suficiente para a declaração da existência ou não do direito (Da antecipação de tutela no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 20).

Feitos os contornos necessários, cumpre registrar que é do conhecimento deste Juízo *ad quem* que, nos últimos anos, o Ministério Público Estadual vem ingressando com Ações Cíveis Públicas contra certas instituições financeiras e sociedades empresárias por danos aos consumidores em razão da oferta abusiva de produtos – como, por exemplo, de aparelhos fisioterápicos e travesseiros e/ou colchões magnéticos – mediante insistência e promessa de vantagem à saúde das pessoas.

Para ilustrar, na comarca de Bom Retiro, uma dessas ACP (n. 0002007-51.2007.8.24.0009) foi ajuizada contra *Fisiolar* Indústria e Comércio de Aparelhos Fisioterápicos Ltda. (Negrão & Munhoz Ltda. – ME) e *Banco BMC*, com o fito de nulificar os contratos firmados entre as rés e os consumidores lesados nessa Comarca, impedir a cobrança e/ou descontos das parcelas dos contratos de financiamentos em benefícios previdenciários dos compradores, além da condenação solidária das

demandadas ao ressarcimento em dobro dos danos materiais e morais, estes últimos a título de dano coletivo.

Vale transcrever o quanto dito pelo Magistrado, ao sentenciar o feito, pois similar à situação noticiada neste instrumento:

Consta nos autos que no mês de outubro de 2007, representantes da empresa Fisiolar, fabricante de equipamentos fisioterápicos, atuaram no município de Alfredo Wagner com a **finalidade de oferecer aos consumidores locais aparelhos** de fisioterapia que **traziam diversos benefícios para a saúde das pessoas.**

O **público-alvo dos representantes da empresa eram sobretudo idosos, aposentados e pensionistas,** porquanto a **compra** de tais aparelhos era **formalizada por intermédio de um contrato de financiamento realizado em várias parcelas,** as quais seriam **descontadas dos benefícios previdenciários dos consumidores.**

No entanto, **após a efetivação do negócio, as pessoas percebiam a ineficácia dos aparelhos, mas não conseguiam desistir do negócio,** pois não era possível qualquer contato com as empresas.

[...]

Desta feita, em análise percuciente do feito, **verifico que os réus, por intermédio de seus representantes comerciais/prepostos, agiram de forma abusiva durante a relação negocial instaurada.**

As condutas se davam da seguinte forma: a primeira ré, **Fisiolar, aproveitando-se da boa-fé de pessoas idosas, algumas analfabetas, abordava e oferecia abusivamente o produto mediante insistência e promessa de vantagem à saúde das pessoas.** Já a requerida **Banco BMC,** após a supervalorização das características do produto e o ardid realizado na venda, **também de forma abusiva, formalizava os contratos de financiamento em desacordo com as normas do INSS a respeito dos empréstimos consignados (IN 121/2005), sem que houvesse, ainda, qualquer informação aos consumidores sobre o valor das prestações e total financiado, deixando ao seu arbítrio**

a efetivação dos contratos de financiamento com os posteriores descontos nos benefícios previdenciários dos consumidores, contrariando expressamente a disposição do art. 52 da Lei n. 8.078/90 (Fonte: www.tjsc.jus.br).

Nesse caso, o Juízo *a quo* julgou procedentes os pedidos para, além de tornar definitiva a antecipação dos efeitos da tutela,

a) DETERMINAR que as requeridas se **abstenham de promover a cobrança de valores, bem como de todos os descontos que eventualmente estão sendo feitos em benefícios previdenciários dos compradores** elencados nos autos e residentes nesta Comarca, sob pena de multa diária que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), na hipótese de descumprimento; b) DECLARAR **a nulidade dos contratos firmados entre as requeridas e os consumidores lesados nesta Comarca**; c) CONDENAR **solidariamente as requeridas ao ressarcimento em dobro dos danos materiais** (art. 42, p. ún. do CDC) aos consumidores lesados, valores que deverão ser devidamente atualizados desde a data de cada efetivo pagamento, incidindo, ainda, juros de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos deste *decisum*, o que somente será apurado e individualizado em liquidação de sentença; d) CONDENAR **solidariamente as requeridas ao pagamento de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de danos morais coletivos**, a ser rateado em partes iguais, em favor do Fundo para Reconstituição de Bens Lesados de Santa Catarina (art. 13 da Lei n. 7.347/85); e) CONDENAR as requeridas na **obrigação de fazer, consistente na publicação da presente sentença em periódico de circulação regional englobando os locais onde houve os danos narrados na presente ação, no prazo de 60** (sessenta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso (idem, grifos nossos)

Na comarca de Curitiba, a Ação de Rescisão de Contrato n. 022.07.005636-8, ajuizada pelo Ministério Público contra a Fysiotec Equipamentos Eletrônicos, Fagerflez Com. de Colchões Ltda. e Banco BMC também teve seus pedidos julgados procedentes, para determinar

a rescisão dos contratos de compra e venda e de financiamento, com o retorno das partes ao seu *statu quo*. Eis a parte dispositiva do julgado:

Isto posto, **DECLARO RESCINDIDOS** os contratos de compra e venda da referida almofada térmica vibratória, havido entre a sra. Almerinda Rodrigues e a segunda ré, bem como o contrato de financiamento de fls. 89/90. **CONDENO** a vendedora, segunda acionada – Fagerflex Com. de Colchões Ltda. – e o Banco BMC, solidariamente, à restituição dos valores descontados do benefício previdenciário da segurada Almerinda Rodrigues por conta do referido contrato de financiamento. Os valores são corrigidos pelo INPC desde os descontos e acrescidos de juros moratórios de 12% ao ano, contados da citação.

Fica a adquirente (Almerinda Rodrigues) obrigada a restituir o bem adquirido imediatamente, mediante depósito judicial, a ser liberado em favor de quem restituir as parcelas pagas/descontadas.

Por fim, **CONDENO** a segunda ré e o Banco BMC ao pagamento das custas processuais, também solidariamente (Fonte: www.tjsc.jus.br).

No mesmo sentido, o Juízo da 2ª Vara da Fazenda da comarca de Criciúma julgou procedentes os pedidos formulados na Ação Civil Pública n. 020.08.005661-0 para:

Ex positis, julgo **PROCEDENTES** os pedidos formulados pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina para: a) tornando definitiva a antecipação dos efeitos da tutela, **DETERMINAR** que as requeridas se abstenham de promover a cobrança de valores, bem como de todos os descontos que estão sendo feitos em benefícios previdenciários dos compradores residentes nesta Comarca, estendendo-se aos lesados vinculados ao Município de Criciúma e ao Estado de Santa Catarina, sob pena de multa diária que fixo em R\$1.000,00 (um mil reais), na hipótese de descumprimento; b) **DECLARAR** a nulidade dos contratos firmados entre as requeridas e os consumidores lesados nesta Comarca; c) **CONDENAR** as requeridas ao ressarcimento em dobro dos danos materiais (art. 42, p. ún. do CDC) aos consumidores lesados, valores que deverão ser devidamente atualizados desde a data de

cada efetivo pagamento, incidindo, ainda, juros de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, nos termos deste *decisum*, o que somente será apurado e individualizado em liquidação de sentença; d) **CONDENAR** as requeridas na obrigação de fazer consistente na publicação, em periódico de circulação regional, desta sentença condenatória, dentro do prazo de 15 (quinze) dias após o trânsito em julgado, a fim de ciência dos interessados; e) **CONDENAR** as requeridas ao pagamento de R\$100.000,00 (cem mil reais), a ser rateado em partes iguais, a título de danos morais coletivos, em favor do Fundo para Reconstituição de Bens Lesados de Santa Catarina (Fonte: www.tjsc.jus.br, grifos no original).

Importante destacar ainda que, em todos esses processos, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a cessação dos descontos das parcelas dos contratos de financiamento no benefício previdenciário dos consumidores.

E deste Tribunal barriga-verde, colhe-se de caso gêmeo a seguinte conclusão em relação à casa bancária:

Do mesmo modo, não há se falar em ilegitimidade passiva do Banco réu, porquanto os **contratos de empréstimo em consignação destinados ao pagamento das prestações da venda** foram com ele firmados (fls. 22/23).

Ademais, caberia à casa bancária tomar as medidas cabíveis a fim de assegurar a veracidade e validade dos documentos, bem como acerca da intenção dos autores em contratar o empréstimo. Outrossim, conforme destacado pelos autores, **estes não teriam comparecido pessoalmente no Banco para contratação do empréstimo, que teria sido realizado pelos próprios vendedores do produto** (Apelação Cível n. 2014.043702-8, de Correia Pinto, rela. Des. Soraya Nunes Lins, j. 23-10-2014).

E mais:

CONSUMIDOR LUDIBRIADO. ALMOFADA TÉRMICA VIBRATÓRIA. PROMESSA DE CURA DE VÁRIAS DOENÇAS. PRÁTICA ABUSIVA DO FORNECEDOR. DANOS MATERIAIS

E MORAIS. CUMULAÇÃO. HIPÓTESE PECULIAR DE REVELIA ONDE O JUIZ CONSIDEROU A RELATIVIDADE DA INCIDÊNCIA DO ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELO PROVIDO PARA INCLUIR DANOS MORAIS.

Faz jus à indenização por danos materiais e morais, consumidor idoso com 81 anos que, sob promessa de dispensa de medicamentos, ludibriado, adquire almofada térmica vibratória. Em que pese a relatividade do efeito da revelia, tal só pode ser ilidido por fortes elementos de convicção em sentido contrário do constante dos autos (Apelação Cível n. 2010.041310-5, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 25-10-2010).

Desse último julgado, vale transcrever o alerta dado pelo Exmo. Des. Subst. Gilberto Gomes de Oliveira, *in verbis*:

Conforme consta dos autos, a hipótese **repete outros casos sem conta de conduta abusiva e verdadeiro estelionato a que foram submetidos inúmeros idosos**. Fato que resultou em ação civil pública n. 067.07.002171-2, promovida pelo Ministério Público, cujo julgado anulou todos os contratos de financiamento com desconto em folha de pagamento de benefícios previdenciários, bem como, proibiu a requerida de efetuar quaisquer descontos nas contas de benefício previdenciário das vítimas sob pena de multa.

Dessa conclusão, não destoa o Tribunal gaúcho:

O banco demandado, ao conceder empréstimos sem a presença dos mutuários, permitindo que a adesão ocorra à distância, apenas com a assinatura dos documentos fornecidos por aqueles que oferecem a venda a domicílio, **assume o risco do insucesso do negócio**, tal como ocorreu na hipótese. **Se o banco tivesse um maior cuidado na concessão de empréstimos poderia evitar a vinculação do seu nome a negócios duvidosos**. Assim não o fazendo **assume o risco do desfazimento do negócio originário e, consequentemente, do empréstimo a ele vinculado**. Na hipótese, houve a rescisão dos contratos de financiamento, com a condenação do réu ao pagamento do saldo devedor remanescente de cada empréstimo, sem desembolso

pecuniário, por conta da compensação com o débito existente (TJRS, Recurso Inominado n. 71003627684, Comarca de Cachoeira do Sul, Terceira Turma Recursal Cível, j. 11-10-2012, grifos nossos).

Inclusive, em caso similar, no ano de 2015, sob a lavra desta Relatoria, esta Câmara confirmou a antecipação dos efeitos da tutela – para *suspender as consignações em benefícios previdenciários da autora* – deferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Urubici,

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO POR VÍCIO DE CONSENTIMENTO CUMULADO COM PLEITO DE DANOS MORAIS. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA DEFERIDO PARA SUSPENDER AS CONSIGNAÇÕES DAS PARCELAS DOS EMPRÉSTIMOS NOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DA AUTORA. APOSENTADORIA POR IDADE E PENSÃO POR MORTE DE TRABALHADOR RURAL. REBELDIA DE UMA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DEMANDADAS.

VENDA A DOMICÍLIO DE COLCHÃO MAGNÉTICO. FINANCIAMENTO DO VALOR DA VENDA E CONSIGNAÇÃO DE VÁRIAS PARCELAS EM BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DOS CONSUMIDORES. VEROSSIMILHANÇA ACERCA DA ABUSIVIDADE NA NEGOCIAÇÃO. INSISTÊNCIA E PROMESSA DE VANTAGEM À SAÚDE DAS PESSOAS. PÚBLICO ALVO: IDOSOS, APOSENTADOS E PENSIONISTAS. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS AÇÕES CIVIS PÚBLICA SOBRE TAIS PRÁTICAS NESTE ESTADO. *PERICULUM IN MORA* TAMBÉM EVIDENCIADO. SUSPENSÃO DAS CONSIGNAÇÕES QUE MERECE SER MANTIDA. PROVIDÊNCIA ADEQUADA À REALIDADE DOS AUTOS. HIGIDEZ DO *DECISUM A QUO*.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Agravo de Instrumento n. 2012.077883-2, j. 8-9-2015).

A par disso tudo, dessume-se que a interlocutória merece correção, pois, assim como nos casos acima mencionados, na hipótese, encontra-

se presente a verossimilhança acerca da “venda agressiva” e da postura displicente e abusiva da instituição financeira, atrelado ao risco de dano irreparável e/ou de difícil reparação para o autor, mormente por ser pessoa idosa, com 61 anos (fl. 37), aposentado, de origem simples e interiorana, que necessita do valor de seu benefício previdenciário para custear a sua saúde e sobrevivência.

Outrossim, impende registrar que o fato de a ação ter sido protocolada em 7-01-2016 (fl. 14) – ou seja, 7 meses depois da consignação da 1ª das 24 parcelas de R\$ 173,82 (fl. 42) – não possui o condão de obstar a concessão do pleito antecipatório, pois, como dito, o autor é idoso que reside em área rural do pequeno município de Itaiópolis, o que, por óbvio, dificulta o acesso à justiça. Contudo, a procuração de folha 35 demonstra que, em 5-10-2015, procurou ajuda profissional para defender seus direitos, de forma que a demora no ajuizamento da inicial não pode constituir duplo prejuízo.

De mais a mais, extrai-se que 12 das 24 parcelas já foram consignadas no benefício previdenciário do agravante, o que representa dizer que a instituição financeira já recebeu metade do empréstimo. Desse modo, se porventura os pedidos iniciais não lograrem êxito, a medida é reversível, uma vez que as prestações serão quitadas por meio de consignações no benefício previdenciário do recorrente.

Destarte, neste momento processual, deve prevalecer a suspensão dos descontos das prestações.

Em sendo assim, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para determinar a suspensão da consignação das parcelas de R\$ 173,82 oriundas do empréstimo n. 557338617 realizado com o Banco Itaú BMG Consignados S.A. Tal providência deverá ser efetivada pela Diretoria Judiciária deste egrégio Tribunal, a qual encaminhará ofício ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para imediato cumprimento dessa decisão.

Apelação Cível n. 2015.074563-6, de Catanduvas

Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL – CONTRATOS BANCÁRIOS DIVERSOS – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

SENTENÇA CONDICIONAL – OFENSA AO ARTIGO 460, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/1973, CORRESPONDENTE AO ARTIGO 492, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015 – NULIDADE DO *DECISUM* RECONHECIDA DE OFÍCIO – PRECEDENTES DO C. STJ E DESTA EG. CORTE DE JUSTIÇA – INAPLICABILIDADE, NO CASO CONCRETO, DO DISPOSTO NO ART. 1.013, § 3º, DO CPC/2015.

RECURSOS PREJUDICADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.074563-6, da Comarca de Catanduvas (Vara Única), em que é apte/apdo Banco do Brasil S/A, e apdo/apte Supercenter Alimentos Ltda.:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, de ofício, reconhecer a ocorrência de julgamento condicional e declarar nula a sentença; determinar o retorno dos autos ao r. Juízo de origem para novo pronunciamento judicial e julgar prejudicada a análise dos recursos. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo relator e dele participaram a Exma. Sra. Desa. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer e o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho.

Florianópolis, 2 de junho de 2016.

Cláudio Valdyr Helfenstein
PRESIDENTE E RELATOR

I – RELATÓRIO

Trata-se de recursos de Apelação Cível interpostos por Banco do Brasil S/A e Supercenter Alimentos Ltda., contra a sentença proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Catanduvas, isto nos autos da “*ação revisional contratual c/c consignatória de valores e antecipação de tutela*”, ajuizada pelo segundo recorrente em face da instituição financeira.

Na parte dispositiva do julgado hostilizado (fls. 350-351), decidiu a doutra magistrada:

Posto isso, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por Supercenter Alimentos Ltda., na presente ação revisional, o que faço com fulcro no art. 269, I, e 359 do Código de Processo Civil, combinados com o art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, em consequência DECLARO A ILEGALIDADE da cobrança de juros acima da taxa média de mercado vigente à data da celebração do pacto, da capitalização mensal dos juros nos pactos celebrados antes de 30-3-2000, da capitalização anual sem previsão contratual, da cobrança de comissão de permanência em cumulação com outros encargos moratórios e remuneratórios (Súmula 472 do Superior Tribunal de Justiça), da cobrança de multa de mora em desacordo com as determinações legais (CDC, art. 52, § 1º), da incidência de correção monetária sem expressa previsão contratual, da cobrança de IOF e de outras taxas desde que não previstas nos pactos, de honorários advocatícios caso não estabelecida a reciprocidade, bem como de outros encargos não previstos no contrato de abertura de crédito celebrado entre as partes e nos demais decorrentes desta transação. CONDENO Banco do Brasil S.A., a restituir à autora as quantias cobradas em excesso nos referidos contratos, valores que serão apurados na fase de cumprimento da sentença (CPC, art. 475-B) seguindo as determinações desta sentença.

Sobre os valores a serem repetidos incidirá correção monetária pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça desde o pagamento indevido até a devida restituição e juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação.

Ante a sucumbência recíproca das partes, CONDENO ambas ao pagamento das custas processuais na proporção de 70% (setenta por cento) a ser arcada pela parte ré e 30% (trinta por cento) pela autora. Condeno-os também ao pagamento de honorários sucumbenciais na proporção de 15% (quinze por cento) arcados pela ré e em 10% (dez por cento) arcados pela parte autora (CPC, art. 20, § 3º), calculados sobre o valor total da condenação, compensados na forma do art. 21 do Código de Processo Civil e Súmula n. 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Irresignada com a prestação jurisdicional, a instituição financeira apelou sustentando (fls. 354-384), em resumo: a) a ausência de abusividade no pacto celebrado entre as partes; b) a inadmissibilidade da revisão contratual em razão do princípio do *pacta sunt servanda* e da inexistência de fatores supervenientes; c) a impossibilidade de limitação dos juros remuneratórios; d) a legalidade da capitalização mensal de juros em contratos pactuados após o início da vigência da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (reeditada sob o n. 2.170-36/2001); e) a viabilidade da cobrança da comissão de permanência cumulada com outros encargos moratórios (juros moratórios e multa contratual); f) o descabimento da repetição de indébito; g) a possibilidade de cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito; e, h) que o valor fixado a título de honorários advocatícios devem ser minorados.

Por fim, prequestiona a matéria e requer o provimento do recurso e a condenação da parte adversa ao pagamento dos consectários legais.

A parte autora, ao seu turno (fls. 388-397), postula, em síntese: a) o afastamento das tarifas administrativas; b) a declaração de ilegalidade quanto à forma de cobrança do IOF; c) a descaracterização da mora; d) o deferimento da tutela antecipada e do depósito incidental das parcelas; e) a manutenção de posse do veículo; e, f) a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

A parte autora apresentou contrarrazões às fls. 404-413, e a casa bancária às fls. 415-439.

Este é o relatório.

II – VOTO

1 – Inicialmente, destaca-se que a sentença hostilizada foi proferida na data de 6-5-2015 (fl. 351) e publicada, em cartório, no dia 3-7-2015 (fl. 352), ou seja, sob a égide da Lei n. 5.869/73, destarte, mostra-se aplicável ao caso o Enunciado Administrativo n. 2 do c. Superior Tribunal de Justiça, vide: (http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/Notícias/Notícias/STJ-sai-na-frente-e-adequa-regimento-interno-ao-novo-Código-de-Processo-Civil), *in verbis*:

“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas **até 17 de março de 2016**) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.

Apesar de preenchidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade, a análise de ambos os apelos resta prejudicada.

Compulsando-se a parte dispositiva do julgado, observa-se que o nobre togado singular, dentre outras questões, declarou a ilegalidade da capitalização mensal dos juros nos pactos celebrados antes de 30-3-2000, e da capitalização anual sem previsão contratual, porém, omitiu-se acerca da capitalização mensal de juros após a data retro citada.

Ademais, reconheceu a ilegalidade da cobrança da comissão de permanência cumulada com outros encargos moratórios e remuneratórios, no entanto, não definiu, de forma indubidosa, se efetivamente existe previsão indevida nos contratos revisados ou, até mesmo, se há ou não pactuação do encargo, já que o julgado também aplicou o disposto no art. 359 do CPC/1973.

Ainda de acordo com o dispositivo, vedou-se a incidência de correção monetária sem expressa previsão contratual, a cobrança de IOF e de outras taxas desde que não previstas nos pactos, de honorários advocatícios caso não estabelecida a reciprocidade, bem como, de outros encargos não previstos no contrato de abertura de crédito celebrado entre as partes e nos demais decorrentes desta transação.

Assim, não há dúvidas que as temáticas foram decididas de forma condicional e abstrata, não resolvendo concretamente a lide. Destarte, paira sobre o *decisum* objurgado um julgamento de incerteza, pois condiciona a declaração do direito da parte à verificação de uma situação posterior à solução do processo, o que não se pode admitir.

Reza o art. 460, parágrafo único, do CPC/73:

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. (grifei)

É consabido que a sentença deve resolver o mérito do litígio findando a cognição da lide, a fim de declarar a existência ou inexistência de direito. Estabelecer uma condição à sua solução a torna incerta, nada resolvendo, tornando-a inválida e nula.

Acerca do tema, leciona Cândido Rangel Dinamarco:

Sentença condicional é aquela que submete seus próprios efeitos a algum evento futuro e incerto. O Código de Processo Civil a põe na ilegalidade e a jurisprudência afirma sua nulidade, porque sentenças com esse vício são a negação da oferta da segurança jurídica que pela via do exercício da jurisdição o Estado se propõe a fornecer às pessoas ou grupos envolvidos em conflitos. Pacificação alguma existiria, nem eliminação de conflito, quando a própria sentença ficasse assim na pronúncia de um verdadeiro *non liquet*, que o sistema repudia (*in* Instituições de direito processual civil, 5.ed., São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 212).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem:

Procedência condicionada. A sentença não pode condicionar a procedência do pedido ao preenchimento pelos autores de tais ou quais requisitos. Ou o autor faz jus ao que pede, ou não faz. A sentença há de ser certa, ainda quando decida relação jurídica **condicional** (RT 472/150). (*in* Código de processo civil comentando, de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, 10ª ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pg. 670).

Humberto Theodoro Júnior, comentando o parágrafo único do art. 460 do CPC/1973, vigente à época da prolação da sentença (equivalente ao parágrafo único do art. 492 do CPC/2015), assevera:

“O que pode ser **condicional** é apenas a obrigação material litigiosa, pela sua própria estrutura (v. g.: devolver a coisa quando o dono reparar os gastos de benfeitorias feitas pelo possuidor). A sentença, porém, como ato de comando judicial, será sempre certa. Jamais poderá haver, por exemplo, uma decisão cuja **validade** fique na dependência de fatos incertos a serem futuramente apurados em liquidação de sentença (v. g.: indenizar perdas e danos, se o autor provar na liquidação que teve prejuízos).” (*in* Curso de Direito Processual Civil, 47ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Ed. Forense: 2007, p. 569).

O eg. Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

[...] 2. O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que, nos termos do disposto no art. 460, parágrafo único, do CPC, a sentença que sujeita a procedência ou improcedência do pedido a acontecimento futuro e incerto é nula. Precedentes. [...] (AgRg no REsp 1295494/BA, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti, j. em 21/10/2014)

[...] 3. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional, e é nula quando submete a procedência do pedido à ocorrência de fato futuro e incerto, conforme dispõe o art. 460 do CPC. [...] (AgRg no AREsp 104.589/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 08/05/2012)

CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. IMPOSSIBILIDADE.

É lícita a capitalização mensal de juros nos contratos bancários celebrados a partir de 31.03.2000 (MP 1.963-17, atual MP nº 2.170-36), desde que pactuada.

Impossível permitir a incidência em periodicidade mensal de tal encargo, baseado em mera presunção de sua existência, condicionada a prova posterior, realizada na fase de liquidação, sob pena de proferir decisão condicional (art. 460, parágrafo único, do CPC). (AgRg no REsp 849.935/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. em 27/03/2007, grifou-se)

Colhe-se desta Corte:

Apelação cível. Embargos à execução. “Instrumento particular de confissão e parcelamento de dívida”. Insurgência do estabelecimento financeiro embargado. Sentença condicional e genérica. Inadmissibilidade. Ofensa aos artigos 458, incisos II e III, e 460, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil. Reconhecimento, de ofício, da sua nulidade. Remessa dos autos à origem para que outra seja proferida. Apelo prejudicado. (Apelação Cível n. 2012.083991-0, Terceira Câmara de Direito Comercial, de Rio do Sul, rel. Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA, j. 21-05-2015, sublinhou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. IRRESIGNAÇÃO DO EMBARGANTE.

CONSTATAÇÃO DE PRONUNCIAMENTO ABSTRATO E CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE ANÁLISE ESPECÍFICA DO PEDIDO COM BASE NAS CLÁUSULAS CONTESTADAS. VIOLAÇÃO AO ART. 460, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NULIDADE EVIDENCIADA. DESCONSTITUIÇÃO DO DECISUM.

“A sentença, tanto na fundamentação como na conclusão, que deixa de

ater-se ao caso concreto, remetendo para fase posterior a verificação da contratação ou não de encargos objeto do pedido, é nula, ensejando a sua desconstituição com o retorno dos autos à origem para nova decisão” (Apelação Cível n. 2009.071323-8, de Blumenau, rel. Des. JOSÉ INACIO SCHAEFER, j. 27-4-2010). RECURSO PREJUDICADO. (Apelação Cível n. 2012.091930-4, Quarta Câmara de Direito Comercial, de Rio do Sul, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 22-07-2014, sublinhou-se).

E, deste relator:

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO - AÇÃO REVISIONAL - FINANCIAMENTO DE VEÍCULO - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - INSURGÊNCIA DO AUTOR.

JUROS REMUNERATÓRIOS, CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS, INCIDÊNCIA DO INPC, LEGALIDADE DAS TARIFAS BANCÁRIAS “TAC” E “TEC” - SENTENÇA CONDICIONAL - ADEMAIS, JULGAMENTO *EXTRA PETITA* QUANTO À COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E MULTA CONTRATUAL, ALÉM DE *CITRA PETITA* NO TOCANTE AOS JUROS DE MORA - OFENSA AOS ARTIGOS 128 E 460 DO CPC - SÚMULA N. 381 DO C. STJ - NULIDADE DO DECISUM RECONHECIDA DE OFÍCIO. RECURSOS PREJUDICADOS. (Apelação Cível n. 2013.023555-5, Quinta Câmara de Direito Comercial, de Gaspar, j. em 12-12-2013, sublinhou-se).

Necessário ressaltar, neste momento, que há vários julgados desta eg. Corte de Justiça, e mesmo deste relator, que, em situações análogas, aplicaram os princípios da celeridade e da economia processual, de forma a realizar o julgamento da questão litigiosa neste grau de jurisdição.

Porém, consoante já explicitado, o vício alcança parte substancial da sentença, destarte, o julgamento dos recursos por esta eg. Corte caracterizaria supressão quase integral de instância, o que não se pode tolerar, sob pena de vulnerar-se o devido processo legal.

Não se ignora, por certo, o disposto no art. 1.013, § 3º, e incisos, do CPC/2015, abaixo transcrito:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

[...]

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

Ocorre que, na situação dos autos, não há relação de identidade com o regramento acima disposto, pois é a natureza predominantemente condicional da sentença que gera à mácula intransponível.

Não se está diante de um julgado que não resolveu o mérito ou que tenha incorrido, apenas, em omissão pontual. Ademais, não se evidencia ausência de fundamentação ou violação ao princípio da adstrição.

2 – Ante o exposto, de ofício, reconheço a ocorrência de julgamento condicional, razão pela qual declaro nula a sentença e determino o retorno dos autos ao r. Juízo de origem para novo pronunciamento judicial. Por conseguinte, resta prejudicada a análise dos recursos interpostos.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 2011.061860-5, de Itajaí

Relator: Des. Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA, COM PEDIDOS DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS, LUCROS CESSANTES E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. USO DE MARCA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA QUE TORNOU DEFINITIVA A TUTELA DE URGÊNCIA E, AINDA, DETERMINOU QUE A RÉ SE ABSTENHA DE USAR O NOME DA MARCA “SANTA CATARINA”, SOB QUALQUER HIPÓTESE, DEVENDO PROVIDENCIAR A ALTERAÇÃO DE SEU CONTRATO SOCIAL NO PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS.

RECURSO DA REQUERIDA.

PRETENDIDA IMPROCEDÊNCIA DA *ACTIO*. ALEGADO DIREITO À MARCA, POR TÊ-LA USADO PRIMEIRO, SUSTENTANDO QUE O ORDENAMENTO JURÍDICO PRIVILEGIA O USO ANTERIOR EM DETRIMENTO DO REGISTRO, POR ESTE REPRESENTAR PRESUNÇÃO RELATIVA. SUSTENTADA, AINDA, A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MARCA POR AMBAS AS PARTES, EM RAZÃO DE ATUAREM EM SEGMENTOS DIFERENTES. RECLAMO ACOLHIDO PELO SEGUNDO FUNDAMENTO. EMPRESAS QUE ATUAM EM RAMOS COMERCIAIS DISTINTOS. AUTORA QUE EXERCE A FUNÇÃO DE ASSISTÊNCIA FAMILIAR (SERVIÇOS FUNERÁRIOS) E ADMINISTRAÇÃO DE CEMITÉRIOS. REQUERIDA, POR SUA VEZ, QUE PRESTA SERVIÇOS MÉDICOS DE URGÊNCIA. ATIVIDADES ENQUADRADAS EM CLASSES DIVERSAS PELA CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DOS PRODUTOS E SERVIÇOS DE NICE, UTILIZADA COMO PARÂMETRO PELO INPI – INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. EXISTÊNCIA CONCOMITANTE

DAS MARCAS VIÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE. DESNECESSÁRIA, PORTANTO, A ANÁLISE DA ALEGAÇÃO REFERENTE A QUEM TERIA UTILIZADO A MARCA PRIMEIRO. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE, PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DEMANDA E, COMO COROLÁRIO, CONDENAR A DEMANDANTE AO PAGAMENTO INTEGRAL DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.061860-5, da Comarca de Itajaí (1ª Vara Cível), em que é apelante Clínicas Santa Catarina S/C Ltda. e apelada Carlos Eduardo Correa & Cia. Ltda. EPP:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de julgar improcedente a demanda e, como corolário, condenar a parte autora ao pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes mantidos como fixados na origem. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA e a Exma. Sra. Desa. Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 31 de março de 2016.

Tulio Pinheiro

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Itajaí, Carlos Eduardo Corrêa e Cia. Ltda. (Plano Santa Catarina) promoveu ação cominatória,

com pedidos de indenização por perdas e danos, lucros cessantes e antecipação de tutela, contra Plano Santa Catarina da Unisul Saúde, autuada sob o n. 033.09.002415-2.

Na peça de entrada, sustentou a autora que exerce as atividades de assistência familiar e funeral e de administração de cemitérios desde 1997, sendo sediada no Município de Itajaí, com filiais nas Cidades de Joinville, Balneário Camboriú, Camboriú, Indaial e Blumenau. Afirmou, ainda, que registrou a marca “Santa Catarina” perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), conforme os Certificados de Registro de Marca ns. 827548591 e 827548583, nas Classes 45 (assistência familiar e funeral) e 36 (negócios imobiliários, corretora de seguros e administração de cemitérios), respectivamente –, tendo direito, a partir de 20.11.2007, a utilizar a marca por 10 (dez) anos. Disse que, apesar disso, por intermédio de clientes, tomou conhecimento da existência de empresa homônima, denominada “Plano Santa Catarina da Unisul”, atuante no mesmo seguimento (assistência familiar), no Município de Balneário Camboriú, onde possui sucursal. Diante disso, em 25.7.2008, notificou extrajudicialmente a empresa ré para interromper o uso da marca, sem, contudo, obter êxito. Pelo exposto, requereu, em sede de antecipação de tutela, a apreensão de todos os documentos, placas, sinais e etiquetas que contenham a marca e a alteração do contrato social da ré, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais). No mérito, pleiteou a condenação da requerida ao pagamento de indenização por perdas e danos e lucros cessantes (fls. 2/16).

A tutela antecipada foi concedida para vedar a utilização da marca “Santa Catarina” pela requerida, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais) (fls. 101/103).

Contra esta decisão a demandada interpôs agravo de instrumento, autuado nesta instância sob o n. 2009.012650-7, ao qual foi negado seguimento, pela perda de objeto, por decisão monocrática do Exmo.

Sr. Des. Raulino Jacó Brüning (Diário da Justiça Eletrônico n. 1206, de 26.7.2011, Edital n. 2715/11, páginas 308/309).

Citada, a empresa ré apresentou contestação (fls. 108/124). Na peça, esclareceu que presta serviços de atendimento médico hospitalar desde 1999, quando foi inaugurada a primeira Clínica Santa Catarina, sob a razão social “Central Médica Bombinhas Ltda.”. Consignou que, em 2001, com a mudança no corpo societário, a empresa passou a denominar-se “Clínicas Santa Catarina Ltda.”. Afirmou que, na época, não conseguiu efetuar registro da marca, pois não era possível registrar marcas com nomes de santos ou de Estado. Asseverou que, somente em 2008, quando tomou ciência da revogação da restrição, pleiteou o registro da marca “Clínicas Santa Catarina” perante o INPI, na Classe 44 (assistência médica, serviços de saúde). Quanto à empresa autora, alegou que conheceu seus representantes em 2003, no Município de Bombinhas, em reunião organizada pelo sindicato dos servidores municipais, na qual estavam presentes, além das partes, a Unimed. Assevera que, na ocasião, a autora utilizava o nome “PREVER Assistência Familiar”, enquanto que a ré já se apresentava como “Clínicas Santa Catarina”. Diante disso e a partir do entendimento jurisprudencial de que o direito à marca é daquele que primeiro a utiliza, assevera ter direito ao uso de sua marca, por tê-la empregado anteriormente. Sustentou, ainda, que, mesmo admitido o direito da autora à marca, não há óbices a sua utilização pela ré, uma vez que as partes atuam em ramos diversos, tendo, inclusive, os pedidos de registro perante o INPI sido realizados em classes diferentes. A partir disso, afastou, também, a alegação de concorrência desleal. Quanto à notificação extrajudicial, afirmou não tê-la recebido, vindo a ter ciência dos fatos alegados na lide apenas ao ser citada na presente demanda. No que diz respeito aos lucros cessantes e aos aventados ganhos de sua parte, sustentou que estes não restaram devidamente comprovados. Ao final, requereu a revogação da tutela antecipada.

Houve réplica (fls. 245/246).

Em seguida, o MM. Juiz Osvaldo João Ranzi julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

(...) Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTES**, em parte, os pedidos formulados na presente **AÇÃO COMINATÓRIA**, extinguindo o processo com resolução de mérito, o que faço com fundamento no art. 269, I, do CPC, para, determinar que:

a) TORNAR DEFINITIVA a tutela concedida;

b) DETERMINAR que a ré se abstenha de usar o nome da marca “**Santa Catarina**”, sob qualquer hipótese, devendo providenciar a alteração de seu contrato social, em 90 (noventa) dias.

Nos termos do artigo 21 do CPC, uma vez que cada uma das partes litigantes foram em parte vencedoras e vencidas, condeno-as ao pagamento das custas processuais *pro rata* e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais) em favor do procurador de cada parte, atento ao disposto nos artigos 20, § 3º, letras **a**, **b** e **c**, e 4º, ambos da Lei Processual Civil, vedada a compensação, pois a verba honorária pertence ao advogado e não à parte. (...) (fls. 227/228) (destaques no original).

Inconformada, a requerida interpôs recurso de apelação (fls. 232/241). Em suas razões, com base nos argumentos exarados na contestação, sustentou ter direito à utilização da marca, seja por tê-la usado anteriormente, seja pelo fato de atuar em ramo diverso da autora. E, como corolário, requereu que a demandante suporte integralmente os ônus sucumbenciais.

Com a apresentação das contrarrazões (fls. 248/257), os autos ascenderam a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Clínicas Santa Catarina S/C Ltda. contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido da pessoa jurídica autora – Carlos Eduardo Corrêa e Cia. Ltda. (Plano Santa Catarina) –, para determinar a vedação da requerida em utilizar o nome da marca “Santa Catarina” e a alteração de seu contrato social.

Em suas razões, com base nos argumentos exarados na contestação, sustentou ter direito à utilização da marca, seja por tê-la usado anteriormente, seja pelo fato de atuar em ramo diverso da autora.

O reclamo, adianta-se, merece acolhida.

Isto porque razão assiste à recorrente quanto ao argumento de que a marca pode ser utilizada por ambas as partes, por atuarem em ramos diversos.

Destarte, da leitura dos autos, especialmente dos contratos sociais (fls. 20/25 e 130/132) e dos documentos acostados às fls. 34/39, 77/80, 125/126, 144/149 e 152, vê-se que a autora presta serviços funerários, enquanto que a requerida exerce serviços de saúde de urgência, ramos comerciais, à toda evidência, distintos.

Aliás, tais atividades são enquadradas em classes distintas na Classificação Internacional de Produtos e Serviços de Nice, parâmetro utilizado pelo INPI. Com efeito, da análise das listas constantes no *site* do referido instituto (<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/marcas/classificacao/classificacao#>), nota-se que a atividade da autora enquadra-se nas Classes 36 (administração de cemitérios) e 45 (assistência funerária), enquanto que a da requerida, nas Classes 39 (transporte de ambulância) e 44 (serviços médicos).

A respeito, já decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de

Justiça, em acórdão de relatoria do Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti, que “O direito de exclusividade do uso da marca não deve ser exercido de modo a impedir o uso de marca semelhante deferido para produto de classe diferente, excetuados os casos de marca notória ou de alto renome, bem como os casos de evidente má-fé” (REsp n. 863.975/RJ, j. em 19.8.2010, DJe 16.11.2010).

O entendimento desta Corte não destoa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. NOME EMPRESARIAL E MARCA. PEDIDOS DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA E CONDENAÇÃO POR PERDAS E DANOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DA PARTE AUTORA. USO DA INSÍGNIA “ABSOLUTO” PELA EMPRESA RÉ. MARCA REGISTRADA NA CLASSE 43 JUNTO AO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI. ATUAÇÃO EM RAMO COMERCIAL DE FORNECIMENTO DE COMIDA E BEBIDA. PROVAS DOCUMENTAIS QUE DEMONSTRAM A AUSÊNCIA DE CONFUSÃO E AFINIDADE DAS EMPRESAS PERANTE OS CONSUMIDORES. USO LEGAL DA INSÍGNIA “ABSOLUTO” NO NOME EMPRESARIAL. PREJUÍZO NÃO CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM SUA INTEGRALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2013.056884-9, rel.^a Des.^a Rejane Andersen, j. em 13.5.2014).

Este Órgão Fracionário também já se manifestou a respeito:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - MARCAS - PRETENSÃO DA AUTORA DE EXCLUSIVIDADE DE USO DO NOME “CHANDON” EM QUALQUER ATIVIDADE - AUSÊNCIA DE REGISTRO COMO

MARCA DE ALTO RENOME - IMPOSSIBILIDADE - MARCA NOTORIAMENTE CONHECIDA - PROTEÇÃO RESTRITA AO RESPECTIVO RAMO DE ATIVIDADE - MANUTENÇÃO DO REGISTRO DE MARCA DA RÉ - EXERCÍCIO DE RAMOS DE ATIVIDADES DIVERSOS DAQUELE NOTORIAMENTE CONHECIDO DA AUTORA - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 125 E 126 DA LEI N.º 9.279/96 E DA CONVENÇÃO DA UNIÃO DE PARIS - SENTENÇA CONFIRMADA - RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO

(...) 3. Consoante o princípio da especificidade, o INPI agrupa produtos e serviços em classes e itens, segundo o critério da afinidade, limitando-se a tutela da marca registrada a produtos e serviços de idênticas classe e item. 4. Apenas em se tratando de “marca notória” (art. 67, *caput*, da Lei nº 5.772/71, atual marca “de alto renome”, art. 125 da Lei nº 9.279/96), como tal declarada pelo INPI, não se perscrutará acerca de classes no âmbito do embate marcário, porque desfruta tutela especial impeditiva do registro de marcas idênticas ou semelhantes em todas as demais classes e itens. Outrossim, não se confundem as marcas “notória” e “notoriamente conhecida” (art. 6º bis da CUP, atual art. 126 da Lei nº 9.279/96), esta, ainda que não registrada no Brasil, gozando de proteção, mas restrita ao respectivo “ramo de atividade.” (REsp 658702/RJ, Relator Ministro Jorge Scartezzini). (...) (Apelação Cível n. 2003.021497-6, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 5.2.2009).

Não bastasse, ao se comparar as marcas utilizadas, constata-se que, embora ambas contenham a expressão “Santa Catarina”, a grafia utilizada e os símbolos são diversos. Enquanto na marca da autora o texto encontra-se em caixa alta, sobreposto a um retângulo (veja-se à fls. 27 e 34), a marca da requerida consiste na expressão “Clínicas Santa Catarina” sobreposta a uma cruz, sendo, ainda, em alto relevo (confira-se à fl. 78).

Aliás, também não se observa confusão no uso da expressão “Plano Santa Catarina”, empregado por ambas as partes em seus materiais de divulgação, como se observa das fls. 34/36, 78 e 144/149. Isso porque, além das cores serem diversas – no *site* da requerente a cor predominante é verde, ao passo que nos panfletos e nas ambulâncias da requerida é azul – nos materiais da demandada há a especificação de que o plano refere-se à Unisul Saúde.

Desta feita, conclui-se não haver qualquer vedação ao emprego concomitante da marca pelas litigantes.

E, reconhecido o direito de ambas as partes usufruírem da marca em comento, em razão de, conforme esclarecido alhures, atuarem em ramos comerciais distintos, desnecessária para o deslinde do feito, por consequência lógica, a análise do argumento da requerida de que teria utilizado o nome “Santa Catarina” antes da autora.

Ante todo o exposto, conhece-se do recurso ofertado por Clínicas Santa Catarina S/C Ltda. para dar-lhe provimento, a fim de julgar improcedente a demanda e, como corolário, condenar a parte autora ao pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes mantidos como fixados na origem (R\$ 1.000,00). Este é o voto.

Apelação Cível n. 2011.019578-1, de Correia Pinto

Relator: Des. Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, CUMULADA COM PEDIDO DE ANULAÇÃO DE TÍTULO. DUPLICATA MERCANTIL REFERENTE A DIÁRIAS DECORRENTES DE RETENÇÃO DA MERCADORIA POR DOCUMENTAÇÃO IRREGULAR. CONTRATO DE TRANSPORTE. CONEXÃO COM DEMANDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. SENTENÇA UNA DE IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DA PESSOA JURÍDICA AUTORA. DUPLICATA MERCANTIL EMITIDA PELA EMPRESA RÉ PARA COBRANÇA DE 12 (DOZE) DIÁRIAS DECORRENTES DE RETENÇÃO DA MERCADORIA TRANSPORTADA PELA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, CAUSADA PELA DIVERGÊNCIA DE INFORMAÇÕES CONSTANTES NA NOTA FISCAL E NO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS ACERCA DO DESTINO DA CARGA.

ALEGADA INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. SUSTENTADA RESPONSABILIDADE DA EMPRESA RÉ EM ARCAR COM AS DESPESAS ORIUNDAS DAS DIÁRIAS, AO ARGUMENTO DE QUE ESTA TERIA SIDO RESPONSÁVEL PELA RETENÇÃO DA CARGA, POR TER EMITIDO O CONHECIMENTO DE TRANSPORTE COM ERRO. TESE NÃO ACOLHIDA. EQUÍVOCO QUANTO AO DESTINO OCORRIDO NA NOTA FISCAL EXPEDIDA PELA EMPRESA REVENDEDORA DO TRATOR, E NÃO NO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE. REQUERIDA QUE NÃO PODE SER RESPONSABILIZADA PELA RETENÇÃO DA MERCADORIA. DÉBITO, NESTE CENÁRIO, SUBSISTENTE.

ALMEJADA APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS PELA AUTORA, ANTE A REVELIA DA EMPRESA RÉ. DESCABIMENTO. PRESUNÇÃO QUE TEM

CARÁTER RELATIVO, SENDO NECESSÁRIA A PRESENÇA DE PROVAS MÍNIMAS HÁBEIS A CORROBORAR OS FATOS, O QUE NÃO SE INFERE NA HIPÓTESE.

PRETENDIDA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. MEDIDA INÓCUA NA HIPÓTESE. DOCUMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS SUFICIENTES PARA O DESLINDE DO FEITO.

DEFENDIDA NULIDADE DO TÍTULO. ACOLHIMENTO. DUPLICATA MERCANTIL QUE NÃO REPRESENTA OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA MERCANTIL OU DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA SACADORA. AUSÊNCIA DE LASTRO COMERCIAL A LEGITIMAR A SUA EMISSÃO. NULIDADE CONFIGURADA. PRECEDENTE DESTA CÂMARA EM SITUAÇÃO SEMELHANTE.

REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE, PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A *ACTIO*, A FIM DE ANULAR A DUPLICATA MERCANTIL N. 3423/1, CONFIRMANDO, CONTUDO, A EXISTÊNCIA DA DÍVIDA.

NECESSÁRIA REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA, ANTE A REFORMA PARCIAL DA DECISÃO. CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A SEREM REPARTIDOS ENTRE AS PARTES NA PROPORÇÃO DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) PARA CADA. ADMITIDA A COMPENSAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA, A TEOR DA SÚMULA 306 DO STJ, EM RAZÃO DE A SENTENÇA TER SIDO PUBLICADA ANTES DE 18.03.2016, QUANDO ENTROU EM VIGOR O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUE OBSTOU REFERIDA MEDIDA EM SEU ART. 85, § 14º.

AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO (AUTOS N. 083.07.001572-7). RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO TÍTULO QUE, POR DECORRÊNCIA LÓGICA, ACARRETA A PROCEDÊNCIA DA *ACTIO* CAUTELAR. PRECEDENTE DESTA CÂMARA. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E, EM PARTE, PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.019578-1, da Comarca de Correia Pinto (Vara Única), em que é apelante WC Comércio de Combustíveis Ltda. e apelada Transmáquina Transportes de Máquinas Ltda.:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de julgar parcialmente procedente a ação declaratória de inexistência de débito (Autos n. 083.07.001912-9), para anular a Duplicata Mercantil n. 3423/1 e redistribuir os ônus sucumbenciais, condenando ambas as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados na sentença, admitida a compensação destes, a teor da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada; julgar procedente, por consequência, a ação cautelar (Autos n. 083.07.001572-7), a fim de confirmar a decisão liminar, de determinar o cancelamento do protesto do título e de inverter a sucumbência, condenando a requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios quanto a esta demanda. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA e a Exma. Sra. Des. Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 19 de maio de 2016.

Tulio Pinheiro

PRESIDENTE e RELATOR

RELATÓRIO

Ação declaratória de inexistência de débito, cumulada com pedido de anulação de título – Autos n. 083.07.001912-9.

Perante a Vara Única da Comarca de Correia Pinto, WC Comércio de Combustíveis Ltda. promoveu ação declaratória de inexistência de débito, cumulada com pedido de anulação de título, contra Transmáquina Transportes de Máquinas Ltda., autuada sob o n. 083.07.001912-9.

Na inicial, sustentou a demandante que, em junho de 2007, celebrou contrato de transporte com a requerida, para a condução de um Trator Florestal Caterpillar, adquirido por intermédio da revendedora SOTREQ, sediada no Município de Serra/ES. Asseverou que, embora situe-se em Correia Pinto/SC, restou pactuado que a máquina seria transportada da sede da revendedora até Vazante/MG. Afirmou que, por irregularidade na documentação – erro existente no Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) – a carga restou retida pela Secretaria da Fazenda de Minas Gerais, na Cidade de Sete Lagoas/MG, por 12 (doze) dias, sendo cobrado da transportadora o valor de R\$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais), correspondente às diárias. Aduziu que, para efetuar a cobrança deste valor, a transportadora ré emitiu a Duplicata Mercantil n. 3423/1, encaminhando-a a protesto, fato que o fez ajuizar ação cautelar de sustação de protesto (Autos n. 083.07.001572-7), autuada em apenso. Sustentou, contudo, que deve a demandada arcar com o pagamento deste montante, uma vez que é a transportadora a responsável pela emissão do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC), documento que desencadeou a retenção da mercadoria e, em consequência, a cobrança da quantia referente às diárias. Requeru, por fim, a aplicação da legislação consumerista e a inversão do ônus da prova. Diante disso, postulou a declaração da nulidade do título e que a requerida se abstenha de inscrevê-la nos órgãos de proteção ao crédito (fls. 2/6).

Embora devidamente citada (fl. 33), a ré não contestou o feito (fl. 34).

Sentenciando o feito, o MM. Juiz Renato Mastella julgou improcedentes os pedidos desta demanda e da ação cautelar de sustação

de protesto em apenso (Autos n. 083.07.001572-7). Ainda, condenou a demandante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios em ambas as ações (fl. 40).

Inconformada, a empresa autora interpôs recurso de apelação (fls. 45/55). Em suas razões, sustentou, de início, a aplicação dos efeitos da revelia, ressaltando que não há nos autos prova que contrarie a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. Afirmou, ainda, repisando os argumentos levantados na inicial, que a requerida é responsável pela emissão do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) – documento que originou a retenção da mercadoria – e, portanto, deve arcar com os custos advindos das diárias. Por fim, requereu a inversão do ônus da prova, ante a aplicação da legislação consumerista ao caso.

Sem contrarrazões (fl. 66), os autos ascenderam a esta Corte.

Na sequência, este Relator determinou, com fulcro no art. 10 do atual Código de Processo Civil, a intimação das partes para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestarem-se acerca da (in)validade da Duplicata Mercantil n. 3423/1, considerando o fato desta não representar obrigação decorrente de contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços pela sacadora (fl. 70).

Houve manifestação apenas da demandante. Na peça ofertada (fl. 73), a empresa autora requereu a declaração de nulidade do título, sob os argumentos de que a cambial não representa obrigação avençada entre as partes e de que não se encontram presentes os requisitos legais autorizadores de emissão de duplicata mercantil.

Ação cautelar de sustação de protesto – Autos n. 083.07.001572-7.

Na Vara Única da Comarca de Correia Pinto, WC Comércio de Combustíveis Ltda. ajuizou ação cautelar de sustação de protesto, com pedido liminar, em face de Transmáquina Transportes de Máquinas Ltda., autuada sob o n. 083.07.001572-7.

Em apertada síntese, afirmou a requerente que o título encaminhado a protesto em seu desfavor – Duplicata Mercantil n. 3423/1, com vencimento em 24.08.2007, prorrogado para 05.09.2007, no valor de R\$ 9.600,00 (nove mil e seiscentos reais) – é indevido, uma vez que representa dívida relativa a diárias decorrentes de retenção de mercadoria por 12 (doze) dias, devido a irregularidades constantes no Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC), documento emitido pela transportadora ré (fls. 2/7).

Liminar deferida às fls. 19/21.

Peça contestatória às fls. 35/41.

Sentenciando o feito, o MM. Juiz Renato Mastella julgou improcedentes os pedidos da presente demanda e da ação declaratória em apenso (Autos n. 083.07.001912-9). Ainda, condenou a demandante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios em ambas as ações (fl. 40).

Inconformada, a empresa autora interpôs recurso de apelação (fls. 45/55 da ação declaratória). Em suas razões, sustentou, de início, a aplicação dos efeitos da revelia, ressaltando que não há nos autos prova que contrarie a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. Afirmou, outrossim, repisando os argumentos levantados na inicial, que a requerida é responsável pela emissão do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC) – documento que originou a retenção da mercadoria – e, portanto, deve arcar com os custos advindos das diárias. Por fim, requereu a inversão do ônus da prova, ante a aplicação da legislação consumerista ao caso.

Sem contrarrazões (fl. 66 da ação declaratória), os autos ascenderam a esta Corte.

Na sequência, este Relator determinou, com fulcro no art. 10 do atual Código de Processo Civil, a intimação das partes para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestarem-se acerca da validade da

Duplicata Mercantil n. 3423/1, considerando o fato desta não representar obrigação decorrente de contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços (fl. 70 da ação declaratória).

Houve manifestação apenas da demandante. Na peça ofertada (fl. 73 da ação declaratória), a autora postulou, em síntese, a declaração de nulidade do título.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso interposto por WC Comércio de Combustíveis Ltda. contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória de inexistência de débito, cumulada com pedido de anulação de título, e na demanda cautelar de sustação de protesto, ajuizadas em desfavor de Transmáquina Transportes de Máquinas Ltda.

Em suas razões, postulou a recorrente a aplicação dos efeitos da revelia, ressaltando que não há nos autos prova que contrarie a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial. Afirmou, ainda, repisando os argumentos levantados na inicial, que a ré é responsável pela emissão do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas – documento cujo equívoco teria originado a retenção da mercadoria – e, portanto, deve arcar com os custos advindos das diárias. Por fim, requereu a inversão do ônus da prova, ante a aplicação da legislação consumerista ao caso.

De início, destaca-se que restou incontroverso nos autos que o trator objeto do contrato de transporte celebrado entre as partes foi retido pela Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, na Cidade de Sete Lagoas, pelo período de 12 (doze) dias, em razão da divergência existente quanto ao destino da carga nos documentos apresentados (fl. 60).

Neste quadro, restringe-se o litígio à responsabilidade da dívida e à validade da Duplicata Mercantil n. 3423/1.

Sobre isso, afirma a demandante que o pagamento das diárias seria de integral responsabilidade da requerida, por esta ter feito constar no Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas destino diverso da mercadoria.

A partir da análise dos autos, contudo, nota-se que o equívoco que originou a retenção da mercadoria e, em consequência, a cobrança do pagamento de diárias, decorreu das informações constantes na Nota Fiscal emitida pela revendedora do trator, e não dos dados presentes no Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas expedido pela empresa ré.

Destarte, da leitura dos citados documentos, observa-se que, no Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas n. 5805, consta que a carga deve ser entregue na Cidade de Vazante/MG (fl. 16 da ação cautelar) – local que corresponde ao destino da mercadoria, como alegado pela própria autora (confira-se à fl. 3 da inicial) –, já a Nota Fiscal n. 206041 (fl. 57 dos autos n. 083.07.001572-7) não especifica onde o produto seria entregue, informando apenas o endereço da sede da adquirente, Correia Pinto/SC.

Não bastasse, consta no Auto de Retenção de Mercadorias, lavrado pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, a seguinte informação: *“aguardando apuração do efetivo destino da mercadoria, uma vez que na nota fiscal indica a Cidade de Correia Pinto/SC e no CTCRC a Cidade de Vazante/MG”* (fl. 60).

Assim, como assentado pelo magistrado *a quo*, infere-se que o documento que causou o equívoco (e, conseqüentemente, a retenção da carga) foi preenchido pela empresa revendedora da mercadoria, de maneira que não se pode responsabilizar a empresa ré pelo pagamento das diárias. Por conseguinte, resta inviável, também, a declaração de inexistência do débito.

A respeito da falta de responsabilidade da empresa transportadora sobre as informações constantes na Nota Fiscal, *mutatis mutandis*, colhe-se da jurisprudência pátria:

REPARAÇÃO DE DANOS. CONTRATO DE TRANSPORTE. IRREGULARIDADE DO DOCUMENTO FISCAL ENTREGUE PELA CONTRATANTE AO TRANSPORTADOR. AUTUAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL E RETENÇÃO DO VEÍCULO. A RESPONSABILIDADE PELA IRREGULARIDADE DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL É ATRIBUÍVEL A QUEM A EMITIU. O DEVER DO TRANSPORTADOR SE LIMITA A EXIGIR A APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL, MAS NÃO A DE VERIFICAR SUA REGULARIDADE. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA E DA BOA-FÉ CONTRATUAL. DEVER DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS, REEMBOLSANDO O VALOR DA MULTA E DOS LUCROS CESSANTES. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJRS, Terceira Turma Recursal Cível, Recurso Cível n. 71004681177 (0044455-06.2013.8.21.9000), rel. Juiz Cleber Augusto Tonial, j. em 23.10.2014) (negritou-se).

Ainda:

AÇÃO DE COBRANÇA. INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. TRANSPORTADOR. NOTA FISCAL RASURADA. RESPONSABILIDADE DO PRODUTOR EMITENTE DA NOTA.

Evidenciado nos autos que a causa da infração decorreu de rasura na data inserida na nota fiscal, conforme se lê claramente do auto de lançamento, cuja responsabilidade pela emissão é do produtor demandado. A alegação do réu de que contratou o autor para o transporte em data anterior à da autuação não veio comprovada,

inexistindo contrato de transporte embasar esta asserção ou prova diversa que assim evidenciasse. Inexistência de evidências de que a rasura na nota fiscal tenha se dado pelo requerente. Assim, chancela-se a decisão no sentido de que é dever do demandado adimplir os valores constantes nas guias recolhidas pelo autor junto à Receita Federal. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS, Primeira Turma Recursal Cível, Recurso Cível n. 71003625894 (0004690-62.2012.8.21.9000), rel. Juíza Marta Borges Ortiz, j. em 26.02.2013) (grifou-se).

Também não prospera a alegação da demandante de que a ação deveria ter sido julgada procedente ante a revelia da empresa ré.

Não se olvida que a demandante foi revel na presente ação (fls. 33/34) e que a presunção de veracidade é um dos efeitos da revelia (art. 319 do Código de Processo Civil de 1973, correspondente ao art. 344 da nova legislação), contudo, tal presunção é relativa, sendo necessário, para eventual procedência, que as provas constantes nos autos corroborem com a versão do autor, o que, no presente caso, como visto acima, não ocorreu.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. DUAS AÇÕES DE RESCISÃO DE CONTRATO E UMA DE COBRANÇA. LITIGANTES, DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEL E REVENDEDORA. SENTENÇA UNA PARA AS TRÊS AÇÕES. DEMANDAS RESCISÓRIAS JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES E A DE COBRANÇA PROCEDENTE. IRRESIGNAÇÃO DA REVENDEDORA - EMPRESA DONALD STREY E CIA. LTDA. (...) 5-) APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA AO PROCESSO DE N. 054.05.006909-1 - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO AJUIZADA POR DONALD STREY E CIA. LTDA. TESE REJEITADA. EFEITOS QUE ENSEJAM A PRESUNÇÃO

RELATIVA DE VERACIDADE. RECORRENTE QUE NÃO FEZ PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAS INVIÁVEL. (...) RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, TÃO SOMENTE PARA MAJORAR A VERBA ADVOCATÍCIA. (Apelação Cível n. 2014.060405-2, rel.^a Des.^a Denise de Souza Luiz Francoski, j. em 26.11.2015) (destacou-se).

Não merece provimento, outrossim, o pleito de inversão do ônus probatório.

Isto porque os documentos constantes nos autos foram suficientes ao deslinde do feito, de maneira que a medida seria inócua na hipótese.

Sobre o tema, colhe-se decisão desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. (...) INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MEDIDA DESNECESSÁRIA NO CASO EM APREÇO. DOCUMENTOS ESSENCIAIS AO JULGAMENTO DA LIDE JÁ APRESENTADOS. INCONFORMISMO NÃO ACOLHIDO. (...) RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2014.063977-0, rel.^a Des.^a Soraya Nunes Lins, j. em 09.10.2014) (grifou-se).

De outro norte, verifica-se a inexistência de lastro comercial e, em consequência, a nulidade do título, por outro fundamento, a saber: pelo fato de a duplicata mercantil em questão não representar contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços pela sacadora.

É sabido que as duplicatas mercantis são títulos causais, isto é, têm sua validade condicionada à existência de uma relação subjacente de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços pela sacadora.

E, ao analisar os autos, como afirmado anteriormente, constatou-se que a Duplicata Mercantil n. 3423/1 é referente a 12 (doze) diárias decorrentes da retenção da carga pela Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, ou seja, não diz respeito à compra e venda mercantil ou mesmo à prestação de serviços pela sacadora.

Em caso semelhante, já se pronunciou esta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO DA RÉ. PRETENDIDA LICITUDE DE PROTESTO DE TÍTULO. INVIABILIDADE. DUPLICATA MERCANTIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE JUSTA CAUSA À SUA EMISSÃO. CÁRTULAS EMITIDAS EM VIRTUDE DE DIÁRIAS GASTAS COM MERCADORIA RETIDA EM ZONA FRONTEIRIÇA. DESPESAS HAVIDAS PARA O FIEL CUMPRIMENTO DO CONTRATO DE TRANSPORTE. DUPLICATA NÃO EMITIDA EM RAZÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO OU COMPRA E VENDA MERCANTIL. TÍTULOS DECLARADOS NULOS E INEXIGÍVEIS. SENTENÇA MANTIDA. TESE DESACOLHIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINORAÇÃO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC, E DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELO PROVIDO NO ITEM. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2012.018142-4, rel. Des. Gerson Cherem II, j. em 29.8.2013) (negritou-se).

Extrai-se do teor do acórdão:

(...) Inegável, portanto, que as cópias foram lançadas com base nas diárias gastas, porém tais despesas não dão azo à duplicata mercantil, porque não correspondem a um serviço prestado pela sacadora, antes configuram-se em gasto (extraordinário) decorrente do frete.

Neste sentido, convém citar o entendimento desta Corte: “*Ora, se não existe nos autos nenhum documento comprobatório da existência de uma compra e venda ou de uma prestação de serviços ensejadora do saque da duplicata em apreço, fica evidenciada a ausência de origem deste título de crédito, o que acaba por torná-lo nulo*” (AI n. 01.006220-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Pedro Manoel Abreu). (AC n. 2010.052371-2, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 23-11-2010) (grifo no original). (...).

Dessa forma, tendo a Duplicata Mercantil n. 3423/1 sido emitida por causa diversa de obrigação decorrente de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços pela sacadora, imperiosa a sua anulação.

Necessário frisar, outrossim, que a anulação da duplicata mercantil em análise não retira da empresa ré a faculdade de cobrar, por meio de eventual ação judicial, a obrigação decorrente das diárias, uma vez que, a princípio, perfeitamente válida e eficaz.

Ainda, levando-se em conta a reforma parcial da sentença ocorrida com o presente julgamento – apenas para anular a Duplicata Mercantil n. 3423/1 –, torna-se necessário redistribuir as custas processuais e os honorários advocatícios fixados na sentença (R\$ 2.000,00), na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte.

Frise-se, ainda, ser admitida a compensação da verba honorária, a teor da Súmula 306 do STJ, em razão de a sentença ora recorrida ter sido publicada antes de 18 de março de 2016, quando entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil, que obistou referida medida em seu art. 85, § 14º.

Ainda, como decorrência lógica da anulação da Duplicata Mercantil n. 3423/1 realizada nesta instância, reputa-se indevido o seu protesto, pelo que torna-se necessária a reforma da sentença também no tocante à ação cautelar apensa (Autos n. 083.07.001572-7), para julgar

procedente o pedido, a fim de confirmar a decisão liminar e determinar o cancelamento definitivo do protesto, na medida em que indevido.

E, em consequência da procedência da demanda cautelar, torna-se necessária a redistribuição dos ônus sucumbenciais, para condenar a requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, como arbitrados na sentença – R\$ 500,00.

Em caso semelhante, já decidiu esta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE QUITAÇÃO CUMULADA COM ANULATÓRIA DE TÍTULO, CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. JUÍZA *A QUO* QUE, EM SENTENÇA ÚNICA, JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS EM AMBAS AS DEMANDAS. (...) **ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE CANCELAMENTO DOS PROTESTOS, POR SUA VEZ, COMO COROLÁRIO LÓGICO DA PROCEDÊNCIA DA DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO.** (...) IRRESIGNAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, JULGANDO-SE PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS, OBSERVADA A NATUREZA INCIDENTAL DO PEDIDO DEDUZIDO NA FORMA CAUTELAR. (Apelação Cível n. 2011.050121-4, rel.^a Des.^a Rosane Portella Wolff, j. em 27.03.2014) (destacou-se).

Pelo exposto, conhece-se do recurso para dar-lhe parcial provimento, a fim de: julgar parcialmente procedente a Ação Declaratória de Inexistência de Débito n. 083.07.001912-9, para anular a Duplicata Mercantil n. 3423/1 e redistribuir os ônus sucumbenciais, condenando ambas as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados na sentença, admitida a compensação destes, a

teor da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada; julgar procedente a ação cautelar (Autos n. 083.07.001572-7), a fim de confirmar a liminar, de determinar o cancelamento do protesto do título e de inverter a sucumbência, condenando a requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios quanto a esta demanda.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 2015.059271-2, de Otacílio Costa

Relator: Des. Tulio Pinheiro

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE CARRETA REBOQUE. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU A LIMINAR, EM RAZÃO DE O BEM ALIENADO SER ESSENCIAL À ATIVIDADE ECONÔMICA DESENVOLVIDA PELA PESSOA JURÍDICA RÉ, A QUAL, ATUALMENTE, ENCONTRA-SE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

RECURSO DA CASA BANCÁRIA.

PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO, AO ARGUMENTO DE QUE O TITULAR DE CRÉDITO FIDUCIÁRIO NÃO SE SUBMETE AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TESE AFASTADA. LEI DE FALÊNCIAS QUE, EM SEU ART. 6º, § 4º, VEDA A RETIRADA DO ESTABELECIMENTO DO DEVEDOR DOS BENS ESSENCIAIS À SUA ATIVIDADE EMPRESARIAL DURANTE O PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS. HIPÓTESE DOS AUTOS EM QUE FICOU COMPROVADO QUE O BEM OBJETO DA BUSCA E APREENSÃO – CARRETA REBOQUE – É INDISPENSÁVEL À ATIVIDADE ECONÔMICA DESENVOLVIDA PELA PESSOA JURÍDICA RÉ/AGRAVADA. MANTENÇA DA DECISÃO COMBATIDA, NESTE CENÁRIO, IMPERATIVA.

RECLAMO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2015.059271-2, da Comarca de Otacílio Costa (Vara Única), em que é agravante Banco Bradesco S.A. e agravada Transporte Sapê Ltda.:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Des. Denise de Souza Luiz Francoski e o Exmo. Sr. Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 17 de março de 2016.

Tulio Pinheiro

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido liminar, interposto por Banco Bradesco S.A. contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Otacílio Costa, em ação de busca e apreensão por si ajuizada (Autos n. 0300594-09.2015.8.24.0086), com amparo na Cédula de Crédito Bancário n. 003.759.301, em desfavor de Transportes Sapê Ltda. e Silvio Candido de Ávila, que indeferiu a liminar, em razão de o bem alienado – carreta reboque, de Placas MKH 3410 – ser essencial à atividade desenvolvida pela pessoa jurídica ré, a qual, atualmente, encontra-se em recuperação judicial (cópia da decisão agravada às fls. 37/38).

Busca, em apertada síntese, a casa bancária agravante a reforma da decisão, sob a assertiva de que o crédito relativo à propriedade fiduciária não se submete aos efeitos e regras da recuperação judicial. Aduz, por outro lado, que não há nos autos provas de que a efetivação da busca e apreensão do bem em questão inviabilizaria a atividade produtiva da empresa demandada (fls. 2/13).

Ao realizar o exame de admissibilidade do recurso, o Exmo. Des.

Artur Jenichen Filho admitiu o processamento do agravo, porém negou o efeito ativo almejado (fls. 27/30).

Contrarrazões da parte agravada às fls. 36/48.

Este é o relatório.

VOTO

Relembrando, pretende a instituição financeira agravante a reforma da decisão que, em ação de busca e apreensão por si ajuizada (Autos n. 0300594-09.2015.8.24.0086), com amparo na Cédula de Crédito Bancário n. 003.759.301, em desfavor de Transportes Sapê Ltda. e Silvio Candido de Ávila, indeferiu a liminar, em razão de o bem alienado – carreta reboque, de Placas MKH 3410 – ser essencial à atividade desenvolvida pela pessoa jurídica ré, a qual, atualmente, encontra-se em recuperação judicial (cópia da decisão agravada às fls. 37/38).

Para tanto, aduz que o crédito relativo à propriedade fiduciária não se submete aos efeitos e regras da recuperação judicial. Alega, por outro lado, que não constam nos autos provas de que a efetivação da busca e apreensão do automotor em questão inviabilizaria a atividade produtiva da empresa demandada.

O recurso, adianta-se, não merece acolhida.

Com efeito, estabelece o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, que:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...).

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive

em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Não obstante o referido dispositivo, de fato, afaste expressamente a possibilidade de incidência dos efeitos da recuperação judicial ao credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis – como é o caso dos autos –, a mesma norma prevê, em contrapartida, a vedação de retirada do estabelecimento do devedor dos bens essenciais à sua atividade empresarial durante o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, estabelecido no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005.

E, na hipótese, mostra-se latente a essencialidade do bem objeto da alienação fiduciária – carreta reboque, de Placas MKH 3410 –, pois, conforme bem consignou a magistrada de primeiro grau em sua decisão:

(...) Compulsando estes autos, observa-se que o credor fiduciário pretende a busca e apreensão de uma carreta reboque aberta, entretanto, ao analisar com precisão os autos da recuperação judicial tem-se que a atividade econômica da devedora que é o transporte de cargas, conforme consta na Junta Comercial e na cláusula segunda do Contrato Social (fls. 13 e 15, Autos n. 0300310-98.2015-8.24.0086).

Neste norte, como o objeto social da devedora, que está em recuperação judicial, é o “transporte rodoviário de cargas em geral”, não há como negar que a carreta reboque aberta é essencial à sua atividade econômica e nessa condição tal bem está abarcado pela exceção do art. 49, § 3º, última parte, da Lei 11.101/2005. (...) (fls. 37/38).

Dito isto, em sendo aplicável a suspensão supramencionada ao caso ora em debate, escorreita a decisão combatida que indeferiu a liminar enquanto pendente o prazo suspensivo de 180 (cento e oitenta) dias, estabelecido no art. 6º, § 4º, da Lei de Falências.

Neste norte, colhe-se precedentes desta Corte de Justiça:

AGRAVODEINSTRUMENTO.AÇÃODEBUSCAEAPREENSÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU A LIMINAR. EMPRESA DEVEDORA QUE ESTÁ EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO DO PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO QUE, EM REGRA, NÃO SE SUBMETE AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONSTATAÇÃO QUE OS BENS OBJETO DA DEMANDA DE BUSCA E APREENSÃO SÃO ESSENCIAIS ÀS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. VEDAÇÃO À RETIRADA DAS MÁQUINAS DA POSSE DA EMPRESA DURANTE O PRAZO DE SUSPENSÃO PREVISTO NO ART. 6º, § 4º, DA LEI N. 11.101/2005. INTELIGÊNCIA DA PARTE FINAL DO ART. 49, § 3º, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. APREENSÃO DOS BENS QUE CONTRARIARIA A FINALIDADE DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, QUE É CONFERIR CONDIÇÕES DE SUPERÇÃO DA CRISE FINANCEIRA DA EMPRESA. DECISÃO AGRAVADA ACERTADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 2015.054959-1, rel.^a Des.^a Soraya Nunes Lins, j. em 18.02.2016) (destacou-se).

Por fim:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. AGRAVADA/DEVEDORA EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI Nº 11.101/05. Apesar de o artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05 dispor que não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos que numera, também há referência expressa, no sentido de que não será permitida, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta mesma Lei, a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. ACERTO DA DECISÃO ATACADA. IMPROVIMENTO DA PRETENSÃO LANÇADA NO AGRAVO.

Age assim, acertadamente, o magistrado que, verificando tratar-se de bem essencial à atividade da agravada, em recuperação judicial, indefere o pedido liminar de busca e apreensão. **AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.** (Agravo de Instrumento n. 2014.027788-6, rel. Des. Rubens Schulz, j. em 13.10.2014) (negritou-se).

Ante o exposto, conhece-se do recurso para negar-lhe provimento.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 2015.004689-9, de Balneário Camboriú

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. TRANSPORTE MARÍTIMO. SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES (*DEMURRAGE*). INTERLOCUTÓRIA QUE NÃO ACOLHEU A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* E INDEFERIU O PEDIDO DE DENUNCIÇÃO À LIDE DA EMPRESA ADQUIRENTE DAS MERCADORIAS. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

SUSCITADA ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. AGRAVANTE QUE CONSTA NOS CONHECIMENTOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO (*BILL OF LADING*) COMO ÚNICA E EXCLUSIVA CONSIGNATÁRIA DA CARGA. ALEGAÇÃO DE QUE OS CONTRATOS SERIAM MERAS CÓPIAS (*DRAFTS*) SEM ASSINATURA OU COMPROVAÇÃO DO EFETIVO TRANSPORTE E RESPONSABILIDADE ASSUMIDA QUE NÃO SE SUSTENTA. MODALIDADE DE TRANSPORTE QUE, DIANTE DAS PECULIARIDADES QUE APRESENTA, NÃO EXIGE A ADREDE ASSINATURA DO DESTINATÁRIO DA CARGA. VALIDADE JURÍDICA DOS AJUSTES RECONHECIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO COMERCIAL ENTRE A TRANSPORTADORA (AGRAVADA) E A MERCADORA (AGRAVANTE). VERBERADA PRESENÇA DE CONHECIMENTOS DE TRANSPORTE INDICANDO COMO CONSIGNATÁRIA EMPRESA ESTRANHA À LIDE. FATO CONSTATADO PELA PRÓPRIA AGRAVADA ANTES DA CITAÇÃO, REDUNDANDO EM PEDIDO DE EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL, JÁ DEFERIDO PELO MAGISTRADO DE ORIGEM. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA DELINEADA. PRELIMINAR REPELIDA.

“A consignatária é responsável pela obrigação de pagar os valores expressamente pactuados em decorrência de sobre-estadia de contêiner.” (Apelação Cível n. 2011.063635-9, Rel. Des. Jânio Machado, j. 11-07-13).

“[...] *BILL OF LADING*. FALTA DE ASSINATURA DA DESTINATÁRIA DA MERCADORIA. IRRELEVÂNCIA.

É típico dessa modalidade de transporte, em que expedidor (*shipper*) e consignatário (*consignee*) encontram-se a um oceano de distância um do outro, que aquele firme com a transportadora o contrato de transporte marítimo e este apenas conheça de seus termos, receba a carga e, se assim constar do conhecimento de embarque (*freight collect*), pague o transporte e demais custos.

Por suas próprias particularidades, diga-se, ‘geográficas’, esse tipo de contrato não reclama a assinatura prévia do destinatário da carga. O ajuste é feito validamente entre o expedidor e o transportador, e a obrigação alcança o destinatário, que terá, no entanto, direito de regresso contra o expedidor se com este outra coisa contratara. [...]” (Apelação Cível n. 2009.041114-5, Rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. 31-10-13).

CLAMADA DENUNCIÇÃO À LIDE DA EMPRESA ADQUIRENTE DAS MERCADORIAS COM ESPEQUE NO ART. 70, INCISO III, DO CPC. DESCABIMENTO. RELAÇÕES JURÍDICAS CONTRATUAIS DISTINTAS E INDEPENDENTES. INGRESSO DE TERCEIRO QUE REDUNDARIA EM INTRODUÇÃO DE FUNDAMENTO NOVO NA DEMANDA PRINCIPAL. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA, CELERIDADE

PROCESSUAL E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS INCABÍVEL. DECISÃO MANTIDA INCÓLUME.

“[...] ‘A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios’ (REsp 216.657/SP, 4ª Turma,

Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 16.11.1999). 2. Recurso especial não provido.” (REsp 1187943/GO, Rel. Mina. Eliana Calmon, j. 25-5-10).

REBELDIA IMPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2015.004689-9, da 4ª Vara Cível da Comarca de Balneário Camboriú, em que é agravante Tek Trade International Ltda., e agravados CMA CGM do Brasil Agência Marítima Ltda. e outro:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Agravo. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. JOSÉ INACIO SCHAEFER e José Everaldo Silva.

Florianópolis, 26 de janeiro de 2016.

Carstens Köhler

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento manejado por Tek Trade International Ltda., em face da decisão que, na ação de cobrança n. 005.12.015918-4, movida por CMA-CGM Societé Anonyme, indeferiu os pedidos de denúncia à lide e reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* (fls. 12-17).

Em suas razões recursais a Agravante aduz, em síntese, que (fls. 02-11): (a) é empresa comercial importadora e exportadora e atua como

prestadora de serviços de importação por conta e ordem de terceiros para diversas empresas localizadas no território nacional; (b) um de seus clientes, Ever Eletric Appliances Ind. e Com. de Veículos Ltda., que consta como parte a notificar nos conhecimentos de transporte acostados à exordial, é a real cliente da empresa Autora, sendo que a Ré/Agravante figura nos contratos/conhecimentos de transporte marítimo como consignatária da carga, por força do disposto no art. 3º, § 1º, da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 225/2002; (c) não há nenhuma relação comercial entre a Agravante e a Agravada; (d) inexistem nos autos qualquer documento firmado entre as Partes que caracterize a necessidade de devolução das unidades de carga em prazo fixo ou valores a serem cobrados em caso destes prazos serem desobedecidos; (e) o Juízo de origem baseia o seu entendimento quanto à legitimidade passiva da Agravante nos contratos de transporte, o que está equivocado, porquanto referidos ajustes são meras cópias (*drafts*) sem assinatura ou comprovação do efetivo transporte e responsabilidade assumida, sendo que apenas os documentos de fls. 88, 95 e 100 possuem assinatura e validade jurídica; (f) além disso, os conhecimentos de transporte de fls. 114, 116 e 118 não estão consignados à Agravante, e sim a terceira pessoa estranha à lide; (g) por ser mera prestadora de serviços, não possui legitimidade para compor o polo passivo da ação; (h) a não devolução das unidades de carga ocorreu por culpa exclusiva da empresa Ever Eletric Appliances Ind. e Com. de Veículos Ltda., que não adimpliu as armazenagens no Porto de São Francisco/SC, ocasionando a retenção das mesmas; (i) recebeu correspondência da KPMG Corporate Finance informando que a empresa Ever Eletric Appliances Ind. e Com. de Veículos Ltda. está em recuperação judicial – autos n. 1013465-64.2014.8.26.0008 – em trâmite na 6ª Vara Cível da Comarca de Barueri/SP, deferida em 04-11-14; (j) a denúncia à lide não se trata de mero capricho, visto que a empresa Adquirente e comprovadamente responsável pelo débito está em recuperação judicial, e pode vir a ser extinta antes mesmo do

juízo da presente ação, deixando a Recorrente com um prejuízo que não deu causa; e (k) a cláusula 26 do conhecimento de transporte marítimo determina que a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações assumidas pela Adquirente e dela própria, é dizer, da empresa Ever Electric Appliances Ind. e Com. de Veículos Ltda., real proprietária das mercadorias, detentora da posse das mesmas, razão pela qual deve figurar no polo passivo da demanda, na forma do art. 70, inciso III, do CPC.

Finalizou clamando pela concessão do efeito suspensivo.

Acompanharam a inicial os documentos de fls. 12-93.

O Desembargador Relator originário determinou a intimação da Agravante para que, em dez dias, providenciasse “a juntada da cópia dos documentos correspondentes às fls. 01/85, 120/125, 138/385, 392/594, todas dos autos de origem, as quais foram utilizadas para o embasamento da decisão agravada, sob pena de não admissão do recurso, a teor do art. 557, *caput*, do CPC” (fl. 97), havendo manifestação da Recorrente à fl. 103), com a formação de três volumes anexos ao Agravo de Instrumento.

Na sequência, o pleito de concessão de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 107-113).

Transcorrido *in albis* o prazo para que fossem vertidas as contrarrazões (certidão de fl. 116), os autos foram redistribuídos a esta relatoria, por vinculação ao Agravo de Instrumento n. 2014.074669-7.

É o necessário escorço.

VOTO

Para facilitar o entendimento, a análise das matérias será feita por tópicos.

1 Da suscitada ilegitimidade passiva *ad causam*

Afirma a Agravante que: (a) é empresa comercial importadora e exportadora e atua como prestadora de serviços de importação por conta e ordem de terceiros para diversas empresas localizadas no território nacional; (b) um de seus clientes, Ever Electric Appliances Ind. e Com. de Veículos Ltda., que consta como parte a notificar nos conhecimentos de transporte acostados à exordial, é a real cliente da empresa Autora, sendo que a Ré/Agravante figura nos contratos/conhecimentos de transporte marítimo como consignatária da carga, por força do disposto no art. 3º, § 1º, da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 225/2002; (c) não há nenhuma relação comercial entre a Agravante e a Agravada; (d) inexistem nos autos qualquer documento firmado entre as Partes que caracterize a necessidade de devolução das unidades de carga em prazo fixo ou valores a serem cobrados em caso destes prazos serem desobedecidos; (e) o Juízo de origem baseia o seu entendimento quanto à legitimidade passiva da Agravante nos contratos de transporte, o que está equivocado, porquanto referidos ajustes são meras cópias (*drafts*) sem assinatura ou comprovação do efetivo transporte e responsabilidade assumida, sendo que apenas os documentos de fls. 88, 95 e 100 possuem assinatura e validade jurídica; (f) além disso, os conhecimentos de transporte de fls. 114, 116 e 118 não estão consignados à Agravante, e sim a terceira pessoa estranha à lide; e (g) por ser mera prestadora de serviços, não possui legitimidade para compor o polo passivo da ação.

As alegações não prosperam, devendo ser mantida incólume a decisão quanto ao reconhecimento da pertinência subjetiva passiva da Agravante.

In casu, da atenta leitura dos documentos que compõem a ação de cobrança e o Agravo de Instrumento, constata-se que a Irresignada figura na integralidade dos contratos de transporte marítimo (*Bill of Lading*) objeto da lide como única e exclusiva consignatária das mercadorias (fls. 23-26, 27-28, 29-34, 35-38, 39-40, 41-42, 43-45, 46-47, e 50-52). É

dizer, a relação jurídica estabelecida nos aludidos ajustes se deu entre a Transportadora/Agravada e a Consignatária/Agravante.

Diante deste quadro a primeira alegação – de que inexistiria qualquer relação jurídica entre as Partes – cai por terra.

Outrossim, como a própria Recorrente afirma, a empresa Ever Electric Appliances Ind. e Com. de Veículos Ltda. é sua cliente, não havendo qualquer relação entre esta e a empresa Transportadora.

E, uma vez comprovado que a Agravante figurou como consignatária da carga, a legitimidade para atuar no polo passivo da demanda aflora inescandível.

Aliás, neste norte já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SOBRE-ESTADIA (“DEMURRAGE”) DE CONTÊINER. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUE NO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE MARÍTIMO CONSTOU COMO SENDO CONSIGNATÁRIA. TERMO DE RETIRADA DE CONTÊINER E TABELA DE VALORES SUBSCRITA PELA REQUERIDA. CLÁUSULA PREVENDO O PAGAMENTO DE SOBRE-ESTADIA, A TÍTULO DE ALUGUEL, PARA O CASO DE NÃO DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER NO PRAZO E NA FORMA AVENÇADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O prazo da pretensão de cobrança decorrente de sobre-estadia de contêiner observa a prescrição decenal do artigo 205 do Código Civil de 2002.

2. A consignatária é responsável pela obrigação de pagar os valores expressamente pactuados em decorrência de sobre-estadia de contêiner. (Apelação Cível n. 2011.063635-9, Rel. Des. Jânio Machado, j. 11-07-13).

E ainda:

COBRANÇA. Contrato de transporte marítimo. Demanda procedente. Insurgência. Ilegitimidade passiva. Preliminar rejeitada. Relação de consumo. Inocorrência. Pagamento de sobre-estadia de contêineres. Ausente força maior. Inocorrência. Responsabilidade da empresa consignatária. Recurso desprovido.

A consignatária é legítima para figurar no polo passivo da demanda que visa cobrar taxa de sobre-estadia de contêineres por inócurrenre força maior a desincumbi-la desta obrigação e estar amparada em contrato de transporte marítimo.

(Apelação Cível n. 2008.075608-4, Rel. Des. JOSÉ INACIO SCHAEFER, j. 23-5-11).

A mais disso, igualmente não prospera a assertiva de que os conhecimentos de transporte não teriam validade jurídica porquanto desnudados de assinatura e comprovante de efetivo transporte e responsabilidade assumida.

E isso porque a modalidade de transporte em análise apresenta peculiaridades que tornam irrelevante a presença de assinatura do destinatário da carga, restando comprovada a existência do contrato pela documentação que embasou a inicial, qual seja, conhecimentos de transporte (*drafts*) devidamente acompanhados do carimbo de recebimento aposto pelo Despachante Aduaneiro.

Acerca do tema já deliberou este Sodalício:

[...] *BILL OF LADING*. FALTA DE ASSINATURA DA DESTINATÁRIA DA MERCADORIA. IRRELEVÂNCIA.

É típico dessa modalidade de transporte, em que expedidor (*shipper*) e consignatário (*consignee*) encontram-se a um oceano de distância um do outro, que aquele firme com a transportadora o contrato de transporte marítimo e este apenas conheça de seus termos, receba a carga e, se assim constar do conhecimento de embarque (*freight collect*), pague o transporte e demais custos. Por suas próprias particularidades, diga-se,

“geográficas”, esse tipo de contrato não reclama a assinatura prévia do destinatário da carga. O ajuste é feito validamente entre o expedidor e o transportador, e a obrigação alcança o destinatário, que terá, no entanto, direito de regresso contra o expedidor se com este outra coisa contratara [...]. (Apelação Cível n. 2009.041114-5, Rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubiali, j. 31-10-13).

Ressalte-se também que a afirmação de que alguns conhecimentos de transporte não estariam consignados à Agravante igualmente naufraga, porquanto tal irregularidade foi constatada pela própria Autora/Agravada antes da citação, sendo clamada no Juízo de origem a emenda do pórtico inaugural (fls. 238-283 e 291-308 dos autos na origem em anexo), que foi devidamente deferida (fls. 282-283 e 316-318). Logo, sendo extirpados da pretensão deduzida na inicial os conhecimentos de transporte alienígenas, não há que se falar em qualquer vício neste ponto a embasar a assertiva de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Em remate, em face dos argumentos susoelencados, a manutenção da decisão atacada quanto ao reconhecimento da legitimidade passiva da Agravante desnuda-se imperativa.

2 Da clamada denúncia à lide da Empresa Adquirente das mercadorias

Clama alternativamente a Agravante pelo deferimento da denúncia à lide da Empresa Adquirente das mercadorias.

Para tanto afirma que: (a) a não devolução das unidades de carga ocorreu por culpa exclusiva da empresa Ever Eletric Appliances Ind. e Com. e Veículos Ltda., que não adimpliu as armazenagens no Porto de São Francisco/SC, ocasionando a retenção das mesmas; (b) recebeu correspondência da KPMG Corporate Finance informando que a empresa Ever Eletric Appliances Ind. e Com. de Veículos Ltda. está em recuperação judicial – autos n. 1013465-64.2014.8.26.0008 – em trâmite na 6ª Vara Cível da Comarca de Barueri/SP, deferida em 04-11-

14; (c) a denúncia à lide não se trata de mero capricho, visto que a empresa Adquirente e comprovadamente responsável pelo débito está em recuperação judicial, e pode vir a ser extinta antes mesmo do julgamento da presente ação, deixando a Recorrente com um prejuízo que não deu causa; e (d) a cláusula 26 do conhecimento de transporte marítimo determina que a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações assumidas pela Adquirente e dela própria, uma vez que é a real proprietária das mercadorias, detentora da posse das mesmas, razão pela qual deve figurar no polo passivo da demanda, na forma do art. 70, inciso III, do CPC.

Mais uma vez razão não lhe assiste.

Isso porque os contratos de transporte marítimo que deram origem aos valores cobrados pela Agravada foram firmados em sua integralidade entre a Recorrente e a Recorrida.

Da cláusula 26 do contrato (fl. 67 – fl. 136 na origem) se extrai, *in verbis*:

26 RESPONSABILIDADE DA EMBARCADORA/MERCADOR

(1) Todas as Pessoas abrangidas pela definição de Mercador, na Cláusula 1, estarão conjunta e separadamente responsáveis à Transportadora pelo devido cumprimento das obrigações assumidas pelo Mercador neste Conhecimento de Embarque, e assim permanecerão responsáveis durante o Transporte todo, mesmo que tenham transferido este Conhecimento de Embarque e/ou sua propriedade das Mercadorias a terceiros. Essa responsabilidade compreenderá, entre outras, a de pagar custas de processo, despesas, e emolumentos razoáveis de advogados, incorridos na cobrança de despesas e quantias devidas à Transportadora.

[...]

(5) Se os Contêineres fornecidos pelo Mercador ou em nome dele forem desovados nos estabelecimentos do Mercador, ele será responsável pela devolução do Contêiner vazio, com o interior do mesmo limpo, e entregue

no porto ou local indicado pela Transportadora, seus empregados ou agentes, e dentro do prazo para isso previsto. Se um Contêiner não for devolvido dentro do prazo previsto na Tarifa e/ou no mesmo estado, ao ser liberado, o Mercador poderá ser responsabilizado por detenção, perda ou despesas que daí resultar. (grifo no original).

E de acordo com o descrito no contrato – fl. 60, equivalente à fl. 129 na origem – o conceito de Mercador é o seguinte:

“Mercador” compreende a Embarcadora, Titular, Consignatária, Recebedora das Mercadorias, pessoa que possuir ou tiver direito à posse das Mercadorias ou deste Conhecimento de Embarque ou quem estiver atuando em nome daquela Pessoa.

In casu, quem figurou no ajuste em debate como embarcadora foi a empresa Shenyang Jinbei Imp./Exp. Co. Ltd. (fl. 57 – fl. 126 na origem), atuando a Agravante como titular, consignatária, recebedora das mercadorias e responsável pela posse das mesmas em nome da Adquirente.

Aliás, o “contrato de prestação de serviço de importação de mercadorias por conta e ordem de terceiros a outras avenças” firmado entre a Adquirente e a Agravante (fls. 69-75) confirma essa assertiva, na medida em que dispõe: *(i)* na cláusula 3.1 ser de responsabilidade da Importadora (Agravante) o desembaraço das mercadorias importadas junto às autoridades aduaneiras (fl. 70); e *(ii)* na cláusula 7.1 ser da Recorrente o dever de adimplir com os custos previstos na cláusula 6.1 – custos, de qualquer natureza, direta e/ou indiretos, vinculados à importação e ao desembaraço aduaneiro – com o numerário a ser creditado pela Adquirente (Agravada) na conta bancária da Recorrente (fl. 70).

Já dos conhecimentos de transporte traduzidos ajuizados às fls. 57-68 extrai-se de forma expressa a obrigação assumida pela Agravante, na qualidade de Mercadora, tanto de “retornar os contêineres vazios,

fornecidos por ou em nome da Transportadora, com o interior limpo, ao estágio ou local indicado pela Transportadora, seus empregados ou agentes, dentro do prazo fixo indicado e nas mesmas condições na liberação” (item 274, fl. 59, equivalente à fl. 128 na origem), quanto de efetuar o pagamento do frete (cláusula 12, subitem 4, fl. 63, equivalente à fl. 132 na origem).

Estabelece o art. 70 do Código Buzaid:

Art. 70. A denúncia da lide é obrigatória:

I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

O pedido de denúncia à lide formulado pela Agravante é embasado no inciso III do dispositivo legal susotranscrito. Ocorre que para essa hipótese faz-se necessário que na demanda se discuta a relação obrigacional decorrente de lei ou de contrato entre o denunciante e o denunciado, de forma que o denunciante seja indenizado pelo denunciado em caso de derrota. A mais disso, não há falar-se em denúncia à lide quando houver fundamento que inove em relação à lide principal.

E, no caso *sub judice*, é flagrante a inovação no tocante à lide principal, haja vista a distinção e independência entre as relações jurídicas estabelecidas entre a Agravante e a Agravada e entre a Agravante e a Adquirente das mercadorias, de modo que o deferimento da denúncia à lide representaria inescusável procrastinação do feito, em afronta

aos princípios da celeridade e da economia processual, que orientam o cabimento da aludida modalidade de intervenção de terceiros.

Na mesma toada já proclamou a Corte da Cidadania:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA - DENUNCIÇÃO DA LIDE - DESCABIMENTO - SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO PRINCIPAL, CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO - REJEIÇÃO DA INTERVENÇÃO, TAMBÉM, EM HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO.

1. “A denúncia da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios” (REsp 216.657/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de

Figueiredo Teixeira, DJ de 16.11.1999).

2. Recurso especial não provido. (REsp 1187943/GO, Rel. Mina. Eliana Calmon, j. 25-5-10).

E ainda, *mutatis mutandis*:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA MOVIDA POR FORNECEDOR DE MATERIAL HOSPITALAR EM FACE DO HOSPITAL. PRÓTESES E ÓRTESES. DENUNCIÇÃO DA LIDE AOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DESCABIMENTO (CPC, ART. 70, III). RELAÇÕES JURÍDICAS CONTRATUAIS DISTINTAS E INDEPENDENTES.

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não fica demonstrado na hipótese dos autos que os planos e seguros de saúde compareciam como garantes diretos dos contratos de fornecimento de material hospitalar firmados entre o nosocômio e os

fornecedores desses insumos, de modo a caber-lhes o dever de indenizar o hospital no caso de procedência da demanda.

2. Desse modo, não se aplica, ao caso, a invocada regra do art. 70, III, do CPC. As relações jurídicas contratuais travadas são completamente distintas e independentes, ou seja: há uma relação entre o hospital e seu fornecedor; e, outra, entre o hospital e cada plano ou seguro de saúde. Assim, normalmente, o que acontecer no âmbito de uma relação não terá repercussão na outra.

3. Aceitar a denúncia à lide, na espécie, implicaria a introdução de fundamento novo na demanda, relativo às razões pelas quais cada plano de saúde se recusou ao pagamento das notas apresentadas pelo hospital, referentes às próteses, o que não é possível em lide secundária, voltada para a economia processual.

4. O pretendido dissídio pretoriano não foi analiticamente demonstrado, deixando descumprido o comando disposto nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

5. Recurso especial desprovido. (REsp n. 1376520/SE, Rel. Min. Raul Araújo, j. 14-8-14).

A mais disso, estando a Adquirente em processo de recuperação judicial, como informado neste Agravo, por certo seu ingresso na ação de cobrança retardaria em muito a prestação jurisdicional, devendo na hipótese serem prestigiados os princípios da economia, razoável duração do processo e celeridade processual.

Em idêntica alheta já decidiu este Areópago:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO DE COBRANÇA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO PREAMBULAR. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ. TESE DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. ARGUMENTO QUE SE CONFUNDE COM MATÉRIA DE MÉRITO. ARGUMENTO PREFACIAL RECHAÇADO. PLEITO DE DENUNCIÇÃO

DA LIDE DA IMPORTADORA. RECHAÇO EM PRESTÍGIO À ECONOMIA PROCESSUAL E À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA DE LEI OU CLÁUSULA CONTRATUAL QUE AUTORIZE A GARANTIA DA DEMANDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 70, III, DO CPC.

[...]

(Apelação Cível n. 2011.009760-5, Rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 13-08-13).

E do corpo do v. acórdão se extrai o seguinte excerto que se adota como parte das razões de decidir:

[...] No entanto, a denunciação da lide na hipótese do inciso III do artigo 70 do Código Buzaid se limita a ações de garantia, quais sejam, aquelas nas quais se discuta a relação obrigacional legal ou contratual do denunciado em garantir denunciante, indenizando-o em caso de derrota, razão por que de não se admitir a denunciação quando houver fundamento que inove em relação à lide principal.

Assim, mostra-se descabida a denunciação da lide como requer a apelante, até porque o seu deferimento representaria inescusável procrastinação do feito, em afronta aos princípios da celeridade e da economia processual, que orientam o cabimento da referida intervenção de terceiros.

Por isso é que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que “a denunciação da lide, como modalidade de intervenção de terceiros, busca atender aos princípios da economia e da presteza na entrega da prestação jurisdicional, não devendo ser prestigiada quando susceptível de pôr em risco tais princípios” (REsp 216.657/SP, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 16-11-1999) (REsp 1187943/GO, rel. Min. Eliana Calmon, j. 25-5-2010).

A propósito, esta Corte se manifestou:

O direito à denunciação à lide fica subordinado aos interesses do autor da ação, a quem deve ser assegurada uma prestação jurisdicional célere.

E se eventual direito de regresso foi expressamente ressalvado ao requerido, nada justifica a inserção de um terceiro na relação inicialmente estabelecida, o que provocaria evidente retardamento no andamento do processo, com inescandíveis prejuízos ao autor (Apelação Cível n. 2002.021338-7, de Araranguá, rel. Des. Jânio Machado, j. 23-10-2007).

Em seus comentários a respeito, assinala Vicente Greco Filho:

A denunciação da lide, portanto, é obrigatória, nos casos dos incs. II e III, a fim de que o denunciante, na mesma ação, obtenha o título executivo contra o denunciado (art. 76) a fim de evitar que na eventual ação autônoma de regresso se rediscuta o mérito da primeira ação, cuja sentença não encerra a força da coisa julgada contra aquele que, por não ter sido denunciado, não foi parte no feito.

Se essa conclusão parece relativamente clara, o mesmo não podemos dizer com o problema relativo ao âmbito das hipóteses de denunciação cabíveis no inc. III.

Com efeito, tem-se interpretado tal disposição de forma perigosamente extensiva, de modo a possibilitar o chamamento de todos aqueles contra os quais a parte possa ter direito de regresso. Essa interpretação, observe-se desde logo, não é desapojada pelo texto da lei, onde encontramos expressões como ‘obrigado a indenizar, em ação regressiva’ (art. 70), ‘responsável pela indenização’ (arts. 72 e 73) e ‘responsabilidade por perdas e danos’ (art. 75).

Todavia, repugnamos interpretação que possa levar ao exercício abusivo do instituto e, ademais, incompatível com os princípios que o informam.

A denunciação da lide tem por justificativa a economia processual, porquanto encerra, num mesmo processo, duas ações (a principal e a incidente, de garantia), e a própria exigência de justiça, porque evita sentenças contraditórias (por exemplo, poderia ser procedente a primeira e improcedente a de regresso por motivo que, se levado à primeira, também a levaria à improcedência).

Por outro lado, é importante lembrar que o direito processual adotou o

princípio, originário do direito romano, da singularidade da jurisdição e da ação, isto é, os efeitos da sentença, de regra, só atingem as partes, o juiz não pode proceder de ofício e a legitimação e os casos de intervenção são de direito estrito, porque excepcionam os princípios consagrados nos arts. 3º e 6º do Código de Processo Civil.

Ora, se estendêssemos a possibilidade de denunciação a todos os casos de possibilidade de direito de regresso violaríamos todos esses princípios, de aceitação pacífica no direito processual brasileiro, sem exceção.

De fato, se admitíssemos a denunciação ante a simples possibilidade de direito de regresso violaríamos a economia processual e a celeridade da justiça, porque num processo seriam citados inúmeros responsáveis numa cadeia imensa e infundável, com suspensão do feito primitivo. Assim, por exemplo, numa demanda de indenização por dano decorrente de acidente de veículo, poderia ser chamado o terceiro, que o réu afirma ter também concorrido para o acidente, a fábrica que montou no carro peça defeituosa, a Prefeitura que não cuidou do calçamento, cabendo, também, à fábrica de automóvel chamar a fábrica de peças e esta, por sua vez, o fornecedor do material. E isto tudo tem prejuízo da vítima, o autor primitivo, que deseja a reparação do dano e a aplicação da justiça, mas que teria de aguardar anos até a citação final de todos. Violar-se-ia, também, como se vê, o princípio da singularidade da ação e da jurisdição, com verdadeira denegação de justiça.

Qual, porém, o critério que deve limitar a denunciação?

Parece-nos que a solução se encontra em admitir, apenas, a denunciação da lide nos casos de ação em garantia, não a admitindo para os casos de simples ação de regresso, isto é, a figura só será admissível quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado for obrigado a garantir o resultado da demanda, ou seja, a perda da primeira ação, automaticamente, gera a responsabilidade do garante.

Em outras palavras, não é permitida, na denunciação, a intromissão de fundamento jurídico novo, ausente na demanda originária, que não seja responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato.” (Intervenção de terceiros, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 89 a 91).

Logo, o caso dos autos não contempla a denúncia requerida, não sendo vedado, no entanto, à parte, que exerça seu direito de regresso em ação própria.

Enfatize-se, por fim, que eventual responsabilidade da Empresa que contratou a importação com a Agravante poderá ser resolvida em eventual e posterior ação de regresso.

Destarte, a decisão combatida permanece incólume também neste aspecto.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao Agravo. Comunique-se imediatamente ao Juízo *a quo*.

Agravo de Instrumento n. 0128929-86.2015.8.24.0000

Relator: Des. José Inacio Schaefer

TUTELA ANTECIPADA. Indeferimento. Insurgência. Revisional de contratos bancários. Imóvel dado em garantia de um dos ajustes. Moradia dos agravantes. Manutenção na posse do bem durante o trâmite da demanda. Provimento.

Os insurgentes pediram o expurgo dos encargos reputados abusivos e o exame deste tema esta vinculado com o inadimplemento e a mora, razão bastante para obstar, por ora, a expropriação extrajudicial do imóvel que garante o débito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0128929-86.2015.8.24.0000, da comarca de Timbó 1ª Vara Cível, em que são Agravantes Vera Lúcia Teixeira da Silva e outros e Agravado Banco Bradesco S/A.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 14 de junho de 2016

Desembargador José Inacio Schaefer

RELATOR

RELATÓRIO

Vera Lucia Teixeira da Silva, Julio Santos Astigarraga e HT Galvanoplastia Ltda. agravaram da decisão proferida na revisional que moveram em face de Banco Bradesco S/A, inconformados com o indeferimento liminar da tutela antecipada que pediu fossem mantidos na posse do imóvel, oferecido em garantia do financiamento obtido através da cédula de crédito bancário para capital de giro, enquanto pendente discussão sobre a dívida (fls. 02/13).

O efeito suspensivo foi deferido nesta Instância (fls. 260/266).

Apesar de intimado, o agravado deixou de ofertar contrarrazões (fl. 347).

VOTO

Cuida-se de reclamo, cujo exame prioritário encontra amparo nos artigos 12, § 2º, VII, e 1.020, do novo Código de Processo Civil, inconformado com a decisão agravada que dispôs:

Face ao exposto, indefiro, por ora, o pedido de antecipação da tutela, nos termos do art. 273, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil, porquanto não comprovados os requisitos legais para a sua concessão.

Defiro o pedido de inversão do ônus da prova, pelo que deve o Requerido, no prazo de contestação, exibir os documentos solicitados no “item b” de fl 22 (CPC, art. 355).

Desde já, advirto o Requerido de que a recusa na apresentação não será permitida, ciente de que a não juntada dos documentos requisitados dará azo à aplicação do disposto no art. 359 do CPC, motivo pelo qual considerar-se-ão verdadeiros os fatos que, por meio de tais instrumentos, a parte contrária pretendia provar.

Cite-se o Requerido para, querendo, apresentar resposta, no prazo legal, sob as penas da revelia e confissão (fl. 255, correspondente à fl. 244, na origem).

O inconformismo sustentou que esta decisão teria obrado com equívoco ao negar ao casal Julio e Vera a manutenção na posse do imóvel dado em garantia no contrato cujas cláusulas busca revisar. Para tanto amparou-se nos seguintes argumentos: a) são legítimos possuidores do apartamento e nele residem desde o ano de 2008, quando foi adquirido; b) não possuem outro local para moradia; c) atravessam dificuldades de cunho econômico-financeiro, além de a agravante ter sérios problemas de saúde desde o ano de 2011; d) não firmaram/anuíram a cédula onde este foi dado em garantia.

Para corroborar estas alegações carregaram cópias de faturas da Casan, Celesc, IPTU, telefone fixo e móvel, assim como, contas de internet e condomínio (fls. 227/252, correspondente às fls. 214/241).

Da decisão recorrida constou:

A Lei n. 10.444, de 07.05.2002, acrescentou o § 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, possibilitando ao juiz, quando verificada a hipótese de natureza cautelar à postulação de tutela antecipada, atender ao reclamo com o deferimento da liminar adequada ao caso concreto, desde que presentes os seus pressupostos e requisitos específicos, quais sejam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. [...]

Além disso, necessário que estejam presentes cumulativamente os requisitos abaixo elencados, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

“Segundo entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, admite-se o deferimento dos pedidos de abstenção ou de cancelamento de inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito e de manutenção em seu favor da posse do bem, desde que preenchidos cumulativamente três requisitos, a saber: a) efetiva comprovação da

existência de litigiosidade judicial do débito; b) demonstração de que as alegações formuladas na demanda fundamentam-se em posicionamento dos Tribunais Superiores; c) depósito dos valores incontroversos ou prestação de caução idônea a critério do Magistrado. Vale frisar, todavia, que “a natureza do depósito incidental é eminentemente cautelar, uma vez que funciona como verdadeira caução para a pretensão do autor, qual seja, o afastamento dos efeitos da mora. Assim, o objetivo precípuo dessa medida está condicionado à verificação da abusividade do contrato, de modo que a ausência da prova suficiente a sustentar as alegações do autor esvazia por completo a utilidade do pleito consignatório” (Agravo de Instrumento n. 2011.088554-3, rela. Des. Rejane Andersen, j. em 12/6/2012).

No caso dos autos, os Autores não lograram comprovar, expressa e objetivamente, a presença dos requisitos legais ora analisados, em especial a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações de abusividade das cláusulas contratuais e dos encargos financeiros capazes de elidir a mora. [...]

Outrossim, verifica-se que a propriedade do imóvel em questão já fora consolidada em favor da instituição Requerida (fls. 211/213), o que, em regra, inviabiliza a alegação de impenhorabilidade do bem de família (fls. 253/254, correspondente às fls. 242/243).

O efeito suspensivo foi concedido nesta Instância pela Câmara Civil Especial nos seguintes termos:

As partes firmaram diversos contrato de “Cédula de Crédito Bancário - Empréstimo - Capital de Giro n. 237/00381/1690113”, no valor de R\$ 195.000,00 (cento e noventa e cinco mil reais), a serem pagos em 60 (sessenta) prestações mensais no valor de R\$ 5.644,18, no qual foi oferecido em garantia o imóvel matriculado sob o n. 18.896, no 1º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Timbó/SC.

Pugnam os Agravantes pela suspensão da consolidação da propriedade do imóvel dado em garantia em contrato de alienação

fiduciária, haja vista a ofensa a princípios constitucionais, e, ainda, pelo fato de que, o bem oferecido em garantia contratual trata-se de o único bem de propriedade dos Recorrentes, e, portanto, impenhorável.

Na decisão agravada, a Juíza singular entendeu pelo indeferimento da antecipação de tutela pleiteada.

Ressalta-se, por oportuno, que, no âmbito processual, dispõe o § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil, que o deferimento da liminar é medida cabível para evitar o dano irreparável e de difícil reparação quanto à transferência do imóvel em favor do fiduciário. [...]

In casu, evidente que eventual consolidação da propriedade imóvel poderá trazer inúmeros gravames à parte, e além disso, plenamente admissível a discussão da abusividade das cláusulas contratuais avençadas. [...]

Assim, diante da existência da Ação Revisional em curso, somente a partir do seu trânsito em julgado, é que o Agravado poderá dar prosseguimento à execução extrajudicial por ele movida.

À vista desses argumentos, destarte, presente a prova inequívoca, bem como relevância na fundamentação e o perigo iminente a ensejar dano irreparável ou de difícil reparação, a antecipação da tutela recursal é a medida que se impõe, a fim de determinar que os Agravantes permaneçam na posse do imóvel mencionado na inicial, enquanto pendente a discussão sobre os contratos que originaram o débito, até o julgamento do mérito deste recurso (fls. 261/265).

Essa solução merece ser confirmada, sobretudo porque os documentos acostados ao reclamo, notadamente as faturas de consumo de energia elétrica, água e telefone, evidenciam que o imóvel serve de moradia dos agravantes Vera e Julio (fls. 227/252, correspondente às fls. 214/241). Não bastasse, a inicial pediu o expurgo de encargos reputados abusivos.

Ora, a análise deste tema tem vinculação direta com o inadimplemento e a mora (Orientação 2 – STJ, REsp n. 1061530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008 pela Lei dos Recursos Repetitivos). Logo, viável resguardar o patrimônio dos agravantes, enquanto pendente discussão sobre o valor do débito e a validade da garantia em causa.

De ressaltar, por oportuno, que em consulta ao Sistema de Automação ao Judiciário – SAJ, nesta data (disponível em www.tjsc.jus.br), possível verificar que na reintegração de posse, movida por Marcelo Furtado Calixto (arrematante do bem no leilão extrajudicial) em face dos agravantes Vera e Júlio, a liminar foi revogada porque aquele “não logrou comprovar, ao menos por ora, que efetivamente fora consolidado na posse do imóvel em questão” (autos n. 0300866-42.2015.8.24.0073, da 1ª Vara Cível da Comarca de Timbó).

Por todo o exposto, voto para dar provimento ao recurso, a fim de manter os agravantes na posse do imóvel matriculado sob o n. 18.896 no 1º Ofício de Registro de Imóveis de Timbó.

Apelação Cível n. 2016.001346-0, de Criciúma

Relator: Des. José Inacio Schaefer

CHEQUE ADMINISTRATIVO. Nominativo. Pagamento a terceiro mediante fraude. Indenizatória. Restituição do valor à correntista. Inconformismo. Falha na prestação do serviço. Dados e documentos do portador. Verificação. Cautela ausente. Responsabilização objetiva. Provimento negado.

O recorrente deixou de fazer prova da exação alegada na prestação de serviços à correntista, quanto mais cuidou de demonstrar que atendeu a determinação na cautelar preparatória de exibição de documento legível e imagens.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2016.001346-0, da comarca de Criciúma (2ª Vara Cível), em que é apelante Itaú Unibanco S/A, e apelada Daiane Gonçalves Barbosa ME:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 08 de março de 2016

José Inacio Schaefer

RELATOR

RELATÓRIO

Itaú Unibanco S/A apelou da sentença proferida pelo juiz Ricardo Machado de Andrade em demanda que nominou como Ação de Indenização com Ressarcimento de Valor Pago Indevidamente c/c Danos Morais que lhe foi movida por Daiane Gonçalves Barbosa ME, inconformado com a determinação de restituir a esta a quantia de trinta mil reais, correspondente ao pagamento irregular de um cheque administrativo (fls. 185/187).

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 193).

Nas contrarrazões foi pedido o desprovemento do reclamo (fls. 195/200).

VOTO

A sentença dispôs:

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o pedido e, em consequência, condeno o réu a restituir à autora a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora, tudo a partir de 17/07/2009 (fls. 19).

Condeno cada uma das partes no pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação, conforme art. 20, § 3º e art. 21, *caput*, ambos do CPC (fl. 182).

A instituição financeira refutou a alegação de que teria pago a quantia constante do cheque administrativo descrito na inicial para pessoa diversa do favorecido. Argumentou ausente indício nos autos de que o referido título deixou de ser pago ao beneficiário, pessoa que deveria ter sido trazido para ser ouvida na instrução. Além disso, questionou a inversão do ônus da prova e, mesmo que tivesse ocorrido fraude, a culpa seria exclusiva da vítima, a teor do art. 14, § 3º, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Nas contrarrazões foi alegado que o ônus probatório caberia ao apelante, em face do disposto no artigo 333, II, do Código de Processo Civil.

Para melhor compreensão do tema controvertido faz-se uma pequena digressão.

Daiane Gonçalves Barbosa – ME relatou, na inicial que, em meados de 2009, recebeu oferta de um lote de pneus, através de telefone e “email”, de uma empresa que se dizia estabelecida em São José dos Pinhais/PR. As tratativas teriam evoluído para a concretização da compra e venda, tendo ficado ajustado o pagamento através de um cheque administrativo, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Por isto, no dia 17 de julho de 2009, esteve na agência onde mantinha conta-corrente e de posse do cheque nº 430, dirigiu-se até a cidade paranaense, oportunidade em que,

No caminho a sócia da Autora e seu esposo foram surpreendidos, pois tratava-se de um assalto a mão armada por dois elementos que se diziam ser da Polícia Federal, sendo levados para uma casa e colocaram num quarto fechado, levando o cheque administrativo de emissão do requerido no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) nominal a Hélio Schneider, e que mais tarde foi sacado na boca do caixa do Unibanco S/A, na cidade de Ponta Grossa/PR.

Relatou que ao procurar informações junto ao demandado soube que o referido cheque havia sido sacado num dos caixas na agência de “Ponta Grossa/PR, no dia 20/07/2009, por uma pessoa de nome Hélio Schneider, que, inclusive esteve na agência bancária sentado frente da gerência, Sr. Júnior das 11:00 às 13:00 horas” (fl. 3).

Esta narrativa veio com a alegação da falta de cautela do preposto na identificação de quem se apresentou para resgatar o valor do referido cheque, pois ao diligenciar pela localização do verdadeiro beneficiário, soube que este residia na cidade de São Leopoldo/RS e jamais teria estado na cidade local dos fatos ora narrados.

Além destas informações, registrou ter providenciado boletim de ocorrência junto a autoridade policial e relatou que, em vista de dificuldades na via administrativa para elucidar os fatos e recuperar a quantia em causa, necessitou ingressar com demanda cautelar e através desta apenas foi-lhe entregue uma fotocópia ilegível (fl. 4 e 5). Para demonstrar estas alegações acostou documentos (fl. 16 e 17).

Na contestação os fatos foram parcialmente impugnados, especial a alegação quanto à identificação do beneficiário do cheque. Por esta manifestação a responsabilidade seria exclusiva da cliente (fl. 114).

O documento foi apresentado em agência diversa de sua emissão e o apresentante recebeu a quantia correspondente.

A autora sustentou que o pagamento foi efetuado a pessoa diversa daquela nominada no cheque administrativo.

Por isto buscou a devolução do valor.

A decisão recorrida sobre o tema assentou:

No caso *sub judice* o ônus probatório é de ser invertido, pois a negociação estabelecida entre os litigantes se trata de relação de consumo, regida, portanto, pela Lei n. 8.078/90.

Assim, caberia à instituição financeira demonstrar que efetuou o pagamento à pessoa de Hélio Schneider, favorecido pela quantia de R\$ 30.000,00 constante da cártula, cuja cópia repousa às fls. 17, não caracterizando defeito na prestação do serviço, culpa exclusiva da suplicante ou terceiro.

Contudo, examinando-se detidamente os autos, verifica-se que Unibanco S/A não logrou êxito em demonstrar que não falhou na prestação do serviço, visto que limitou-se a argumentar que efetuou o pagamento à pessoa correta, não trazendo aos autos qualquer resquício de prova neste sentido.

Assim, sendo a instituição financeira a prestadora do serviço contratado

pela autora e, inexistindo prova das excludentes dos incisos I e II do § 3º do art. 14 da Lei n. 8.078/90, exsurge a responsabilidade de restituir a quantia paga a elemento distinto daquele do favorecido no cheque (fl. 181).

O reclamo não logrou demonstrar o desacerto desta decisão. Aliás, diante da prova produzida com a inicial, restou incontroversa a emissão do referido cheque, bem como deste ter sido objeto de resgate em agência do banco emissor. A confortar a alegação da inicial, de que o documento caiu em mãos indevidas, a prova documental, notadamente os boletins de ocorrência (fls. 16 e 18).

O dispositivo do código consumerista, referido na defesa do emissor do cheque, fala em culpa exclusiva da vítima.

Ora, se de alguma forma a vítima poderia ter contribuído para o resultado, ao atender telefonemas e mensagens pela internet, aceitando transacionar com pessoas desconhecidas, a responsabilidade em causa diz com o pagamento de cheque administrativo, sem as cautelas necessárias na identificação quando da apresentação para pagamento.

Colhe-se na doutrina a respeito do tema:

É próprio de estelionatário o uso de manobras sutis e enganadoras para obter vantagem ilícita, cobrindo sua atividade com o manto de veracidade e da honestidade. As mais das vezes alcança seus objetivos após longo preparo de caminhos, até vencer todos os obstáculos e conseguir ludibriar a atenção do preposto do banco, inclusive na compensação de cheques. Para ele tarefa muito fácil é alterar três mil para treze mil, colar fotografia falsa na identidade de outrem, adaptar o visual, e assim por diante.

A conduta do agente, a responsabilidade do ente bancário, e a legislação pertinente imporão criteriosa análise em cada episódio deflagrado. Mas o ideal da justiça sempre se sobrepõe aos institutos protetivos de interesses individuais, como o denominado sigilo bancário. Esse jamais deverá beneficiar o ofensor mal intencionado, em detrimento da vítima desavisada ou de boa-fé (Marmitt, Arnaldo. Perdas e dano. Aide Ed. 2ª ed., 1992, p. 307).

De consignar, por oportuno, que antes desta ação principal, a vítima buscou a exibição cautelar do referido cheque e imagens de vídeo, para identificar quem se fez passar pelo destinatário do cheque. A decisão ali proferida julgou procedente os pedidos e, em grau de recurso, a irresignação do Itaú Unibanco S/A foi solucionada com a seguinte ementa:

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. Pedido formulado através de cautelar. Cópia de cheque administrativo. Microfilmagem ilegível. Dever de exibir acolhido na sentença. Improvimento do recurso.

O atendimento do dever de exibir documento comum às partes reclama a vinda deste no original e se impraticável, a cópia necessita ser legível, mesmo que se cuide de microfilme (Ap. Civ. N. 2011.071396-7, j em 18/10/2011).

No voto colhe-se o seguinte alerta:

Ora, é notório o fato de que os estabelecimentos bancários, dado seu porte econômico, possuem plenas condições de ter acesso e fornecer qualquer documento de interesse de seus clientes, devendo, pois, mantê-los à disposição destes sempre que solicitados, de forma que possam ser úteis aos fins para os quais necessários. No caso concreto, sequer a parte alegou onde mantém o documento original donde extraiu a fotocópia ilegível que exibiu e qual a dificuldade de apresentar cópia legível (fl. 106).

Referida prova deixou de ser exibida, nem mesmo tendo sido carreada com a resposta nesta principal.

Lamenta-se a falta de atenção do recorrente em suas razões recursais, inclusive quando da seguinte passagem:

Se afirma a autora que o cheque foi emitido para o Sr. Hélio Schneider, e que este não recebeu o valor e que sequer esteve no banco deveria tê-lo trazido ao juízo para prestar depoimento (fl. 187 – terceiro parágrafo).

A prova testemunhal produzida nesta principal reforçou o alegado

na inicial. Com efeito, a pessoa ora referida foi arrolada pelo autor, e ouvida sob o crivo do contraditório, oportunidade em que esclareceu:

Que não tem conhecimento a respeito do cheque administrativo que teria sido emitido em seu nome; que nunca ouviu falar da empresa autora; que seus dados ficaram cadastrados no banco réu devido ao seu primeiro pagamento de aposentadoria.

Ao responder aos questionamentos do procurador do autor, acrescentou: “Que não conhece a cidade de Ponta Grossa-Paraná” (fl. 168).

Portanto, o argumento de que a autora preferiu “silenciar, deixando a cargo do réu o ônus de provar o correto pagamento do cheque”, não corresponde ao que ocorreu ao longo do processo.

Por decorrência, se alguém agiu “equivocadamente”, não foi o ilustre prolator da sentença.

Merece acrescer, que a relação de consumo resta evidente no caso, uma vez que a autora é correntista da instituição financeira (art. 3º, § 2º, CDC). Logo, esta deixou de proporcionar a segurança legitimamente esperada na prestação do serviço, pois ausente cautela dos seus prepostos na liberação de quantia expressiva.

A excludente prevista no § 3º, inciso II, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, não socorre o recorrente, pois, como já referido retro, não se trata de evento ocorrido por culpa exclusiva da vítima.

Por qualquer ângulo vertido no reclamo, este contexto milita em favor da correntista.

Como qualquer outro profissional, o banqueiro responde contratualmente por suas falhas, ainda que praticadas com culpa aquiliana. Sua responsabilidade até se agrava de certo modo, por lidar com o dinheiro de outrem, o que por si justifica uma legislação apropriada. Precisar a dimensão e o conteúdo da obrigação assumida, e o grau de zelo exigível

do banqueiro, certamente é tarefa nem sempre fácil, dentro do contexto das situações práticas. Sua responsabilidade inclusive abrange o dano moral que, aliás, encontra terreno propício nesta área. Tal pode ocorrer, v g. na devolução de cheque sem motivo justificável, ou na falta de pagamento correto de cheques por estabelecimento bancário (RJTJSP – 96/366 – 107/203, ob. cit. P. 309).

A jurisprudência, a este mesmo respeito, encontra-se firmada em entendimento sumulado da Corte Superior (Súm. 479) e julgamento sob a sistemática prevista na letra “C”, do art. 543, do Código de Processo Civil (Lei 11.672/08), nos seguintes termos:

As instituições financeiras 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 risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno (REsp n. 1.199.782/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 24.8.2011).

Assim, como os argumentos trazidos no apelo deixaram de evidenciar o desacerto da sentença, outra solução não há como inacolher o reclamo.

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0600727-80.2014.8.24.0031, de Indaial

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE DESCONTO DE CHEQUES. AUTOS QUE VIERAM ACOMPANHADOS APENAS DO CONTRATO CELEBRADO PELAS PARTES E DO DEMONSTRATIVO DA EVOLUÇÃO DO DÉBITO. DOCUMENTOS INSUFICIENTES PARA INSTRUIR O PEDIDO INJUNTIVO. ARTIGO 1.102-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. PRECEDENTE DA CÂMARA. NECESSIDADE DA APRESENTAÇÃO DOS BORDERÔS OU DOS TÍTULOS DESCONTADOS. VÍCIO QUE FOI ARGUIDO NOS EMBARGOS MONITÓRIOS. AUTOR QUE, NA IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS, DEIXOU DE EXIBIR OS DOCUMENTOS TIDOS POR ESSENCIAIS, INSISTINDO NA SUFICIÊNCIA DAQUELES APRESENTADOS. ESTABILIZAÇÃO DA LIDE QUE IMPEDE A EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 0600727-80.2014.8.24.0031, da comarca de Indaial (1ª Vara Cível), em que é apelante Banco do Brasil S/A e apelados ACR Indústria Comércio de Serras Ltda. – ME e outros:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 9 de junho de 2016, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 21 de junho de 2016.

Jânio Machado

RELATOR

RELATÓRIO

Banco do Brasil S/A ajuizou ação monitória contra ACR Indústria e Comércio de Serras Ltda. – EPP, Álvaro César Rutzen e Tatiana Cipriano Rutzen sob o argumento de que é credor da quantia de R\$111.561,15 (cento e onze mil, quinhentos e sessenta e um reais e quinze centavos), correspondente ao saldo devedor do contrato para desconto de cheques n. 030209482.

Os mandados de pagamento foram expedidos (fls. 80/82) e os requeridos opuseram embargos monitórios (fls. 94/99) com alegações de: a) falta de prova escrita suficiente para suportar o procedimento injuntivo e b) ilegalidade da cobrança da comissão de permanência.

Os embargos foram impugnados (fls. 103/106) e, na sequência, o digno magistrado Orlando Luiz Zanon Junior julgou improcedente o pedido inicial (artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973) e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa (fls. 108/109).

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação cível (fls. 112/116) sustentando a nulidade da sentença, uma vez que não foi assegurado o direito à emenda da petição inicial, e a suficiência dos documentos apresentados.

A empresa apelada apresentou resposta (fls. 120/122) e os autos vieram a esta Corte.

VOTO

A ação monitória está suportada no: 1) “contrato para desconto de cheques - cláusulas especiais” n. 030.209.482, celebrado em 16.1.2013, no valor de R\$140.000,00 (cento e quarenta mil reais), com vencimento para 11.11.2013 (fls. 40/43); 2) “contrato para desconto de cheques - cláusulas gerais” (a cópia da versão registrada no cartório do 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos de Brasília sob o n. 855124, no dia 20.12.2012, fls. 30/39) e 3) demonstrativo da evolução do débito (fls. 73/74).

O artigo 1.102-A, do Código de Processo Civil de 1973, dispõe que “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”.

A respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade lecionam:

“Ação monitória é o instrumento processual colocado à disposição do credor de quantia certa, de coisa fungível ou de coisa móvel determinada, com crédito comprovado por documento escrito sem eficácia de título executivo, para que possa requerer em juízo a expedição de mandado de pagamento ou de entrega de coisa para a satisfação de seu direito”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1474).

Na operação de desconto bancário, a instituição financeira recebe o título descontado e paga à descontária o valor nominal com o abatimento dos juros da operação, que constituem a sua remuneração. Se o título recebido em desconto não é pago pelo sacador, o credor somente poderá exigir da empresa descontária o valor que lhe adiantou, mais os encargos da inadimplência, o que se justifica em razão da vedação ao enriquecimento sem causa.

A exigência dos valores adiantados à descontária por intermédio

do procedimento injuntivo, contudo, reclama a prova da existência das operações de desconto, o que se faz por meio da apresentação do “borderô” emitido para cada operação de crédito ou dos próprios títulos descontados. Na Câmara, assim já se decidiu: apelação cível n. 2013.065456-6, de Blumenau, relator o juiz Guilherme Nunes Born, j. em 28.8.2014.

No caso, apesar da ausência destes documentos ter sido arguida nos embargos monitórios (fls. 94/98), o apelante não aproveitou a oportunidade de impugnar os embargos para a sua apresentação, insistindo na suficiência dos documentos que acompanham a petição inicial.

A emenda da petição inicial após a estabilização da lide é vedada: “A determinação de emenda da petição inicial só pode ocorrer até a contestação.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 292).

Na Câmara, a propósito, é encontrado precedente: apelação cível n. 2010.056565-5, de Itajaí, de minha relatoria, j. em 27.10.2011.

Não se ignora a orientação que vem do Superior Tribunal de justiça, de admitir a emenda da petição inicial após a estabilização da lide quando não houver a modificação substancial do pedido ou da causa de pedir (agravo em recurso especial n. 715.660/SP, relator o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 11.3.2016; recurso especial n. 1.535.281/PR, relator o ministro Moura Ribeiro, j. em 17.6.2015, e embargos de divergência em recurso especial n. 674.215/RJ, Segunda Seção, relator o ministro Ari Pargendler, j. em 25.6.2008). Contudo, esta orientação pressupõe a falta de oportunidade para a manifestação do autor a respeito do vício apontado na petição inicial, a situação que os autos não reproduzem, pois o apelante impugnou os embargos monitórios insistindo na suficiência dos documentos apresentados.

Assim, se oportunidade houve para que o apelante apresentasse os documentos tidos por essenciais, não havia necessidade de nova intimação para sanar vício que já era conhecido do apelante e, tampouco, padece de nulidade a decisão de julgar improcedente o pedido inicial por ausência destes documentos.

Com essas considerações, o recurso interposto é desprovido.

Por último, não se faz necessária “a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes” e, tampouco, a “menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados”. (AgRg no REsp. 1.480.667/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.1.2014)

Apelação Cível n. 2016.023707-7, da Capital – Bancário

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SALDO DEVEDOR DE CONSÓRCIO REPRESENTADO POR NOTA PROMISSÓRIA. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE COBRANÇA QUE É AFASTADA. PRAZO ESTABELECIDO NO ARTIGO 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, QUE AINDA NÃO HAVIA TRANSCORRIDO AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. CAMBIAL ASSINADA EM BRANCO QUE NÃO TEM A VALIDADE AFETADA DIANTE DA AUSÊNCIA DA PROVA DO ABUSO NO PREENCHIMENTO. ORIENTAÇÃO CONSAGRADA NA SÚMULA N. 387 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DO MOTIVO QUE ENSEJOU A EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SENTENÇA ANULADA. ARTIGO 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. TEMA CONTROVERTIDO QUE SE APRESENTA EM CONDIÇÕES DE IMEDIATO JULGAMENTO. CONTRATO DE CONSÓRCIO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO PACTUADA. LIBERDADE DAS ADMINISTRADORAS DE CONSÓRCIO PARA A SUA ESTIPULAÇÃO. ORIENTAÇÃO DA SÚMULA N. 538 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO DO VALOR EXIGIDO OU DA INCORREÇÃO DO CÁLCULO APRESENTADO PELA CREDORA. PEDIDO INICIAL QUE É ACOLHIDO. SUCUMBÊNCIA INTEGRAL DA PARTE REVEL. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO ARTIGO 104 DA CONSTITUIÇÃO CATARINENSE E DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/97. POSSIBILIDADE DA NOMEAÇÃO DE ADVOGADO PARA ATUAR COMO DEFENSOR DATIVO ENQUANTO A DEFENSORIA PÚBLICA NÃO ESTIVER DEVIDAMENTE ESTRUTURADA. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E DO EXERCÍCIO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À

AMPLA DEFESA. ARTIGO 5º, INCISOS XXXV, LV E LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS CONFORME O DISPOSTO NO ARTIGO 22, § 1º, DA LEI N. 8.906/94. RECURSO DOS REQUERIDOS DESPROVIDO E RECURSO DA AUTORA PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA E, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2016.023707-7, da comarca da Capital – Bancário (3ª Vara de Direito Bancário), em que são apelantes/apelados Bianca Menezes Gobbi e outro e apelada/apelante Massa Falida da Florisa Administradora de Consórcio SC Ltda.:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso dos requeridos e dar provimento ao recurso da autora para o fim de anular a sentença e, com fundamento no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, julgar procedente o pedido inicial. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 2 de junho de 2016, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 6 de junho de 2016.

Jânio Machado

RELATOR

RELATÓRIO

Massa Falida da Florisa Administradora de Consórcios Ltda.

ajuizou ação de cobrança contra Bianca Menezes Gobbi e Hilário Pedro Gobbi sob o fundamento de que é credora da quantia de R\$6.408,99 (seis mil, quatrocentos e oito reais e noventa e nove centavos), referente ao saldo devedor de 7 (sete) parcelas do consórcio.

O ilustre magistrado, diante da decretação de falência da autora, determinou a remessa dos autos à Vara de Rogatórias, Precatórias, Precatórios, Falências e Concordatas (fl. 25), sobrevivendo a interposição de agravo de instrumento (fls. 29/41), que foi provido (fls. 48/49).

Após alguns percalços de ordem processual, nomeou-se curador especial (fl. 109), que apresentou contestação (fls. 116/120).

Com a manifestação da autora (fls. 124/128), o digno magistrado Marco Aurélio Ghisi Machado proferiu sentença (fls. 129/131), o que fez nos seguintes termos:

“À vista do exposto, reconheço a prescrição e **JULGO EXTINTA** a presente ação de cobrança ajuizada por **MASSA FALIDA DA FLORISA ADMINISTRADORA DE CONCÓRCIOS LTDA.** contra **BIANCA MENEZES GOBBI**, com fulcro no art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios devidos ao curador especial, no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no art. 20 do CPC e entendimento jurisprudencial consolidado. *‘Se o réu revel citado por edital é vitorioso na demanda, os honorários advocatícios do curador especial serão pagos pela parte autora. O Estado somente deverá arcar com a referida verba se o demandado ausente é o vencido.’ (AC n. 2010.001410-3, de Criciúma, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 16.3.2010).*

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se.” (grifo no original).

Inconformados, os requeridos interpuseram recurso de apelação

cível (fls. 135/139) pleiteando o arbitramento de honorários advocatícios assistenciais, em razão do exercício de curador especial, nos termos do artigo 22, § 1º, da Lei n. 8.906/94.

De igual modo irresignada, a autora interpôs recurso de apelação cível (fls. 140/146) argumentando com a suspensão do prazo prescricional em virtude da decretação da sua falência.

Os apelados ofereceram resposta (fls. 150/155 e 156/159), vindo os autos a esta Corte.

VOTO

A ação de cobrança está suportada no contrato de consórcio grupo n. 138, cota n. 108, firmado na data de 16.9.1998, tendo a requerida Bianca Menezes Gobbi sido contemplada em março de 2002, restando um saldo devedor de 7 (sete) parcelas, no valor total de R\$6.408,99 (seis mil, quatrocentos e oito reais e noventa e nove centavos), vencidas entre 18.2.2003 e 15.8.2003 (fls. 12/23). Em garantia do negócio foi estipulada a alienação fiduciária (fl. 12), além de ser emitida a nota promissória subscrita, também, pelo requerido Hilário Pedro Gobbi, este na condição de avalista (fl. 14).

De início, afasta-se o argumento de que houve a suspensão do prazo prescricional em virtude da decretação de falência da autora. Assim se diz porque a decretação da falência suspende o curso da prescrição das ações e execuções ajuizadas pelos credores em face do falido, e não o contrário, conforme o disposto no artigo 6º da Lei n. 11.101, de 9.2.2005:

“Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.”

O exame atento dos autos revela que o inadimplemento do

consórcio ocorreu em relação às prestações vencidas entre 18.2.2003 e 15.8.2003, totalizando o valor de R\$ 6.408,99 (seis mil, quatrocentos e oito reais e noventa e nove centavos) (fl. 21). O saldo devedor está representado por uma nota promissória, emitida em 29.3.2002 e vencida em 28.9.2009 (fl. 14).

Sabe-se que a nota promissória representa uma dívida líquida constante de instrumento particular e, com a entrada em vigor do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), o prazo prescricional passou a ser de 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 206, § 5º, inciso I:

“Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 5º Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

(...).”

A respeito das dívidas líquidas documentadas, Humberto Theodoro Júnior ensina:

“Considera-se líquida a obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto. Quando o crédito consta de instrumento público ou de documento particular e é líquida, porque sua existência e seu objeto se acham definidos documentalmente, a prescrição aplicável à pretensão do respectivo titular sujeita-se ao prazo de cinco anos (art. 206, § 5º, I).” (*Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II, p. 339).

Do que se viu, a pretensão de pagamento do valor representado pela nota promissória, com vencimento em 28.9.2009, não se encontra atingida pela prescrição quinquenal, uma vez que a ação foi ajuizada na data de 16.10.2009.

Essa é a orientação encontrada no Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. NOTA PROMISSÓRIA. EXECUÇÃO PRESCRITA. AÇÃO MONITÓRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NÃO PROVIMENTO.

1. A prescrição da cobrança via ação monitória de nota promissória cuja execução está prescrita é de cinco anos. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (agravo regimental no agravo em recurso especial n. 50642, do Rio Grande do Sul, Quarta Turma, relatora a ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 27.11.2012).

E também:

“RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. NOTAS PROMISSÓRIAS PRESCRITAS. PRAZO PRESCRICIONAL DE 5 ANOS. ART. 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL. ENDOSSO PÓSTUMO. EFEITOS DE CESSÃO ORDINÁRIA DE CRÉDITO E NÃO FORMA DE CESSÃO. NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO (ART. 48 DO DECRETO N. 2.044/1908) OU AÇÃO DE COBRANÇA. ESCOLHA DO CREDOR. OFERECIMENTO DE EXCEÇÕES PESSOAIS NA AÇÃO DE COBRANÇA. POSSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA DO DEVEDOR.

(...)

2. O prazo prescricional de 3 (três) anos previsto na Lei Uniforme de Genebra (LUG) se refere apenas à ação executiva. Para a ação ordinária de cobrança do crédito correspondente à nota promissória prescrita, ou mesmo ação monitória, deve ser observado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos do Código Civil (art. 206, § 5º, I).

(...)” (recurso especial n. 1189028, de Minas Gerais, Terceira Turma, relator o ministro João Otávio de Noronha, j. em 20.2.2014).

No mesmo sentido é o entendimento desta Câmara:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SALDO DEVEDOR DE CONTRATO DE CONSÓRCIO DE BEM MÓVEL (VEÍCULO). CONSORCIADO QUE FOI CONTEMPLADO, FAZENDO-SE A ENTREGA DA CARTA DE CRÉDITO. CONTRATO GARANTIDO COM A EMISSÃO DE NOTA PROMISSÓRIA SUBSCRITA PELOS AVALISTAS. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE COBRANÇA QUE É AFASTADA. PRAZO ESTABELECIDO NO ARTIGO 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, QUE AINDA NÃO HAVIA TRANSCORRIDO AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. CAMBIAL ASSINADA EM BRANCO E QUE NÃO TEM A VALIDADE AFETADA DIANTE DA AUSÊNCIA DA PROVA DO ABUSO NO PREENCHIMENTO. PREVALECIMENTO DA ORIENTAÇÃO CONSAGRADA NA SÚMULA N. 387 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEGITIMIDADE E RESPONSABILIDADE DOS GARANTES PELO PAGAMENTO DA DÍVIDA INADIMPLIDA. VALORES QUE ESTÃO SUPORTADOS NA PLANILHA DISCRIMINADA DAS PARCELAS INADIMPLIDAS, COM O ACRÉSCIMO DOS ENCARGOS DA MORA PACTUADOS. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO.” (apelação cível n. 2010.062405-2, da Capital, de minha relatoria, j. em 14.3.2013).

Registra-se que a nota promissória, mesmo que tenha sido assinada em branco, mantém a sua higidez diante da ausência de abuso no preenchimento (nos autos não é encontrado o menor indicativo de sua ocorrência), consoante orientação firmada na súmula n. 387 do Supremo Tribunal Federal: “A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé, antes da cobrança ou do protesto.”.

O afastamento do fundamento que ensejou a extinção da ação permite que a Câmara desde logo aprecie o tema controvertido, uma vez que os autos estão em condições de imediato julgamento (artigo 515, § 3º, Código de Processo Civil de 1973):

“9. Condições de julgamento imediato. Embora da norma conste a

aditiva ‘e’, indicando que o tribunal só pode julgar o mérito se se tratar de matéria exclusivamente de direito e a causa estiver em condições de julgamento imediato, é possível o julgamento de mérito pelo tribunal, quando a causa estiver madura para tanto. Exemplo disso ocorre quando é feita toda a instrução mas o juiz extingue o processo por ilegitimidade de parte (CPC 267 VI). O tribunal, entendendo que as partes são legítimas, pode dar provimento à apelação, afastando a carência e julgando o mérito, pois essa matéria já terá sido amplamente debatida e discutida no processo. Esse é o sentido teleológico da norma: economia processual.” (grifo no original). (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil e legislação extravagante*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 742).

Na contestação, os requeridos sustentaram a ilegalidade da taxa de administração do consórcio. Contudo, verifica-se que o contrato prevê a cobrança da taxa de administração (artigo 9, fl. 16), que foi exigida no percentual de 10% (dez por cento), nos termos do “demonstrativo do consorciado” (fl. 21), nada tendo de abusivo.

Ademais, em relação ao coeficiente da taxa de administração, prevalece a orientação consolidada na súmula n. 538 do Superior Tribunal de Justiça: “as administradoras de consórcio têm liberdade para estabelecer a respectiva taxa de administração, ainda que fixada em percentual superior a dez por cento”.

Convém ressaltar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, submetido à disciplina do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973:

“RECURSO ESPECIAL. RITO DO ART. 543-C DO CPC. CONSÓRCIO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. FIXAÇÃO. LIMITE SUPERIOR A 10% (DEZ POR CENTO). AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE. LIVRE PACTUAÇÃO PELAS ADMINISTRADORAS. POSSIBILIDADE.

1 - As administradoras de consórcio têm liberdade para fixar a respectiva taxa de administração, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.177/91 e da Circular nº 2.766/97 do Banco Central, não havendo que se falar em ilegalidade ou abusividade da taxa contratada superior a 10% (dez por cento), na linha dos precedentes desta Corte Superior de Justiça (AgRg no REsp nº 1.115.354/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 27/3/2012, DJe 3/4/2012; AgRg no REsp nº 1.179.514/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 26/10/2011; AgRg no REsp nº 1.097.237/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/06/2011, DJe 5/8/2011; AgRg no REsp nº 1.187.148/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/5/2011, DJe 10/5/2011; AgRg no REsp nº 1.029.099/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010; EREsp nº 992.740/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 9/6/2010, DJe 15/6/2010).

2 - O Decreto nº 70.951/72 foi derogado pelas circulares posteriormente editadas pelo BACEN, que emprestaram fiel execução à Lei nº 8.177/91.

3 - Recurso especial provido.” (recurso especial n. 1.114.606, do Paraná, Segunda Seção, relator o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 13.6.2012).

Na Câmara, prevalece igual compreensão:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE CONSÓRCIO NA MODALIDADE ANTECIPADO.

TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. LIMITAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÁCUO NORMATIVO. PODER REGULAMENTADOR INSTITUÍDO AO BACEN. INTELIGÊNCIA DOS ART. 34 DA CIRCULAR 2.386/93 E ART. 12, § 3º, CIRCULAR 2.766/97. FIXAÇÃO DO QUANTUM AO LIVRE ARBÍTRIO DA ADMINISTRADORA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SÚMULA 538 DO STJ. MORA CARACTERIZADA. LEGALIDADE DO PROTESTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CASSADA.

Súmula 538: ‘As administradoras de consórcio têm liberdade para estabelecer a respectiva taxa de administração, ainda que fixada em percentual superior a dez por cento’ (REsp 1.114.604 e REsp 1.114.606).

Recurso provido.” (apelação cível n. 2009.053102-1, da Capital – Continente, relator o juiz Guilherme Nunes Born, j. em 9.7.2015).

Portanto, os requeridos são responsáveis pelo pagamento da dívida representada pela nota promissória, até porque não há nenhum indicativo do pagamento ou da incorreção no cálculo elaborado pela credora.

De outro tanto, não mais prevalecendo a sentença e, por consequência, tendo-se por acolhido o pedido inicial, faz-se necessário o arbitramento da remuneração do curador especial.

O curador especial, ao exercer um múnus público de extrema relevância, faz jus à remuneração pelo trabalho desenvolvido, nos termos da Lei Complementar Estadual n. 155, de 15.4.1997:

“Art. 12. A remuneração do Assistente Judiciário e do Defensor Dativo, nomeados na forma estabelecida nesta Lei Complementar, para propor ou contestar ação cível, promover a defesa do acusado em processo-crime ou defender criança e adolescente nos processos em que se fizer necessária a intervenção de advogado, será fixada pelo Juiz, na sentença final, com base na Tabela de Honorários Advocatícios da OAB/SC, em URH’s (Unidade Referencial de Honorários) cuja tabela faz parte do Anexo desta Lei, em razão da espécie do procedimento.”.

Ocorre que o artigo 104 da Constituição Catarinense e a Lei Complementar Estadual n. 155, de 15.4.1997, foram declarados inconstitucionais pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade n. 3.892 e n. 4.270, ambas de Santa Catarina, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa, julgadas em 14.3.2012, tendo sido admitida a continuidade dos serviços prestados mediante o convênio com a OAB/SC pelo prazo máximo de 1 (um) ano, ou seja, até 14.3.2013, quando deveria estar em funcionamento o órgão estadual da Defensoria Pública.

No caso concreto, o digno magistrado nomeou curador especial à parte revel na data de 2.9.2015 (fl. 113), ou seja, após o prazo estipulado pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, é notório que a Defensoria Pública ainda não se encontra devidamente estruturada, sendo possível a nomeação de advogado para atuar como defensor dativo, o que se faz para garantir o acesso à justiça, bem ainda o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, incisos XXXV, LV e LXXIV, da Constituição Federal).

Essa é a orientação que vem do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CURADOR ESPECIAL. INEXISTÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA. CABIMENTO. DEVER DO ESTADO. SÚMULA 83/STJ. MODIFICAÇÃO DO QUANTUM REFERENTE AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NO TÍTULO EXECUTIVO. IMPOSSIBILIDADE, SOB PENA DE AFRONTA À COISA JULGADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. ‘A orientação jurisprudencial do STJ é no sentido de são devidos honorários de advogado ao curador especial, devendo ser custeado pelo Estado, haja vista que o advogado dativo não pode ser compelido a trabalhar gratuitamente em face da carência ou ausência de Defensoria Pública na região.’ (AgRg no REsp 1451034/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 19/08/2014).

2. A decisão judicial que arbitra honorários advocatícios a defensor dativo possui natureza de título executivo, líquido, certo e exigível, na forma dos arts. 24 do Estatuto da Advocacia e 585, V, do CPC independentemente da participação do Estado no processo e de apresentação à esfera administrativa para a formação do título. Sendo que ‘em obediência à coisa julgada, é inviável revisar, em sede de embargos à execução, o valor da verba honorária fixada em sentença com trânsito em julgado.’ (AgRg no REsp 1.370.209/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 14/06/2013).

3. Agravo regimental não provido.” (agravo regimental no recurso especial n. 1.537.336, de Minas Gerais, Segunda Turma, relator o ministro Mauro Campbell Marques, j. em 17.9.2015).

No mesmo sentido, colhe-se precedente desta Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AO RÉU CITADO POR EDITAL - DECISÃO QUE DETERMINA AO BANCO O PAGAMENTO ANTECIPADO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE OBJETIVA A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO FEITO - IMPOSSIBILIDADE - ÓRGÃO QUE DESDE A SUA INSTITUIÇÃO NÃO ESTÁ COM O SEU QUADRO TOTALMENTE IMPLEMENTADO, EM DISCREPÂNCIA COM A DEMANDA EXIGIDA - HIPÓTESE QUE AUTORIZA A NOMEAÇÃO DE ADVOGADO DATIVO, NÃO OBSTANTE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/1997 E DO ART. 104 DA CONSTITUIÇÃO CATARINENSE, QUE DISPUNHA SOBRE O CONVÊNIO DO ESTADO COM A OAB/SC PARA A PRESTAÇÃO DA DEFENSORIA DATIVA - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS NOS TERMOS DO ART. 22, § 1º, DA LEI N. 8.906/1994.

A despeito de ter o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual n. 155/1997 e do art. 104 da Constituição Catarinense, que previa o convênio do Estado com a OAB/SC para a prestação de atividades da defensoria dativa, ainda mostra-se possível a nomeação de curador especial enquanto persistir a impossibilidade de prestação do serviço pela Defensoria Pública do Estado, tendo em vista que a estruturação da Instituição ainda encontra-se em fase de implementação, não contando, também, com o número suficiente de defensores ao atendimento das demandas em curso.

Nos termos do art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/1994, o advogado indicado para patrocinar causa de pessoa hipossuficiente, ou como na espécie,

na qual o réu, apesar de citado, ficou inerte (revel), tem direito ao recebimento de honorários advocatícios arbitrados pelo Juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, a serem adimplidos pelo Estado.

(...)” (agravo de instrumento n. 2014.050095-0, de Joinville, Segunda Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador ROBSON LUZ VARELLA, j. em 29.9.2015).

Portanto, diante da sucumbência integral da parte revel, a medida mais adequada é condenar o Estado ao pagamento dos honorários advocatícios, que são arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor cobrado e atualizado, nos termos do artigo 22, § 1º, da Lei n. 8.906, de 4.7.1994:

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

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

Com essas considerações, o recurso dos requeridos é desprovido e o recurso da autora é provido para o fim de anular a sentença e, com fundamento no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, julgar procedente o pedido inicial, condenando os requeridos ao pagamento do valor constante da nota promissória. O Estado de Santa Catarina fica obrigado ao pagamento da remuneração do curador especial, que é arbitrada em 15% (quinze por cento) do valor cobrado e atualizado.

Por último, não se faz necessária “a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes” e, tampouco, a “menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados” (agravo regimental no recurso especial n. 1.480.667, do Rio Grande do Sul, relator o ministro Mauro Campbell Marques, j. em 18.12.2014).

Agravo de Instrumento n. 2015.071206-0, de Gaspar

Relatora: Desa. Soraya Nunes Lins

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA INCERTA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA EM GRÃOS. DECISÃO QUE DECLAROU DE OFÍCIO A NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL DE ELEIÇÃO DE FORO E DECLINOU DA COMPETÊNCIA EM FAVOR DO JUÍZO DA COMARCA DE FLOR DA SERRA DO SUL/PR. HIPOSSUFICIÊNCIA DA PRODUTORA RURAL NÃO EVIDENCIADA. VALIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 335 DO STF. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 112 DO CPC. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2015.071206-0, da comarca de Gaspar (2ª Vara Cível), em que é agravante Bunge Alimentos S/A, e agravada Marisa de Costa:

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

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Jânio Machado.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2016.

Soraya Nunes Lins

RELATORA

RELATÓRIO

Bunge Alimentos S/A interpôs agravo de instrumento da decisão que, na ação de execução n. 0000755-23.2011.8.24.0025, declarou de ofício a nulidade da cláusula de eleição de foro e determinou a remessa dos autos à comarca a que pertence o Município de Flor da Serra do Sul/PR.

Alegou que o processo de execução tramita desde o ano de 2011, sem que a executada tenha arguido exceção de incompetência. Sustenta, dessa forma, que a competência está definida e prorrogada em favor do Juízo de Gaspar-SC.

Argumentou a inaplicabilidade do parágrafo único do art. 112 do CPC, porquanto a competência em razão do lugar é matéria que não pode ser apreciada de ofício, de forma que não pode ser analisada na fase processual em que a demanda se encontra.

Aduziu que a relação negocial havida entre os contratantes não se configura como de consumo, razão pela qual não seriam aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor. Narra não ser de adesão o contrato firmado entre as partes.

Defendeu que o contrato firmado possui natureza empresarial, de forma que trouxe para o agravado um proveito direto e imediato. Além disso, destaca que a agravada não é parte hipossuficiente e não há qualquer dificuldade de acesso ao Judiciário, sobretudo porque houve descumprimento contratual.

Afirma, ainda, que a agravada não imputou qualquer defeito à cláusula de eleição de foro, devendo ser definido o juízo de Gaspar/SC como competente para julgar o feito, porquanto definido em cláusula específica.

Enfatizou que nos contratos de compra e venda de cereais

prevalece o ajustado entre as partes, sendo vedado ao magistrado, de ofício, declarar a nulidade de cláusula que sequer foi arguida pela parte interessada. Destacou, ademais, que validade da cláusula de eleição de foro, nestas avenças vem sendo admitida pela jurisprudência pátria.

Sustentou que, não tendo sido objeto de insurgência da devedora, a competência do Juízo de Direito da comarca de Gaspar foi prorrogada, na forma do art. 87 do CPC. Ademais, acentua causar espécie que mais de 4 (quatro) anos após o ajuizamento da ação e a aceitação da competência pelo Juízo, este mesmo Juízo a modifique de ofício, com fundamento no parágrafo único do art. 112 do CPC.

Reprisou que nos contratos de natureza empresarial a declaração da invalidade da cláusula de eleição de foro deve ser ainda mais restringida, no qual a parte contratante aceitou a competência territorial e não invocou qualquer vício ou dificuldade especial de acesso à Justiça por conta da cláusula.

Requeru a concessão do efeito suspensivo e o provimento do recurso.

Às fls. 51-56 o efeito suspensivo foi indeferido.

Ausentes contrarrazões, os autos vieram conclusos.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Bunge Alimentos S/A contra a decisão proferida nos autos da ação de execução ajuizada contra Marisa da Costa, que declarou de ofício a nulidade de cláusula de eleição de foro, determinando a remessa dos autos à comarca de Flor da Serra do Sul/PR.

Inicialmente, convém mencionar que em momento anterior a

discussão sobre a nulidade da cláusula de foro de eleição prevista em contrato de adesão restringia-se às relações de consumo, nos termos do art. 51 do CDC.

Todavia, com a modificação operada pela Lei n. 11.280/06 foi introduzido o parágrafo único do art. 112 do CPC que possibilitou a declaração da nulidade das referidas cláusulas a todos os contratos de adesão, sejam eles de consumo ou não, *verbis*:

Argúi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa.

[...]

Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.

Nesse contexto, Humberto Theodoro Junior ensina:

Em suma, o parágrafo único do art. 112 realmente permite ao juiz rejeitar a validade da cláusula de eleição do foro nos contratos de adesão, mas não pelo simples fato de se tratar de contrato de adesão. Para recusar a competência convencional o caso concreto deve revelar que a convenção decorreu, efetivamente de abuso praticado pelo estipulante em face da vulnerabilidade da parte aderente. Mesmo sendo de adesão, o contrato pode ter sido entre partes equilibradas, de sorte que não haverá como qualificar a eleição de foro abusivo (Curso de direito processual civil. v. 1. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 202).

Em complemento:

“Percebe-se, pois, que a Lei Federal n. 11.280/2006 consagrou esse entendimento, estendendo-o a todos os contratos de adesão, e não somente os de consumo.” (FREDIE DIDIER JR. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 130).

Logo, aplica-se a disposição do artigo mencionado quando verificada a vulnerabilidade e prejuízo à defesa da parte agravada.

No caso concreto, a agravante ajuizou ação de execução para entrega de coisa incerta, com base no Instrumento de Contrato de Compra e Venda firmado entre as partes, que tinha por objeto a entrega de 60.000 kg (sessenta mil quilos) de grãos de soja no município de Flor da Serra do Sul/PR (fls. 28-35).

Assim, tendo em vista a natureza negocial, não se vislumbra o enquadramento das partes nos conceitos legais de fornecedor e de consumidor, especialmente porque o agravante não figura como destinatário final dos produtos fornecidos, apenas utiliza-os para incremento de sua atividade empresarial a fim de gerar lucro e não dar fim à cadeia de produção.

A respeito dos sujeitos da relação jurídica de consumo, leciona a doutrina:

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, já fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 2º e 3º, do CDC).

No mesmo sentido, leciona Cláudia Lima Marques:

[...] o destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos de preço, como insumo da sua produção. (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2006, p. 83/84).

Da análise das provas coligidas aos autos, não se avista a existência

de incapacidade do agravado no que diz respeito à compreensão das cláusulas contratuais, sobretudo a de eleição de foro, que assim restou convenionado: *“As partes elegem o Foro da Comarca de Gaspar (SC), ou qualquer outro a critério da COMPRADORA, para dirimir eventuais controvérsias decorrentes desse contrato”* (fl. 32).

Ademais, sendo o negócio referente a 60.000 (sessenta mil) quilos de soja, é de se presumir que a agravada não é considerada hipossuficiente e possui capacidade financeira de litigar na comarca de Gaspar/SC, sem prejuízo de suas atividades.

A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PRODUTOS AGRÍCOLAS PROMOVIDA NO FORO DO DOMICÍLIO DOS AUTORES DA AÇÃO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA, DESTINADA A FAZER PREVALECER O FORO ELEITO CONTRATUALMENTE PELAS PARTES - DESACOLHIMENTO PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES - EM SE TRATANDO DE RELAÇÃO TÍPICAMENTE EMPRESARIAL, COMPOSTA, DE UM LADO, POR UMA MULTINACIONAL DO SETOR AGRÍCOLA E, DE OUTRO, POR PRODUTORES RURAIS DE GRANDE PORTE, A CLÁUSULA CONTRATUAL DE ELEIÇÃO DE FORO VOLUNTÁRIA E CONSENSUALMENTE POR ELES AJUSTADA A FIGURA-SE PLENAMENTE HÍGIDA E EFICAZ - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. INSURGÊNCIA DA EMPRESA DEMANDADA.

Hipótese em que as instâncias ordinárias reconheceram a invalidade da cláusula de eleição de foro, ante a superioridade econômica de um dos contratantes em relação ao outro, reputando competente para conhecer e julgar a ação de rescisão de contrato de compra e venda de produtos agrícolas o foro do domicílio dos autores, comarca em que a empresa ré teria agência ou sucursal, com esteio no artigo 100, IV, 'b', do CPC. 1. O Tribunal de origem enfrentou, detidamente, as matérias que lhe foram submetidas em sede de agravo de instrumento, adotando, segundo

sua convicção, fundamentação suficiente, porém, contrária às pretensões exaradas pela parte recorrente, o que não autoriza, a toda evidência, a oposição dos embargos de declaração. 2. De acordo com o artigo 100, IV, 'b', do CPC, a pessoa jurídica será demandada no domicílio em que situada sua sucursal, desde que as obrigações tenham sido assumidas por esta filial. Não basta, portanto, para efeito de definição de competência, a simples existência de agência ou sucursal em determinada comarca, mas que a contratação *sub judice* tenha se dado por esta filial, necessariamente. Circunstância, é certo, inócua na hipótese dos autos. 3. Em se tratando de critério territorial, a lei *adjetiva* civil confere às partes a possibilidade de derogar as correspondentes regras de competência fixada na lei (artigo 111, do CPC). Nessa extensão, o foro escolhido pelas partes afigura-se competente para conhecer e julgar a ação destinada a rescindir o contrato de compra e venda, salvo se a correspondente disposição contratual encerrar vício insanável. 3.1. A cláusula de eleição de foro inserta em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, sempre que restarem caracterizados, concretamente, a liberdade para contratar da parte aderente (assim compreendida como a capacidade técnica, jurídica e financeira) e o resguardo de seu acesso ao Poder Judiciário. Precedentes. 4. Ressai dos autos que os demandantes são produtores rurais de grande porte. A corroborar esta conclusão, o vulto econômico do contrato celebrado pelas partes (R\$ 4.502.000,00 - quatro milhões, quinhentos e dois mil reais, em 06.07.2005), assim como a contraprestação a cargo dos produtores rurais, consistente na expressiva venda de vinte milhões e quatrocentos mil quilos de soja, a ser entregues, proporcionalmente, em quatro anos, evidenciam, de modo inequívoco, a capacidade técnica, econômica e jurídica dos produtores rurais, autores da ação. 5. Estabelecida relação tipicamente empresarial, composta, de um lado, por uma multinacional do setor agrícola e, de outro, por produtores rurais de grande porte, a cláusula contratual de eleição de foro voluntária e consensualmente por eles ajustada afigura-se plenamente hígida e eficaz. 6. Recurso especial PROVIDO, para acolher a exceção de incompetência, reputando válida a cláusula de eleição de foro "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. RELAÇÃO EMPRESARIAL. NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. I- É válida cláusula

de eleição de foro consensualmente estipulada pelas partes em relação tipicamente empresarial, mormente quando se trata de produtores rurais que desenvolvem atividades de grande porte e contratam em igualdades de condições. Agravo Regimental improvido.” (AgRg no CC 68.062/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENEI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, *DJe* 27/10/2010) (Resp n. 1.055.185/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Buzzi, Quarta Turma, j. 7-4-2014).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COMINATÓRIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS. MULTA AFASTADA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATO FIRMADO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS E POSTO DE GASOLINA. ABUSIVIDADE QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA.

4. Cuida-se de analisar a possibilidade de ser declarada nula, de ofício, cláusula de eleição de foro em contrato de adesão firmado entre pessoas jurídicas, com fulcro no art. 112, parágrafo único, do CPC.

5. É vedado ao juiz, antes da manifestação do réu, presumir a abusividade da cláusula de eleição de foro em contrato firmado entre distribuidora de combustível e revendedora - posto de gasolina, posto que não se trata de contrato de consumo.

6. O parágrafo único do art. 112 do CPC tem sua aplicação restrita à hipóteses de manifesta abusividade, mormente quando se trata de contrato de consumo.

7. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

8. Recurso especial provido. (REsp 1306073/MG, Terceira Turma. Rel^a. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. em 20.06.2013);

Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, “a cláusula de eleição de foro inserta em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo se verificada a hipossuficiência do aderente, inviabilizando, por conseguinte, seu acesso ao Poder Judiciário” (AgRg no REsp 1220273/PI, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013).

A propósito, a Súmula 335 do STF define que: “É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.”

A propósito, já decidiu este colendo Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA INCERTA. CÉDULA DE PRODUTO RURAL PARA ENTREGA DE MILHO EM GRÃO (SAFRA 2005). DECISÃO QUE, DE OFÍCIO, DECLAROU NULA A CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DO FORO, DECLINANDO A COMPETÊNCIA EM FAVOR DO JUÍZO DE BOA ESPERANÇA/MG, LOCAL EM QUE A OBRIGAÇÃO DEVERIA SER SATISFEITA. HIPOSSUFICIÊNCIA DOS AGRAVADOS NÃO EVIDENCIADA. INTERLOCUTÓRIO REFORMADO. RECURSO PROVIDO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.062788-8, de Gaspar, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 28-01-2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA INCERTA - SAFRA DE GRÃOS - TOGADO SINGULAR QUE PROCLAMA “*EX OFFICIO*” A NULIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO E DETERMINA A REMESSA DOS AUTOS PARA A COMARCA DE DOMÍLIO DA PARTE DEVEDORA - INCONFORMISMO DA EXEQUENTE - RECONHECIMENTO AUTORIZADO QUANDO DEMONSTRADA A VULNERABILIDADE TÉCNICA, JURÍDICA OU ECONÔMICA DOS EXECUTADOS - EXEGESE DO ART. 112, PARÁGRAFO ÚNICO, DO “CODEX INSTRUMENTALIS” - IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE EXAMINADA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO DEMANDADO A JUSTIFICAR A MEDIDA - EXPROPRIATÓRIA

EM TRÂMITE POR LONGO PERÍODO NO JUÍZO DE GASPAR/SC - INEXISTÊNCIA DE PROVOCAÇÃO ACERCA DA INCOMPETÊNCIA - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DESTA CORTE - IRRESIGNAÇÃO PROVIDA. Consoante disposto na legislação processual civil, a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, que declinará a competência para o juízo de domicílio do consumidor. No entanto, a ilegalidade da referida cláusula somente pode ser declarada quando demonstrada a hipossuficiência da parte, a qual não é presumida, porquanto a mera alegação de se tratar de contrato de adesão não induz na inaplicabilidade da referida cláusula, devendo ser ilidida com base inequívoca na forte demonstração da vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. Na hipótese, a escolha do foro da comarca de Gaspar/SC para o ajuizamento da ação de execução deu-se em observância à eleição estabelecida pelas partes e não sendo constatada a incapacidade técnica, jurídica ou econômica da contratante, inviável o reconhecimento, “*ex officio*”, da nulidade do termo eletivo. Ademais, a expropriatória tramita por longo período naquela localidade, não se vislumbrando qualquer prejuízo ao exercício do direito de ação ou de defesa do executado. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.062735-2, de Gaspar, rel. Des. ROBSON LUZ VARELLA, j. 26-01-2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA INCERTA. DECISÃO QUE, COM FULCRO NO ART. 112, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, DECLAROU NULA A CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO FIRMADA ENTRE AS PARTES E DECLAROU A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA COMARCA DE GASPAR/SC PARA O PROCESSAMENTO DO FEITO. DECLINAÇÃO, *EX OFFICIO*, DA COMPETÊNCIA PARA O FORO DO DOMÍLIO DA MAIORIA DOS DEVEDORES. RECURSO DA EMPRESA EXEQUENTE. ALEGAÇÃO DE QUE REFERIDO ATO NÃO PODERIA SE DAR DE OFÍCIO. PROVIMENTO DA INSURGÊNCIA, NO CASO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA QUE ENTENDEM SER IMPRESCINDÍVEL A DEMONSTRAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA E DA DIFICULDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO DA PARTE MAIS VULNERÁVEL

DA LIDE. PACTO REALIZADO QUE PREVÊ A NEGOCIAÇÃO DE MAIS DE TRÊS MILHÕES E QUATROCENTOS MIL QUILOS LÍQUIDOS DE GRÃOS DE FEIJÃO DE SOJA. CITAÇÃO DOS DEVEDORES JÁ DETERMINADA PELO JUÍZO *A QUO*. EXECUTADO, VENDEDOR DOS INSUMOS, QUE, APÓS CITADO, JÁ COMPARECEU AOS AUTOS REPRESENTADO POR ADVOGADO. DELIBERAÇÃO JUDICIAL QUE, DE OFÍCIO, NÃO PODERIA SE DAR. “Não obstante, nos casos em que o contrato for de adesão, poderá o Juiz declinar de sua competência, de ofício, nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 112 do CPC [...]. Tal permissão, porém, somente terá cabimento quando verificadas a hipossuficiência da parte ré e a inviabilização de seu acesso à justiça, com prejuízo para sua ampla defesa” (Agravado de Instrumento n. 2014.059508-3, de Gaspar, Segunda Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 14-7-2015). “Leciona Fredie Didier Jr.: Assim, deve o magistrado, ao examinar a admissibilidade da petição inicial, verificar a possível incidência do parágrafo único do art. 112; se o juiz determinar a citação do réu, não poderá mais declinar, *ex officio*, da competência por força do mencionado parágrafo. Caberá ao réu opor a exceção de incompetência, podendo, inclusive, alegar a abusividade da cláusula de foro de eleição. (Curso de direito processual civil. Vol. 1. 13. ed., Salvador: Juspodivm, 2011, p. 160)” (Agravado de Instrumento n. 2014.066821-4, de Gaspar, Quarta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 12-5-2015). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.013254-7, de Gaspar, rel. Des. Rejane Andersen, j. 06-10-2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA INCERTA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA E DETERMINOU A REMESSA DOS AUTOS À COMARCA A QUE PERTENCE O MUNICÍPIO DE VALINHOS/SP. AÇÃO EXPROPRIATÓRIA EMBASADA EM CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MILHO EM GRÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA DO PRODUTOR RURAL NÃO EVIDENCIADA. VALIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 335 DO STF. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO

ÚNICO DO ART. 112 DO CPC. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.009561-0, de Gaspar, rel. De minha relatoria, j. 11-06-2015).

Desse modo, ausente a demonstração de vulnerabilidade e da hipossuficiência do produtor rural, afasta-se a nulidade da cláusula de eleição do foro, sendo competente para julgamento do feito o Juízo de Gaspar/SC.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Esse é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Apelação n. 0002958-59.2014.8.24.0022, de Curitiba

Relator: Des. João Henrique Blasi

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (ART. 947 DO CPC). APELAÇÃO CÍVEL. PROJETO “LAR LEGAL”. REGULARIZAÇÃO DO DOMÍNIO DE BEM IMÓVEL. DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA APRESENTADA. PROVA FEITA PELO PODER PÚBLICO DE LOCALIZAÇÃO DO IMÓVEL FORA DE ÁREA DE RISCO E DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS NORMATIVOS E LEGAIS DE ESTILO. DESNECESSIDADE DE OUTRAS PROVAS, COMO, POR EXEMPLO, ESTUDO SOCIOAMBIENTAL. RECURSO DESPROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA VINCULANTE (ART. 947, § 3º, DO CPC).

Para o fim do § 3º do art. 947 do Código de Processo Civil, fica assentada a seguinte tese jurídica: “o estudo socioambiental soa despiciendo quando as provas existentes nos autos, fornecidas pelo Poder Público, desvelam-se bastantes para evidenciar que a pretensão exordial de registro do bem em matrícula imobiliária própria, no contexto do Projeto ‘Lar Legal’, criado pelo Provimento n. 37/99, da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, atendeu os requisitos normativos e legais de estilo.”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0002958-59.2014.8.24.0022, da comarca de Curitiba, 1ª Vara Cível, em que é Apelante Ministério Público do Estado e são Apelados Município de Curitiba e outro.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria de

votos, conhecer do recurso, vencido o Desembargador Ronei Danielli, e, por unanimidade, negar provimento ao recurso, bem como fixar tese jurídica vinculante nos termos do § 3º do art. 947 do Código de Processo Civil. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 11 de maio de 2016, os Exmos. Srs. Desembargadores Jorge Luiz de Borba, Ronei Danielli, Luiz Fernando Boller, Ricardo Roesler, Carlos Adilson Silva, Edemar Gruber, Pedro Manoel Abreu, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz e César Abreu.

Florianópolis, 12 de maio de 2016

Desembargador João Henrique Blasi

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público, via Promotora de Justiça Raísa Carvalho Simões, à vista de sentença proferida pelo Juiz Elton Vitor Zuquelo, em ação proposta pelo Município de Curitiba, representado pelo Procurador Cláudio Vieira Franca, postulando a concessão de matrícula imobiliária para terreno urbano, em prol de Pedro Batista de Souza, nos termos do Programa de Regularização Imobiliária denominado “Lar Legal”.

A sentença julgou procedente a postulação exordial, estando assim, conclusivamente, redigida:

Ante o exposto, DECLARO em favor do postulante PEDRO BATISTA DE SOUZA, divorciado, a PROPRIEDADE da área individualizada na planta e memorial descritivo de fls.04, com uma casa de madeira com 51,12m², com 1(um) pavimento. Tendo em vista tratar-se de imóvel

edificado há considerável lapso de tempo e de área reduzida, prescindível a apresentação de CND do INSS, para fins de averbação. Ao trânsito em julgado, expedir Mandado ao Registro de Imóveis, sem emolumentos registraís e nem recolhimento ao FRJ, J, consoante art. 15 da Resolução 08/2014, assim também em virtude da Justiça Gratuita que se defere. (e-TJ fl. 75)

Malcontente, o Ministério Público interpôs recurso apelatório aduzindo, em epítome, que inexistente diagnóstico ou estudo socioambiental quanto ao terreno focalizado, instrumento que reputa fundamental, para tanto argumentando que:

Em suma, o objeto do presente apelo baseia-se no raciocínio de que, uma vez que os documentos que instruem a inicial são insuficientemente conclusivos e, também, carentes de qualquer atestado técnico, entende-se que a sentença de primeiro grau deve ser anulada, a fim de que seja determinada a realização do competente diagnóstico socioambiental antes da análise meritória do feito. Isso impedirá que outros problemas ambientais e sociais surjam diante da inércia do Município de Curitiba e dos atestados genéricos que instruem o feito. (e-TJ fls. 99 e 100)

Houve contrarrazões (e-TJ fls. 146 a 150) e, por fim, o Procurador de Justiça André Carvalho opinou pelo provimento do apelo (fls. 7 a 19).

Tendo presente a relevância da questão a ser dilucidada, posto o ático interesse público e a considerável repercussão social da matéria, decidi suscitar, com esteio no art. 947 do Código de Processo Civil, incidente de assunção de competência, o que sobejou acolhido pela Câmara distribuenda em sessão realizada no dia 26 de abril transato.

É o relatório.

VOTO

A questão objeto destes autos diz respeito a demanda voltada para a inscrição de matrícula em registro imobiliário, objetivando a obtenção

da propriedade do correspondente imóvel de baixo custo, na ambiência do “Projeto Lar Legal”.

Pois bem. A Constituição da República, ao enunciar seus princípios axiais, assim como os direitos e garantias fundamentais, engastados nos seus artigos 1º a 5º, reporta-se a valores e metas tais como cidadania e dignidade da pessoa humana; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização; mitigação das desigualdades sociais; respeito aos direitos humanos; e promoção do bem de todos.

Ao que se vê a promoção desses valores e a busca pelo atingimento dessas metas estão presentes *in casu*.

Todas essas enunciações, de caráter abstrato, clamam por concreção, a fim de que se possa efetivamente vivenciar um Estado Democrático de Direito.

O “Projeto Lar Legal”, institucionalizado pelo Conselho Estadual da Magistratura, tem por fonte primária o Provimento n. 37, baixado, como iniciativa de vanguarda, pela Corregedoria-Geral da Justiça barriga-verde, em 1999, e substancia-se em norma jurídica – ao lado de outras tantas existentes – vocacionada a retirar inúmeras famílias da condição de socialmente excluídas, promovendo a sua inclusão pela via da regularização fundiária.

Tal Provimento e os atos normativos que o alteraram, consoam, no essencial, com a Constituição da República e com a Legislação Federal/Nacional regente da regularização fundiária. Com efeito, na esteira da Lei Nacional n. 11.977/09, tem-se que *“a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”* (art. 46).

Está em discussão, no apelo interposto pelo Ministério Público, a necessidade – ou não – de realização de estudo socioambiental como premissa para que se efetive o vindicado registro imobiliário.

Advoga o *Parquet* apelante a imprescindibilidade do aludido estudo socioambiental, com o escopo de delimitar as áreas urbanas consolidadas, as de interesse ecológico, assim como aquelas de risco, invocando, em abono ao seu entendimento, o disposto no § 1º do art. 1º da Resolução CM n. 8/2014, assim expresso:

Art. 1º O reconhecimento do domínio sobre imóvel urbano ou urbanizado, integrante de loteamento ou desmembramento (fracionamento ou desdobro) não autorizado ou executado sem a observância das determinações do ato administrativo de licença, localizado em área urbana consolidada, implantada e integrada à cidade, excluídas as áreas de risco ambiental ou de preservação permanente que não se enquadrem nos termos do artigo 54 da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, em favor de pessoas preponderantemente de baixa renda, poderá ser obtido conforme o disposto nesta resolução. (redação da Resolução CM n. 2/2015)

§ 1º Considera-se área urbana consolidada a parcela do território urbano com densidade demográfica considerável, malha viária implantada e, ainda, no mínimo, dois equipamentos de infraestrutura urbana (drenagem de águas pluviais, esgotamento sanitário, abastecimento de água, distribuição de energia elétrica, limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos) implantados, cuja ocupação, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, cinco anos, a natureza das edificações existentes, dentre outras situações peculiares, indique a irreversibilidade da posse e induza ao domínio. [...]

A exigência do § 1º está em consonância com o estatuído no art. 47, inc. II, da Lei n. 11.977/09, cujo teor é o seguinte:

Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

[...]

II - área urbana consolidada: parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados:

- a) drenagem de águas pluviais urbanas;
- b) esgotamento sanitário;
- c) abastecimento de água potável;
- d) distribuição de energia elétrica; ou
- e) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos;

A peça recursal ostenta minudente argumentação em prol da necessidade do reportado estudo como medida antecedente à almejada legalização imobiliária, mercê do registro da propriedade do bem, invocando, para isso, diversos preceptivos legais e constitucionais imbricados com a proteção ao meio ambiente e com a função social da propriedade (art. 225 e art. 5º, XXIII, ambos da Constituição Federal), além de normas de regularização fundiária (Lei n. 11.977/09) e de parcelamento do solo urbano (Lei n. 6.766/79).

Ocorre, todavia, que a essência do “Projeto Lar Legal”, como antes posto, consiste precisamente em encurtar caminho para obter-se a regularização fundiária, evitando trâmites burocratizantes bem ao sabor da nossa cultura de raiz lusitana, claro que reverenciadas as exigências normativas de estilo.

Bem por isso, no caso concreto o Município de Curitiba certificou/declarou que o imóvel em tela atende aos requisitos exigidos pelas regras vigentes, fazendo-o por meio de ato administrativo ao qual não se pode retirar a intrínseca presunção de veracidade.

Nesse sentido aludo aos seguintes documentos emitidos pelo Diretor de Habitação da Municipalidade e por seu Procurador Jurídico:

DECLARAÇÃO DE SITUAÇÃO CONSOLIDADA

Declaramos que a situação do lote 02 quadra 13 com área de 268, 2500 M², ocupado pelo **Sr. Pedro Batista de Souza**, localizado na Rua Servidão Municipal, na cidade de Curitiba SC, é consolidada, para fins de aplicação da Resolução n. 11/2008-CM que instituiu o programa Lar Legal, é servido pela rua Pedro Davi Fernandes de Souza, por rede de água potável e energia elétrica e ainda possui solução para os dejetos, através de fossa e filtro, apresenta edificação em madeira o que indica a irreversibilidade da posse do imóvel. Declaramos ainda que o imóvel não está em área de risco. Sendo o número de sua inscrição imobiliária: 01.05.013.264.001.001 (e-TJ fl. 3).

DECLARAÇÃO DE LOCALIZAÇÃO FORA DE ÁREA DE RISCO E DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Declaramos para fins de aplicação do Programa Lar Legal conforme Resolução CM n. 8 de 9 de julho de 2014, que o Lote n. 2 da quadra 13, situado na servidão Davi Fernandes de Souza do Bairro São José de Curitiba, segundo mapa do processo n. 295859.2014.8.24.0022, encontra-se fora da área de risco e de preservação permanente definida em lei. (e-TJ 29).

Aduz, o apelante, porém, que tais documentos não são bastantes, como ressei do fragmento de suas razões recursais a seguir reproduzido:

Nesse caso, o documento hábil a comprovar os requisitos previstos na Resolução não pode ser baseado numa simples “declaração” do Executivo e de seus funcionários, comprovada por uma única fotografia do local.

Em realidade, somente um projeto nos moldes do diagnóstico socioambiental poderá atestar se as exigências do art. 47, II, da Lei n. 11.977/09 foram cumpridas. Por outro lado, o que se percebe dos pedidos de regularização formulados pelo Município de Curitiba

e baseados no Programa Lar Legal é que os documentos juntados ao presente feito não passam de meras declarações ou simples certidões.

Assim, essas declarações emitidas pelo Poder Público, tamanha a simplicidade delas, tornam-se insuficientes a identificar os requisitos da área urbana consolidada sem riscos ambientais, tais como previstos na Resolução do Lar Legal e nos arts. 47, II, 51 e 54 da Lei n. 11977/09.

O fato é que o rol de documentos apresentados pelo recorrido e elaborados pelo Município de Curitiba não se coaduna às exigências da lei, sobretudo a que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida. Impugna-se, assim, as provas colocadas ao convencimento do magistrado, porquanto admitiu-se que fossem lavradas provas unilaterais pelo Município, com pleno conhecimento de que a Administração Municipal é parte diretamente interessada no deferimento do pleito. (e-TJ fls. 92 e 93)

A questão de direito a ser sindicada reside, então, em aferir qual o alcance da prova necessária para a efetivação do desejado registro imobiliário, sindicando-se, no caso, se são suficientes os documentos expedidos pela Municipalidade, que contêm presunção de veracidade e indicam o atendimento das exigências de rigor, ou se é imprescindível o estudo ambiental defendido pelo *Parquet*.

Havendo, pois, sobrelevante questão a ser dirimida, sobretudo porque reveladora de grande interesse público e de elevada repercussão social, é que se decidiu, a bem da segurança jurídica, suscitar incidente de assunção de competência, visando à solução obtenção de solução uniforme nesta Corte, prevenindo-se divergências em futuros julgamentos em torno da matéria, na esteira do art. 947 do Código de Processo Civil.

Pois bem. Considero, por primeiro, que os documentos retro transcritos, fornecidos pela Municipalidade (declaração de situação consolidada e declaração de localização fora de área de risco e de preservação permanente) não podem ser desqualificados. Observe-se, nesse sentido, o seguinte prejulgado do Superior Tribunal de Justiça:

Esta Corte [...] possui entendimento firmado no sentido de que o documento público merece fé até prova em contrário. (AgRg no RMS 19918/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 6.8.2009).

De mais a mais, importa ter presente que o *Parquet* não aponta mácula objetiva no conteúdo das declarações fornecidas pela Municipalidade, limitando-se a tachá-las de insuficientes.

Não há de vicejar, no mais, a alegativa recursal de inobservância do normado pelo art. 47, inc. II, da Lei n. 11.977/09, eis que reverenciados os requisitos mínimos exigidos: o imóvel é atendido por rede de água potável e dotado de energia elétrica, conforme certificado nos autos (e-TJ fl. 3).

Na sequência, o apelante alude ao *caput* do art. 1º da Resolução 8/2014 do Conselho Estadual da Magistratura, com a redação da Resolução n. 2/2015, que não permite a adoção do “Programa Lar Legal” em áreas de risco ambiental ou de preservação permanente. Ocorre, todavia, que reinvocando a presunção de veracidade, faço remissão ao já citado documento emitido pela Municipalidade que expressamente atesta estar o terreno em foco “*fora da área de risco e de preservação permanente definida em lei*” (e-TJ 29).

De conseguinte, não diviso subsídios que permitam relativizar a credibilidade dos documentos probantes apresentados pelo Poder Público, sendo, por isso mesmo, descabido conjecturar, senão fementidamente, que esteja a ocorrer dano ambiental à flora e à fauna (art. 225, da CF); assim como, de igual modo, não se pode cogitar de balda à função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF), antes pelo contrário; nem, tampouco, de afronta ao projeto de regularização fundiária objeto do art. 51 da Lei n. 11.977/09, até porque a implantação das medidas necessárias pode dar-se em etapas, como estatuído no § 3º do referenciado preceptivo. Veja-se:

Art. 51. O projeto de regularização fundiária deverá definir, no mínimo, os seguintes elementos:

I - as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão relocadas;

II - as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público;

III - as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei;

IV - as condições para promover a segurança da população em situações de risco, considerado o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979; e

V - as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica.

§ 1º O projeto de que trata o *caput* não será exigido para o registro da sentença de usucapião, da sentença declaratória ou da planta, elaborada para outorga administrativa, de concessão de uso especial para fins de moradia.

§ 2º O Município definirá os requisitos para elaboração do projeto de que trata o *caput*, no que se refere aos desenhos, ao memorial descritivo e ao cronograma físico de obras e serviços a serem realizados.

§ 3º **A regularização fundiária pode ser implementada por etapas.**
(negritei)

Estou certo, destarte, que não se desnuda a mais mínima necessidade de produção de outras provas, além das já coligidas, para que o favorecido possa fazer jus aos benefícios desse benfazejo programa social, liberando-se-o de expediente burocratizante para alcançar o almejado desiderato: *o sagrado direito de ter um lar para chamar de seu.*

Adite-se que a própria Resolução n. 8/2014 avaliza essa

compreensão, ao mitigar, para efeito do reconhecimento do domínio, a exigência do atendimento de requisitos urbanísticos previstos no Plano Diretor, na Lei n. 6.766/79 (Parcelamento do solo urbano) e em outros diplomas, ao dizer:

Art. 2º Na hipótese de reconhecimento do domínio, na forma prevista nesta resolução, o juiz de direito poderá determinar o registro do parcelamento do solo, ainda que não atendidos os requisitos urbanísticos previstos na Lei n. 6.766/1979 ou em outros diplomas legais, aí incluído o plano diretor.

Parágrafo único. Quando a área do imóvel não coincidir com a descrição constante no registro imobiliário, o juiz poderá determinar a retificação com base na respectiva planta e no memorial descritivo apresentado, os quais, preferencialmente, deverão ser elaborados a partir do georreferenciamento ou sistema de informações geográficas de Santa Catarina (SIG@SC).

Mostra-se igualmente inaplicável à hipótese em exame a exigência do estudo técnico previsto no art. 54 da Lei n. 11.977/09, eis que os seus §§ 1º e 2º expressamente esclarecem que essa medida deve ser adotada nos casos em que o imóvel esteja inserido em área de preservação permanente, circunstância inócurren*te in casu*, como antes evidenciado (e-TJ 29).

Veja-se o referido comando legal:

Art. 54. O projeto de regularização fundiária de interesse social deverá considerar as características da ocupação e da área ocupada para definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, além de identificar os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas a uso público.

§ 1º O Município poderá, por decisão motivada, admitir a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente, ocupadas até 31 de dezembro de 2007 e inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que esta intervenção implica a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior.

§ 2º O estudo técnico referido no § 1º deverá ser elaborado por profissional legalmente habilitado, compatibilizar-se com o projeto de regularização fundiária e conter, no mínimo, os seguintes elementos:

I - caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;

II - especificação dos sistemas de saneamento básico;

III - proposição de intervenções para o controle de riscos geotécnicos e de inundações;

IV - recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;

V - comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;

VI - comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e VII - garantia de acesso público às praias e aos corpos d'água, quando for o caso.

§ 3º A regularização fundiária de interesse social em áreas de preservação permanente poderá ser admitida pelos Estados, na forma estabelecida nos §§ 1º e 2º deste artigo, na hipótese de o Município não ser competente para o licenciamento ambiental correspondente, mantida a exigência de licenciamento urbanístico pelo Município.

Ao que se vê, o vindicado estudo socioambiental, pretendido pelo apelante, é, no caso concreto, de todo desnecessário.

Por fim, especificamente acerca da extensão das provas e do convencimento firmado em torno delas, reporto-me a decisão do Superior Tribunal de Justiça, tomada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (art. 130, correspondente ao art. 370 do NCPC). Ei-la:

Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir

aquelas que considerar inúteis ou protelatórias. (REsp 1500999/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.4.2016).

Ante ao exposto, concluo que o reclamado estudo socioambiental é providência dispensável na espécie, haja vista os elementos probatórios materializados por documentos administrativos revestidos de presunção de veracidade, que patenteiam o atendimento dos requisitos legais e normativos de regência.

Dessa forma, a sentença ora apelada deve ser mantida incólume, desprovendo-se o recurso interposto.

Avulta recomendável, por outro ângulo, como discutido na sessão de julgamento, que se estude a viabilidade de alteração dos atos normativos de regência do Projeto “Lar Legal”, de modo a que possa ser viabilizada a regularização fundiária diretamente no âmbito registral.

Em remate, para o fim do § 3º do art. 947 do Código de Processo Civil, qual seja a vinculação dos juízes e dos órgãos fracionários, fica assentada a seguinte tese jurídica: “o estudo socioambiental soa despiciendo quando as provas existentes nos autos, fornecidas pelo Poder Público, desvelam-se bastantes para evidenciar que a pretensão exordial de registro do bem em matrícula imobiliária própria, no contexto do Projeto ‘Lar Legal’, criado pelo Provimento n. 37/99, da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, atendeu os requisitos normativos e legais de estilo.”

É como voto.

Mandado de Segurança n. 9157765-13.2015.8.24.0000, do Tribunal de Justiça

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

MANDADO DE SEGURANÇA. REJEIÇÃO DE CONTAS DO ALCAIDE PELO TRIBUNAL DE CONTAS. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA. FATO QUE IMPEDE O MUNICÍPIO DE FIRMAR CONVÊNIOS, RECEBER RECURSOS VOLUNTÁRIOS E CONTRAIR EMPRÉSTIMOS. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. GASTOS COM O PESSOAL DO PODER EXECUTIVO EXCEDENTES AOS LIMITES LEGAIS (ARTS. 19 E 20 DA LRF). AMPLIAÇÃO DO PRAZO PARA O ADMINISTRADOR ADOPTAR PROVIDÊNCIAS E READEQUAR AS DESPESAS AOS LINDEIROS IMPOSTOS PELA LEI. POSSIBILIDADE OFERTADA PELO COMANDO DO ART. 66 DA LRF, NAS HIPÓTESES EM QUE O CRESCIMENTO REAL DO PIB FOI BAIXO OU NEGATIVO. APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO. EVIDENTE RETRAÇÃO DA ECONOMIA BRASILEIRA NOS ÚLTIMOS ANOS. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. CONCESSÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. ORDEM CONCEDIDA.

Se o Tribunal de Contas rejeita determinada prestação de contas de Prefeito, isso impede que o Município venha a realizar convênios com órgãos públicos, pois é necessária uma certidão negativa do Tribunal de Contas, o que evidentemente traz prejuízos aos munícipes. [...]. (TJPR, Agravo de Instrumento n. 145.618-6, de Cidade Gaúcha, rel. Desembargador Wanderlei Resende, j. 3.12.2003).

Diante deste quadro, em que se verifica clarividente que o crescimento real da economia brasileira não só foi baixo, mas que houve drástica retração do PIB, a regra do art. 66 da LRF, a qual proporciona

a contagem em dobro do prazo previsto no art. 23 da mesma Lei, deveria ter sido aplicada pelo Tribunal de Contas, de modo a conceder ao impetrante a dilação do prazo para adequar as suas contas e, via de consequência, expedir em seu favor a necessária certidão positiva com efeitos de negativa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 9157765-13.2015.8.24.0000, da comarca do Tribunal, em que é/são Impetrante(s) Município de Urubici e Impetrado(s) Estado de Santa Catarina e outro.

A Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, conceder a ordem, para determinar que o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina emita, ao impetrante, certidão positiva com efeitos de negativa, em razão da aplicação do art. 66 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Pedro Manoel Abreu, que o presidiu, e Desembargador Cid Goulart, Desembargador João Henrique Blasi, Desembargador Ricardo Roesler, Desembargador Jorge Luiz de Borba, Desembargador Luiz Fernando Boller, Desembargador Ronei Danielli, Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins e Desembargador Nelson Schaefer Martins.

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

Florianópolis, 13 de abril de 2016.

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

RELATOR

RELATÓRIO

Município de Urubici impetrou mandado de segurança em face de ato coator atribuído ao Presidente do Tribunal de Contas, objetivando, em resumo, o cancelamento de Certidão Positiva a fim de que o município possa se ajustar à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Afirmou que seu direito líquido e certo foi violado, tendo em vista que: a) em 21.10.2015 o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina expediu Certidão Positiva contra o Município de Urubici; b) a certidão “*foi expedida porque o limite máximo com as despesas de pessoal foi excedido, considerando a receita corrente líquida dos últimos 12 meses de 54% para 64,80%, isto em 30.12.2014*” (fl. 03); c) apesar das “*medidas tomadas o impetrante possui um déficit orçamentário de R\$ 604.761,85 (doc n. 5/6), no 5º bimestre e as despesas com pessoal estão em 66,18% (doc n. 7) até novembro considerando a receita corrente líquida, porque apesar das medidas tomadas os direitos trabalhistas dos exonerados estão sendo quitados, no entanto, as despesas com pessoal somente no ano de 2015 foram reduzidas para 63,23% (doc n. 8)*”; d) “*o direito líquido e certo está assegurado pelo art. 66 da LRF, que estabelece o prazo duplicado para adequar-se a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que no caso em exame é de até 30/04/2016*” (fl. 07); e) o Município vem sofrendo prejuízos com a expedição da Certidão Positiva, em razão da restrição de liberação de recursos conveniados, de repasses voluntários e pela impossibilidade de firmar operações de crédito, uma vez que pela Lei de Responsabilidade Fiscal tem prazo para reduzir os excessos com gastos com despesas de pessoal até 30.4.2016, tempo em que não é justo manter as restrições provocadas pela expedição da referida Certidão.

Enfatizou a presença dos requisitos *fumus boni juris* e *periculum in mora*, pugnando o deferimento da liminar e, ao final, a concessão em definitivo da segurança.

A liminar foi indeferida. (fls. 61-64)

O Estado de Santa Catarina requereu seu ingresso no feito. (fl. 71)

Devidamente notificada, a autoridade coatora apresentou informações, afirmando, resumidamente, inexistir direito líquido e certo a ser amparado por meio da presente impetração, uma vez que a emissão da Certidão Positiva deu-se porque o impetrante não se adequou aos limites estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, já que, no segundo quadrimestre de 2015, houve aumento no percentual das despesas com pessoal em relação ao exercício de 2014, ao invés de reduzi-las ao menos em um terço, conforme determina o art. 23 da Lei Complementar n. 101/2000. Diante da ausência de violação a direito líquido e certo, postula a denegação a segurança. (fls. 75-81)

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Paulo Ricardo da Silva, opinou pela denegação da segurança, por inexistir ato coator e ofensa a direito líquido e certo do impetrante. (fls. 84-88)

Este é o relatório.

VOTO

Pretende o Município de Urubici, por meio da presente impetração, o cancelamento de Certidão Positiva expedida pelo Tribunal de Contas, a fim de que o município possa se ajustar à Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que está a sofrer prejuízos em razão da restrição de liberação de recursos conveniados, de repasses voluntários e pela impossibilidade de firmar operações de crédito.

Aduz que apesar das *“medidas tomadas [...] possui um déficit orçamentário de R\$ 604.761,85 (doc n. 5/6), no 5º bimestre e as despesas com pessoal estão em 66,18% (doc n. 7) até novembro considerando a receita corrente líquida, porque apesar das medidas tomadas os direitos*

trabalhistas dos exonerados estão sendo quitados, no entanto, as despesas com pessoal somente no ano de 2015 foram reduzidas para 63,23%”.

Assinala que o seu direito líquido e certo está assegurado pelo art. 66 da LRF, cuja dicção duplica o prazo previsto no art. 23 do mesmo Diploma Legal, dando mais prazo ao Ente Público para se adequar à Lei de Responsabilidade Fiscal, quando houver crescimento real baixo ou negativo do PIB, por período igual ou superior a quatro trimestres.

Por pertinente, calha transcrever os indigitados dispositivos:

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

[...]

Art. 66. Os prazos estabelecidos nos arts. 23, 31 e 70 serão duplicados no caso de crescimento real baixo ou negativo do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, regional ou estadual por período igual ou superior a quatro trimestres.

Vale gizar que o § 3º do prefalado art. 23 da LRF determina que se a redução não for alcançada no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, ao ente será vedado: *“I - receber transferências voluntárias; II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente; III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal”.*

Para o caso em tela, importam, ainda, os arts. 19 e 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal, cuja interpretação conjunta estipula que os limites globais para despesas com pessoal, no âmbito do Poder Executivo Municipal, deve ser de no máximo 54% da receita corrente líquida.

Resta incontroverso no caso dos autos – e é reconhecido pelo próprio impetrante – que, em 30.12.2014, o gasto com despesa de pessoal no Município de Urubici ultrapassou o aludido limite legal, chegando a 64,80% da receita corrente líquida (fl. 11).

Tal cenário fez com que o Chefe do Executivo Municipal, buscando adotar providências para ajustar as contas aos limites legais, editasse decretos com a finalidade de conter despesas (fls. 27-30) e portarias exonerando servidores para reduzir gastos com a folha de pagamento.

Contudo, o percentual referente às despesas com pessoal do Poder Executivo não fora reduzido, pelo contrário, teve elevação, chegando ao patamar de 66,41% no segundo quadrimestre de 2015. (fl. 12)

Muito embora a Administração do Município de Urubici não tenha logrado êxito em adequar o gasto de pessoal aos patamares estabelecidos pela Lei Complementar n. 101/2000, é de se reconhecer que os decretos para contenção de despesas e as portarias exonerando uma quantidade considerável de servidores revelaram inegáveis esforços do Prefeito Municipal no intento de regularizar as contas públicas.

Certamente, ao desfecho da hipótese em tela, em que pese o descuido do Administrador Público, que talvez, por falta de habilidade, permitiu que as despesas com a folha de pagamento referente aos servidores do Poder Executivo extrapolassem os limites legais da Lei de Responsabilidade Fiscal, é impossível não considerar a retração econômica que acomete o País deste aquele até o presente momento, e que indubitavelmente teve forte influência na queda de arrecadação dos Entes Federados em geral.

Por mais que seja dispendioso registrar, dada a notoriedade da crise que assola o Brasil desde meados de 2014, convém trazer à baila a seguinte notícia, entre tantas outras nesse mesmo sentido: “*PIB fica estagnado em 2014, com alta de 0,1%, pior resultado desde 2009*”. (Disponível

em: <http://www1.Folha.uol.com.br/mercado/2015/03/1608985-pib-cresce-01-em-2014-aponta-ibge.shtml> Acesso em: 12 de abril de 2016)

E do sítio eletrônico da EBC – Agência Brasil colho as seguintes informações, cuja manchete confirmou a prenunciada catástrofe econômica pela qual estamos passando:

IBGE: PIB fecha 2015 com queda de 3,8%

O Produto Interno Bruto (PIB) – soma de todos os bens e serviços produzidos no país – teve queda de 3,8% em 2015, a maior desde o início da série histórica atual, iniciada em 1996, na série sem ajuste sazonal. Os dados relativos ao fechamento da economia brasileira no ano passado foram divulgados hoje (3) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), juntamente com o resultado do PIB do 4º trimestre do ano passado, que fechou com redução de 1,4% na série com ajuste sazonal na comparação com o trimestre anterior. Em valores correntes, o PIB fechou o ano passado em R\$ 5,904 trilhões.

A retração da economia em 2015 reflete retrações em praticamente todos os setores da economia, com destaque para Formação Bruta de Capital Fixo (investimento em bens de capital), com queda de 14,1%. Os dados divulgados hoje indicam também quedas significativas na Indústria (6,2%) e nos serviços (2,7%). O único setor avaliado que registrou crescimento no período foi a agropecuária, com crescimento de 1,8%.

Ao contrário das exportações de bens e serviços que cresceram 6,1% em 2015, as importações de bens e serviços fecharam com retração de 14,3%. Com o PIB de R\$ 5,9 trilhões em valores correntes, o PIB per capita do país fechou em R\$ 28,876 mil, o que representa queda de 4,6% sobre 2014.

A queda de 6,2% no setor industrial revela resultados negativos da atividade. A exceção foi a extrativa mineral que cresceu no ano 4,9%. A produção e a distribuição de eletricidade, gás e água caíram 1,4%; a construção civil 7,6% e a indústria de transformação 9,7%.

Segundo o IBGE, a queda do PIB em 2015, na série ampliada (ou seja,

anterior a 1996) é a maior desde 1990, ano do confisco da poupança e de outras aplicações financeiras pelo governo do ex-presidente Fernando Collor de Mello. Naquela época, a redução foi de 4,3%. Pelos resultados hoje anunciados, 2015 será o segundo ano sem crescimento da economia. Em 2014, a variação foi de 0,1%, o que é considerada estabilidade. (<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-03/ibge-pib-fecha-2015-com-queda-de-38>)

A parte final da notícia é deveras alarmante, segundo o IBGE, a queda do PIB em 2015, desconsiderando a série histórica atual, é a maior desde 1990, e de acordo com os resultados anunciados, 2015 foi o segundo ano sem crescimento da economia, e em 2016, pelas projeções que fazem os especialistas, não será diferente.

Diante deste quadro, em que se verifica clarividente que o crescimento real da economia brasileira não só foi baixo, mas que houve drástica retração do PIB, a regra do art. 66 da LRF, a qual proporciona a contagem em dobro do prazo previsto no art. 23 da mesma Lei, deveria ter sido aplicada pelo Tribunal de Contas, de modo a conceder ao impetrante a dilação do prazo para adequar as suas contas e, via de consequência, expedir em seu favor a necessária certidão.

Não obstante a redação do art. 23 da Lei Complementar n. 101/2000 estabelecer que se a despesa total com pessoal de determinada esfera do Poder Público ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, creio, por questão de hermenêutica, que a aplicação do art. 66 não está condicionada ao cumprimento das exigências previstas no art. 23. Isso porque, primeiro não há qualquer condicionante imposta pelo art. 66 nesse sentido; segundo, porque esta suposta benesse conferida pela Lei ao Administrador é aplicável justamente às hipóteses excepcionais em que a retração econômica afete sobremaneira às contas públicas.

Digo mais, se o legislador tivesse por intenção fazer com que o administrador primeiramente cumprisse as hipóteses de cortar gastos previstas no art. 23, para somente após fruir da dilatação do prazo oferecida pelo art. 66, o teria feito expressamente, e isso não é o que se vê da clara redação dos dispositivos indigitados.

Em suma, a aplicação do art. 66 da Lei Complementar n. 101/2000 não se submete ao cumprimento das obrigações previstas no seu art. 23.

Calha, aqui, uma breve reflexão!

Conquanto tenham as contas do Prefeito, ora impetrante, sido rejeitadas pela Corte de Contas, os verdadeiros prejudicados, sabidamente, são os habitantes do Município de Urubici, uma vez que sem a certidão negativa fornecida pelo TCE os cofres municipais deixam de gozar dos benefícios previstos nos incisos do § 3º do art. 23 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não quero com isso dizer que o Administrador Público pode cometer irresponsabilidades e sair impune, não, jamais abonaria condutas ofensivas à Lei de Responsabilidade Fiscal ou aos princípios norteadores da Administração Pública, mas se a punição ao agente público leva reflexos à vida da população local, que poderá sofrer prejuízos diante da expedição de certidão positiva pela autoridade impetrada, aí sim devemos nos preocupar.

Certamente a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe incontáveis avanços à Administração Pública ao impor regras de conduta aos agentes que estão no trato da coisa pública. Mas a aplicação pura e simples da referida legislação pode, em casos determinados, voltar-se contra a própria sociedade que, como bem sabemos, é quem sempre paga a conta dos devaneios de Administradores irresponsáveis.

Não estou a afirmar, por essas ilações, que o ora impetrante tenha ou não cometido irregularidades que justificassem a rejeição das suas contas.

Como já dito anteriormente, entendo que talvez a sua inabilidade, mas preponderantemente o momento crítico da economia, é que contribuiu e continua a contribuir para que os gastos com pessoal naquele Município excedam os limites legais.

Portanto, reafirmo, a regra do art. 66 da LRF, cujo teor amplia o prazo inserido no art. 23 do mesmo Diploma, deveria ter sido concedido ao impetrante, visto que o País, em toda sua extensão, passa por sérios problemas econômicos que estão afetando diretamente as receitas públicas.

O Tribunal de Justiça do Paraná, em caso semelhante, assim decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PREFEITO MUNICIPAL. TRIBUNAL DE CONTAS. REJEIÇÃO DE CONTA DO ALCAIDE. TUTELA ANTECIPADA PARA A CONCESSÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA. POSSIBILIDADE. A NÃO CONCESSÃO TRARÁ PREJUÍZOS AOS MUNICÍPIES. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o Tribunal de Contas rejeita determinada prestação de contas de Prefeito, isso impede que o Município venha a realizar convênios com órgãos públicos, pois é necessária uma certidão negativa do Tribunal de Contas, o que evidentemente traz prejuízos aos municípios.

Se na inicial há indicativos de que na rejeição das contas não se observou os trâmites da ampla defesa e do contraditório, torna-se recomendável a concessão da tutela antecipada para que seja expedida certidão negativa até que a ação declaratória venha a ser julgada em definitivo. (TJPR, Agravo de Instrumento n. 145.618-6, de Cidade Gaúcha, rel. Desembargador Wanderlei Resende, j. 3.12.2003)

Nesse contexto, poderia a Corte de Contas, em analogia ao que corriqueiramente as Fazendas Públicas costumam fazer em relação aos seus devedores, emitir em favor do impetrante uma certidão positiva com efeito de negativa por determinado prazo, tal providência seria razoável e proporcional, além de útil e adequada ao caso concreto.

Do escólio de Luís Roberto Barroso extrai-se ponderosos ensinamentos a respeito dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

I. A interpretação constitucional tradicional assenta-se em um modelo de regras, aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o sentido das normas e fazê-las incidir no caso concreto. Os juízos que formula são de fato, e não de valor. Por tal razão, não lhe toca função criativa do Direito, mas apenas uma atividade de conhecimento técnico. Esta perspectiva convencional ainda continua de grande valia na solução de boa parte dos problemas jurídicos, mas nem sempre é suficiente para lidar com as questões constitucionais, notadamente a colisão de direitos fundamentais.

II. A nova interpretação constitucional assenta-se em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre o fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação.

[...]

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. (BARROSO, Luís Roberto (org.). *O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. in *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 375/376)

Nesse mesmo desiderato, Marcelo Novelino assere:

A proporcionalidade em sentido estrito está vinculada à verificação do custo-benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A interferência

na esfera dos direitos dos cidadãos só será justificável se o benefício trazido for maior que o ônus já imposto. Nesse caso, meio e fim são equacionados mediante um juízo de ponderação, para que sejam pesadas as ‘desvantagens do meio em relação às vantagens do fim. (*Direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2008. p. 81)

Destarte, num juízo de ponderação, no enfoque do caso concreto, em que conflitam a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal e suas sanções ao Administrador Público, e a possibilidade dos munícipes verem seus direitos básicos afetados ante a impossibilidade dos cofres públicos receberem recursos voluntários ou originários de convênios e empréstimos, a concessão de uma certidão positiva com efeitos de negativa, ao meu ver, é de bom alvitre.

Tem lugar, portanto, a aplicação da regra do art. 66 da LRF, de modo que a negativa da autoridade coatora em expedir certidão positiva com efeitos de negativa quando teria o impetrante direito a obter tal documento em razão do benefício ofertado pelo citado dispositivo viola seu direito líquido e certo.

Pelo exposto, voto para julgar procedente o pedido inicial e conceder a ordem, para determinar que o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina emita, ao impetrante, certidão positiva com efeitos de negativa, em razão da aplicação do art. 66 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Sem custas e sem honorários advocatícios.

É como voto.

Ação Rescisória n. 0215227-86.2012.8.24.0000, de Criciúma

Relator: Des. Ricardo Roesler

ACÇÃO RESCISÓRIA. ACIDENTÁRIO. JULGADO QUE PERMITIU A CUMULAÇÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. PEDIDO ESCORADO NA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA APLICÁVEL À ÉPOCA. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO VERIFICADAS. INTELIGÊNCIA, ADEMAIS, DA SÚMULA 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0215227-86.2012.8.24.0000, da comarca de Criciúma 2ª Vara da Fazenda, em que é Autor Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Réu Luiz Clovis dos Santos.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, julgar improcedente a ação rescisória. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu (Presidente com voto), Carlos Adilson Silva, Edemar Gruber, Francisco Oliveira Neto, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Ronei Danieli e Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 11 de maio de 2016.

Desembargador Ricardo Roesler

RELATOR

RELATÓRIO

Trato de ação rescisória promovida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra Luiz Clovis dos Santos, com fundamento

no art. 485, V, do CPC. Em síntese, o autor noticiou que foi condenado a implementar o auxílio-acidente em favor do segurado, apesar de estar aposentado por invalidez. Disse, ainda, que a decisão rescidenda violou o art. 86, e parágrafos, da Lei n. 8.213/91, com redação dada pela Lei n. 9.528/97, tendo em vista que a aposentadoria foi implementada após a vedação legal de cumulação dos referidos benefícios. Sustentou, ainda, a “provável violação de literal disposição de lei (sentido amplo), uma vez que, na esfera do precedente, em caso análogo, a questão está pacificada no STF” (fl. 3). Formulou pedido de antecipação de tutela, para suspender os efeitos da coisa julgada, até o julgamento definitivo. Em relação ao mérito, reclamou a manutenção do provimento eventualmente antecipado, assim como o conseqüente rejuízo da ação, com a improcedência do pedido de cumulação dos benefícios. Juntou documentos (fls. 2-217).

Nos termos da decisão de fls. 220-224, o pedido liminar foi indeferido.

Após tentativas inexitosas de citação do segurado (fls. 228-229, 243-244, 256-257, 268-269 e 276-277), inclusive com a realização de citação por edital – fls. 278 e 280-282, determinou-se a intimação da Defensoria Pública do Estado que, por sua vez, deixou de apresentar resposta (fl. 287).

Adiante, com a nomeação de curador especial, foi apresentada contestação (fls. 311-318). Sustentou-se, na oportunidade, a improcedência do pedido rescisório ao fundamento de que o direito à percepção do auxílio-acidente ocorreu anteriormente à vedação legal imposta pela Lei 9.528/97, que modificou o art. 86 da Lei n. 8.213/91.

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes, que se manifestou pela improcedência do pedido rescisório (fls. 324-327).

É o relatório.

VOTO

O pedido rescisório dirigiu-se contra a cumulação de benefícios – na hipótese, do auxílio-acidente com a aposentadoria. Para tanto, asseverou o demandante a “provável” violação de literal dispositivo de lei, ao tempo da decisão rescidenda, destacando a pacificação do entendimento acerca do tema pelo Supremo Tribunal Federal.

O pedido, todavia, carece de amparo; trata-se de simples tentativa de rejuízo da causa, à luz do que se tem decidido atualmente.

Reconheço que a matéria apresentava trato bastante controverso na jurisprudência, e que recentemente se conferiu certa uniformidade nos tribunais superiores, apontando a impossibilidade de cumulação dos benefícios. Essa perspectiva é, inclusive, o móvel sob o qual se assenta a pretensão.

Daí, à primeira vista, o óbice da Súmula 343/STF, uma vez que a solução acompanhou o que se decidia ordinariamente sobre o tema.

No entanto, o peticionante antecipou-se, e afirmou que a literal violação de lei na prática, por ocasião do julgamento, restou evidenciada com a pacificação da matéria junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Não fosse assim a ausência clara dos dispositivos constitucionais violados – o bastante para denunciar a carência do pedido – o que se revela, de modo muito claro, é a tentativa de alinhar o julgamento ao atual entendimento jurisprudencial.

Observo que a inicial é arranjada de forma tal a evidenciar o novo horizonte estabelecido nos tribunais superiores – tanto que menciona decisão do STF no sentido de impossibilidade de cumulação dos benefícios, sustentando a “provável violação de literal disposição de lei” (fl. 3).

Enfim, de modo claro se busca a conformação do julgamento à

jurisprudência agora modificada. O óbice da súmula 343/STF, portanto, é o que basta para apontar a inviabilidade do juízo rescidendo.

Todavia, ainda que se fosse admitir a suposta infringência legal – mesmo ambígua e aberta, tal como posta – é de lembrar que a rescisória não admite a inovação de tese, por qualquer perspectiva (quer infraconstitucional, quer constitucional), e tampouco a rediscussão acerca do entendimento jurisprudencial acolhido. Pretende-se na prática apenas uma perspectiva distinta de julgamento, considerando, repito, que a solução da causa se deu a partir da leitura do direito intertemporal.

A cumulatividade, dessa forma, não é decorrente de equívoco do julgamento e, por isso, não está afeta à correção pela via rescisória. Daí, bem ao contrário do que se propõe, o que está em jogo, em termos práticos, é a imutabilidade da coisa julgada, corolário da segurança jurídica, e cuja excepcional admissibilidade da quebra não se justifica neste caso. Eis porque o próprio STF, com recorrência, tem afirmado que:

“A coisa julgada tem a favor de si a garantia constitucional da imutabilidade (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição do Brasil). Isso ocorre em função da necessidade da ordem jurídica em manter a paz social, a estabilidade, a segurança, a certeza, a validade e a legitimidade dos atos jurisdicionais e das relações jurídicas. Não se pode perder de vista que a coisa julgada é uma garantia constitucional fundamental daqueles que litigam perante o Poder Judiciário e que a sua desconstituição, via ação rescisória, é de caráter excepcional e de interpretação restritiva. Não é viável a procedência da demanda rescisória quando o contexto dos autos demonstra que o autor da ação pretende um novo julgamento da matéria” (ARE 649.404-AgR-segundo/MG. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão de 11.12.12).

Portanto, a inflexão interpretativa que sugere a autarquia revela, ao meu sentir, que escora seu pedido rescisório, em última análise, na divergência quanto ao entendimento jurisprudencial sobre ao tema.

Ressalto, por fim, que o modo de aplicação do artigo de lei apontado

é alvo de discussões nos órgãos julgadores de forma que, qualquer que seja o posicionamento adotado, não é cabível ação rescisória. Isso porque, como já dito, para tanto é necessária violação de texto expresso de lei não bastando, desse modo, apontamento acerca da divergência jurisprudencial.

Assim, vejo a tentativa de revolver a decisão, quando sugere claramente equívoco de julgamento, mas reconhece o alinhamento com a jurisprudência então vigente. Daí minha dúvida quanto à boa-fé da peticionante. No entanto, por ora apenas determino a glosa o trânsito da ação, dada a evidência de sua impropriedade.

Isso posto, julgo improcedente o pedido rescisório e condeno a autarquia federal ao pagamento da metade das custas processuais (art. 33, § 1º, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com a redação dada pelas LCE n. 161/97 e 279/04), bem como honorários advocatícios devidos ao curador especial nomeado, estes que arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Mandado de Segurança n. 0144913-13.2015.8.24.0000, da Capital

Relator: Des. Ricardo Roesler

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO. NOMEAÇÃO EM CARGO PÚBLICO (AGENTE POLICIAL). IMPETRAÇÃO DIRIGIDA A UM SÓ TEMPO EM FACE DO DELEGADO-GERAL DE POLÍCIA CIVIL E DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA. ATO DE NOMEAÇÃO ENCAMPADO NA VIA ADMINISTRATIVA PELO TITULAR DA PASTA DA SEGURANÇA PÚBLICA, EM FACE DE RECURSO INTERPOSTO PELA PARTE. LEGITIMIDADE AFIRMADA. EXCLUSÃO DA LIDE DO DELEGADO-GERAL DE POLÍCIA CIVIL.

PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO. DEDUÇÃO DE SUPOSTA PRETERIÇÃO. PRETENSÃO DE INCLUSÃO DE OUTRO AGENTE, NOMEADO PARA A MESMA UNIDADE POLICIAL PRETENDIDA PELA IMPETRANTE. IMPROPRIEDADE. IMPETRAÇÃO CUJA SOLUÇÃO NÃO ATENTA CONTRA DIREITO OU INTERESSE IMEDIATO DE TERCEIRO.

NOMEAÇÃO DA IMPETRANTE PARA A COMARCA DE LAURO MÜLLER, E POSTERIOR DETERMINAÇÃO PARA POSSE EM DELEGACIA DESTA CAPITAL. ATO ADIANTE ANULADO, MANTENDO A POSSE NA CIDADE INICIALMENTE FIXADA. ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGA, NESTA CAPITAL, EM DECORRÊNCIA DE “BANCO DE PERMUTAS”. SUPOSTA PRETERIÇÃO, TAMBÉM POR CANDIDATA CUJA POSSE FOI POSTERIOR À SUA. IMPROPRIEDADE. LOTAÇÃO QUE DEVE OBSERVAR, NOS TERMOS DA LCE N. 453/09, A ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO NO CERTAME. POSSE DE AMBAS, ADEMAIS, ENTÃO CONDICIONADA À SORTE DE AÇÕES JUDICIAIS. OBSERVAÇÃO, OUTROSSIM, DA DISPOSIÇÃO DE VAGAS E DA IMPERIOSA NECESSIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. INDIFERENÇA QUANTO AO FATO DE RESIDIR O CÔNJUGE

NESTA CAPITAL, POR SE TRATAR DE POSSE DECORRENTE DA NOMEAÇÃO (ENTRE OUTROS, STF, RE 602.605-AGR/CE). ILEGALIDADE NÃO OBSERVADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 0144913-13.2015.8.24.0000, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública, em que é Impetrante Vanessa Coletti da Silveira e Impetrados Estado de Santa Catarina e outros.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, reconhecer a ilegitimidade do Delegado-Geral de Polícia Civil, e denegar a segurança. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu (Presidente com voto), Carlos Adilson Silva, Edemar Gruber, Francisco Oliveira Neto, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Ronei Danieli e Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 11 de maio de 2016.

Desembargador Ricardo Roesler

RELATOR

RELATÓRIO

Vanessa Coletti da Silveira impetrou mandado de segurança, inicialmente em face da Secretaria de Segurança Pública de Santa Catarina, tendo em vista sua nomeação ao cargo de Agente Policial, com lotação na cidade de Lauro Müller. Em síntese, aduziu que, aprovada no concurso, teria sido inicialmente designada para atuar naquela cidade,

mas lá chegando foi designada para tomar posse na 7.^a Delegacia de Polícia Civil de Florianópolis; e, no dia em que tomaria posse na nova unidade, foi comunicada que deveria retornar a Lauro Müller, tendo em vista que sua designação para atuar na unidade da Capital teria ocorrido por equívoco.

Asseverou que sua nomeação teria por fundamento o pedido de remoção de um Agente Policial da cidade de Içara para Florianópolis, sendo aquela vaga ocupada por Agente lotado em Lauro Müller. No entanto, embora nenhuma remoção tenha se concretizado, entre idas e vindas, sua posse manteve-se como determinada inicialmente.

Alegou, todavia, que o “erro administrativo” teria lhe causado diversos prejuízos, materiais e psicológicos (tanto em decorrência dos preparativos de mudança e retorno, tanto quanto em razão de afastar-se de seu cônjuge), e que em tese teria sido preterida na escolha, tendo em vista que existiriam duas vagas disponíveis na 7.^a Delegacia de Polícia da Capital, ambas decorrentes do “banco de permutas”, e que uma delas teria sido ocupada por outra Agente Policial, cuja posse teria ocorrido após a sua. Destacou que, apesar de melhor classificada aquela candidata, a posse de ambas ficou condicionada em face da necessidade de manejo de ação judicial para prosseguirem no concurso.

Postulou a concessão de ordem, para que fosse determinada sua nomeação com lotação na 7.^a Delegacia de Polícia da Capital.

Determinada a emenda da inicial, fez-se incluir no polo passivo o Delegado-Geral de Polícia Civil e, reafirmada a determinação, apontou-se coator o Secretário de Estado da segurança Pública, quando então foi declinada a competência (fls. 46-47).

O Secretário de Estado prestou informações, alegando sua ilegitimidade (fls. 76-80). De outro vértice, o Delegado-Geral de Polícia Civil, deduzindo inicialmente a necessidade de formação de litisconsórcio,

fazendo integrar a demanda a Agente Policial hoje lotada na 7.^a Delegacia de Polícia Civil desta Capital. Com relação ao mérito asseverou que a lotação observou as vagas disponíveis, observando a ordem de classificação do concurso, de acordo com a LCE n. 453/09. Além disso eventuais vagas em Florianópolis observariam sobretudo o “banco de permutas” de sorte a privilegiar-se, entre outros critérios, a antiguidade na carreira. No mais, as nomeações deveriam atender as necessidades e o interesse públicos, não servindo de fundamento a alegação de que a lotação distante da Capital implicaria no afastamento do lar conjugal (81-90).

O Ministério Público opinou pelo acolhimento da prefacial de ilegitimidade deduzida pelo Secretário de Estado da Segurança Pública, e pela consequente remessa do feito ao primeiro grau de jurisdição (fls. 102-110). Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli.

É o relatório.

VOTO

A impetrante almeja sua relocação à 7.^a Delegacia de Polícia da Capital, aduzindo sobretudo grave prejuízo em sua nomeação originária, para a Delegacia de Polícia de Lauro Müller. Mas inicialmente observo que houve certa discussão em face da competência para apreciar a impetração, animada sobretudo pela sucessão de decisões que, ao fim, mantiveram a impetrante na lotação inicialmente apontada.

A impetração foi originariamente dirigida em face da Secretaria de Estado da Segurança Pública, e após determinação do juízo indicou-se por coator o Sr. Delegado-Geral de Polícia Civil (fl. 42); adiante, após nova determinação, foi indicado o Sr. Secretário de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina (f. 45).

Em resposta, quando notificado, o Secretário de Estado alegou sua ilegitimidade (fls. 76-78), tese então reafirmada pelo Ministério Público em sua manifestação (fls. 102-110). Mas não creio que seja o caso.

Tal como já assinalava o magistrado ao determinar a segunda emenda da inicial, o Secretário de Estado, provocado pela impetrante, acolheu como suas as razões de parecer que reafirmavam a legalidade do ato de nomeação (fl. 34).

Logo, se franqueado à impetrante o direito de petição ao Secretário de Estado, a tomada de resolução com base no que já havia sido assentado pelo Delegado-Geral de Polícia Civil traduz simples exercício de encampação, legitimando, efetivamente, o titular da pasta da Segurança Pública.

Por outro lado, essa dinâmica estabelecida ainda no âmbito administrativo por si exclui a legitimidade do Delegado-Geral de Polícia civil.

A formação deste litisconsórcio em si é sintoma de algum descompasso. Não bastasse a prática evidenciar, a rigor, a impropriedade em apontar-se a responsabilidade de duas autoridades distintas pela edição de um mesmo ato, ou de atos que se sucedem (glosa que se impõe habitualmente em face da disciplina de funções de cada órgão administrativo), houve, efetivamente, a assunção do ato, após provocação, pela autoridade hierarquicamente superior. Daí porque desde logo excluo do polo passivo o Delegado-Geral de Polícia Civil.

Embora ilegítimo, o excluído fez apontamento cuja alguma consideração parece pontual; ao prestar informações deduziu eventual litisconsórcio, em face da suposta necessidade de integrar terceiro, também aprovado no concurso em questão, e em razão do qual a impetrante deduz a preterição em sua nomeação.

A hipótese, em tese, sugere a necessidade de integração daquela

que, teoricamente, houvesse se interposto, assumindo vaga legitimamente conferida à impetrante. Mas o caso é algo mais sofisticado, e ambas, já nomeadas, apenas conflitariam pela opção de lotação imposta pela Administração (com o que conclui a impetrante que, observada a efetiva posse, e não a ordem de classificação, teria direito à vaga já ocupada pela Agente apontada como litisconsorte pelo coator).

Nesse cenário, sua integração à lide não seria razoável e tampouco justificável, pois a tese que se ensaia, e com a qual se cogita alguma preterição, serve, unicamente, para justificar a sua nomeação em outra lotação, e não propriamente naquela ocupada pela terceira, pois a própria impetrante assinala a existência de vaga idêntica, remanescente, e em face desta é que ordena sua impetração. Daí porque rejeito a alegação.

Quanto ao mérito, creio que não seja hipótese de concessão da ordem.

Segundo relatado na inicial, a nomeação da impetrante veio ao cabo de muitos desencontros: aprovada ao cargo de Agente Policial, foi inicialmente reprovada no exame psicológico, reingressando no certame por força de decisão judicial. Concluído o processo de seleção e preparo, foi-lhe determinada a opção a uma única vaga, na cidade de Lauro Müller, embora, segundo afirma, houvesse duas outras vagas nesta Capital (7.^a Delegacia de Polícia da Capital), em decorrência do “banco de permutas” – uma das quais, aliás, oferecida a outra candidata, cuja nomeação seria posterior à sua.

A vaga então ofertada, em Lauro Müller, decorria do remanejamento de policial dentro do “banco de permutas”: determinado Agente Policial, lotado então em Içara, viria a ocupar uma das vagas disponíveis na 7.^a Delegacia de Polícia da Capital, sendo sucedido por outro Agente, lotado então em Lauro Müller. A vaga que daí despontaria seria ocupada pela impetrante.

Mas essa sucessão de remanejamentos não chegou a acontecer, porque o Agente lotado em Içara desistiu da remoção. Todavia, a impetrante, que já estava em Lauro Müller providenciando sua mudança, foi chamada pelo setor de recursos humanos da Polícia Civil, quando recebeu a determinação para que tomasse posse na 7.^a Delegacia da Capital – vaga esta em tese a ser ocupada pelo Agente de Içara.

Contudo, no dia de sua apresentação àquela unidade policial (21.8.2014) recebeu nova comunicação por *e-mail* (despacho do Delegado-Geral de Polícia Civil), cancelando a comunicação interna anterior e determinando a apresentação da impetrante na unidade inicialmente escolhida (na cidade de Lauro Müller), sob a alegação de quebra do “banco de permutas”.

O que se reclama, enfim, é o direito de ocupar a vaga eventualmente remanescente na 7.^a Delegacia desta Capital, tendo em vista que a segunda teoricamente já havia sido ocupada por servidora cuja posse foi posterior à sua (aquela, enfim, em face da qual o Delegado-Geral cogitara o litisconsórcio). Ou seja, a impetrante teoricamente pretende que seja utilizado o critério de antiguidade na carreira para justificar seu direito de opção pela vaga eventualmente remanescente aqui em Florianópolis.

Com relação à eventual preterição, a própria inicial esclarece que a Administração observou a ordem classificatória – a Agente chamada à vaga desta Capital ocupou posição superior, em face de critério de desempate – o que não poderia ser sobreposto pelo só fato da impetrante ter logrado *posse* em primeiro lugar.

Optou-se, enfim, pelo critério objetivo (o classificatório). E nem poderia ser diferente. A posse em si nem mesmo é reguladora de algum direito à impetrante; a revés, eventualmente poderia ser reclamada a anterioridade pela candidata melhor classificada, se daí sobreviesse algum prejuízo.

Conforme consta da própria inicial, ambas, em algum momento, tiveram de lançar mão de ações para permanecer no concurso. Em outras palavras, a posse não esteve em si condicionada à classificação, mas à sorte das ações manejadas. Ou seja, foi a solução das demandas judiciais que veio a definir a ordem de empossamento, e não a classificação no concurso.

No mais, observada a ordem de classificação no certame, não há preterição na escolha de vagas. Há, muito, aliás, o STJ já assentou que:

Não há que se falar em preterição quando da nomeação, se, ao candidato aprovado em concurso público, foi dada a oportunidade de escolha do local de exercício do cargo, observada a sua ordem de classificação, tendo o mesmo efetivamente tomado posse, em local diverso do pretendido, posto não existir vaga na lotação de sua preferência (...). **(MS 9.171/DF. Terceira Seção. Rel. Min. Jorge Scartezzini. Decisão de 28.4.2004)**

Lembro, ainda, que o critério da ordem classificatória, afora a matriz constitucional, também está previsto na LCE n. 453/09 (art. 35), não havendo razão para que se estabelecesse outro parâmetro, notadamente a posse.

No mais, segundo se pôs na via administrativa, a lotação observou, a rigor, a eventual carência das unidades. Daí porque a lotação da impetrante na cidade de Lauro Müller não dependia, efetivamente, da remoção do Agente lá lotado. É o que se afirma no parecer acolhido pela coatora, ao indeferir o pedido de reconsideração da decisão que firmou sua lotação naquela cidade:

Quanto ao fato dos equívocos oportunamente sanados na disponibilidade da unidade policial para a interessada exercer suas funções, há que se levar em consideração que a Instituição tem como objetivo primar pelo cumprimento do Banco de Permutas, ferramenta adotada para oportunizar a movimentação de pessoal pelo Estado pautada em alguns critérios, dentre eles a antiguidade policial.

Ademais, a distribuição dos servidores nas unidades policiais (Quadro de Lotação Geral – QLG) se faz com base em levantamento feito pelo Setor de Gestão de Pessoas da Polícia Civil, com supedâneo na quantidade de ocorrências e número da população, tendo o administrador, no caso o Delegado-Geral, discricionariedade para oferecer aos policiais formados na Acadepol vagas nos locais onde o interesse público, leia-se, necessidade da prestação do serviço público, se mostrar mais latente.

Sendo assim, muito embora em algum momento possa ter sido oferecida equivocadamente a vaga da 7.^a DP da Capital para a interessada, o fato é que, tão logo observou-se que existem no Banco de Permutas policiais mais antigos e com pretensão de exercer suas funções em Florianópolis, desfez-se o equívoco e disponibilizou-se à policial a unidade de Lauro Müller em razão da necessidade de policial que a localidade possui.

Salienta-se que o fato do Agente de Polícia de Içara Sandro Colombo, o primeiro da lista do Banco de Permutas à época a ter interesse em ser removido para a Capital, ter desistido de tal movimentação não gera o direito à interessada em ocupar a vaga disponível em Florianópolis, pois existem tantos outros policiais mais antigos que a interessa na listagem do Banco de Permutas com a mesma pretensão e, esses, sim, merecem a preferência na movimentação funcional, salvo quando se tratar de exercício de alguma “função” administrativa/de confiança/que exija algum conhecimento e que autorize, excepcionalmente, a “quebra” do Banco de Permutas.

Ainda, o fato do Agente de Polícia Rafael Penz de Macedo não ter ocupado a vaga de Içara porque o policial Sandro Colombo de lá não saiu, permanecendo, assim, em Lauro Müller, não obsta o oferecimento da mesma unidade de Lauro Müller para a interessada, uma vez que com base no QLG fornecido pelo Setor de Gestão de Pessoas da Polícia Civil, anexo, a Delegacia possui necessidade de 4 (quatro) Agentes de Polícia, número este somente possível de ser alcançado com o ingresso de Vanessa Coletti da Silveira, cabendo ao Delegado-Geral, na distribuição dos policiais oriundos da Acadepol, buscar suprir a necessidade das diversas cidades. (fls. 36-37)

Em suma, embora lamentável o desconcerto da autoridade administrativa, não há em si ilegalidade ou preterição na designação da impetrante à unidade policial de Lauro Müller. E, a bem da verdade, a própria impetrante assim compreendia, pois já em sua inicial destacou que

Por tais razões, muito embora entenda-se que de fato a escolha de vagas foi oportunizada de maneira correta e a determinação de que exercesse suas funções em Florianópolis tenha se tratado de um “mero erro administrativo”, os prejuízos dele decorrentes por si só justificam a revogação da decisão que determinou sua apresentação em Lauro Müller (...) (fls. 12-13 – grifei)

O que se considera, efetivamente, é a compensação dos prejuízos daí decorrentes – tanto como se põe, quer de ordem material, quer de ordem psicológica, considerando o alegado afastamento de seu cônjuge, a partir da necessidade de fixar-se em Lauro Müller. Mas se ilegalidade não há, ao menos na via mandamental não se pode propor alguma reparação, sobretudo nessa ordem de ideias. E, a considerar a natureza do concurso público – em que se evidencia, no primeiro plano, o interesse público – a proximidade do cônjuge, conquanto mereça alguma consideração quando possível, não é determinante, principalmente em face da lotação decorrente da nomeação. O eventual afastamento do casal em razão do ingresso na carreira pública não é em si fato extraordinário em sua maioria, e a opção pelo serviço público pressupõe a mútua aceitação dessa eventualidade. Daí porque o próprio STF não cogita de conflito com o art. 226 da CR na hipótese:

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REMOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. LOTAÇÃO INICIAL. PREVISÃO EDITALÍCIA. CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AGRAVO IMPRÓVIDO.

I - A orientação desta Corte é no sentido de afastar a incidência do art. 226 da Lei Maior como fundamento para concessão de remoção

de servidor público na hipótese em que não se pleiteia a remoção para acompanhar cônjuge, mas sim a lotação inicial de candidato aprovado em concurso público. Precedentes.

II - Fixada pela Administração a lotação inicial do servidor, conforme regras previamente definidas no edital do concurso, inviável a remoção pretendida, sob pena, inclusive, de ingerência do Judiciário em assunto próprio da Administração Pública. Precedentes.

III - Agravo regimental improvido. (**RE 602.605-AgR/CE**. Segunda Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão de 28.2.2012)

Isso posto, afasto a legitimidade do Delegado-Geral de Polícia Civil, e, no mais, denego a ordem.

Custas pela impetrante; sem honorários.

É como voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 2015.071828-2, de Itapoá

Relator: Des. Carlos Adilson Silva

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. AÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. INFANTE PORTADORA DE ENCEFALOPATIA EPILÉPTICA. SÍNDROME DE WEST. CRISES CONVULSIVAS REFRAATÁRIAS. PACIENTE SUBMETIDA AO USO DE DIVERSAS SUBSTÂNCIAS. AUSÊNCIA DE MELHORA. FALTA DE RESPOSTA AOS TRATAMENTOS CONVENCIONAIS. INDICAÇÃO DO USO DE CANABIDIOL CBD HEMP OIL. PRESCRIÇÃO MÉDICA. MEDICAMENTO IMPORTADO. IMPOSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO PELA PACIENTE. FÁRMACO NÃO PADRONIZADO E SEM REGISTRO NO ÓRGÃO REGULADOR. MEDICAMENTO, CONTUDO, RETIRADO DA LISTA DE PRODUTOS PROIBIDOS. RECLASSIFICAÇÃO. SUBSTÂNCIA CONTROLADA. EXECPCIONALIDADE JUSTIFICADA POR PARECERES MÉDICOS E OFÍCIO AUTORIZATIVO DA ANVISA. INDISPENSABILIDADE DO REMÉDIO COMPROVADA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE DE JUSTIÇA EM CASO ANÁLOGO. ALTERAÇÃO DO PRAZO DE CUMPRIMENTO DE 15 PARA 40 DIAS. SUBSTITUIÇÃO DA MULTA DIÁRIA POR MEDIDA DE SEQUESTRO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2015.071828-2, da comarca de Itapoá (Vara Única), em que é agravante Estado de Santa Catarina, e agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, reformando a decisão agravada para ampliar o prazo de cumprimento de 15 para 40 dias e substituir a multa por sequestro de valor suficiente à compra do fármaco. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 1º de março de 2016, os Exmos. Srs. Des. Jorge Luiz de Borba e Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 02 de março de 2016.

Carlos Adilson Silva

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo por instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina em face da decisão (fls. 21v-23) proferida nos autos da “Ação Civil Pública com pedido de provimento liminar” n. 08.2015.00100699-2, ajuizada por L.S.C Repres. P/ mãe L.R.C., na qual foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para determinar o fornecimento do medicamento “Canadibiol CBD HempOil” (Gold 15-34% formulação oleosa), seis seringas, indicado para o tratamento de “Encefalopatia Epiléptica – Síndrome de West”

Em suas razões recursais, o agravante afirmou que o medicamento não pode ser fornecido pelo Estado, por não ter sido registrado junto à ANVISA; defende o ente estatal, portanto, que a tutela antecipada deferida deve ser revogada pelo não atendimento aos requisitos previstos na lei processual.

Assevera, outrossim, a necessidade de realização de perícia judicial

ante a não comprovação da ineficácia dos tratamentos medicamentosos disponíveis pelo SUS.

Argumenta ser exíguo o prazo para cumprimento da obrigação, pugnando pela sua dilação.

Salienta que o valor arbitrado a título de multa diária, em caso de descumprimento da decisão, é excessivo, devendo ser minorado.

Pugnou pelo recebimento do recurso e concessão de efeito suspensivo diante da relevância da fundamentação e do perigo de lesão grave e de difícil reparação. Ainda, requereu a intimação da agravada, a revogação/suspensão da decisão que antecipou os efeitos da tutela, pelo menos até a realização de perícia médico-judicial.

Por fim, pleiteou a dilatação do prazo fixado para o cumprimento da decisão recorrida, para, no mínimo, 90 dias.

Pelas razões expendidas às fls. 75-80 o eminente Des. Luiz Zanelato concedeu em parte o almejado efeito suspensivo, apenas para alterar de 15 (quinze) para 40 (quarenta dias) o prazo para o agravante fornecer à infante o medicamento requerido, mantendo-se, no restante, a decisão atacada.

O agravado apresentou contrarrazões às fls. 85-90.

Ato contínuo, os autos foram redistribuídos a este relator.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o ilustre Procurador Dr. Alexandre Herculano Abreu (fls. 84-107), opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É a síntese do necessário.

VOTO

Trata-se de agravo por instrumento interposto pelo Estado de Santa

Catarina opondo-se ao pronunciamento judicial consistente no deferimento da antecipação da tutela que obrigou-lhe ao fornecimento do medicamento “Canadibiol CBD HempOil” (Gold 15-34% formulação oleosa).

Pois bem.

Não se desconhece o entendimento deste Tribunal em caso de pedido de fornecimento de medicamento não registrado pela Agência Reguladora dos produtos relativos a saúde – tratando-se de juízo de cognição sumária, apenas com estes elementos, não é possível a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo posto que o registro do medicamento na ANVISA seria *conditio sine qua non* para sua importação e fornecimento.

Nessa esteira, é importante explanar que o objetivo de tal entendimento se coaduna com a legislação vigente, com o objetivo de resguardar a saúde de todos os brasileiros e a segurança sanitária, objetivo precípua da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pois existe vedação legal à importação de medicamentos não registrados pela ANVISA, conforme art. 12 da Lei 6.360/76:

“Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.”

Saliento entendimento do Conselho Nacional de Justiça, exarado pela Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, *in litteris*:

“RESOLVE:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

[...]

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

[...]

b.2) **evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;**” (grifei)

Ademais disso, este Órgão Fracionário já decidiu pela impossibilidade de fornecimento de fármaco não registrado junto a ANVISA:

“ASSISTÊNCIA À SAÚDE. Síndrome Mielodisplástica. AÇÃO PROPOSTA EM FACE DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRECEDENTES. MEDICAMENTOS: Eritropoetina Recombinante Humana E Filgrastima 300mcg. PROVA SUFICIENTE DA NECESSIDADE PARA CONCESSÃO ANTECIPADA DA TUTELA JURISDICIONAL.

Lenalidomida (Revlimid) 5mg. FÁRMACO DE ALTO CUSTO. REMÉDIO QUE NÃO TEM REGISTRO JUNTO À ANVISA. IMPOSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO PELO ESTADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 12 E 18 DA LEI N. 6.360/1976. PRAZO DE 15 DIAS PARA O CUMPRIMENTO DA LIMINAR. PRETENDIDA MAJORAÇÃO. MANUTENÇÃO, PORQUE FIXADO NO LAPSO USUALMENTE UTILIZADO EM DEMANDAS DE TAL NATUREZA, SEM CONTAR QUE HÁ MUITO TEMPO JÁ EXPIROU. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

“[...] o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação” (AgRg STA n. 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j.17-3-2010). (AI n. 2013.065296-4, de São João Batista, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 29-1-2014).” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.031089-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j.16-09-2014).

E ainda:

“FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RECLAMO INTERPOSTO CONTRA À DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. FÁRMACO IMPORTADO E NÃO REGISTRADO NA ANVISA. EXEGESE DA LEI N. 6.360/1976. RECLAMO CONHECIDO E PROVIDO.

“[...] o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação” (AgRg STA n. 175/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-3-2010)”. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.065296-4, de São João Batista, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 29-01-2014).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. PACIENTE PORTADOR DE MIELOMA MÚLTIPLA. INDICAÇÃO DO FÁRMACO LENALIDOMIDA 25MG. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE REGISTRO DO FÁRMACO JUNTO À ANVISA. IMPOSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO PELO ESTADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 12 E 18 DA LEI N. 6.360/76. RECURSO PROVIDO.

- “01. É certo que “O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional” (AgRgRE n. 271.286, Min. Celso de Mello; RE n. 195.192, Min. Marco Aurélio; AC ns. 2010.010164-0 e 2010.040524-9, Des. Newton Trisotto). Porém, não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamento que não é produzido no País e cuja importação é vedada pela Anvisa.

02. “Em favor dos atos administrativos milita presunção de legitimidade (Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvania Zanella Di Pietro); pressupõe-se que ‘as decisões da administração são

editadas com o pressuposto de que estão conformes às normas legais e de que seu conteúdo é verdadeiro' (Odete Medauar)" (AC n. 2008.052803-8, Des. Newton Trisotto)." (Agravo de Instrumento n. 2010.006792-2, de Caçador, Rel.: Des. Newton Trisotto, j. em 7-2-11). (Agravo de Instrumento n. 2010.062806-7, de Santa Cecília, relator Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. em 15.03.2011)". (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.047406-5, de São Joaquim, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 11-10-2011).

Ocorre que o caso em comento reveste-se de peculiaridades, isso porque há nos autos prova de que a criança (com 4 anos de idade) sofre de Síndrome de West – com quadro de crises convulsivas, hipotonia, microcefalia e RMN de crânio com lesões de substância branca, sem resposta aos tratamentos convencionais, possuindo, inclusive, crises parciais complexas com generalização secundária (CID-10: G40), de uma a três por dia, refratária aos medicamentos, necessitando, assim, fazer uso de “Canadibiol CBD HempOil” com o intuito de controlar a convulsão. Transcreve-se, por oportuno, o relatório médico (fl. 19) que assim destacou:

“Após a solicitação e autorização, informo que a paciente L.S.C., 4 anos acompanha em nosso consultório desde 10 de abril de 2013, sendo hoje a segunda consulta, com quadro de crises convulsivas, hipotonia, microcefalia e RMN de crânio com lesões de substância branca. L. Teve diagnóstico de síndrome de West, sem resposta aos tratamentos convencionais. Hoje tem crises parciais complexas com generalização secundária (CID-10: G40), de uma a três por dia, refratária aos medicamentos. Por uso compassivo, pode ser indicado o tratamento com CBD tendo o objetivo de controlarem a convulsão”.

Importa deixar assente que um dos laudos médicos transcritos na inicial, o qual atesta os problemas de saúde da infante, foi firmado pela Dra. Luana Gabriela Dalla Rosa, médica da rede pública de saúde.

No mesmo sentido, tem-se o laudo subscrito pelo médico neuropediatra Dr. Léo Ricardo Honnicke:

“A menor L.S.C., 3 anos e 9 meses iniciou com espasmos em flexão com 6 meses de vida quando recebeu o diagnóstico de Síndrome de West. A ressonância magnética do encéfalo mostrou atrofia cerebral e áreas hipodensas nos gânglios da base. O eletroencefalograma mostrou hipsarritmia. Fez uso de Vigabatrina, Piridoxina, Prednisona, Valproato, ACTH, Carbamazepina, Fenobarbital e Oxcarbazepina, sem melhora. Evoluiu com crises convulsivas de vários tipos sem controle satisfatório. Apresenta atraso no desenvolvimento psicomotor com microcefalia.

Compareceu à consulta neste serviço pela última vez em 10-01-2013”.

Destarte, restou plenamente demonstrado nos autos, por meio de 4 (quatro) atestados elaborados por médicos especialistas em neurologia, neuropediatria, neurofisiologia e neurologia infantil (fls. 17-19), o quadro de saúde da infante e a ineficácia das alternativas terapêuticas fornecidas pela rede pública de saúde.

Oportuno salientar que, além da excepcionalidade na qual o caso está revestido, a diretoria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária retirou o CBD da lista de produtos proibidos e o reclassificou como substância controlada (RDC, nº 03 de 26/01/2015). Sendo possível, inclusive, encontrar no endereço eletrônico da Anvisa orientações de aquisição intermediada de produtos à base de Canabidiol, medicamento receitado a paciente beneficiária.

Ainda, no ano de 2014, o Conselho Federal de Medicina editou resolução (2.113/14) a qual autorizou o uso de Canabidiol para crianças e adolescentes que sofrem com crises de epilepsia e que não reagem a tratamentos convencionais.

Como se não bastasse, compulsando os autos verifica-se que há um ofício, sob o nº 194/2015, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que autoriza a importação de 37 tubos do produto “Real Scientific Hemp Oil (RSHO) CBD 14-25% 3-10G (pasta)” para período de um ano de tratamento de saúde da paciente L.S.C, ora agravada.

Dito isso, constata-se que, pelo menos em cognição sumária, a verossimilhança e o fundado receio de dano irreparável foram demonstrados pela recorrida, enquanto insuficientes as provas que possam afastar completamente a responsabilidade do Estado.

Demais disso, como bem salientou o ilustre Procurador de Justiça Dr. Alexandre Herculano Abreu, o argumento de que a padronização seria óbice à concessão de medicamentos é rechaçado há muito tempo por esta Corte de Justiça, como ilustra o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MEDICAMENTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. Hipótese em que a prova pericial era inócua, porquanto, diversamente de outros casos submetidos à Corte, o Estado nem sequer indicou alternativa terapêutica disponibilizada gratuitamente para a moléstia que acomete a autora, que é gravíssima – pode elevar à cegueira. Providência, afora isso, comprometida pelo decurso do tempo, pois, na inicial, pugnou-se por três aplicações de Lucentis, tratamento este que, ao que tudo indica, já foi finalizado. REMESSA OFICIAL. **NECESSIDADE DO FÁRMACO DEVIDAMENTE COMPROVADA. AUSÊNCIA DE PADRONIZAÇÃO QUE NÃO OBSTA O RECONHECIMENTO DO DIREITO. PRECEDENTES.** “esta corte [STF] tem se orientado no sentido de ser possível ao judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. De fato, assim concluiu a sentença de primeiro grau, mantida pelo tribunal de origem: ‘os entes públicos tentam se esquivar de suas responsabilidades, a uma, afirmando que são disponibilizados similares dos mesmos que tem o mesmo resultado, destacando-se também a ausência de provas quanto a sua indispensabilidade, o que se revela um absurdo quando tomada em consideração a moléstia que assola a requerente’. Nesse sentido, veja-se o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, na STA 175-AgR: ‘[?] em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não

for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz para o seu caso.” (RE 845081/MG, rel. Min. Roberto Barroso, p. 6-11-2014).

AGRAVO RETIDO. CUMPRIMENTO DO ART. 523, § 1º, DO CPC. CONHECIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA MULTA POR MEDIDA DE SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS EM CASO DE INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO PARCIAL. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.052257-1. De Imbituba, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 22-09-2015.)

Portanto, não há que se falar em revogação da tutela ante a não padronização do medicamento requerido e a ausência do seu registro na Anvisa, bem como, da necessidade de realização de perícia judicial.

Por derradeiro, sobre a redução do valor da multa diária, aplicada no eventual descumprimento da decisão judicial, a jurisprudência hodierna deste Sodalício Estadual tem determinado, em casos tais, a substituição da multa pela medida de sequestro do valor necessário para a aquisição dos medicamentos, diretamente do erário, medida que, além de dar efetividade ao comando judicial, tem maior eficácia no resguardo do direito à saúde do beneficiário.

Nesse sentido:

ASSISTÊNCIA À SAÚDE. IDOSA PORTADORA DE “UMA SÉRIE DE PROBLEMAS DE SAÚDE”. 1) AGRAVO RETIDO. MULTA DIÁRIA EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA COERCITIVA QUE DEVE SER SUBSTITUÍDA PELO SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS PARA AQUISIÇÃO DOS REMÉDIOS. RECURSO PROVIDO. “01. A multa cominatória (*astreinte*) prevista nos §§ 4º e 5º do art. 461 do Código de Processo Civil tem por finalidade coagir o devedor a cumprir ordem judicial que lhe

impõe obrigação de fazer ou de não fazer. Não pode ser admitida a sua conversão em multa sancionatória. Nas demandas em que o autor requer do Estado a “prestação individual de saúde” (AgSL n. 47, Min. Gilmar Mendes; AI n. 550.530-AgR, Min. Joaquim Barbosa; CR, art. 196; Lei n. 8.080/1990), não é razoável, salvo situações excepcionais, a imposição de multa cominatória, pois raramente atenderá à sua finalidade. É recomendável que o devedor seja advertido de que, não cumprida a ordem judicial no prazo estabelecido, poderá ser sequestrado numerário suficiente para custear o tratamento (STJ, T1, AgRgREsp n. 1.002.335, Min. Luiz Fux; T2, AgRgREsp n. 935.083, Min. Humberto Martins). (AI n. 2012.063809-5, de Tubarão, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, p. 28-5-2013). 2) APELAÇÃO. MEDICAMENTOS: Relestat (Cloridrato de Epinastrina) 0,05%, Genteal (Hipromelose) 3 mg, Alphagan Z (Tartarato de Brimonidina) 0,1%, Reminyl ER 16, Rivotril 0,5 mg, Atenolol 50 mg, Clortalidona 25 mg, Sinvastatina 20 mg e Certralina 75 mg. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PROVA PERICIAL IMPRESCINDÍVEL PARA ATESTAR A NECESSIDADE E UTILIDADE DOS REMÉDIOS E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA SUBSTITUIÇÃO POR OUTROS FORNECIDOS PELO SUS. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. NULIDADE DA SENTENÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Salvo situações excepcionais, “Este Tribunal de Justiça, por reiteradas vezes, tem acolhido o argumento de que há cerceamento de defesa em ações que visam o fornecimento de medicamentos quando, não devidamente instruído o feito, o juiz julga antecipadamente o processo, não dando oportunidade às partes para comprovar suas alegações” (AC n. 2007.047560-0, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz). (TJSC, Apelação Cível n. 2013.046098-3, de Barra Velha, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 03-11-2015).

Consta como pedido do recorrente, ainda, a minoração do montante fixado, pois o alto valor implicaria em enriquecimento sem causa da parte.

Com efeito, em prol da economicidade, a jurisprudência mais recente nas demandas em que a medida coercitiva é imposta em face

do Estado reconhece que a medida assecuratória que melhor atende ao princípio da efetividade da decisão judicial, em caso de requerimento de tratamentos médicos, consiste na determinação de sequestro de valores para aquisição do fármaco em caso de descumprimento.

Sabe-se, também, que a multa cominatória constitui mero meio de coerção da parte sucumbente para que esta não obste o cumprimento da decisão que impõe a obrigação, garantindo à parte beneficiada pela tutela antecipada um mecanismo de coibição ao desrespeito à decisão judicial.

Por fim, para subsidiar os pontos em análise, colaciona-se, jurisprudência deste sodalício acerca do tema em comento:

“ASSISTÊNCIA À SAUDE. VITILIGO. MEDICAMENTOS: Elidel Creme e Daivo Bet. NECESSIDADE COMPROVADA. REMÉDIOS A SEREM ADQUIRIDOS Gabinete Des. Vanderlei Romer NO ÂMBITO DO SUS. PREVALÊNCIA DOS GENÉRICOS. LEI N. 9.878/1999, ART. 3º, CAPUTE § 2º. MULTA DIÁRIA EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA EM REEXAME NECESSÁRIO. [...] “01. A multa cominatória (*astreinte*) prevista nos §§ 4º e 5º do art. 461 do Código de Processo Civil tem por finalidade coagir o devedor a cumprir ordem judicial que lhe impõe obrigação de fazer ou de não fazer. Não pode ser admitida a sua conversão em multa sancionatória. Nas demandas em que o autor requer do Estado a “prestação individual de saúde” (AgSL n. 47, Min. Gilmar Mendes; AI n. 550.530-AgR, Min. Joaquim Barbosa; CR, art. 196; Lei n. 8.080/1990), não é razoável, salvo situações excepcionais, a imposição de multa cominatória, pois raramente atenderá à sua finalidade. É recomendável que o devedor seja advertido de que, não cumprida a ordem judicial no prazo estabelecido, poderá ser sequestrado numerário suficiente para custear o tratamento” (STJ, T1, AgRgREsp n. 1.002.335, Min. Luiz Fux; T2, AgRgREsp n. 935.083, Min. Humberto Martins). 02. “A multa diária aplicada com fundamento no art. 461, § 5º, do CPC pode ser revista com a finalidade de ser ajustada aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que tal procedimento implique ofensa à coisa julgada” (AgRgAI n. 1.200.819,

Min. João Otávio de Noronha; AgRgREsp n. 1.022.081, Min. Maria Isabel Gallotti; REsp n. 1.245.569, Min. Mauro Campbell Marques; Rcl n. 3.897, Min. Raul Araújo).

A faculdade de o juiz ou de o tribunal rever o valor da multa compreende a de cancelá-la, de ofício; de revogar a ordem judicial, se evidente que não atendeu à sua finalidade. Comprovado que a obrigação imposta ao Estado foi satisfeita, embora com atraso, não seria razoável, jurídica e eticamente sustentável, a manutenção da multa cominatória, pois se prestaria apenas para enriquecer injustamente o autor em detrimento da sociedade; converter-se-ia em multa sancionatória (TJSC, Reexame Necessário n. 2014.051565-2, da Capital, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 07-04-2015).

Portanto, com arrimo no § 5º do artigo 461 do CPC, afigura-se plenamente possível o provimento do agravo neste ponto, para que seja excluída a multa diária imposta, bloqueando-se as verbas públicas para garantir o fornecimento do medicamento pleiteado para manutenção da vida e saúde do interessado.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, reformando a decisão agravada de fls. 21v-23, tão somente para ampliar o prazo de cumprimento de 15 para 40 dias e substituir a multa por sequestro de valor suficiente ao pagamento do fármaco.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 2015.026808-6, de Joinville

Relator: Des. Carlos Adilson Silva

AGRAVO POR INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. AMBIENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA EXECUÇÃO DE OBRA DE TERRAPLENAGEM EM LOTES URBANOS. EXIGÊNCIA DE RECUO DE TRINTA METROS PARA A CONCESSÃO DO ALVARÁ. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE FORMADA PELA FAIXA MARGINAL DE CURSO D'ÁGUA (RIO VELHO). DECISÃO LIMINAR QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA FORMULADO NO *WRIT* VISANDO SUPRIMIR A EXIGÊNCIA DE AFASTAMENTO.

INSURGÊNCIA RECURSAL. ALEGAÇÃO DE QUE O IMÓVEL SE SITUA EM ÁREA URBANA CONSOLIDADA. PRÉ-EXISTÊNCIA DE EDIFICAÇÃO NO LOCAL. CURSO D'ÁGUA CANALIZADO E TUBULADO EM DIVERSOS TRECHOS. ALEGADA INAPLICABILIDADE DOS AFASTAMENTOS DISPOSTOS NO ART. 4º, *CAPUT*, I, "A", DA LEI Nº 12.651/2012 (TRINTA METROS) E NO ART. 4º, *CAPUT*, III, DA LEI Nº 6.766/1979 (QUINZE METROS), EM FACE DO TEOR DO ART. 119-C, IV, DA LEI ESTADUAL Nº 16.342/2014. PONDERAÇÃO DE NORMAS-PRINCÍPIO À LUZ DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DIREITO AO MEIO AMBIENTE E DIREITO DE PROPRIEDADE. EDIFICAÇÕES QUE AVANÇAM SOBRE A FAIXA MARGINAL DO CURSO D'ÁGUA EM TODA VIZINHANÇA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PREVALÊNCIA, NA HIPÓTESE, DA ISONOMIA EM RELAÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO E URGÊNCIA CONFIGURADOS. INAPLICABILIDADE, NESSE CONTEXTO, DO AFASTAMENTO ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE, TODAVIA, DE OBSERVAR O RECUO DE QUINZE METROS PREVISTO PELA LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO.

O reconhecimento da inaplicabilidade da regra disposta na legislação ambiental prevendo a conservação das faixas marginais dos cursos d'água ocorre apenas em circunstâncias especiais, exigindo a conjunção dos seguintes pressupostos fáticos:

- ocupação urbana consolidada à margem de curso d'água sem a observância do afastamento legal;
- consequente perda das funções ecológicas inerentes às faixas marginais de curso d'água;
- irreversibilidade da situação, por se mostrar inviável, na prática, a recuperação da faixa marginal;
- irrelevância, nesse contexto, dos efeitos positivos que poderiam ser gerados com a observância do recuo em relação às novas obras;
- ausência de alternativa técnica ou locacional para a execução da obra (via de regra, em virtude da extensão reduzida dos lotes);
- prevalência do princípio da isonomia de tratamento em relação ao exercício do direito de propriedade.

Presentes tais premissas, deve ser observado, em vez do afastamento de trinta metros, o recuo de quinze metros previsto na Lei de Parcelamento do Solo Urbano, ante a ausência de função ambiental do curso d'água.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2015.026808-6, da comarca de Joinville (2ª Vara da Fazenda Pública), em que é agravante Edson Fernando Rodrigues Zanetti, e agravado Secretário do Meio Ambiente do Município de Joinville:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe parcial provimento para deferir, em parte, a segurança liminar postulada, ordenando a

observância de um recuo de quinze metros do curso d'água, mantendo-se a antecipação da tutela recursal deferida na decisão monocrática de fls. 85-91. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 23 de fevereiro de 2016, os Exmos. Srs. Des. Jorge Luiz de Borba e Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2016.

Carlos Adilson Silva

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Edson Fernando Rodrigues Zanetti interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos de mandado de segurança impetrado em face de ato praticado pelo Secretário do Meio Ambiente do Município de Joinville, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 69-70), o qual objetivava afastar a exigência do recuo de trinta metros previsto no art. 4º, I, “a”, da Lei nº 12.651/2012, a fim de obter alvará para execução de terraplenagem.

Alegou, em síntese, se tratar de área urbana consolidada, em que nenhum dos imóveis lindeiros observa qualquer recuo do curso d'água; aduziu que o curso d'água é totalmente canalizado e tubulado em diversos pontos, não cumprindo qualquer função ambiental. Partindo de tais premissas fáticas, e invocando o teor do art. 119-C, IV, da Lei Estadual nº 16.342/2014 (Código Estadual do Meio Ambiente), sustentou a inaplicabilidade do art. 4º, I, “a”, da Lei 12.651/2012, o qual estabelece uma faixa marginal de trinta metros ao longo dos cursos d'água com menos de dez metros como área de preservação permanente, e do art.

4º, III, da Lei nº 6.766/1979, que obriga a reserva de uma faixa não edificável de quinze metros ao longo das águas correntes e dormentes.

Requeru a antecipação da tutela recursal, a qual foi parcialmente deferida em juízo monocrático pela Des^a. Cláudia Lambert de Faria (fls. 85-91), *“compelindo a autoridade coatora/agravada a se abster de exigir o recuo previsto no Código Florestal, observando, contudo, o recuo de 15 metros previsto no art. 4º, inciso III, da Lei n. 6.766/79, até o pronunciamento definitivo da Câmara competente”*.

Oferecida a contraminuta (fls. 96-107), foram os autos distribuídos a este Relator.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Dra. Hercília Regina Lemke, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, *“para que se conceda a liminar para determinar que o município se abstenha de condicionar a concessão do alvará de terraplanagem à observância de recuo de 30 (trinta) metros, mas que seja respeitado o recuo de 15 (quinze) metros disposto na Lei de Parcelamento do Solo”*.

Este é o relatório.

VOTO

Irresignado com o provimento jurisdicional exarado na origem, que, em sede liminar, indeferiu o pedido de licença para execução de terraplanagem em lote situado à margem do Rio Velho sem o afastamento de trinta metros previsto na art. 4º, I, “a”, da Lei nº 12.651/2012, nem o recuo de quinze metros estabelecido no art. 4º, III, da Lei nº 6.766/1979, Edson Fernando Rodrigues Zanetti interpôs o presente recurso, visando à reforma do interlocutório, para que sejam antecipados os efeitos da tutela, possibilitando a implantação da obra sem as restrições em alusão.

Conheço do recurso, porquanto satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Razão assiste, em parte, ao agravante.

O provimento liminar em mandado de segurança pressupõe a configuração dos requisitos dispostos no art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, a saber, a existência de fundamento relevante e a possibilidade de ineficácia da medida, caso deferida apenas ao final do processo.

Verifica-se que os pressupostos estão preenchidos no caso vertente, de modo que é inviável a concessão parcial da segurança em sede liminar.

A análise da plausibilidade e relevância jurídica dos fundamentos invocados pela parte agravante demanda um exame acurado das normas concernentes à proteção do meio ambiente e ao direito de construir.

Nessa tarefa, cumpre, desde logo, enfatizar o que preceitua o art. 225 da Constituição Federal:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

[...]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;”

Da leitura do *caput* e do primeiro inciso do § 1º, extrai-se que, mais do que somente preservar o meio ambiente, incumbe ao Poder

Público restaurar os processos ecológicos essenciais, não só para as gerações presentes, mas também para as futuras. Dessa forma, mesmo que a legislação anterior permita a exploração de determinados espaços, sobrevindo a vedação desta, cabe ao Poder Público buscar, tanto quanto possível, a restauração das áreas anteriormente utilizadas, ressalvados os direitos adquiridos na vigência da norma pretérita.

Com isso em vista, emerge do inciso III em destaque a dicção constitucional que, em tese, poderia dar guarida ao ato municipal impugnado pela parte agravante. Isto é, colhe-se do dispositivo em referência que a alteração e a supressão de espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos poderão ser permitidas somente através de lei, sendo, entretanto, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Sobre a importância da conservação das faixas marginais dos cursos d'água, vale citar o seguinte trecho de subementa em que discorre o Ministro Herman Benjamin:

“A Constituição Federal ampara os processos ecológicos essenciais, entre eles as Áreas de Preservação Permanente ciliares. Sua essencialidade decorre das funções ecológicas que desempenham, sobretudo na conservação do solo e das águas. Entre elas cabe citar a) proteção da disponibilidade e qualidade da água, tanto ao facilitar sua infiltração e armazenamento no lençol freático, como ao salvaguardar a integridade físico-química dos corpos d'água da foz à nascente, como tampão e filtro, sobretudo por dificultar a erosão e o assoreamento e por barrar poluentes e detritos, e b) a manutenção de habitat para a fauna e formação de corredores biológicos, cada vez mais preciosos em face da fragmentação do território decorrente da ocupação humana. (STJ, REsp: 176753 SC 1998/0040595-0, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 7-2-2008)

Com o advento da Lei nº 12.651/2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, revogando o Código Florestal anterior (Lei

4.771/1965), superou-se qualquer dúvida de que as áreas de preservação permanente nela previstas incidem indiscriminadamente sobre zonas rurais ou urbanas, ante o exposto teor do art. 4º, *caput*.

Acerca da aplicabilidade da legislação federal ambiental em zonas urbanas municipais, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“AMBIENTAL. AÇÃO POPULAR. MATA ATLÂNTICA. ÁREA URBANA. BALNEÁRIO DE CAMBORIÚ. CÓDIGO FLORESTAL E DECRETO DA MATA ATLÂNTICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL FEDERAL A ZONA URBANA DOS MUNICÍPIOS.

1. A legislação federal de proteção do meio ambiente e da flora, independentemente de referência legal expressa, aplica-se à área urbana dos Municípios. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental provido.” (STJ, AgRg no REsp 664.886/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 4-2-2010)

Assim, observa-se que, mesmo em perímetro urbano, são áreas de preservação permanente as faixas marginais de cursos d’água naturais perenes e intermitentes, consoante a redação do inciso I do art. 4º, *caput*, da Lei nº 12.651/2012, cuja alínea “a” estabelece uma largura mínima de trinta metros para aqueles com menos de dez metros de largura. Por isso, é inviável a aplicação do disposto no 119-C, IV, da Lei Estadual nº 16.342/2014 (Código Estadual do Meio Ambiente), ou mesmo da legislação municipal com vistas a reduzir a largura estabelecida nas normas gerais editadas pela União.

Considerando as disposições constitucionais acima transcritas, constata-se que é rígido o regime de proteção das áreas de preservação permanente, sendo defesa a utilização dessas áreas a não ser nas hipóteses previstas em lei, como de utilidade pública, interesse social ou baixo

impacto ambiental, nos termos dos artigos 3º, VIII, IX e X, e 8º da Lei nº 12.651/2012.

Cumprе ressaltar que a autorização de intervenção em APP nesses casos excepcionais está condicionada a prévio licenciamento ambiental pelo órgão competente, bem como que o fato de se tratar de área urbana consolidada, consoante definição inserta no art. 47, II, da Lei 11.977/2009, por si só, não corresponde a uma das hipóteses em que a intervenção pode ser admitida, mas apenas a uma das condições exigidas para o implemento de regularização fundiária de interesse social ou específico, consoante os artigos 64 e 65 da Lei 12.651/2012.

Vale também salientar que a regra emanada do art. 4º, *caput*, III, da 6.766/1979, ao prever a reserva de uma faixa não edificável de quinze metros ao longo das águas correntes e dormentes, não contraria as disposições concernentes à proteção ambiental da mata ciliar, na medida em que expressamente ressalva “*maiores exigências da legislação específica*”.

Dessa maneira, quando se tratar de curso d’água natural, aplica-se a Lei 12.651/2012, devendo ser respeitada a faixa marginal com largura mínima de trinta metros, e, em caso de corpos hídricos artificiais, deve-se exigir o afastamento de cunho urbanístico determinado pela Lei do Parcelamento do Solo Urbano, observando-se a distância de quinze metros.

Diante desse cenário normativo, resplandece, à primeira vista, a legalidade do ato municipal que exigiu a observância do recuo de trinta metros do curso d’água existente à margem do imóvel.

Contudo, é necessário sopesar as particularidades do contexto urbano em que os lotes examinados se inserem.

Importa considerar a existência de precedentes desta Corte Estadual nos quais se reconhece o direito de construir à margem de cursos

d'água adentrando área de preservação permanente, observado o recuo de quinze metros da Lei 6.766/1979 em detrimento da regra dos trinta metros da legislação ambiental, em locais caracterizados como área urbana consolidada, tendo em vista a prevalência, no caso concreto, do direito à moradia, ou mesmo do direito de propriedade, em face da proteção ao meio ambiente. Nesses casos, em que se identifica o entrelaçamento de direitos fundamentais, inafastável um juízo de ponderação, à luz do princípio da proporcionalidade.

Obtempera-se, por oportuno, que a existência de julgados nesse sentido não são significativas a introdução no mundo jurídico de uma regra genérica permissiva à ocupação indiscriminada de áreas urbanas consolidadas com recuo de quinze metros das margens de curso d'água. Isso porque o caráter genérico é inerente à lei, enquanto as decisões judiciais são regras de aplicação específica ao caso concreto, embora também sejam regidas pelo princípio da isonomia. Por isso, a análise da proporcionalidade da regra de afastamento de trinta metros em face do direito à moradia ou de propriedade deve ser realizada caso a caso.

Neste norte, dessume-se que o reconhecimento da inaplicabilidade da regra disposta na legislação ambiental prevendo a conservação das faixas marginais dos cursos d'água ocorre apenas em circunstâncias especiais, exigindo a conjunção dos seguintes pressupostos fáticos:

- ocupação urbana consolidada à margem de curso d'água sem a observância do afastamento legal;
- consequente perda das funções ecológicas inerentes às faixas marginais de curso d'água;
- irreversibilidade da situação, por se mostrar inviável, na prática, a recuperação da faixa marginal;
- irrelevância, nesse contexto, dos efeitos positivos que poderiam ser gerados com a observância do recuo em relação às novas obras;

- ausência de alternativa técnica ou locacional para a execução da obra (via de regra, em virtude da extensão reduzida dos lotes);
- prevalência do princípio da isonomia de tratamento em relação ao exercício do direito de propriedade.

Na hipótese em apreço, o agravante, com amparo no laudo técnico acostado às fls. 50-57, descreve situação que, em tese, se enquadra nas condições acima destacadas.

Colhe-se do estudo realizado pelo engenheiro civil Waldemar Biscaia D'Alama que “*em todo o trecho o grau de urbanização é intenso, sem que exista qualquer recuo ou área de vegetação de mata ciliar*” (fls. 55). Por suas assertivas, é possível concluir que a localidade se qualifica como área urbana consolidada, em conformidade com os parâmetros fixados no art. 47, *caput*, II, da Lei nº 11.977/2009.

Além disso, ressalta o parecerista que o curso d'água é tubulado em grande parte e canalizado em toda a região, do que se depreende que não exerce qualquer função ambiental, de modo que a situação se mostra irreversível, sendo irrelevante a preservação daquele curto trecho em que se localiza o imóvel.

Ademais, possuindo o bem apenas quarenta metros de profundidade, aparenta ser inviável qualquer tipo de construção acaso respeitado o afastamento de trinta metros, o que denota a ausência de alternativa locacional.

Nesse cenário, a hipótese se amolda à exceção admitida pela jurisprudência desta Corte de Justiça, devendo ser observado o recuo de quinze metros previsto na Lei de Parcelamento do Solo Urbano, ante a ausência de função ambiental do curso d'água, como se infere dos seguintes julgados:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE NEGOU O PEDIDO DE LIMINAR EM

MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO QUE VISAVA A REDUÇÃO DA DISTÂNCIA PARA CONSTRUÇÃO DE LOTEAMENTO INDUSTRIAL À MARGEM DO RIO DO BREJO, LOCALIZADO NA CIDADE DE JOINVILLE. PARECER TÉCNICO ELABORADO PELA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE DE JOINVILLE - FUNDEMA, QUE RECOMENDA A OBSERVÂNCIA DE 30 (TRINTA) METROS, DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO FLORESTAL. INTENÇÃO DO AGRAVANTE EM VER APLICADA A LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO (LEI FEDERAL N. 6.766/1979), QUE PREVÊ O RECUO DE 15 (QUINZE) METROS. POSSIBILIDADE. ÁREA URBANA CONSOLIDADA EM AMPLO DESENVOLVIMENTO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. PROVIMENTO DO RECURSO NESTE PONTO. IMPROCEDÊNCIA, NO ENTANTO, QUANTO À PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEVASTADA (PRAD) IMPOSTO CONTRA O AGRAVANTE. IMPOSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO DA DESNECESSIDADE DESSA RECOMPOSIÇÃO PELA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.024579-3, de Joinville, rel. Des. Cesar Abreu, j. 3-2-2015).

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE ALVARÁ PARA CONSTRUÇÃO NEGADO, DIANTE DA NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DE 30 METROS DO CORPO D’ÁGUA, CONFORME DISPÕE O ART. 2º, ‘A’, 1, DO CÓDIGO FLORESTAL. INAPLICABILIDADE. IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA URBANA INEQUIVOCADAMENTE CONSOLIDADA. INCIDÊNCIA, NO CASO, DO ART. 4º, III, DA LEI DE PARCELAMENTO DE SOLO URBANO (LEI N. 6.766/79), QUE EXIGE O AFASTAMENTO DE 15 METROS AO LONGO DAS ÁGUAS CORRENTES. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. A aplicabilidade do Código Florestal em áreas urbanas consolidadas é matéria reiteradamente discutida pelas Câmaras de Direito Público desta Corte, que têm decidido

no sentido de afastar a incidência daquele Código naqueles casos, não havendo necessidade de declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º, ‘a’, 1, da Lei n. 4.771/65, sobremaneira quando tal reconhecimento, pela via difusa, pressupõe a utilidade para a solução dos autos, o que não é o caso, pois aplica-se, na hipótese, o art. 4º, III, da Lei de Parcelamento de Solo Urbano (Lei n. 6.766/79). Diante do contexto inequivocadamente urbano e consolidado em que o imóvel está inserido, pode-se afirmar que, ao exigir o recuo de 30 metros estabelecido pelo Código Florestal, o impetrado afrontou o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que deve sempre nortear toda ação administrativa, impondo ao administrador não só proclamar decisões revestidas de regularidade formal, mas também que sejam substancialmente razoáveis e corretas, justificando-se com dados objetivos de modo a balancear o meio utilizado ao fim pretendido pela lei. Assim, correta a medida que determinou a autoridade impetrada que se abstivesse de condicionar a emissão do alvará de construção ao recuo de 30 metros a partir do leito do rio que corre defronte ao imóvel do impetrante, devendo observar, contudo, a metragem de 15 metros estabelecida pelo art. 4º, III, da Lei de Parcelamento de Solo Urbano (Lei n. 6.766/79). SENTENÇA QUE CONCEDEU PARCIALMENTE A ORDEM REFORMADA EM PARTE. APELO DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE E REMESSA PARCIALMENTE PROVIDOS.” (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.060326-0, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 22-10-2013).

Portanto, presente a relevância dos argumentos da parte agravante.

Diante de tais evidências e do entendimento pacífico deste Sodalício acerca do tema, nada obsta a concessão da segurança em sede liminar, de modo a evitar maiores prejuízos decorrentes da demora do processo.

Ante o exposto, voto por conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe parcial provimento para deferir, em parte, a segurança liminar postulada, ordenando a observância de um recuo de quinze metros do curso d’água, mantendo-se a antecipação da tutela recursal deferida na decisão monocrática de fls. 85-91.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 2014.084616-2, de Xaxim

Relator: Des. Carlos Adilson Silva

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA ACAUTELATÓRIA DE INDISPONIBILIDADE E BLOQUEIO DE BENS. CONSTRIÇÃO QUE DEVE ABRANGER O TOTAL DO PREJUÍZO, INCLUINDO-SE O VALOR DE EVENTUAL MULTA CIVIL A SER APLICADA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

“1 - O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei nº 8.429/92, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens (ainda que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade), incluído o bloqueio de ativos financeiros, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil. Precedentes.

2 - A constrição não deve recair sobre o patrimônio total do réu, mas tão somente sobre parcela que se mostre suficiente para assegurar futura execução. Para além disso, afora as impenhorabilidades legais, a atuação judicial deve também resguardar, na extensão comprovada pelo interessado, pessoa física ou jurídica, o acesso a valores indispensáveis, respectivamente, à sua subsistência (mínimo existencial) ou à continuidade de suas atividades. Precedente.” (REsp 1.161.049/PA, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 18/09/2014, *DJe* 29/09/2014).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.084616-2, da comarca de Xaxim (2ª Vara), em que é agravante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e agravados Soccol Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda. ME e outros:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação

unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, confirmando a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela “(...) *para o fim de determinar a inclusão da multa civil no valor referente à indisponibilidade de bens, a ser suportada solidariamente pelos agravados*” (fls. 431-436). Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 15 de março de 2016, os Exmos. Srs. Des. Jorge Luiz de Borba e Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 16 de março de 2016.

Carlos Adilson Silva

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo por instrumento interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o interlocutório proferido pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Xaxim, Dr. Rodrigo Dadalt, que, em ação civil pública por atos de improbidade administrativa ajuizada em face de Soccol Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outros (autos n. 0900017-31.2014.8.24.0081), deferiu medida liminar de indisponibilidade de bens de todos os réus, porém, limitando a restrição à extensão do dano potencialmente causado ao erário, sem incluir o valor atinente à multa civil.

Em suas razões recursais, o *Parquet* defende a tese de que, além do ressarcimento ao erário, no importe de R\$ 67.735,00 (sessenta e sete mil, setecentos e trinta e cinco reais), a constrição também deve abranger a multa civil prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.429/92, consoante orientação sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, podendo alcançar até

03 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial, isto é, R\$ 203.205,00 (duzentos e três mil, duzentos e cinco reais).

Por estas razões, pugnou pela concessão do efeito suspensivo ativo ao interlocutório guerreado, com sua consequente reforma, ao final, por este Órgão Fracionário (fls. 02-15).

Por meio da decisão de fls. 431-436, o eminente Des. Luiz Zanelato deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela “(...) *para o fim de determinar a inclusão da multa civil no valor referente à indisponibilidade de bens, a ser suportada solidariamente pelos agravados*”.

Apresentadas contrarrazões às fls. 468-472, os autos foram redistribuídos a este Relator.

Na sequência, intimados os advogados constituídos pelos agravados Gelair Garbon e Helena Cândido de Ramos Mocelin, conforme fora requerido pela representante ministerial às fls. 479-480, estes deixaram transcorrer *in albis* o prazo para as contrarrazões (fl. 512).

Com nova vista dos autos à douda Procuradoria-Geral de Justiça, a Exm^a. Sr^a. Dr^a. Walkyria Ruicir Danielski opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 515-520).

Este é o relatório.

VOTO

Inconformado com o pronunciamento judicial prolatado na origem, que deferiu, com base no art. 7º da Lei n. 8.429/92, liminar de indisponibilidade de bens dos réus Soccol Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outros nos autos da ação civil pública por atos de improbidade administrativa n. 0900017-31.2014.8.24.0081, porém, limitando a restrição à extensão do dano potencialmente causado ao erário, sem

incluir o valor atinente à multa civil, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs o presente agravo por instrumento.

Conheço do recurso, porquanto satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia a respeito da (im)possibilidade de consideração do valor atinente à eventual multa civil ainda ser aplicada no que diz respeito à medida acautelatória de indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei n. 8.429/92.

A despeito da existência de uma vulnerável linha de precedentes em sentido contrário – sobretudo da Segunda Câmara de Direito Público (v.g., Agravo de Instrumento n. 2015.015111-4, de São Bento do Sul, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 10/11/2015; e Agravo de Instrumento n. 2014.006579-3, de São Joaquim, rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, j. em 07/07/2015) –, filio-me à corrente de que a constrição deve atingir a integralidade do patrimônio dos demandados até o alcance do prejuízo, “(...) *incluindo-se aí valores decorrentes de possível multa civil que venha a ser imposta como sanção autônoma*” (REsp 1.317.439/MG, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 27/08/2013, DJe 18/09/2013).

De tal sorte, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/92. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE OU BLOQUEIO DE BENS PELO JUÍZO. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE FORTES INDÍCIOS DE RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO QUE CAUSE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO OU IMPORTE EM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NECESSIDADE.

COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO DE PATRIMÔNIO OU SUA IMINÊNCIA. NÃO OBRIGATORIEDADE. CARÁTER ASSECURATÓRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS QUE RECAI SOBRE O PATRIMÔNIO DOS AGENTES, AINDA QUE ADQUIRIDOS ANTERIORMENTE À PRÁTICA DO SUPOSTO ATO. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - O acórdão recorrido está em confronto com o entendimento desta Corte, no sentido de que o juízo pode decretar, fundamentadamente, a indisponibilidade ou bloqueio de bens do indiciado ou demandado, quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause lesão ao patrimônio público ou importe enriquecimento ilícito, prescindindo da comprovação de dilapidação de patrimônio, ou sua iminência.

II - Ademais, dado seu caráter assecuratório, a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos agentes, ainda que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade, de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao Erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil aplicada como sanção autônoma.

III - Os Agravantes não apresentam, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

IV - Agravamento Regimental improvido.” (AgRg no REsp 1.383.196/AM, rel. Min^a. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. em 27/10/2015, *DJe* 10/11/2015) [grifou-se]

“RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. GARANTIA DE FUTURA EXECUÇÃO. **INDISPONIBILIDADE** DE ATIVOS FINANCEIROS. POSSIBILIDADE.

1 - O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei nº 8.429/92, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens (ainda

que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade), incluído o bloqueio de ativos financeiros, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil. Precedentes.

2 - A constrição não deve recair sobre o patrimônio total do réu, mas tão somente sobre parcela que se mostre suficiente para assegurar futura execução. Para além disso, afora as impenhorabilidades legais, a atuação judicial deve também resguardar, na extensão comprovada pelo interessado, pessoa física ou jurídica, o acesso a valores indispensáveis, respectivamente, à sua subsistência (mínimo existencial) ou à continuidade de suas atividades. Precedente.

3 - Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 1.161.049/PA, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 18/09/2014, *DJe* 29/09/2014) [grifou-se]

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE *PERICULUM IN MORA* CONCRETO. *FUMUS BONI IURIS* DEMONSTRADO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se alinhado no sentido da desnecessidade de prova de *periculum in mora* concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade. No mesmo sentido: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/08/2012, *DJe* 21/09/2012.

2. A indisponibilidade dos bens deve recair sobre o patrimônio dos réus de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, **ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma que venha a ser aplicada.**

Agravo regimental parcialmente provido.” (AgRg no REsp 1.414.569/BA, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 06/05/2014, DJe 13/05/2014) [grifou-se]

Nesse sentido: REsp 1.176.440/RO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 04/10/2013; REsp 1.313.093/MG, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/09/2013; e REsp 1.287.422/SE, rel.^a Min.^a Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/08/2013, dentre inúmeros outros precedentes.

Atentando-se à orientação já pacificada pela Corte Superior, é como vêm decidindo as demais Câmaras de Direito Público deste Tribunal:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS.

TUTELA DE EVIDÊNCIA. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/92. DESNECESSIDADE DE PROVA ACERCA DA REAL INTENÇÃO DE DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO. PRECEDENTES DO STJ. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS*, CONSUBSTANCIADO NA COMPROVAÇÃO, AO MENOS INDICIÁRIA, DA LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO, ASSOCIADA À GRAVIDADE DOS FATOS EM APURAÇÃO.

“No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, § 4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º)” (REsp 1.319.515/ES, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 22/08/2012, DJe 21/09/2012).

MEDIDA CONSTRITIVA QUE RECAIU SOBRE BENS ADQUIRIDOS ANTES OU DEPOIS DO SUPOSTO ATO ÍMPROBO. IRRELEVÂNCIA. BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE.

“A indisponibilidade acautelatória prevista na Lei de Improbidade Administrativa tem como finalidade a reparação integral dos danos que porventura tenham sido causados ao erário; trata-se de medida preparatória da responsabilidade patrimonial, representando, em essência, a afetação de todos os bens necessários ao ressarcimento, podendo, por tal razão, atingir quaisquer bens ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade. Precedentes” (REsp 1.176.440/RO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 17/09/2013, *DJe* 04/10/2013). “O caráter de bem de família de imóvel não tem a força de obstar a determinação de sua indisponibilidade nos autos de ação civil pública, pois tal medida não implica em expropriação do bem” (REsp 1.204.794/SP, rel.^a Min.^a. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 16/05/2013, *DJe* 24/05/2013).

PENHORA ON LINE. BACEN JUD. CONSTRICÇÃO GENÉRICA, QUE RECAIU SOBRE A REMUNERAÇÃO MENSAL DEPOSITADA A TÍTULO DE VENCIMENTOS, ASSIM COMO SOBRE CONTA DE TITULARIDADE DA FILHA DO DEMANDADO, PARTE ESTRANHA À RELAÇÃO PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE DE QUE A MEDIDA RECAIA SOBRE OS ATIVOS DESTINADOS À SUBSISTÊNCIA FINANCEIRA DA FAMÍLIA. NECESSIDADE DE REFORMA, COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE APLICÁVEIS À HIPÓTESE.

Se a medida de indisponibilidade de bens não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente supostamente ímprobo - até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir -, não pode ser extensível a tal ponto de atingir os vencimentos, salários ou quaisquer outras verbas indispensáveis à subsistência do indivíduo e de sua família, notadamente em observância ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Se de um lado a medida de indisponibilidade deve atingir a integralidade

do patrimônio dos demandados, até o alcance do prejuízo, “(...) *incluindo-se aí valores decorrentes de possível multa civil que venha a ser imposta como sanção autônoma*” (REsp 1.317.439/MG, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 27/08/2013, *DJe* 18/09/2013), de outro, não há como deixar de considerar que a proporcionalidade e a razoabilidade podem (e devem) ser utilizadas como critério para determinar o alcance do bloqueio patrimonial.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.” (Agravado de Instrumento n. 2014.020193-5, da Capital, desta relatoria, **Primeira Câmara de Direito Público**, j. em 09/12/2014). [grifou-se]

“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. CONCESSÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REFORMA DO *DECISUM*. DANO AO ERÁRIO. ACERVO PROBATÓRIO EXISTENTE QUE DESAUTORIZA O DEFERIMENTO DO PROVIMENTO, À MÍNGUA DE COMPROVAÇÃO, PELO MENOS POR ORA, DO ALEGADO PREJUÍZO. RECURSO PROVIDO.

Hipótese em que o Ministério Público sustenta que a aquisição fracionada de objetos e serviços foi lesiva ao erário, sem, todavia, demonstrar, ainda que indiciariamente, a sua efetiva ocorrência. Autor, ora agravado, que não cogita de superfaturamento das peças, tampouco de favorecimento específico de terceiro, uma vez que as empresas contratadas foram distintas.

Ausência de demonstração, de outro vértice, de como se apurou o *quantum* representativo do alegado prejuízo, sendo certo que se exige “**que o valor alcançado pela indisponibilidade de bens seja fixado com base no potencial prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito e eventual multa civil, mediante suficiente e concreta fundamentação**” (STJ, AgRg no AREsp n. 441833, rel. Min. Benedito Gonçalves, p. 24-11-2014).” (Agravado de Instrumento n. 2014.033884-7, de Descanso, rel. Des. Vanderlei Romer, **Terceira Câmara de Direito Público**, j. em 28/04/2015). [grifou-se]

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - **LIMINAR QUE DETERMINA A INDISPONIBILIDADE DE BENS DO RÉU PARA COBERTURA DE MULTA CIVIL A SER EVENTUALMENTE APLICADA** - IMPUTAÇÃO DE DESVIO DE DINHEIRO PÚBLICO - INDÍCIO DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO - EXISTÊNCIA DO “*FUMUS BONI IURIS*” E DO “*PERICULUM IN MORA*” - PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS - **MANUTENÇÃO DA DECISÃO.**

Não pode o Tribunal, sob pena de caracterizar impraticável supressão de instância, examinar matérias arguidas no agravo de instrumento ou em contraminuta, que não foram submetidas à análise do juízo “*a quo*”, mormente quando necessária a comprovação do alegado.

Nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, e do art. 7º, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.429, de 02/06/1992, havendo indícios da prática de improbidade administrativa, cabe o deferimento liminar de medida cautelar para indisponibilidade e bloqueio de bens de propriedade do réu que sejam suficientes para o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário e/ou quitação de eventual multa.

“1 - O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei nº 8.429/92, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, ainda que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil. Precedentes. 2 - A Primeira Seção desta Corte de Justiça, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543 -C do CPC), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e, ante a presença de fortes indícios da prática do ato reputado ímprobo, dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do réu, estando o *periculum in mora* implícito no comando do art. 7º da LIA. (...)” (STJ, AgRg no REsp 1260737/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2014, *DJe* 25/11/2014).” (Agravo de Instrumento n.

2014.031657-3, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, **Quarta Câmara de Direito Público** j. em 27/08/2015)

Nada obstante, longe de respaldar qualquer invasão patrimonial em valores aleatoriamente sugeridos na inicial, também não tenho deixado de considerar que a proporcionalidade e a razoabilidade podem (e devem) ser utilizadas como critério para determinar a legalidade do alcance do bloqueio patrimonial, de modo que a atuação judicial sempre deve resguardar, na extensão comprovada pelos interessados, os valores indispensáveis à sua subsistência (mínimo existencial).

Como os agravados sequer combateram a medida constritiva, restringindo-se a controvérsia acerca de possibilidade de consideração ou não do valor atinente à multa civil, deve ser mantido o bloqueio judicial nos termos inaugurados pela decisão que deferiu o almejado efeito suspensivo ativo perante a Câmara Civil Especial.

Por oportuno, extrai-se do parecer ministerial (fl. 519):

“Dessarte, havendo previsão legal e entendimento jurisprudencial firmado no sentido da possibilidade da constrição patrimonial alcançar, além do ressarcimento integral do dano apreciado, os valores concernentes à multa civil, com o fito de resguardar o erário municipal tanto lesado pelos agravados e diante da densa fumaça do bom direito que circunda à situação em apreço, merece acolhida o requerimento formulado pelo Ministério Público para que sejam, também, indisponibilizados os valores suficientes a garantir a futura execução, nos valor fixado de três vezes o valor do dano, consoante dicção do art. 12, I, da Lei n. 8.429/1992.

Não se olvide, por fim, que ações dessa natureza tendem a durar vários anos, não se sabendo o valor final da condenação, que tende a se estabelecer em montante bastante superior ao descrito na inicial.

Sendo os agravados solidariamente responsáveis pelo ressarcimento ao erário, pode-se concluir que as postulações apresentadas pelo Ministério Público encontram abrigo nos ditames da Lei de Improbidade Administrativa e, ainda, considerando todas as

circunstâncias que circundam a narrativa dos fatos e a gravidade das condutas praticadas pelos agravados, em atenção aos postulados de razoabilidade e proporcionalidade, demonstra-se acertada a decretação de indisponibilidade de bens para acobertar os valores pertinentes ao ressarcimento integral do dano e também o pagamento da multa civil.”

À vista do exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, confirmando-se a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela “(...) *para o fim de determinar a inclusão da multa civil no valor referente à indisponibilidade de bens, a ser suportada solidariamente pelos agravados*” (fls. 431-436).

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0008270-35.2008.8.24.0019, de Concórdia

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ASSASSÍNIO DE CRIANÇA EM PEDREIRA. MENOR QUE ESTAVA SOB A RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. OBRIGAÇÃO REPARATÓRIA ATRIBUÍDA. IRRESIGNAÇÃO DO REQUERIDO.

ALEGADA DESÍDIA DA PRÓPRIA MÃE COM RELAÇÃO AO DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO, POR PARTE DESTA, DE QUE, EMBORA ESTIVESSE MATRICULADO EM PERÍODO INTEGRAL, O INFANTE FREQUENTARIA APENAS AS ATIVIDADES VESPERTINAS NA ESCOLA. IRRELEVÂNCIA.

ALUNO QUE, NA MANHÃ DO FATÍDICO DIA, SENTIU-SE INDISPOSTO. MELHORA NA SUA CONDIÇÃO DE SAÚDE QUE PERMITIU O ULTERIOR INGRESSO EM ÔNIBUS FRETADO PELA MUNICIPALIDADE, TENDO COMO DESTINO A INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO.

CHEGADA POR VOLTA DAS 12H45MIN. PORTÕES DO ESTABELECIMENTO FECHADOS. ABERTURA APENAS ÀS 13H10MIN. EDUCANDO COM APENAS 6 ANOS DE IDADE QUE, ACEITANDO CONVITE DE COLEGA QUE CONTAVA 11 ANOS, DIRIGE-SE À PEDREIRA PRÓXIMA PARA BRINCAR. EMBOSCADA. IRMÃOS DO INDIVÍDUO CONDUTOR QUE O AGUARDAVAM NO LOCAL.

QUESTIONAMENTO SOBRE SUPOSTOS BOATOS PROPALADOS PELO ASCENDENTE PATERNO DA VÍTIMA, SOBRE FURTOS PRATICADOS POR AQUELES. ADUZIDO DESCONHECIMENTO. MELIANTES QUE, DIANTE DA NEGATIVA, ASFIXIARAM O MENINO UTILIZANDO-SE DE 2 TRAVESSEIROS. TALHOS NO BRAÇO E EM DIVERSAS

REGIÕES DO CORPO DO MENOR, MEDIANTE O USO DE FACA, VISANDO ELIMINAR POSSÍVEIS IMPRESSÕES DIGITAIS.

SUMIÇO DO INDEFESO INFANTE CONSTATADO, SOMENTE, QUANDO DA VINDA DE SUA GENITORA PARA LEVÁ-LO PARA CASA, POR VOLTA DAS 16H15MIN. DESAPARECIMENTO COMUNICADO À AUTORIDADE POLICIAL E AO CONSELHO TUTELAR. BUSCAS CESSADAS NO DIA SEGUINTE, QUANDO DO ENCONTRO DO CORPO JÁ SEM VIDA. RESPONSÁVEIS DIRETOS CRIMINALMENTE PENALIZADOS.

IMPOSIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO MUNICÍPIO, TODAVIA, IGUALMENTE CABÍVEL. FALHA COM RELAÇÃO AO COMPROMISSO ASSUMIDO PARA PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DAQUELES QUE ESTÃO SOB SEUS CUIDADOS. ZELO E VIGILÂNCIA NÃO EMPREGADOS. OBRIGAÇÃO QUE SE ESTENDE DESDE O MOMENTO EM QUE INGRESSAM NO TRANSPORTE PÚBLICO, ATÉ O RETORNO ÀS MÃOS DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS.

ALUNOS QUE, NO INTERREGNO ENTRE A CHEGADA NA ESCOLA E O INÍCIO DAS ATIVIDADES ESCOLARES, PERMANECEM À MERCÊ DA CRIMINALIDADE. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER SUPERVISÃO. OMISSÃO MUNICIPAL. DEVER REPARATÓRIO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

DESCONTENTAMENTO COM RELAÇÃO AO IMPORTE COMPENSATÓRIO, ORIGINALMENTE ARBITRADO EM R\$ 50 MIL. PRETENDIDA MINORAÇÃO. INVIABILIDADE. MONTANTE QUE SE MOSTRA EM CONSONÂNCIA COM A DOR INFLIGIDA EM RAZÃO DA PERDA DO ENTE FAMILIAR.

ADEQUAÇÃO, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, QUANTO À INCIDÊNCIA DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS. APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97, COM A

REDAÇÃO DA PELA LEI Nº 11.960/09, A PARTIR DE 29/06/2009.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

APELO ADESIVO.

ASCENDENTE MATERNA QUE PUGNA PELA AMPLIAÇÃO DA VANTAGEM PECUNIÁRIA. RECHAÇO. VERBA INDENIZATÓRIA QUE, COM RAZOABILIDADE, ABRANDA O ABALO PSICOLÓGICO, EVITANDO, CONTUDO, O ENRIQUECIMENTO INDEVIDO.

PENSÃO MENSAL ESTABELECIDADA EM 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE, DA DATA EM QUE O *DE CUJUS* COMPLETARIA 14, ATÉ OS 25 ANOS DE IDADE. DIREITO CONTEMPLADO NO ART. 948, INC. II, DO CÓDIGO CIVIL.

PRETENDIDA EXTENSÃO DE TAL AUXÍLIO ATÉ O POSSÍVEL ALCANCE DOS 70 ANOS DE IDADE. PLEITO ACOLHIDO, COM A RESSALVA DE QUE, A PARTIR DOS 25 ANOS, O IMPORTE SERÁ PAGO NO EQUIVALENTE A 1/3 DAQUELA REFERÊNCIA, MANTIDA A ORDEM DE CESSAÇÃO NO CASO DE FALECIMENTO DA GENTTORA BENEFICIÁRIA.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS FIXADOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. ELEVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIA ADEQUADA À REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS.

IRRESIGNAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0008270-35.2008.8.24.0019, da comarca de Concórdia 2ª Vara Cível, em que é Apte/RdoAd Município de Concórdia e Apdo/RteAd Lianes Cesco.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer de ambos os recursos, negando provimento à

insurgência do réu. De outra banda, prover em parte a irresignação da autora, readequando, em sede de Reexame Necessário, os consectários legais, com a aplicação dos índices da Lei nº 11.960/2009, após a sua entrada em vigor. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Adilson Silva, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Durval da Silva Amorim.

Florianópolis, 28 de junho de 2016.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Município de Concórdia, contra sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Concórdia, que nos autos da ação Indenizatória nº 019.08.008270-8 (disponível em <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0J0001Y8I0000&processo.foro=19>> acesso nesta data), ajuizada por Lianês Cesco, decidiu a lide nos seguintes termos:

[...] É fato incontroverso nos autos a responsabilidade do Município, no transporte escolar, qual seja, de transportar os alunos matriculados em sua rede de ensino, isto é, de suas casas até as escolas municipais. Assim, constata-se que o Município possui responsabilidade em relação aos alunos matriculados em sua rede de ensino, até mesmo durante o traslado do aluno.

[...] Embora a vítima não tenha adentrado no estabelecimento de ensino,

estando sob a responsabilidade do réu, o qual transportou-o naquele dia junto com os demais alunos e deixou em ponto de ônibus nas proximidades da escola, o que era habitual, ainda, compulsando os autos, percebe-se que havia um descompasso relacionado ao horário que o transporte deixava os alunos (12h40min), com o horário em que a escola abria os portões para o recebimento desses alunos (13h10min).

Desta forma, era obrigação do réu proporcionar condições adequadas de segurança dos alunos que aguardavam o início das aulas, seja colocando à disposição um funcionário que se responsabilizasse pela segurança dos alunos, seja pela antecipação da abertura dos portões da escola, seja pela determinação de que os transportadores escolares só permitissem a saída dos alunos, mantendo-os dentro das vans ou ônibus, até o momento em que pudessem adentrar ao estabelecimento de ensino.

Mais grave ainda o fato colacionado aos autos, pois trata-se de infante com 06 (seis) anos à época do óbito, idade em que ainda não há qualquer senso de responsabilidade, exigindo maior atenção na guarda e vigilância da criança, que por vezes pode aproveitar a falta de limites da ocasião para se colocar em situações em que coloque em risco sua integridade física, como foi o caso trazido a juízo [...].

Ante o exposto, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial deduzido por LIANÊS CESCO em face do MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA, para CONDENAR o réu ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescido de juros de mora de 1% (hum por cento) ao mês desde a data do ato ilícito e correção monetária a contar da publicação da presente sentença.

Ainda, CONDENO o réu ao pagamento de pensão no importe de 2/3 do salário mínimo, desde a data que completasse 14 (quatorze) anos até que chegasse aos 25 (vinte e cinco) anos de idade, reduzindo-se a pensão desde então para 1/3 (um terço) do salário, até a idade em que a vítima completasse 70 (setenta) anos.

Sentença sujeita a reexame necessário pelo artigo 475 do Código de Processo Civil.

Tendo em vista a sucumbência, condeno a ré ao pagamento dos honorários advocatícios da parte adversa, no importe de 10% sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil (fls. 240/246).

Ato contínuo, o Município de Concórdia opôs embargos de declaração, argumentando existir “contradição entre a fundamentação e o dispositivo da sentença” (fl. 250), insurgência que foi acolhida pelo togado sentenciante, que retificou o desfecho do veredito nos seguintes termos:

[...] Ainda, CONDENO o réu ao pagamento da pensão no importe de 2/3 do salário mínimo, desde a data que completasse 14 (quatorze) anos até que chegasse aos 25 (vinte e cinco) anos de idade, sendo que a pensão será cancelada em caso de falecimento da autora (fls. 254/255).

Malcontente, o ente público interpôs apelo, sustentando que “embora o aluno tivesse sido conduzido até a escola pelo transporte escolar, restou comprovado nos autos que ele desceu do veículo com vida, porém, juntamente com seu colega, foi até a pedreira que fica na região, ao invés de se direcionar à escola” (fl. 260), de modo que, não tendo o município sido comunicado pela genitora, parte ativa na lide, que seu filho compareceria ao estabelecimento de ensino apenas no turno vespertino – embora matriculado em período integral –, inexistiu justificativa para que seja lhe atribuída responsabilidade pelo óbito da criança, visto que rompido o nexo causal.

Malgrado isso, exalta que na eventual manutenção da condenação imposta, deve ser redefinido para menor o importe compensatório, sopesando, para tanto, o padrão econômico da vítima, motivo por que brada pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 258/264).

Em contrarrazões, Lianês Cesco rechaçou a argumentação manejada pelo Município de Concórdia, uma vez que “é dever da empresa de transporte escolar e da escola, cumulativamente, ficar atento

ao desembarque do ônibus e entrada dos alunos no portão escolar, [...] este que deveria ser guarnecido por um vigilante” (fl. 273) – e, não, encontrar-se fechado antes do início das aulas –, razão pela qual clama pelo desprovimento da irresignação (fls. 271/275).

A requerente, a seu turno, interpôs recurso adesivo, limitando-se a afiançar a necessidade de melhor valoração do dano sofrido pela morte de seu descendente, termos em que pugna pelo conhecimento e provimento da insurgência, com a majoração da verba reparatória pelo abalo anímico, bem como dos honorários advocatícios sucumbenciais e, ainda, a pensão mensal instituída, esta, inclusive, a ser estabelecida “até a data em que o ‘*de cujus*’ completasse 70 anos” (fls. 277/279).

Recebidos ambos os apelos nos efeitos devolutivo e suspensivo (fls. 269 e 281), sobreveio a resposta do ente público refutando a tese manejada por Lianês Cesco, clamando pelo desprovimento do recurso (fls. 283/289).

Ascendendo a esta Corte, foram os autos por sorteio originalmente distribuídos ao Desembargador Substituto Paulo Ricardo Bruschi (fl. 292).

Após, o Procurador de Justiça André Carvalho apontou ser desnecessária a intervenção do Ministério Público (fl. 294), vindo-me conclusos em razão do superveniente assento nesta Câmara (fl. 295).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos porque, além de tempestivos, atendem aos demais pressupostos de admissibilidade. A aferição da validade do julgado é de ser efetivada, também, sob a ótica do art. 475, inc. I, da Lei nº 5.869/73, vigente à época do veredito, com correspondência no art. 496, inc. I, do novo Código de Processo Civil.

Ademais, nos termos do disposto nos arts. 33 e 35, 'h', ambos da Lei Complementar Estadual nº 156/97, com a redação alterada pela Lei Complementar nº 524/10, o Município de Concórdia é isento do recolhimento do preparo, estando o apelo de Lianês Cesco igualmente dispensado do respectivo pagamento, porquanto beneficiária da Justiça Gratuita (fl. 172).

Pois bem.

Dispõe o art. 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, estatuinto o respectivo art. 927 a obrigação de repará-lo.

Mais especificamente com relação à responsabilidade dos entes públicos por ato de seus agentes, estatui o art. 37, § 6º, da Constituição Federal que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De sobrelevar, todavia, que “não é apenas a ação que produz danos. Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração” (Stoco, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência – 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.103).

Nesse sentido, Rui Stoco ensina que:

[...] Segundo José Cretella Júnior “[...], são casos de inércia, casos de não atos.

Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente

público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o ‘bonus pater familiae’, nem como o ‘bonus administrador’. Foi negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental” (*op. cit.* p. 1.103).

In casu, o relato processual descortina ter havido omissão do Município de Concórdia com relação ao seu dever de vigilância, visto que deixou de tratar com o indispensável zelo, aluno menor de idade submetido aos seus cuidados, daí decorrendo o sucesso da ofensa à integridade física do infante, resultando em sua morte.

Bem ensina Yussef Said Cahali que:

[...] “Ao receber o menor estudante, deixado no estabelecimento de ensino da rede oficial para as atividades de aprendizado, a entidade pública se investe no dever de preservar a sua integridade física, havendo de empregar, através dos mestres e demais servidores, a mais diligente vigilância para evitar qualquer consequência lesiva que possa resultar do convívio escolar. E responde, no plano reparatório, se, durante a permanência no interior da unidade de ensino, o aluno vem, por efeito de inconsiderada atitude de colega, a sofrer violência física, restando lesionado de forma irreversível. A responsabilidade, aí, é inerente à extensão dos cuidados exigidos para a custódia do menor vitimado. E, com respeito ao ente estatal, se filia ao princípio consagrado na Constituição, configurando-se pela simples falha na garantia de incolumidade, independentemente de culpa concreta, de qualquer serviço”.

Aliás, antigo julgado do STF já ressaltava que “o Poder Público, ao receber o estudante em qualquer estabelecimento da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de zelar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno” (1ª Turma, 28/05/1996,

RTJ 163/1.108) [...] (Responsabilidade Civil do Estado – 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 323/325).

Emana dos autos que, em 07/04/2008, Bruno Luís Cesco Zardinello – descendente da postulante –, optou por frequentar a Escola Básica Municipal Santa Rita apenas no turno vespertino – em que pese regularmente matriculado na pré-escola em período integral –, dada a indisposição sentida na manhã daquele dia, embarcando em frente à sua residência, como de hábito, o ônibus conduzido por preposto da empresa Transportes Odairdes, contratada pelo Município de Concórdia para realizar o traslado diário dos alunos até a rede pública de ensino (fls. 185/192).

Contudo, ao chegar ao seu destino, o infante – assim como os demais passageiros –, depararam-se com os portões da escola cerrados em razão do adiantado da hora, sendo por volta de 12h45min, ao passo que a entrada somente seria permitida no intervalo entre 13h10min e 13h15min, razão por que o estudante filho de Lianês Cesco, ingenuamente, aceitou o convite de André de Oliveira, seu amigo (à época contando 11 (onze) anos de idade), para que fossem “brincar” em uma “pedreira” localizada próxima à área escolar, de lá, todavia, não mais retornando com vida.

O sumiço da criança somente foi percebido quando, por volta das 16h15min de 07/04/2008, a genitora dirigiu-se à Escola Básica Municipal Santa Rita para acompanhar o descendente em sua volta para casa, oportunidade em que foi surpreendida com a notícia de que Bruno Luís Cesco Zardinello, de apenas 6 (seis) anos de idade, não teria sido visto no estabelecimento de ensino naquele dia, daí iniciando-se a respectiva busca, conforme Boletim de Registro de Desaparecimento de Pessoa nº 00010-2008-00638 (fls. 160/161).

Na manhã do dia seguinte, mais especificamente em 08/04/2008,

o corpo do pequeno estudante foi encontrado pela polícia abandonado em área da pedreira, no bairro Santa Rita, extraindo-se do Auto de Exame Cadavérico a brutalidade a que a vítima foi submetida em seus últimos instantes:

[...] Recebido cadáver de uma criança do sexo masculino, com 1,12m de estatura, de cor branca, cabelos loiros e olhos azuis [...].

Exame externo: presença de fenômenos abióticos e transformativos de morte - distensão abdominal, desidratação, dessecamento dos lábios e mucosas, manchas de hipóstase (mais acentuadas em face e região distal dos membros inferiores), *rigor mortis*, circulação póstuma (de Brouardel) e enfisema gasoso (com formação de bolhas subcutâneas). Lesões geográficas (ação de insetos) circulares, por vezes erodadas, medindo até 0,5cm de diâmetro, algumas confluentes, dispostas aleatoriamente e em praticamente toda a superfície corporal. Cianose de face. Lesão contusa (equimose + edema) mal delimitada, com aproximadamente 4,0cm de diâmetro, localizada na região frontoparietal, pouco elevada e mais deslocada para a direita. Pequenas lesões contusas de aparência escoriativa dispersas pela face, porém de localização predominante nas regiões masseterianas e bucinadoras à esquerda. Lesão incisiva (de bordas regulares e profundidade também regular - até o início do plano muscular -, com áreas irregulares na porção terminal tanto nas bordas como na profundidade - foto), sem evidências de áreas de hemorragia, localizada na região lateral do antebraço direito, do seu terço proximal até o dorso do quarto e quinto quírodáctilos de mesmo lado.

Exame interno: Cabeça - presença de hematoma em couro cabeludo na região frontoparietal [...] que deixa fluir, aos cortes, pequena quantidade de secreção sero-hemática [...]. Edema cerebral de grau leve, congestão de vasos cerebrais. Região cervical - presença de moderada quantidade de secreção espumosa sanguinolenta preenchendo toda a extensão da via respiratória [...]. Os pulmões mostram pequenas manchas arredondadas (manchas de Tardieu) além de áreas avermelhadas irregulares e de maior densidade ao toque. Aos cortes apresentam-se congestos e deixam fluir secreção espumosa sanguinolenta de seu parênquima [...] (fl. 163).

Em conclusão, foi apontada como *causa mortis* “congestão e edema pulmonar” provocados por “energia de ordem físico-química, asfixia” (fl. 163).

Descobriu-se, mais tarde, ter sido o homicídio do menor vulnerável intentado por Cristiano de Oliveira, com o auxílio de Alexsandro de Oliveira – à época contando 21 (vinte e um) e 13 (treze) anos de idade, respectivamente –, sendo ambos irmãos de André de Oliveira, estudante que conduziu a vítima ao local do crime.

Inclusive, do depoimento prestado por Alexsandro de Oliveira colhe-se riqueza dos detalhes que elucidam ter sido premeditada a morte da criança, motivada, ao que tudo indica, por rixa dos transgressores com Luiz Zardinello, seu ascendente paterno:

[...] Que o adolescente informa que na data de segunda-feira, dia 07/04/08, por volta das 12h20min, teria chegado na localidade conhecida como pedreira, sozinho, mas cerca de dez minutos depois chegou ao mesmo local seu irmão Cristiano de Oliveira, de 21 anos de idade, sendo que este também chegou sozinho ao local; que o adolescente informa que teriam combinado na casa dos pais [...] que seria para o outro irmão, André de Oliveira, de 11 anos de idade, que levasse até o local o menino Bruno Luís Cesco Zardinello [...]. Que [...] informa que então teriam ficado aguardando no local a chegada da vítima [...], conforme combinado com o outro irmão [...], pois este se deslocava da localidade em que residem na mesma van que a vítima [...], a qual chegaria em frente da escola do bairro Santa Rita por volta das 12h40min [...]. Que o adolescente informa que André de Oliveira teria chegado na pedreira, trazendo a vítima [...], por volta das 12h50min, [...] ao que [...] teria segurado Bruno Luís Cesco Zardinello pelo braço conforme mandado pelo irmão Cristiano de Oliveira, ao que Cristiano disse para André [...] que deixasse o local e fosse para a escola; que [...] Bruno realizou movimento querendo ir embora em companhia de André de Oliveira, ao que o adolescente informa que teria impedido o mesmo de sair do local [...]; que [...] informa que seu irmão Cristiano [...] estava de posse de uma faca de cabo plástico na cor branca em sua cintura e uma mochila

preta; [...] que o adolescente informa que seu irmão Cristiano de Oliveira falou para a vítima [...]: “então, Bruno, o que teu pai anda falando de nós?”, sendo que [...] Bruno possuía problemas para falar, desta forma respondeu lentamente: “não sei porque o pai não fala nada com a gente”; [...] que seu irmão [...] convidou a vítima [...] para irem até o “poção”, em Linha Lajeado Quintino, pois lá teriam doces, refrigerantes e bolachas para comerem, ao que Bruno teria aceitado [...], que [...] ao chegarem no “poção”, Bruno teria pedido os doces ao que seu irmão Cristiano de Oliveira teria retirado um saco de bolachas da mochila e entregue à vítima, sendo que, em ato contínuo, retirou da mesma mochila preta dois travesséis brancos [...] e colocou o travessão no chão, sobre uma pedra grande à beira d’água, sendo que momento em que Bruno colocou a cabeça sobre o mesmo [...] Cristiano colocou o outro travessão sobre o rosto de Bruno, apertando [...] até a vítima perder os sentidos; que o adolescente informa que neste momento teria se agachado e segurado as pernas de Bruno, pois o mesmo estaria se debatendo, o qual se debateu por cerca de dois minutos antes de morrer [...], ao que Cristiano disse que teria que cortar o couro para retirar as impressões digitais, sendo que retirou a faca [...] e agachou-se do lado direito [...], o qual já estava morto, cortando um retalho do braço [...]; o adolescente infrator afirma que Cristiano teria, ainda, retirado do interior da mochila preta uma bolsa de rafia com a qual ensacou Bruno [...] (fls. 92/93).

Apesar do ato ilícito não ter sido diretamente cometido por qualquer preposto do Município de Concórdia – tendo o responsável pelo crime hediondo sido punido nos autos da Ação Criminal nº 019.08.002577-1 (disponível em <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0J0001TXT0000&processo.foro=19>>. Acesso nesta data – fls. 128/136) –, tal circunstância, por si só, não constitui excludente da responsabilidade do ente público pela falha na prestação do seu dever de vigilância, sobretudo porque estabelecido no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer,

à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Já o respectivo art. 5º disciplina que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Malgrado o município requerido tenha insistido na tese de negligência da própria genitora de Bruno Luís Cesco Zardinello, em razão desta ter deixado de comunicar à diretoria da Escola Básica Municipal Santa Rita que o estudante compareceria, apenas, às atividades vespertinas, tal argumentação em nada contribui para o afastamento do dever de indenizar, mormente porque consta nos autos que, em 07/04/2008, os demais usuários do transporte coletivo também teriam se ausentado da instituição de ensino no turno matutino, não havendo qualquer notícia de que estes tenham cientificado o demandado a respeito de sua falta.

Demais disso, não se pode olvidar que a vítima indefesa encontrava-se sob os cuidados de preposto do Município de Concórdia, responsável pelo transporte público escolar, a quem foi entregue com vida, e que o município demandado deveria zelar, logo após a criança ter saído de sua residência, até ser transferido às mãos de seus representantes legais, merecendo destaque a exígua idade do infante, que certamente não dispunha de discernimento mental suficiente para distinguir a maldade humana ao seu redor, havendo relato, ao contrário, de que enfrentava, inclusive, dificuldade de aprendizagem, em razão de pequenos contratemplos em seu quadro de saúde.

Neste pesar, o juiz de piso bem consignou que:

[...] Embora a vítima não tenha adentrado no estabelecimento de ensino, estando sob a responsabilidade do réu, o qual transportou-a naquele dia junto aos demais alunos e deixou em ponto de ônibus nas proximidades da escola, o que era habitual. Ainda, compulsando-se os autos, percebe-

se que havia um descompasso relacionado ao horário que o transporte deixava os alunos (12h40min) com o horário em que a escola abria os portões para o recebimento desses alunos (13h10min).

Desta forma, era obrigação do réu proporcionar condições adequadas de segurança aos alunos que aguardavam o início das aulas, seja colocando à disposição um funcionário que se responsabilizasse pela segurança dos alunos, seja pela antecipação da abertura dos portões da escola, seja pela determinação de que os transportadores escolares só permitissem a saída de alunos, mantendo-os dentro das vans ou ônibus, até o momento em que pudessem adentrar ao estabelecimento de ensino (fl. 242).

De fato, deveria o Município de Concórdia ter destacado ao menos um funcionário para observar a movimentação nos entornos da área de ensino, acompanhando, na medida do possível, a rotina habitual no ambiente escolar, diligência que, em que pese não fosse garantia do afastamento da criminalidade – cada vez mais vigorosa e astuta –, poderia, quiçá, minimizar as intercorrências desta.

A Diretora da Escola Básica Municipal Santa Rita, inclusive, confirma que no momento da chegada do transporte coletivo fretado pelo ente público, os portões do estabelecimento encontravam-se fechados, obstando, com isso, a regular entrada dos alunos, que só conseguiriam ingressar no local quando do retorno do corpo docente para ministrar as aulas vespertinas – isso num curto intervalo de tempo, das 13h10min às 13h15min –, horário em que o vigilante interno – que inicia o seu trabalho no período da manhã –, já teria ido embora (mídia de fl. 236).

Assim, restando incontroverso que nos momentos antecedentes ao óbito, Bruno Luís Cesco Zardinello havia sido entregue aos cuidados de preposto do Município de Concórdia – a quem, a partir daí, incumbia zelar pela preservação de sua incolumidade, vigiando-o e garantindo a manutenção de sua integridade física –, entendendo cabível a responsabilização imputada ao requerido, nada havendo a justificar a reforma da sentença.

A propósito, o dano moral advindo da morte do descendente é fato inquestionável, não havendo sequer como mensurar a dor sentida por Lianês Cesco, ascendente materna, ao ter sido subitamente impedida de conviver com seu filho de apenas 6 (seis) anos de idade, infante que, segundo informações fornecidas à Psicóloga Policial Marise Pereira Cezarino Ragnini (CRP/SC nº 208085/0),

[...] Era muito calado [...]. Não se ouvia sua voz. Até ao ser questionado em coisas simples, ria ao invés de responder. Tinha dificuldades de aprendizagem e estava em atendimento especial pela orientadora. [...] Não se posicionava, não se impunha frente aos demais. As professoras estavam sempre o defendendo com relação ao lugar na fila, seu material [...]. Ao chegar a diretora, estava agarrado ao portão, sendo o primeiro a adentrar, segundo ela. A mãe buscava-o todos os dias para evitar o tempo de espera (fl. 67).

Mais especificamente acerca do sofrimento advindo da perda de um ente querido, Rui Stoco exalta que:

[...] O luto, segundo definição de Plácido e Silva, vem do latim *luctus* (dor, mágoa, nojo). Literalmente, quer exprimir o sentimento de pesar ou de dor, que se apodera da pessoa em virtude de falecimento de pessoa da família [...].

Azevedo Marques, fazendo uma exegese mais compatível com o nosso tempo da expressão “*luto da família*”, afirma: “[...] *Luto, na linguagem popular mais corrente, se limita às vestimentas lúgubres, quando são usadas. Mas, no meu sentir, não deve ser essa a verdadeira e única significação, quando a lei manda indenizar o luto de família. Este é mais amplo; é também, no dizer dos léxicos: ‘o profundo sentimento de tristeza causado pela perda de pessoa cara’; ou, genericamente, ‘a tristeza profunda causada por desgostos e sofrimentos’ [...]. O luto não é somente o sinal de dor, é a própria dor; é o sofrimento moral íntimo; donde surge para logo, necessariamente, logicamente, a ideia de dano, ou melhor, de dor moral, esteja ou não escrito nas leis*”.

Consentindo com esse entendimento [...], Yussef Cahali afirmou:

“Em realidade, cuida-se aí de reparação do dano moral produzido em detrimento de uma feição legítima, à causa do sofrimento experimentado pela perda de um familiar querido. Não se cuida, assim, de ressarcir os danos materiais apenas, como despesas com o tratamento da vítima, e seu funeral; mas sim de propiciar aos seus familiares ainda uma compensação pecuniária reparatória do dano moral, que lhes possibilite, para satisfação pessoal e conforto espiritual, tributar à memória do falecido o preito de saudade e a reverência póstuma” (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência – 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. ps. 1.258/1.259).

Concernente, dos julgados de nossa Corte amealho, *mutatis mutandis*, que:

RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADOLESCENTE QUE, AO SUBIR NA CERCA DA QUADRA DE ESPORTES DA ESCOLA PARA APANHAR UMA BOLA QUE FICOU PRESA NO TELHADO, SOFRE QUEDA EM RAZÃO DO POSTE QUE SUSTENTAVA A CERCA TER QUEBRADO E ATINGIDO O ADOLESCENTE QUANDO JÁ CAÍDO AO CHÃO, PROVOCANDO-LHE TRAUMATISMO CRANIANO E, POR CONSEQUÊNCIA, ÓBITO. APELO DO MUNICÍPIO OBJETIVANDO O RECONHECIMENTO DA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DA OMISSÃO ESPECÍFICA DO PODER PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE ASSEGURAR A INTEGRIDADE DO ESTUDANTE QUE ESTAVA SOB SUA PROTEÇÃO DIRETA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO, QUE RESPONDE NA FORMA DO ART. 37, § 6º, DA CF. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

“O dever do Estado de manter a organização e a salubridade do ambiente destinado ao ensino dos educandos regularmente matriculados na rede pública, com o intento de proteger a integridade física dos alunos no transcorrer do período letivo, deve ser considerado como um encargo específico, isto é, o seu desrespeito traduz-se como descumprimento a um

dever legal individualizado de agir, passando a ser a conduta direta a propiciar o evento danoso” (Apelação Cível n. 2011.077349-9, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 19/06/2012).

“A Administração Pública, ao receber estudantes menores em estabelecimentos de ensino oficiais, assume o dever de zelar pela sua integridade física, devendo empregar, para tanto, a mais diligente vigilância, sob pena de arcar com os danos emergentes da sua omissão” (Apelação Cível n. 2009.029694-5, de Canoinhas, rel. Des. Newton Janke, j. 10/05/2011) [...] (Apelação Cível n° 2012.055554-0, de Chapecó. Rel. Des. Carlos Adilson Silva. J. em 11/03/2014).

Na mesma toada:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES CÍVEIS. INDENIZAÇÃO. ESTUDANTE QUE AO DESEMBARCAR DO ÔNIBUS DE TRANSPORTE ESCOLAR DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO, AO ATRAVESSAR A RODOVIA FOI ATROPELADA E VEIO A ÓBITO. MENOR SOB A GUARDA DA MUNICIPALIDADE. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DEVER DE VIGILÂNCIA. FALHA EM ASSEGURAR A INTEGRIDADE DA ESTUDANTE QUE ESTAVA SOB SUA PROTEÇÃO DIRETA. DANO E NEXO CAUSAL DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

“No desempenho de seu dever legal de oferecer transporte escolar gratuito às crianças do ensino fundamental, o Município tem a obrigação de velar pela segurança dos usuários do serviço. Responde civilmente o ente público se o seu preposto, ao contrário de outras ocasiões, não oferece auxílio adequado a irmãos menores que, após o desembarque, ao passar pela frente do coletivo e empreender a travessia da rodovia asfáltica, em local perigoso e de intenso movimento, são vitimados por atropelamento. [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 2006.012797-1, de Chapecó, rel. Des. Newton Janke, j. 15-02-2007).’

“Havendo uma 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 (TJSC, AC n. 2009.046487-8, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 15.9.09).” (Apelação Cível 2010.030191-0, Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, de São João Batista, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 16/08/2011) [...] (Apelação Cível nº 2014.000243-0, de São Lourenço do Oeste. Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. J. em 09/12/2014).

De assentar que o direito à indenização por dano moral é assegurado pelo art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, bem como pelo art. 186 do Código Civil, possuindo o escopo de minorar os efeitos psicológicos e traumáticos causados pelo evento danoso.

Quanto à fixação do *quantum* pelo abalo anímico, trata-se de incumbência do magistrado, que deve fundamentar o seu arbitramento na equidade e em diretrizes estabelecidas pela doutrina e jurisprudência, ensinando Pontes de Miranda que:

Embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimação perfeitamente adequada, não é isso razão para que se lhe recuse em absoluto uma compensação qualquer. Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparação, todavia representa a única salvação cabível nos limites das forças humanas. O dinheiro não os extinguirá de todo: não os atenuará mesmo por sua própria natureza, mas pelas vantagens que o seu valor permutativo poderá proporcionar, compensando, indiretamente e parcialmente embora, o suplício moral que os vitimados experimentaram (RTJ 57/789-90).

O valor fixado não tem por finalidade apagar as marcas deixadas pelo episódio, servindo, tão somente, como alívio à dor experimentada, ligando-se à reprovabilidade do ato e à sua consequência psíquica frente às vítimas, distanciando-se, assim, da análise da repercussão material do infortúnio, não significando, pois, a obtenção de lucro ou qualquer vantagem financeira.

Humberto Theodoro Júnior assinala que *“resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários”*, acrescentando que para a solução do problema deverá ser empregado o *“princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socioeconômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão”* (Theodoro Júnior, Humberto. Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. RT 662/7-17).

São critérios de fixação do importe reparatório estabelecidos por Wladimir Valler:

a) a importância da lesão, ou da dor sofrida, assim como sua duração e sequelas que causam a dor; b) a idade e o sexo da vítima; c) ao caráter permanente ou não do menoscabo que ocasionará o sofrimento; d) a relação de parentesco com a vítima quando se tratar do chamado dano por ricochete; e) a situação econômica das partes; f) a intensidade de dolo ou ao grau da culpa (A reparação do dano moral no direito brasileiro. São Paulo: EV Editora, 1994. p. 301).

Desse modo, sopesando a natureza, extensão e gravidade do abalo moral sofrido por Lianês Cesco, observados, ainda, os critérios supramencionados para fixação do valor, bem como os demais pré-requisitos – tanto de ordem objetiva quanto subjetiva que levo em consideração –, entendo que o montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) revela-se consentâneo à compensação do abalo psicológico infligido, sem resultar, todavia, em enriquecimento indevido ou ruína financeira dos envolvidos, o que, via de consequência, derrui a pretensão de ambas as partes acerca da objetivada redefinição do importe reparatório.

Inclusive:

[...] “O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz

com base nas peculiaridades da espécie e razoabilidade, de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro lado, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva.” (Apelação cível n. 2006.024252-7, da Capital. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben) [...] (Apelação Cível nº 2015.006441-9, de Tubarão. Rel. Des. Subst. Guilherme Nunes Born. J. em 19/03/2015).

Em sede de Reexame Necessário – no tocante aos juros de mora –, em observância ao Enunciado nº 54 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, de 24/09/1992 (DJ de 01/10/1992), a respectiva fluência dar-se-á a partir da data do evento danoso (07/04/2008 – fl. 35), sendo que a correção monetária, nos termos do Enunciado nº 362 da Súmula daquela mesma Corte, de 15/10/2008 (*DJe* de 03/11/2008), incidirá a contar do arbitramento, devendo ambos ser calculados de uma única vez a partir de 29/06/2009 até o efetivo pagamento, com base nos índices oficiais da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09).

Isso porque, “*não obstante a decisão proferida na ADI n. 4.357 – na qual restou declarada, por arrastamento, a inconstitucionalidade de parte do art. 5º da Lei n. 11.960/09 - o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral do tema no RE n. 870.947/SE, exarou nova orientação, determinando a manutenção da aplicação do referido texto normativo aos débitos de natureza jurídica não-tributária, em fase de conhecimento (STF, RE n. 870.947/SE RG, Relator: Min. Luiz Fux, j. 16/04/2015)*” (TJSC, Apelação Cível n. 2014.092202-2, de Xaxim, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. 23/06/2015).

E com “*a novel Lei nº 11.960/2009, a aplicação dos índices da caderneta de poupança no cálculo da correção monetária e dos juros de mora tem incidência imediata, inclusive em relação às ações ajuizadas antes de sua entrada em vigor, consoante a orientação do Supremo*

Tribunal Federal (STF, AI 842063 RG, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16/06/2011, Repercussão Geral) (TJSC, Apelação Cível n. 2014.086532-0, de Concórdia, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 23/06/2015).

Já no que toca ao pensionamento mensal – tópico sobre o qual apenas a requerente insurgiu-se –, registro que o respectivo pagamento encontra amparo no art. 948, inc. II, da Lei nº 10.406/02, não havendo qualquer incorreção na fixação do “*importe de 2/3 do salário mínimo, desde a data que completasse 14 (quatorze) anos até que chegasse aos 25 (vinte e cinco) anos de idade*” (fl. 255).

A irresignação da genitora, todavia, comporta acolhida quanto ao pedido para extensão de tal benefício até a data em que a vítima completasse 70 (setenta) anos de idade, destacando que o auxílio, neste interregno, será reduzido a 1/3 daquela referência financeira, não se olvidando que “*a pensão será cancelada em caso de falecimento da autora*” (fl. 255), percepção assente em nosso Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. MORTE DE MENOR EM PISCINA. CLUBE RECREATIVO. AUSÊNCIA DE SALVA-VIDAS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. [...] PENSIONAMENTO. PRESUNÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO. GENITORA. FIXAÇÃO EXCLUSIVA

“*Consoante a jurisprudência desta Corte, a pensão mensal em tal situação deve ser fixada no patamar de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, desde os 14 anos de idade da vítima (data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho), devendo ser reduzida para 1/3 (um terço) do salário após a data em que esta completaria 25 anos (quando possivelmente constituiria família própria, reduzindo a sua colaboração no lar primitivo), perdurando tal obrigação até a data em que a vítima atingiria idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, prevista na data do óbito, segundo a tabela do IBGE, ou até o falecimento dos eventuais beneficiários, se tal fato ocorrer primeiro*”. (REsp 1201244/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j.

em 05/05/2015) [...] (Apelação Cível nº 2016.000347-6, de Tubarão. Rel. Des. Henry Petry Junior. J. em 15/02/2016).

Bem como

REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ATROPELAMENTO EM LINHA FÉRREA. PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. [...] PENSÃO MENSAL. MONTANTE DEVIDO NO IMPORTE DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DO SALÁRIO MÍNIMO, DESDE A DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 14 (QUATORZE) ANOS DE IDADE, POIS A PARTIR DESTA MOMENTO PODERIA TRABALHAR NA CONDIÇÃO DE APRENDIZ. TERMO FINAL DO PENSIONAMENTO. DATA EM QUE ALCANÇARIA 70 ANOS DE IDADE. REDUÇÃO PARA 1/3 DO SALÁRIO MÍNIMO, PORÉM.

[...] É entendimento assente na jurisprudência que, em se tratando de vítima menor de idade, os alimentos são devidos desde a data em que completaria 14 (quatorze) anos de idade, pois a partir deste momento poderia trabalhar, ainda que na condição de aprendiz.

À falta de parâmetros para a fixação do valor das prestações mensais, o pensionamento deve se dar à razão de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos [...].

Após os 25 anos de idade, não obstante, a pensão é reduzida para 1/3 até os 70 anos da vítima ou a morte da beneficiária, pois presume-se que o filho constituir-se-ia, com o alcance da maior idade, o suporte financeiro dos seus pais, notadamente em famílias de baixa renda, os quais, portanto, mantém o direito ao pensionamento mensal, entretanto, reduzido em tais termos, porque o filho também constituiria sua própria família [...] (Apelação Cível nº 2015.002525-9, de São Francisco do Sul. Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira. J. em 03/03/2016).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça não destoa:

ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E

MATERIAIS. [...] PENSÃO. TERMO *AD QUEM*. DATA EM QUE O *DE CUJUS* COMPLETARIA 70 ANOS.

[...] Qualquer que seja o critério adotado para a aferição da expectativa de vida, na hipótese de dúvida o juiz deve solucioná-la da maneira mais favorável à vítima e seus sucessores.

A idade de 65 anos, como termo final para pagamento de pensão indenizatória, não é absoluta, sendo cabível o estabelecimento de outro limite, conforme o caso concreto. Precedentes do STJ.

É possível a utilização dos dados estatísticos divulgados pela Previdência Social, com base nas informações do IBGE, no tocante ao cálculo de sobrevida da população média brasileira. Em homenagem à alteração gradativa e prospectiva da jurisprudência, bem como aos precedentes referidos pelos recorrentes, o termo *ad quem* para o pensionamento deve ser a data em que o *de cujus* completaria 70 anos [...] (REsp nº 1244979/PB. Rel. Min. Herman Benjamin. J. em 10/05/2011. *DJe* de 20/05/2011).

Por fim, especificamente com relação ao valor arbitrado a título de honorários sucumbenciais – aspecto acerca do qual Lianês Cesco externou descontentamento –, a pretensão recursal não comporta acolhida, visto que na fixação de tal verba deve ser considerado o que estabelecia o art. 20, § 3º, da Lei nº 5.869/73, vigente à época do veredito, com correspondência no art. 85, § 2º, do novo Código de Processo Civil, segundo o qual

[...] A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo 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.

Acerca dos critérios a serem sopesados, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ministram que:

São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em consideração pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. (Código de Processo Civil Comentado, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 223/224).

Sob tal premissa, analisando o trabalho realizado pelos causídicos constituídos pela autora, o tempo de duração da demanda, bem como a natureza da causa, entendo que a verba honorária sucumbencial, originalmente arbitrada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, atende a qualidade do serviço prestado pelos profissionais, levando em consideração, ademais, o preconizado no sobredito dispositivo legal.

Nessa linha:

[...] Os honorários advocatícios têm reconhecida natureza alimentar, devendo ser fixados de forma a remunerar condignamente o profissional do direito que formula peças bem fundamentadas, pormenorizando todos os aspectos da causa, revelando zelo e dedicação na condução do processo, notadamente em causa de elevada importância econômica [...] (Apelação Cível nº 2014.093197-3, de Brusque. Rel. Des. Carlos Adilson Silva. J. em 23/06/2015).

Dessarte, manifesto-me pelo conhecimento de ambos os apelos, negando provimento à insurgência do Município de Concórdia.

De outra banda, pronuncio-me pelo parcial provimento da irresignação adesiva de Lianês Cesco, estendendo a pensão mensal que lhe é devida até quando o *de cujus* completasse 70 (setenta) anos de idade (06/07/2071 – fl. 37), sendo paga a partir da data em que a vítima contasse 25 (vinte e cinco) anos, no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente, extinguindo-se com a morte da beneficiária.

Em sede de Reexame Necessário, redefino a incidência dos juros de mora sobre a verba indenizatória, que até 28/06/2009 serão de 1% (hum por cento). Após, serão calculados juntamente com a correção monetária de uma única vez, até o efetivo pagamento, isto com base nos índices oficiais da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97).

É como penso. É como voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIRETO PÚBLICO

Apelação n. 0003377-86.2013.8.24.0031, de Indaial

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER NA ESFERA AMBIENTAL. EMPRESA DO RAMO DE MINERAÇÃO – EXTRAÇÃO DE SAIBRO. LICENÇAS E AUTORIZAÇÕES AMBIENTAIS: ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. NECESSIDADE DE SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO. AUTORIZAÇÕES PARA CORTE DE VEGETAÇÃO CONCEDIDAS PELO MUNICÍPIO. LEGALIDADE. DICÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL PREVENDO A COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. ENTE MUNICIPAL QUE GOZA DE COMPETÊNCIA PARA TANTO, MORMENTE EM RAZÃO DE CONVÊNIO FIRMADO COM O ESTADO DE SANTA CATARINA, POR MEIO DE SEU ÓRGÃO AMBIENTAL RESPONSÁVEL – FATMA. PREVISÃO, ADEMAIS, CONTIDA NA RESOLUÇÃO N. 237 DO CONAMA. ILICITUDES NOS ATOS DE CONCESSÃO DAS AUTORIZAÇÕES DE CORTE NÃO CONSTATADAS. EMPRESA COM PRODUÇÃO ANUAL DE MÉDIO PORTE. NECESSIDADE DA APRESENTAÇÃO DE ESTUDO AMBIENTAL SIMPLIFICADO – EAS. EXIGÊNCIA ATENDIDA. LEGALIDADE DA LICENÇA AMBIENTAL DE OPERAÇÃO NA FORMA CORRETIVA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

1. As licenças ou autorizações ambientais possuem natureza jurídica de ato administrativo vinculativo, portanto, sua concessão pressupõe validade, ao passo que não há espaço para discussões. Nessa linha, temos que todo ato administrativo deve ser considerado, a princípio, como realizado de acordo com a Lei e de acordo com a realidade. Para tanto, entende o Superior Tribunal de Justiça que: “*ato administrativo goza*

de presunção de legalidade que, para ser afastada, requer a produção de prova inequívoca [...].” (AgRg no Resp n. 1137177/SP)

2. É bem verdade que a citada Lei n.º 6.938 de 1981, estabeleceu em seu art. 8º, inciso I, dentre as competências do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (reafirma-se, antes da Constituição de 1988), a de estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras. As normas e critérios para o licenciamento podem ser específicas, se destinadas aos órgãos federais, e gerais, se destinadas aos órgãos estaduais e municipais. Não invade, portanto, a autonomia dos Estados o estabelecimento dessas normas e critérios dados pelo CONAMA, pois a proteção do meio ambiente é da competência concorrente da União e dos Estados (consoante insculpido no art. 25, inciso IV, da CF/88) e à União está reservado o estabelecimento de normas gerais, conforme art. 24, parágrafo primeiro, da CF/88.

Se a Carta de 1988 atribui competência à União para editar normas gerais sobre certas matérias, determina, em decorrência, que tais disposições deveriam ser fixadas em lei federal, o que ainda não acontece, inexistindo no ordenamento pátrio “lei de licenciamento ambiental” devem ser observadas pelos Estados e Municípios, sem que se cogite, no caso, qualquer interferência ou desrespeito à autonomia dos Estados-membros ou Municípios. Entretanto, no caso dos licenciamentos ambientais, os Estados e Municípios não perderam a liberdade de criar normas concernentes aos Estudos necessários à verificação de impactação ambiental, diante da existência na atualidade de normas federais específicas, sendo que em Santa Catarina o Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA é quem assim decide as atividades de impacto regional (âmbito estadual), e local (âmbito municipal), sendo tais normativas lançadas ao mundo jurídico através das Resoluções do Conselho, que são adotadas pela FATMA e pelos municípios. Para tanto, após a edição das Resoluções Estaduais, o estudo necessário para a solicitação da licença ambiental é informado nas Instruções Normativas da FATMA (IN’s) respectivas à atividade ou empreendimento que se pretende instalar, que podem ser acessadas no órgão ambiental competente para o licenciamento (estadual ou municipal quando assim o município proceder).

3. A depender da atividade e do porte da empresa é que são estabelecidos os estudos a serem apresentados para o licenciamento ambiental.

Na espécie, cumpridos os requisitos normativos, a FATMA obrou com completo acerto ao emitir a Licença Ambiental de Operação, na forma corretiva, LAO n. 2263/012, datada de 16.3.2012, para a atividade de extração de saibro por escavação a céu aberto, pois o licenciamento da atividade de mineração, nos moldes objeto desta demanda, não exigia a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0003377-86.2013.8.24.0031, da comarca de Indaial 2ª Vara Cível, em que é/são Apelante(s) Baldo Comércio e Terraplanagem Ltda. e outro e Apelado(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para reformar-se, *in totum*, a sentença de primeiro grau, declarando-se legais os atos administrativos objurgados; revoga-se, por conseguinte, os efeitos da antecipação da tutela; oficiem-se, com urgência, o Município de Indaial e a Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina – FATMA a respeito do inteiro teor desta decisão. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. João Henrique Blasi, que o presidiu, e Des. Cid Goulart.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Ivens José Thives de Carvalho.

Florianópolis, 26 de abril de 2016.

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível ajuizada por Baldo Comércio e Terraplanagem Ltda. e Valdir Baldo contra a sentença que, na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face dos apelantes, do Município de Indaial e da Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina – FATMA, julgou procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

Do exposto, resolvo o mérito julgando procedentes os pedidos deduzidos na petição inicial (art. 269, I, do CPC), para: a) declarar nulas as licenças ambientais municipais (AuCs 14 e 52) e estadual (LAO 2263) discutidas nos autos; b) determinar que o Município de Indaial e a FATMA inaugurem processos administrativos internos para verificação dos equívocos apontados nos autos (vício de competência e indevida dispensa de EIA para concessão de licenças ambientais), notadamente para fins de verificar eventual falha disciplinar, cuja inauguração deve ocorrer em até 15 (quinze) dias e a conclusão em no máximo 90 (noventa) dias; c) determinar que os acionados principais (sociedade empresária e seu administrador) elaborem plano de recuperação de área degradada (PRAD) ou de correção da situação de supressão da vegetação, observando todos os requisitos necessários, e o submetam ao órgão ambiental (FATMA), dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, bem como, após aprovado tal plano, o que deve ocorrer no lapso temporal de 120 (cento e vinte) dias, promovam a sua implementação, em novo período de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária fixada em R\$ 250,00, até o limite de R\$ 100.000,00; e, d) condenar os integrantes principais do polo passivo (sociedade empresária e seu gestor), solidariamente, ao pagamento de reparação de danos morais (aspecto punitivo e pedagógico), chamados na exordial de danos aos interesses difusos e coletivos, fixados em R\$ 25.000,00, com correção monetária e juros de mora mediante a incidência isolada da Taxa Selic, a contar da data da citação, em favor do Fundo de Reconstituição de Bens Lesados de que trata o art. 13 da Lei 7.347/1985. Esta decisão confirma a liminar antes deferida. Condeno a parte passiva principal (sociedade empresária e seu gestor) ao pagamento de 50% das custas processuais. Os demais

integrantes do polo passivo (Município e FATMA) estão isentos de suas cotas partes das custas processuais. Sem honorários advocatícios, nos termos da fundamentação.

Alegam os apelantes, em suas razões de inconformismo, que as licenças ambientais emitidas pela municipalidade (autorizações de corte 14/2011/IDL, datada de 11.5.2011, e 52/2012/IDL, datada de 21.11.2012) não poderiam ser consideradas nulas como decidido pelo magistrado *a quo* na sentença ora objurgada, porque a primeira autorização teria sido emitida antes da vigência da Lei Complementar n. 140/2011, detendo, na ocasião, o Município de Indaial competência legal para tanto, por se tratar de assunto de nítido “interesse local”; quanto à segunda autorização de corte concedida, pelo respeito à Teoria da Aparência, não poderia o administrador acreditar que a municipalidade não seria a detentora de tal competência, e nem a própria, uma vez que a FATMA, conforme já mencionado anteriormente, havia concedido anteriormente a LAO n. 2263/012, datada de 16.3.2012, tendo, sob sua ótica, referendado, por consequência, a primeira AuC exarada, e legitimando a segunda, demonstrando que o Município, por óbvio, era competente para a expedição de tais documentos.

Sustentam que o nobre magistrado, ao reconhecer a desnecessidade de apresentação de Estudo de Impacto Ambiental na modalidade EIA/RIMA para emissão das autorizações de supressão de vegetação pela municipalidade, agiu em completa conformidade com as normas ambientais vigentes. Entretanto, asseveram não haver obrado em mesmo acerto o togado *a quo* ao declarar a nulidade da emissão da já mencionada LAO n. 2263/2012 emitida pela FATMA, pela inobservância da exigência da mesma modalidade de estudo ambiental (EIA/RIMA), visto que tal desnecessidade observou as normativas existentes no seio da administração ambiental em Santa Catarina, especialmente Resolução atinente à matéria emitida pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente – CONSEMA, que é o colegiado estatal definidor dos tipos de estudos

ambientais que devem ser apresentados aos órgãos ambientais no Estado barriga-verde, excetuando-se, por óbvio, o inerente ao licenciamento de atividades no âmbito federal, sendo cediço que é ele quem determina que em nosso Estado as atividades minerárias de extração de saibro em jazidas a céu aberto com menos de 80.000 ton (oitenta mil toneladas) ano, sejam licenciadas ambientalmente através de estudo ambiental na modalidade Estudo Ambiental Simplificado – EAS, e não na modalidade genérica do EIA/RIMA.

Insurgem-se, ademais, em face de suas condenações ao pagamento da quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de danos morais, haja vista que se rijos e legais os atos da administração pública em ambas as esferas – municipal e estadual –, por óbvia a inexistência de intervenção ambiental havida sem autorização do Estado, o que legitimou as ações praticadas por ambos, não sendo curial falar-se em necessidade de valor pecuniário a título de dano moral. Também, por não haver sido comprovado de forma clara e insofismável nos autos sequer que suposto dano ambiental poderia ter ocorrido, dado que o apelado não logrou demonstrar via prova técnica efetiva que a vegetação teria sido suprimida, ou, ainda, qual a dimensão do possível dano havido em face de supressão irregular, não se poderia condenar alguém em sede ambiental por mera presunção, diante da necessidade de “verificação efetiva do dano” e de sua ilegalidade.

Da mesma sorte, alegam que, mesmo que existente tal situação danosa, poderia a mesma ser corrigida através de medidas efetivas de recuperação ambiental, somente podendo ser admitida retribuição pecuniária em último caso, se impossível tal recomposição. Por fim, se mantido o posicionamento de primeiro grau, pugnam pelo provimento do recurso para reconhecer-se a responsabilidade solidária entre todos os demandados pela reparação do dano.

Houve, a pedido dos ora apelantes (fls. 912-913), designação de audiência de conciliação, porém inexitosa (fls. 930).

Contrarrazões pelo apelado às fls. 932-937.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Alexandre Herculano Abreu, opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, no sentido de que se estenda aos demais demandados, em solidariedade, a responsabilidade pela condenação ao pagamento de danos morais (fls. 944-957).

Este é o relatório.

VOTO

Adianta-se, desde logo, que o voto tratará, basicamente, da verificação do acerto ou desacerto da sentença do ilustre magistrado de Primeiro Grau, no tocante à legitimidade e à licitude de atos exarados pela administração pública – expedição de autorizações de corte e licença ambiental – tanto na esfera municipal, quanto na estadual. O restante da peça de insurgência contra o *decisum* é, por óbvio, consequência inerente a posição adotada pelo togado singular em sua decisão em face destes aspectos, sendo certo que o provimento recursal, como se propõe ao final, irá impor necessária reforma na integralidade da sentença adotada, por consequência.

Para tanto, antes de adentrarmos ao tema em contenda, importante trazer à baila o conceito de ato administrativo, que segundo o professor Hely Lopes Meirelles traduz-se em: “[...] *toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria*”. (*Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999)

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, é a “*declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas,*

manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional". (Curso de direito administrativo. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006)

E, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ato administrativo é "*a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*". (Direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2012)

Por óbvio que tais conceitos abrangem os atos gerais e abstratos, como os regulamentos e instruções, e atos convencionais, como os contratos administrativos, licenças e autorizações.

O ato administrativo deve pautar-se sempre no sistema jurídico vigente, sob pena de poder ser caracterizado como ilegal acaso descumprido o ordenamento. Entretanto, o regramento normativo pode ou não deixar margem de liberdade de decisão quanto ao aspecto da atuação do Poder Público, razão pela qual os tais atos podem ser classificados em: vinculativos e discricionários.

Em breve síntese, atos vinculativos são aqueles nos quais o regramento atinge os vários aspectos de uma atividade determinada, como o próprio nome já diz, ou seja, a expedição destes atos não comporta espaço para discussões de conveniência se deve ou não ser expedido, basta que os requisitos sejam preenchidos para que haja sua expedição/emissão. Por outro lado, nos atos classificados como discricionários, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação da administração, ou seja, são aqueles que terão sua expedição/emissão condicionada a uma análise e um estudo aprofundado, facultando-se ao Poder Público sua expedição/emissão ou não.

Diante dessas breves considerações, aclarada a questão conceitual

do ato administrativo, para que possamos situar a questão da presunção de validade e a insegurança jurídica decorrente da revogação ou anulação de um ato administrativo, faz-se importante lembrar que o ato administrativo, quanto ao seu conteúdo, pode ser classificado em autorizações, licenças, admissões, permissões, aprovações, homologações, pareceres e vistos. E são de licenças e autorizações que aqui tratamos.

Pois bem, as licenças e autorizações administrativas, e aqui adentram as famosas licenças ambientais, possuem natureza jurídica de ato administrativo vinculado, como se pode verificar de alguns conceitos trazidos por renomados juristas de nosso ordenamento.

Hely Lopes Meirelles: licença administrativa é “*o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, por exemplo, o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio*”. (*Ibidem*, p. 170)

Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Licença é o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos*”. (*Ibidem*, p. 418)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: licença administrativa é “*o ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade*”. Com isso, diz-se que a licença administrativa é um ato administrativo vinculado, ou seja, sua concessão dependerá do preenchimento de determinados requisitos previstos em lei, de maneira que não se admite a análise por parte da Autoridade Pública da conveniência ou não daquele ato. (*Ibidem*, p. 236)

Não pode o Poder Público se recusar a conceder uma licença ao

particular que preencheu os requisitos legais exigidos para sua concessão. Um exemplo prático é a expedição pelas Prefeituras Municipais de licenças autorizando a construção de determinado empreendimento em imóvel privativo. Ora, o particular tem a propriedade de um terreno (“imóvel”) em uma determinada área, caracterizada como urbana, e pretende construir neste imóvel. Sabe-se que ao particular, embora tenha a propriedade plena de seu imóvel, lhe são impostas determinadas restrições de cunho social e ambiental, como forma de manifestação do Poder de Polícia da Administração Pública, constitucionalmente assegurada. Em razão disso, desejando ele construir em seu imóvel, a Administração Pública, antes de conceder a licença para que este dê início à construção pretendida, irá confrontar o pleito do administrado/particular, com o texto legal/regulamentar, examinando os requisitos e documentos oferecidos. Feito isso, tendo sido os requisitos corretamente preenchidos em conformidade com a Lei, o Poder Público **deverá**, obrigatoriamente, deferir o pedido e expedir a licença de construção. Desta forma, sendo ato vinculativo, a licença administrativa se situa dentro de uma relação jurídica estável, tendo em conta que o legislador já previu, com precisão, todas as questões e exigências necessários à sua obtenção/concessão.

E no caso de licenças ou autorizações ambientais, nada se difere. Possui ela natureza jurídica de ato administrativo vinculativo, portanto, sua concessão pressupõe validade, ao passo que não há espaço para discussões. Nessa linha, temos que todo ato administrativo deve ser considerado, a princípio, como realizado de acordo com a Lei e de acordo com a realidade. Para tanto, entende o Superior Tribunal de Justiça que: “*ato administrativo goza de presunção de legalidade que, para ser afastada, requer a produção de prova inequívoca [...]*” (AgRg no Resp n. 1137177/SP)

Nas palavras de Cassage, citado por DI PIETRO (p. 206), “a

presunção de legitimidade constitui um princípio do ato administrativo que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever do administrado de cumprir o ato administrativo”.

No entanto, por respeito ao direito, é preciso deixar claro que no ordenamento pátrio a revisão faz parte da essência de todo e qualquer ato administrativo. Sobre tal, por consequência, poderíamos então começar a nos indagar sobre a insegurança jurídica advinda dessa possibilidade, uma vez que ditas ações públicas podem sob a ótica atual, a qualquer momento, ser cassadas ou revogadas. Ora, se analisarmos essa questão à luz da necessidade do crescimento econômico, desenvolvimento da construção civil, busca de investidores, versos, burocracia, excesso de legislações e despreparo do funcionalismo público, passaremos a entender um pouco os motivos da escassez de investimento, e o chamado “risco Brasil”, e veremos que para investir no país é preciso uma boa dose de arrojo e coragem.

Infelizmente, como sabemos, nossa administração pública não está livre da convivência com funcionários que facilmente são corrompidos, fato este que, somado a burocracia e muitas vezes as chamadas “brechas” nas legislações, acaba por viciar atos praticados pela Administração Pública, fato que certamente poderá contribuir para sua cassação ou revogação, prejudicando não só o investidor, mas também o desenvolvimento econômico do país. Muito já se discutiu acerca da ideia de que a concessão de uma licença pelo Poder Público garantiria ao administrado/particular o chamado “direito adquirido”. No entanto, hoje a jurisprudência é pacífica em afastar essa tese, uma vez que, conforme já consolidado pelo STF, “a administração pode a qualquer momento rever seus atos”, fato este que afasta qualquer tentativa de alegação do titular neste sentido, o que agrava ainda mais o quadro da insegurança jurídica advinda dos atos administrativos praticados pela Administração Pública.

Não é objeto deste voto trazer à tona todas as formas de vícios e os efeitos que possam macular um ato administrativo, mas sim, em linhas gerais, verificar se tais distorções ocorreram no caso concreto a ponto de aceitarem-se as consequências que a anulação dos atos concedidos pela municipalidade e pelo Estado poderão causar, ainda mais porque a anulação ou invalidação pressupõe a efetiva e verificada ilegalidade, ou seja, devem estar os atos anulados em desconformidade com a norma, razão pela qual sua anulação produz efeito retroativo à data em que foi emitido.

In casu, verifico que não se pode determinar a anulação dos atos administrativos exarados tanto pela municipalidade, quanto pelo Estado. As ações da administração pública, quer na esfera municipal, quer na esfera estadual, estão dentro dos lindes da legalidade, não merecendo o reproche do Poder Judiciário, conforme adiante se demonstrará.

A legalidade e a validade da expedição das Autorizações de Corte de Vegetação de n. 14/2011/IDL, datada de 11.5.2011, e n. 52/2012/IDL, datada de 21.11.2012, ambas emitidas pelo município de Indaial, e a LAO n. 2263/012, datada de 16.3.2012, para a atividade de extração de saibro por escavação a céu aberto, emitida pela Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina – FATMA, devem, então, ser verificadas individualmente, para demonstrar-se, como afirmado acima, que tais atos administrativos foram emitidos com respeito à legalidade devida. Importante, então, fazer alguns comentários acerca da temática.

Em primeiro lugar, em análise as autorizações de corte expedidas pelo município de Indaial, tem-se que o licenciamento ambiental é pré-requisito obrigatório para qualquer consecução de atividade ou empreendimento que imponha, ou possa impor, potenciais características poluidoras ou degradantes no meio onde pretende se inserir, indo ao encontro da legislação referente à sustentabilidade ambiental, que garante o tão falado desenvolvimento sustentável. A licença ambiental, então,

faz referência ao fato de que a atividade ou empreendimento licenciado estará de acordo com as normas de sustentabilidade para a sua realização. É um importante instrumento de gestão pública antes de qualquer outra nuance, visto que cumpre os ditames expressos da Política Nacional do Meio Ambiente como sendo um de seus instrumentos, política essa que foi instituída muito antes da Constituição Federal de 1988, através da Lei nº 6.938 de 1981, que em seu inciso IV do artigo 9º assim determina:

Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

(...)

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

Diante disso, não diferindo da Política instituída para o meio ambiente em nosso País, quiseram os legisladores constituintes da Carta Política de 1988, em elevar o meio ambiente a preceito constitucional, inserindo na Prima Norma o artigo 225 que preceitua:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

Infelizmente, o que se percebe é que a aposição pura e simples da menção “estudo prévio de impacto ambiental” faz com que diversas esferas da administração pública não compreendam que tais estudos são, em linhas gerais, trabalhos técnicos e científicos de diagnóstico ambiental,

análise de impactos ambientais, definição de medidas mitigadoras de impactos ambientais, elaboração de programa de acompanhamento e monitoramento ambiental de projetos e atividades impactantes ao meio.

Ora, os chamados “estudos ambientais”, que se encontram dispostos no artigo 1º, III, da Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama de n. 237/1997, embora seja essa uma situação questionável frente ao fato de que a Constituição utiliza de forma clara a expressão “exigir na forma da lei”, hoje são os que subsidiam a análise de uma licença no tocante aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, sendo que dentre esses existem diversas modalidades e tipos amplamente aceitos e utilizados no Brasil, tais como o relatório ambiental (RA), o plano e projeto de controle ambiental (PCA), o relatório ambiental preliminar (RAP), diagnóstico ambiental (DA), estudo ambiental simplificado (EAS), estudo de conformidade ambiental (ECA), plano de manejo (PA), plano de recuperação de área degradada (PRAD), análise preliminar de risco (APR), e o já amplamente citado no presente feito Estudo de Impacto Ambiental (EIA), que necessariamente terá, diante da sua complexidade científica, e para uma melhor interação com a sociedade, cumprindo o mandamento constitucional de que “se dará ampla publicidade”, um Relatório de Impacto do Meio Ambiente (RIMA).

Demonstra-se, pois, que a avaliação de impactos ambientais (estudos de impacto ambiental) é pura e simplesmente um gênero, do qual o estudo prévio de impacto na modalidade EIA/RIMA é uma de suas espécies. Melhor dizer que a AIA (estudo), essa o instrumento da Política Nacional do meio ambiente, consiste num sistema complexo e aberto de tipos de estudos, projetos e laudos destinados à proteção e recuperação ambiental. Complexo, porque não tratam os diversos procedimentos administrativos de avaliação ambiental (de que o EIA-RIMA é um exemplo) de forma excludente. Todos os procedimentos

avaliatórios existentes em nosso Direito Ambiental integram esse sistema, sem exceção. Aberto, porque admite a inclusão de novas modalidades de procedimentos administrativos avaliatórios ambientais que venham a ser legalmente criados por quaisquer dos três entes da Federação, legitimados que o são por força republicana federativa. A avaliação de impactos ambientais, ademais, englobando todos os possíveis estudos ambientais, pode destinar-se tanto a prevenção como o controle ambiental de processos e a reparação de danos ambientais, valendo-se de instrumentos que não são excludentes.

Infelizmente, existe uma certa tendência entre os ambientalistas, inclusive das autoridades públicas, por nítido desconhecimento, de confundir o instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente “Avaliação de Impactos Ambientais” (AIA) com uma ferramenta do licenciamento ambiental denominada “Estudo de Impacto Ambiental” e seu relatório (EIA/RIMA), que vem prejudicando bastante que se extraia do instrumental representado pelas técnicas e metodologias de AIA todas as úteis consequências possíveis.

Esta confusão ocorre, principalmente, porque os estudos utilizam-se, praticamente, do mesmo tipo de técnicas. Entretanto *“são figuras jurídicas diferentes, destinadas a fins semelhantes, mas diversos. Pode-se dizer, sem medo de erro, que as técnicas e métodos de avaliações de impacto ambiental - AIA são muito mais abrangentes, quando utilizadas em planos e projetos de grande porte, que aquelas usadas nos estudos de impacto ambiental, que se destina especificamente a auxiliar na decisão política de licenciar ou não um determinado empreendimento.”* (OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. *Avaliação de impacto ambiental x estudos de impacto ambiental*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Ed. RT, Ano 5, jan-mar. v. 17, 2000, p. 141)

Como diz o Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, o estudo ambiental é uma importante amarra científica à

discricionariedade que resta ao órgão licenciador para decidir sobre a outorga ou não da licença ambiental ao responsável pelo empreendimento sob licença; este seu destino específico. O mais curioso é que, com a confusão estabelecida em sempre se exigir o EIA/RIMA para toda e qualquer atividade, perderam-se contornos nítidos da Política Nacional de Meio Ambiente, o que vem prejudicando a sua melhor utilização.

O instrumento Avaliação de Impactos Ambientais – AIA, confundido sempre com a ferramenta do EIA/RIMA, tem em seus elementos a execução por equipe multidisciplinar das tarefas técnicas e científicas destinadas a analisar, sistematicamente, as consequências da implantação de um projeto que tange ao meio ambiente, por meio de métodos de AIA e técnicas de previsão dos impactos ambientais. O estudo realiza-se sob a orientação da autoridade ambiental responsável pelo licenciamento do projeto em questão, que, por meio de instruções técnicas específicas, ou termos de referência, indica a abrangência do estudo e os fatores ambientais a serem considerados detalhadamente. Tais estudos compreendem, no mínimo: a descrição do projeto e suas alternativas, nas etapas de planejamento, construção e operação e, quando for o caso, desativação; a delimitação e diagnóstico ambiental da área de influência; identificação, a medição e a valoração dos impactos; a comparação das alternativas e a previsão de situação ambiental futura, nos casos de adoção de cada uma das alternativas, inclusive no caso de não se executar o projeto; identificação das medidas mitigadoras e do programa de monitoramento dos impactos.

Então, por óbvio que em sendo o processo de licenciamento ambiental *“constituído em um único processo administrativo, estando ultrapassadas as fases de licenciamento preliminares, inclusive com a alteração do local, não há mais que se falar em apresentação de EIA ou de RIMA.”* (FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de direito ambiental. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 227)

A legislação ambiental deixa meridionalmente claro que esta exigência só é cabível quando do requerimento da Licença Prévia. Nesse sentido é o dispositivo constitucional que incumbe o Poder Público de *“exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”*. Prévio, portanto, é verdadeiramente desnecessária a utilização de EIA/RIMA depois de instalado o empreendimento, ou impactado o local, ainda mais que precedidos os atos administrativos da municipalidade de Indaial, e do Estado de Santa Catarina, por seu órgão ambiental, de devidos estudos ambientais, gerando uma garantia do ponto de vista ambiental, traduzida nos estudos apresentados aos órgãos municipal e estadual, por profissionais competentes e habilitados, não se podendo presumir, e aqui tratamos de presunção, de que a posterior produção de um EIA/RIMA poderia contemplar análise de situações que não foram verificadas pela municipalidade quando da emissão das autorizações de corte, muito menos pela FATMA quando da edição da licença de Operação.

Fazer-se EIA/RIMA para corte de pequenas áreas de 6.000 m² (seis mil metros quadrados) e 10.000 m² (dez mil metros quadrados) é buscar-se imaginar que por si só o estudo serve como balizador para a concessão do ato administrativo, esquecendo-se de que tal deriva não só de estudos ambientais, mas de todas as análises necessárias para o deferimento do pleito na administração pública.

Não se pode generalizar e utilizar-se tão importante remédio científico para tudo, pena de descrédito a todos os demais existentes, e que são produzidos e gerados por profissionais de escol, que auxiliam, dentre tantas coisas, a se diminuïrem as mazelas da administração em face da desburocratização necessária nos dias atuais, onde o meio ambiente toma relevância e não pode ser visto como mero entrave, mas como um objetivo a ser perseguido com sua sustentabilidade.

Por fim, diante do que esposado, torna-se óbvio que, quando a Lei da Mata Atlântica (Lei nº 11.468/2006) assinala a produção de “Estudo Prévio de Impacto Ambiental” (vide artigos 14, 15, parágrafo único do art. 20, 22), o faz na necessidade de Avaliação de Impacto Ambiental de forma prévia, da produção de estudo ambiental, e não especificadamente na produção do complexo, moroso e amplo EIA/RIMA, pena de se assim impor dificuldades a todas as empresas que desenvolvem atividades minerárias de extração de saibro em nosso País, inclusive desnaturando sua característica de “utilidade pública” trazida pela edição do novel Código Florestal Brasileiro – Lei nº 12.651/2012 – *verbis*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

(...)

VIII - utilidade pública:

(...)

b) as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, inclusive aquele necessário aos parcelamentos de solo urbano aprovados pelos Municípios, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais, **bem como mineração, exceto, neste último caso, a extração de areia, argila, saibro e cascalho;**

Portanto, embora possa o nobre magistrado sentenciante haver entendido que inexistiu o estudo ambiental na forma de EIA/RIMA, tal não se deu por realmente não existir tal obrigatoriedade, mas, sim, e tão somente, ser necessária a existência de estudo ambiental prévio, o que foi aceito pela municipalidade.

Sobre outro prisma, é bem verdade que a citada Lei n.º 6.938, de 1981, estabeleceu em seu art. 8º, inciso I, dentre as competências do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (reafirma-se,

antes da Constituição de 1988), a de estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras. As normas e critérios para o licenciamento podem ser específicas, se destinadas aos órgãos federais, e gerais, se destinadas aos órgãos estaduais e municipais. Não invade, portanto, a autonomia dos Estados o estabelecimento dessas normas e critérios dados pelo CONAMA, pois a proteção do meio ambiente é da competência concorrente da União e dos Estados (consoante insculpido no art. 25, inciso IV, da CF/88) e à União está reservado o estabelecimento de normas gerais, conforme art. 24, parágrafo primeiro, da CF/88.

Se a Carta de 1988 atribui competência à União para editar normas gerais sobre certas matérias, determina, em decorrência, que tais disposições deveriam ser fixadas em lei federal, o que ainda não acontece, inexistindo no ordenamento pátrio “lei de licenciamento ambiental” devem ser observadas pelos Estados e Municípios, sem que se cogite, no caso, qualquer interferência ou desrespeito à autonomia dos Estados-membros ou Municípios. Entretanto, no caso dos licenciamentos ambientais, os Estados e Municípios não perderam a liberdade de criar normas concernentes aos Estudos necessários à verificação de impactação ambiental, diante da existência na atualidade de normas federais específicas, sendo que em Santa Catarina o Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA é quem assim decide as atividades de impacto regional (âmbito estadual) e local (âmbito municipal), sendo tais normativas lançadas ao mundo jurídico através das Resoluções do Conselho, que são adotadas pela FATMA e pelos municípios. Para tanto, após a edição das Resoluções Estaduais, o estudo necessário para a solicitação da licença ambiental é informado nas Instruções Normativas da FATMA (IN’s) respectivas à atividade ou empreendimento que se pretende instalar, que podem ser acessadas no órgão ambiental competente para o licenciamento (estadual ou municipal quando assim o município proceder).

Pelo que se pode verificar, então, o licenciamento ambiental em Santa Catarina é realizado por meio da elaboração de basicamente 07 (sete) documentos:

Estudos de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA).

Relatório Ambiental Preliminar – RAP.

Relatório Ambiental – RA.

Estudo Ambiental Simplificado – EAS.

Plano Básico Ambiental – PBA.

Relatório de Controle Ambiental – RCA.

Plano de Controle Ambiental – PCA e outras modalidades de relatórios, dependendo da etapa do licenciamento.

São licenciados por competências de órgãos ambientais municipais as obras, atividades ou empreendimentos considerados de impacto local (o impacto local é determinado pelos conselhos de cada estado, *in casu*, o CONSEMA – SC), dando a competência de licenciamento para os municípios daquele estado. Também são licenciadas pelo município as atividades ocorrentes em Unidade de Conservação (UC) municipal.

Em Santa Catarina as Resoluções CONSEMA – Conselho Estadual do Meio Ambiente números 13 e 14 é que definem, na atualidade, a Listagem das Atividades Consideradas Potencialmente Causadoras de Degradação Ambiental de impacto regional e local para fins do exercício da competência do licenciamento ambiental estadual e municipal, respectivamente, sendo cediço que por ser competência originária em sede de atividade eminentemente local, o município de Indaial estipulou os estudos necessários e os procedimentos para a expedição das 02 (duas) autorizações de corte, não se podendo falar em invasão de competência da seara estadual.

Por serem órgãos integrantes do SISNAMA, os municípios exercem competências próprias, em especial a proteção do meio ambiente, em todo o Estado de Santa Catarina. Por meio do licenciamento ambiental e da fiscalização, previnem danos ambientais que poderiam ser perpetrados por empreendimentos sem a interferência do órgão ambiental.

Destarte, além de competência formal expressa na Magna Carta de 1988, não há que se falar em ilicitude na expedição das licenças ambientais emitidas pela municipalidade (autorizações de corte 14/2011/IDL, datada de 11.5.2011, e 52/2012/IDL, datada de 21.11.2012), visto que detém o município de Indaial desde o advento da Constituição Federal de 1988 competência para tal, diante da nítida inexistência de uma norma geral no País, editada através do devido processo legislativo ordinário. Portanto, em não existindo tal normativa, mesmo que em caráter geral, não pode ser considerado nulo um ato da administração pública municipal – Ente Federado –, que chama para si a responsabilidade de licenciar/autorizar nítida atividade de caráter e impacto meramente local.

Ademais, é cediço que competência é a função atribuída por lei a cada órgão ou autoridade, somente podendo ser alterada ou revogada também por lei. Caracteriza-se por ser irrenunciável, imprescritível, inderrogável e improrrogável. Também, por este modo, se afirma ser permitida a delegação de competência, ou seja, a transferência de atribuição de um ente federado para outro. No que se refere ao SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente) e sua finalidade, tem-se que ele concretiza a articulação dos órgãos ambientais existentes e atuantes em todas as esferas da Administração Pública. Assim, não cabe sequer aos Municípios pedirem autorização ao Estado ou à União para exercerem o poder de polícia administrativa, para organizarem seus serviços administrativo-ambientais ou para utilizarem os instrumentos da política nacional do meio ambiente, entre os quais se inclui o licenciamento ambiental, mas podem a União e os Estados delegarem competências exclusivas suas em matéria de licenciamento aos municípios.

E mais, na ocasião da expedição dos atos administrativos pela municipalidade, mesmo que desnecessário em face da supremacia da Constituição Federal, do Pacto Federativo e da exigência de lei própria para regular de forma cabal o processo de licenciamento ambiental no Brasil, a Resolução n. 237 do CONAMA, regulava a delegação do processo de licenciamento entre os órgãos integrantes do SISNAMA, assim determinando:

Art. 4º - Compete ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, órgão executor do SISNAMA, o licenciamento ambiental, a que se refere o artigo 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, a saber:

(...)

§ 2º - O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.

(...)

Art. 5º - Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades:

(...)

IV – delegados pela União aos Estados ou ao Distrito Federal, por instrumento legal ou convênio.

Parágrafo único. O órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal fará o licenciamento de que trata este artigo após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento, bem como, quando couber, o parecer dos demais órgãos competentes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, envolvidos no procedimento de licenciamento.

Art. 6º - Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

Vê-se que era possível na época dos fatos, se assim fosse necessário, ao IBAMA delegar aos estados-membros licenciamentos de atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional, ressalvada sua competência supletiva. Trata-se de poder discricionário do órgão ambiental federal. Da mesma maneira, por respeito ao Pacto Federativo, era possível delegar-se aos municípios, como no presente caso, o licenciamento de atividades ou empreendimentos com impactação exclusiva de caráter local. O ato de delegação deveria observar o contido na Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9784/99), que, em seu art. 12, parágrafo único, determina:

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Nos licenciamentos ambientais, a delegação se dava por meio de convênios, por expressa previsão da Resolução n. 237 do CONAMA. Esse foi inclusive o instrumento escolhido tanto pela FATMA, quanto pelo Município, quando da edição do Convênio de Cooperação Técnica e Institucional nº 004/2009 (fls. 62/66), documento amplo e de bases sólidas, por meio do qual o órgão ambiental promoveu o estabelecimento de cooperação técnica e institucional visando programa de gestão florestal compartilhada.

Não se pode, então, afirmar-se que inexistia conhecimento do órgão estadual sobre tal possibilidade, a uma porque desnecessário em face da competência plena do órgão municipal, a duas porque a partir do momento que se firma um termo de cooperação, o que se entende é que o Ente Estadual acreditou, e não poderia ser diferente, na capacidade técnica do Ente Municipal, que não pode ser questionada por meras formalidades.

O fato é, por tudo o que restou já afirmado: o Município de Indaial possuía condições técnicas, capacidade laborativa e competência para expedir autorizações de corte, sendo legais as autorizações de supressão de vegetação de nº 14/2011/IDL, datada de 11.5.2011, e nº 52/2012/IDL, datada de 21.11.2012, inexistindo atitudes ilícitas em suas expedições que possam macular suas existências.

Quanto à Licença Ambiental de Operação, na forma corretiva, LAO nº 2263/012, datada de 16.3.2012, para a atividade de extração de saibro por escavação a céu aberto, emitida pela Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina – FATMA, temos que a atividade da empresa ré Baldo Comércio e Terraplanagem Ltda. é a de “Extração de Saibro a Céu Aberto por Escavação”. Diante disso, o licenciamento ambiental desta atividade, conforme determina o Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA, através da Resolução n. 03/2008, vigente à época, assim disciplinava os estudos necessários:

00.12.00 - Lavra a céu aberto por escavação.

Pot. Poluidor/Degradador: Ar: P Água: G Solo: G Geral: G

Porte: PA <= 12000: pequeno (EAS ou EIA, se carvão mineral)

PA >= 80000: grande (EIA)

os demais: médio (EAS ou EIA, se carvão mineral)

sendo PA = Produção Anual

A produção anual informada pela empresa Apelante foi de 18.000 m³ (dezoito mil metros cúbicos), traduzindo-se em porte médio para o seu licenciamento da atividade. Por consequência, o estudo necessário seria, como o foi, o Estudo Ambiental Simplificado – EAS.

Conforme Instrução Normativa n. 07 da FATMA, para o licenciamento da atividade eram necessários anexar os seguintes documentos ao processo de licenciamento:

Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) em, no mínimo, cinco vias impressas no formato A4, encadernadas com garras em espiral, e uma via em formato digital (CD), sendo que as ilustrações, cartas, plantas, desenhos, mapas e fotografias, que não puderem ser apresentadas nos formatos sugeridos, deverão constituir um volume anexo; ou Estudo Ambiental Simplificado em, no mínimo, duas vias impressas em formato A4, encadernadas com garras em espiral e uma via em formato digital (CD); ou Relatório Ambiental Prévio em uma via impressa no formato A4. O EIA também deve contemplar programa de compensação ambiental com indicação de aplicação dos recursos previstos no art. 36 da Lei n.º 9.985/00, e conforme Resolução CONAMA 371/06 e Lei n.º 14.675/09. O EIA, EAS e RAP devem vir acompanhados do plano de recuperação de Áreas degradadas (PRAD).

A depender da atividade e de seu porte é que são estabelecidos os estudos a serem apresentados para seu licenciamento conforme amplamente exposto, sendo desnecessárias maiores indagações.

Cumpridos os requisitos normativos, a FATMA obrou com completo acerto ao emitir a Licença Ambiental de Operação, na forma corretiva, LAO n. 2263/012, datada de 16.3.2012, para a atividade de extração de saibro por escavação a céu aberto, não podendo ser considerado inidôneo o documento. O licenciamento da atividade de mineração, nos moldes objeto desta demanda, não exigia a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental.

Quanto às demais condenações havidas na sentença ora objurgada,

traduzidas na determinação para que o município de Indaial e a Fundação do Meio Ambiente inaugurem em 15 (quinze) dias processos administrativos internos visando apuração de supostas responsabilidades pelas concessões indevidas dos atos administrativos citados, devendo concluí-los em 90 (noventa) dias, na determinação de que a empresa Baldo Comércio e Terraplanagem Ltda. bem como a seu administrador Sr. Valdir Baldo elaborem plano de recuperação de área degradada, conhecido como PRAD, ou de correção da situação de supressão da vegetação havida, submetendo-o à FATMA dentro do prazo de 60 (sessenta) dias para aprovação do mesmo no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, com consequente implementação do referido em 60 (sessenta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) até o limite de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pelo descumprimento, e, por fim, a condenação da sociedade empresária demandada e seu gestor ao pagamento de danos morais, em seu aspecto punitivo e pedagógico, no valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), com correção monetária e juros de mora mediante incidência da taxa SELIC, a partir da citação, em favor do Fundo de Recuperação de Bens Lesados, por haverem sido considerados legais a expedição e os documentos objurgados na ação civil pública, tenho que desnecessárias maiores considerações, até porque tais condenações são consequências da suposta existência da ilegalidade apontada na sentença, o que não se demonstrou em sede de apelo, pelas razões apontadas, o que demanda o provimento do recurso para reformar-se integralmente a sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar-se, *in totum*, a sentença de primeiro grau, declarando-se legais os atos administrativos objurgados; revoga-se, por conseguinte, os efeitos da antecipação da tutela; oficiem-se, com urgência, o Município de Indaial e a Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina – FATMA a respeito do inteiro teor desta decisão.

Este é o voto.

Apelação n. 0500056-78.2013.8.24.0065, de São José do Cedro

Relator: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS). EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS VALORES ALUSIVOS AOS MATERIAIS/MERCADORIAS EMPREGADOS

NO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MATÉRIA INCONTROVERSA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO INDIRETO. ILEGITIMIDADE ATIVA EVIDENCIADA QUANTO A PARTE DOS PEDIDOS, DADA A FALTA DE COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE DO ENCARGO AO CONSUMIDOR FINAL. SÚMULA N. 546 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

É incontroversa, na jurisprudência, a admissibilidade da exclusão da base de cálculo do imposto sobre serviço (ISS) dos materiais/mercadorias empregados na construção civil. Contudo, na *“ação de repetição de indébito, em se tratando de tributos indiretos, é indispensável a comprovação do não repasse do encargo financeiro ao consumidor final (REsp1131476, Min Luiz Fux, DJe 01.02.10, julgado pela 1ª Seção como representativo da controvérsia) [...]”*. (STJ – AgRg no Ag em REsp 242.028/RS, rel^a. Min^a. Assusete Magalhães, julgado em 29.3.2016), pelo que é de confirmar-se a decisão recorrida que, escorreitamente, frente a essa não comprovação, deu pela parcial procedência do pedido exordial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0500056-78.2013.8.24.0065, da comarca de São José do Cedro, Vara Única, em que é apelante Irmãos Filippi Materiais de Construção Ltda. e apelado Município de Guarujá do Sul.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz e Cid Goulart.

Florianópolis, 28 de junho de 2016

Desembargador João Henrique Blasi

RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Irmãos Filippi Materiais de Construção Ltda., via Advogado João Carlos Thomas Júnior, interpôs apelação à vista de sentença proferida pelo Juiz Luiz Carlos Cittadin da Silva (fls. 197 a 204) que, em ação declaratória cumulada com repetição de indébito proposta contra o Município de Guarujá do Sul, representada pelo Procurador Gabriel Gealh de Campos, assim decidiu:

[...] DIANTE DO EXPOSTO, nos termos do art. 269, inc. I, do CPC, **julgo procedentes em parte os pedidos** da presente ação declaratória c/c pedido de restituição, para determinar que os materiais produzidos pelo contribuinte ou adquiridos de terceiros, fora do local da obra, sejam excluídos da base de cálculo da cobrança.

Eventuais valores a restituir aplicam-se [...] “*a partir do trânsito em julgado da sentença os juros de mora e a correção monetária deverão ser calculados de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09. Até então a correção monetária será calculada pelo INPC (TJSC, AC n. 2013.040194-1, rel. Des. Jaime Ramos, j.26-02-2015)*”.

Condeno as partes em igual proporção ao pagamento das despesas processuais e honorários, estes em 10% do valor da discussão para cada procurador, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, com a aplicação

da Súmula n. 306 do STJ. Aplicam-se as disposições do art. 33 e segs. da Lei Complementar n. 156/97. (fl. 204)

A apelante requer, em suma, a reforma parcial do *decisum* de modo a que seja julgado integralmente procedente o pedido exordial (fls. 207 a 212).

Houve contrarrazões (fls. 217 a 224).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

A questão sob exame consiste em definir se a autora/apelante detém legitimidade – ou não – para pleitear a repetição do indébito tributário correspondente ao ISS incidente sobre os materiais que não foram produzidos na obra.

Advoga ela, neste sentido, que, “[...] *embora a Cooperativa Regional Alfa fizesse o recolhimento do ISS para o município, tal recolhimento era de forma indireta, como uma espécie de repasse, haja vista que os valores utilizados para pagamento eram da Autora, a qual já havia feito o devido desconto na nota de prestação de serviços que tinha para com a Cooperativa Alfa*” (fl. 210).

Consigno, desde logo, que a pretensão recursal imerece medrar, na medida em que a sentença recorrida aviou solução adequada à lide, tal como retratado em sua fundamentação. *In verbis*:

No caso, a peça inicial comporta dois pedidos, sendo o primeiro (letra “c”) mais amplo, que inevitavelmente abraça o segundo pedido (letra “d”).

De fato, conforme fundamentação supra, procede a pretensão do autor em ver a dedução dos materiais, mas essa dedução depende de indicação escorreita **dos materiais que não foram produzidos na obra, além**

da demonstração de ser o responsável tributário direto pelo recolhimento.

[...]

Portanto, consoante à análise dos documentos de fls. 21-111, não se extrai a condição do autor como contribuinte de direito do imposto e, tampouco, encontra-se a **expressa autorização** prevista no art. 166 do CTN. (fls. 200 a 204 – grifo no original)

A respeito da restituição de impostos indevidos, estatui o art. 166 do Código Tributário Nacional:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

A exegese da norma em comento indica, ao que se observa, quando tratar-se de “tributo indireto”, como no presente caso, que está autorizado a pleitear a repetição do indébito aquele que comprovar haver arcado com o aludido ônus ou que estiver expressamente autorizado pelo terceiro a quem o encargo foi transferido.

O Enunciado Sumular n. 546 da Suprema Corte faz-se peremptório em endossar esse entendimento, dizendo: “*Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte ‘de jure’ não recuperou do contribuinte ‘de facto’ o quantum respectivo*”.

E do Superior de Justiça insta colacionar julgado que segue na mesma esteira. Observe-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONTRIBUINTE DE DIREITO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENCARGO FINANCEIRO. CTN, ART. 166. NÃO COMPROVAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES.

1. Na ação de repetição de indébito, em se tratando de tributos

indiretos, é indispensável a comprovação do não repasse do encargo financeiro ao consumidor final (REsp 1131476, Min Luiz Fux, DJe 01.02.10, julgado pela 1ª Seção como representativo da controvérsia). [...]. (AgRg no Ag em REsp 242.028/RS, relª. Minª. Assusete Magalhães, j. em 29.3.2016 – grifei).

Pois bem.

Na hipótese vertente, a documentação encartada às fls. 24, 27, 31 e 35 evidencia ter sido a consumidora final (Cooperativa Regional Alfa) a responsável pelo recolhimento do tributo em foco, relativamente aos serviços de construção civil executados pela autora/apelante, noticiados pelas notas fiscais de fls. 21 a 23, 25, 26, 28 a 30, e 32 a 34.

Ou seja, as provas coligidas permitem afirmar-se, com clareza palmar, que ocorreu a efetiva transferência do encargo financeiro à contratante, a qual promoveu os pagamentos diretamente à Municipalidade (documentos de fls. 24, 27, 31 e 35).

Não fosse isso, mostra-se insustentável a arguição deduzida pela apelante de que a citada cooperativa quitava os tributos com os recursos destinados ao pagamento dos serviços prestados, creditando valores em favor dela, com o respectivo desconto, pois é possível extrair do livro “Razão”, juntado pela própria recorrente (fls. 45 a 52), a existência de “créditos” complementares correspondentes à mesma nota fiscal, cujo somatório integraliza o valor global declarado na nota fiscal correlata.

Com efeito, examinando-se, a título de amostragem, a mesma nota fiscal utilizada como exemplo pela empresa apelante, qual seja, a de n. 509 (fl. 23), vê-se que ela corresponde à prestação de serviço com valor global de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais), dos quais a recorrente assevera ter recebido da contratante apenas R\$ 120.380,00 (cento e vinte mil, trezentos e oitenta reais), porquanto realizados os descontos dos repasses do ISS no valor de R\$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais), além do recolhimento previdenciário.

Mas, de acordo com o mesmo livro “Razão” (fl. 49), onde constam todas as operações feitas, ainda que se constate a existência do pagamento referido (de R\$ 120.380,00) relacionado à nota fiscal n. 509, extrai-se que também foram creditados em favor dela repasses de R\$ 5.720,00 (cinco mil, setecentos e vinte reais) e R\$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais), totalizando o *quantum* de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais), ou seja, exatamente a importância exigida pelos serviços prestados, motivo pelo qual não há falar em montante retido.

À luz do exposto, obrou bem o Juízo sentenciante em reconhecer a ilegitimidade da apelante para buscar a restituição do imposto indevido sobre os materiais empregados nos serviços de construção civil noticiados às fls. 21 a 31, eis que não suportados por ela, com a ressalva quanto à possibilidade de demonstração do “*cumprimento das disposições do art. 166 do CTN em sede de fase de liquidação/execução, com pedido de restituição dos valores observado o prazo prescricional de cinco anos do protocolo desta demanda*” (fl. 204).

Em assim sendo, impõe-se desprover o recurso.

É como voto.

Apelação n. 0026529-47.2009.8.24.0018, 2013.070033-7 e 0026529-47.2009.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

MAU ACONDICIONAMENTO DO MATERIAL COLETADO PARA REALIZAÇÃO DA NECRÓPSIA DO FETO. RESULTADOS DOS EXAMES INCONCLUSIVOS EM RAZÃO DA AUTÓLISE (DECOMPOSIÇÃO) DAS AMOSTRAS. RESPONSABILIDADE ESTATAL CONFIGURADA. NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO ENTE PÚBLICO E O DANO CAUSADO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO.

1. A responsabilidade civil do ente público é analisada conforme o art. 37, § 6º, da Carta Magna, “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”.

2. Tratando-se de responsabilidade civil objetiva, se o dano e o nexo causal entre este e a conduta do ente público foram devidamente demonstrados, caracterizado está o dever de indenizar por parte do Estado.

DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DA CAUSA MORTIS. ABALO MORAL EVIDENTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO EM R\$ 10.000,00. ARBITRAMENTO QUE RESPEITOU OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA CONDUTA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM.

É evidente que a morte de um filho ainda na fase intrauterina gera, em seus pais, um severo abalo ainda mais quando impossível identificar as causas que levaram ao óbito, motivo pelo qual merecem ser indenizados pela via do dano moral.

O valor da indenização a ser arbitrada deve seguir critérios de razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se efetivo à repressão do ilícito e à reparação do dano, sem, em contrapartida, constituir enriquecimento ilícito.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO NA ORIGEM DE 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. PERCENTUAL FIXADO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL. VERBA MANTIDA.

“Está pacificada nesta Corte a orientação segundo a qual, vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.” (TJSC, AC n. 2010.020341-8, rel. Des. Jaime Ramos, j. 24.4.10).

ENCARGOS MORATÓRIOS. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. MODIFICAÇÃO DO MARCO INICIAL PARA 17.4.09. EXEGESE DA SÚMULA N. 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O ARBITRAMENTO, DE ACORDO COM A SÚMULA N. 362 DA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DOS ÍNDICES DA POUPANÇA, NOS TERMOS DO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97, ALTERADO PELA LEI N. 11.960/09.

Os juros de mora deverão incidir a partir do evento lesivo, nos termos da Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça, em 1% ao mês até o advento da Lei n. 11.960/09, quando deverá ser calculado de acordo com o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

A partir do arbitramento, deverá incidir correção monetária, nos termos da Súmula n. 362 do STJ, devendo ser aplicado os índices da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pela Lei n. 11.960/09, que compreendem tanto a correção monetária como os juros de mora.

APELO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDOS PARA MODIFICAR A DATA DO EVENTO DANOSO. APELO DO RÉU DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0026529-47.2009.8.24.0018, da comarca de Chapecó 1ª Vara da Fazenda Acidentes do Trab. e Reg. Público, em que é Apte/ Apdo Estado de Santa Catarina e Apdo/ Aptes Lorenite Corso Ferrari e outro.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e desprover o recurso da ré e conhecer e prover parcialmente o recurso dos autores. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Neto, Sérgio Roberto Baasch Luz e Cid Goulart.

Florianópolis, 04 de maio de 2016.

Francisco Oliveira Neto

RELATOR

RELATÓRIO

Lorenite Corso Ferrari e Adriano José Ferrari ajuizaram “ação de reparação de danos morais” contra o Estado de Santa Catarina, sustentando que, em 16.4.09, a autora descobriu, após 39 semanas de gestação do primeiro filho do casal, que o feto não se movimentava mais em seu ventre e que, assustados com a situação, procuraram o hospital Uniclínicas da Unimed de Chapecó para conferir os sinais vitais. Aduziram que, no exame físico, se constatou que o feto não demonstrava os batimentos cardíacos, sendo imediatamente realizado contato com o médico obstetra responsável pelo pré-natal da demandante, que decidiu pela cesárea de urgência, vindo o feto a nascer sem vida às 23h50min do mesmo dia.

Aduziram que a pediatra, Dra. Rozane Maria G. Barbieiro, tentou reanimar o bebê, porém não obteve êxito, motivo pelo qual solicitou

aos pais que o corpo do natimorto fosse submetido a necropsia, para constatar a *causa mortis*, porque pelos exames clínicos não foi possível apurá-la.

Relataram que o hospital Uniclínicas informou ao demandante que a necrópsia somente poderia ser realizada mediante a lavratura de Boletim de Ocorrência, quando então se dirigiu à 1ª Delegacia de Polícia da Cidade de Chapecó, comunicou a morte do seu filho e requereu a realização da necrópsia.

Alegaram que o funcionário do nosocômio entrou em contato com o Instituto Médico Legal – IML, que informou que a realização da autópsia havia sido designada para a manhã do dia seguinte. Na mesma oportunidade, o funcionário do necrotério questionou sobre a ausência de geladeira e sobre um possível problema de conservação do corpo, porém o funcionário do IML afirmou inexistir qualquer prejuízo.

Dissertaram que, em 17.4.09, foram coletados o fígado, os rins, o coração e os pulmões do natimorto para o exame anatomopatológico, e ainda o sangue para o exame toxicológico, para que a necrópsia fosse realizada pelo IML, o laudo cadavérico pelo Instituto Geral de Perícias – IGP e o exame toxicológico pelo Instituto de Análises Laboratoriais do IGP/SC, tendo como resultado negativo.

Sustentaram que o resultado da necrópsia foi inconclusivo porque as vísceras enviadas para análise estavam autolisadas (em decomposição), sem condições de análise e que foi provocada pelo descaso dos prepostos do ente público, porquanto a coleta do material aconteceu em 17.4.09, a entrada no laboratório deu-se em 7.5.09, e a finalização da análise em 17.6.09.

Afirmaram que foram submetidos a extremo sofrimento pela mora do resultado do exame, o qual só obtiveram em agosto de 2009, depois de muita insistência na busca de informações. Alegaram, ainda, que o

médico legista Dr. Adriano Reginatto Klein comentou que a autólise dos órgãos do feto teria acontecido em virtude da ausência de transporte específico das coletas para o laboratório em Florianópolis.

Em decorrência dos fatos narrados, os autores ajuizaram a presente ação buscando a responsabilização estatal por todo o sofrimento causado pela impossibilidade de esclarecimento dos motivos que levaram o natimorto a óbito.

Dessa feita, pleitearam indenização por danos morais a ser fixada pelo juízo, além dos honorários advocatícios a serem fixados em 20% sobre o valor da causa. A causa foi valorada em R\$ 1000,00 reais (fls. 2/104).

O pleito de concessão dos benefícios da justiça gratuita restou deferido à fl. 105.

Citado, o réu apresentou contestação (fls. 111/115), alegando que não há responsabilidade civil do Estado, uma vez que não restou configurado o nexo causal.

Informou que, segundo as informações obtidas no Instituto Geral de Perícia – IGP, a autópsia foi realizada no dia 17.4.09, às 8h00min, seguindo todas as normas vigentes estabelecidas. Alegou que o material coletado foi enviado ao Instituto de Análises Laboratoriais – IAL em Florianópolis, através da empresa Reunidas em 27.4.09, para realização dos exames toxicológicos e anatomopatológico. Argumentou que o material foi acondicionado de maneira adequada, não podendo ser imputada ao Estado a responsabilidade pela autólise das amostras. Ao final, sustentou a inocorrência de danos morais e, por fim, buscou a improcedência dos pedidos exordiais.

Houve réplica (fls. 123/130).

Designada audiência de instrução e julgamento, foi inquirida uma testemunha (fls. 132/143).

Alegações finais às fls. 144/150 e 152/152.

Conclusos os autos, o MM. Juiz de Direito julgou procedentes os pedidos exordiais para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar da data do evento danoso – 17.6.9, e, a partir da sentença, atualizado pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. Condenou-o ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, isentando-o do pagamento das custas processuais (fls. 153/158).

Na seqüência, as partes interpuseram recurso de apelação, tendo o réu sustentado que a realização do exame não seria de competência do Instituto Geral de Perícias – IGP, pois nas situações em que não há indícios de violência, é de responsabilidade do ente municipal a prestação desses serviços. Além disso, alegou que o valor indenizatório se mostra excessivo, motivo pelo qual deve ser minorado. Pleiteou também a reforma do *decisum* no que se refere ao termo inicial da incidência de juros, uma vez que, como a indenização só foi liquidada na data da sentença, o Estado de Santa Catarina não estaria em mora desde o evento danoso, não cabendo a imposição de juros (fls. 161/172).

Já a parte autora recorreu para que fosse alterada a data do evento danoso para 17.4.09 – data da coleta do material a ser examinado. Além disso, pugnou majoração da indenização, uma vez que o valor se mostra ínfimo perto do sofrimento a que foram submetidos. Requereu, ainda, que os honorários advocatícios alcançassem o patamar de 20% do valor da causa, atendendo aos critérios estabelecidos nos § 3º e § 4º do art. 20 do CPC (fls. 174/188).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 192/200 e 201/210), os autos ascenderam a este Tribunal.

VOTO

1. O apelo da parte ré merece desprovimento, enquanto que o da parte autora, parcial provimento.

2. Insurge-se a parte ré no que tange à sua incompetência para proceder a necrópsia e a investigação da *causa mortis* em situações que não há indícios de morte não natural, afirmando que seria atribuição do Município de Chapecó. Entretanto, razão não lhe assiste.

Isso porque, como bem colocado pelo juízo de primeiro grau, seria possível até questionar a competência do Instituto Médico Legal de Chapecó, conforme o art. 162 do Código de Processo Penal e a Resolução n.1779/2005 do Conselho Federal de Medicina, uma vez que não havia indícios de morte não natural. Todavia, os agentes estatais, ao assumirem o encargo de prestar o serviço, tornaram-se responsáveis por ele, não podendo escusar-se das consequências advindas dessa responsabilidade simplesmente recorrendo ao argumento de incompetência para atuar no caso, devendo executar o serviço com zelo e eficiência.

Sendo assim, a responsabilidade nesse caso recai sobre o ente estatal, estando sujeita àquela prevista no art. 37, § 6º, da CF, ou seja, de caráter objetivo, *in verbis*:

“Art. 37. [...]

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Sobre o dispositivo em comento pertinente é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

“O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para

todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 622).

Portanto, a responsabilidade do ente estatal, *in casu*, assenta-se na teoria do risco administrativo, pela qual os autores, 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, sendo que este só poderá se desonerar da responsabilidade quando produzir prova nos autos acerca da ocorrência de culpa exclusiva da vítima ou de fato de terceiro ou, ainda, de caso fortuito ou de força maior.

De acordo com os fatos relatados e documentos trazidos aos autos, a autora Lorenite Corso Ferrari, grávida de 39 semanas, teve que realizar uma cesárea de urgência no dia 16.4.09, em vista da ausência de batimentos cardíacos do feto. Ao realizar o nascimento, a pediatra que acompanhava a cirurgia tentou reanimar o natimorto, mas não obteve êxito, declarando o óbito às 22h00min (certidão de natimorto fl. 59). Na sequência, a médica solicitou aos pais que submetessem o corpo do feto à necropsia para verificar a *causa mortis*, visto que através dos exames clínicos não foi possível descobrir.

Às 02h57min o autor registrou um Boletim de Ocorrência (fl. 60), levando uma via do documento ao hospital para que pudesse requerer a necropsia do natimorto. Em seguida, o funcionário do nosocômio entrou em contato com o técnico do IML questionando se seria possível o corpo do feto passar a noite no necrotério por não terem refrigeração adequada no local. Em resposta, o técnico informou que não haveria problemas, pois a necropsia seria feita logo pela manhã (conforme histórico administrativo anexado à fl. 61). No dia seguinte (17.6.9) houve a coleta do material necessário para enviá-lo à Florianópolis, onde seriam realizados os exames anatomopatológicos e toxicológicos.

Dois meses após a remessa das amostras para análise (17.6.9), os autores obtiveram resultados inconclusivos em razão do envio das vísceras com pouco fixador e com sinais de autólise (decomposição), conforme laudo apresentado à fl. 102. Além disso, em depoimento ao juízo, o perito médico legista informou que “*o prejuízo decorreu sim do problema do armazenamento/transporte, já que o material chegou em decomposição*” (fl. 143), o qual, ressalte-se, foi enviado através da empresa de transporte rodoviário Reunidas (fl. 142). Informou, ainda, que “*se a amostra fosse acondicionada adequadamente, ou seja, em formol a 10% completamente coberta, o exame pode ser realizado a qualquer tempo, meses ou até anos após o acondicionamento*” (conforme ofício enviado ao procurador do Estado, à fl. 120).

Dessa maneira, restou plenamente demonstrada a existência do nexu causal entre a conduta do ente federativo e o dano, vez que ficou comprovada a negligência por parte da ré em acondicionar e transportar o material coletado, ocasionando a decomposição das amostras, sendo este ponto incontroverso, visto que não contestado em recurso de apelação.

Sendo assim, presentes estão os requisitos necessários ao reconhecimento do dever de indenizar.

3. Dos danos morais

Quanto ao pedido de indenização pelos danos morais, desnecessárias maiores delongas, pois é inegável o abalo moral dos autores, visto que os resultados dos exames trariam, de certa forma, uma aceitação por parte dos pais ao ter ciência do motivo pelo qual o bebê veio a óbito em fase tão adiantada da gestação. Além disso, os exames poderiam identificar problemas de futuras gestações, evitando o mesmo desfecho.

Dessa maneira, o argumento de que se trataria de mero aborrecimento não merece respaldo, ante o evidente sofrimento a que os autores foram submetidos.

Em relação ao valor da indenização, destaca-se que deve seguir critérios de razoabilidade e proporcionalidade e mostrar-se efetivo à repressão do ilícito e à reparação do dano.

Sobre o assunto, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

“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” (*in Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116).

Consideradas, então, as variáveis em tela, constata-se que o valor de R\$ 10.000,00 se mostra adequado à situação, além de não estar a ponto de causar o enriquecimento ilícito das partes, sendo rechaçado, portanto, o pedido de minoração do valor indenizatório pela parte ré.

4. Quanto aos encargos moratórios, no entanto, é necessário tecer algumas considerações sobre o caso.

Registre-se, de início, que deve ser aplicado, na íntegra, o art. 5º da Lei n. 11.960/09, que estabeleceu nova redação para o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 permanece aplicável, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, em 16.4.15, nos autos de repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 870.947/SE (TEMA N. 810), esclareceu que a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, e por arrastamento, do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09 “teve alcance limitado e abarcou apenas a parte em que o texto legal estava logicamente vinculado no art. 100, § 12, da CRFB, incluído pela EC n. 62/09, o qual se refere tão somente à atualização de valores requisitórios” (grifou-se).

Nesse sentido, aplicando-se ao caso o novo entendimento exarado,

os **juros de mora** deverão incidir desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do STJ, cujo marco inicial será o da data da coleta do material para realização dos exames (17.4.09 – fl. 102), momento no qual ocorreu o mau acondicionamento e ocasionou a autólise das amostras, impedindo resultados conclusivos.

Desse modo, merece acolhimento a pretensão da parte autora para ser modificada a data do evento danoso de 17.6.09 para 17.4.09 (fl. 102).

Quanto ao índice aplicável, há que se ressaltar que, em virtude de o marco inicial para incidência dos juros moratórios ser anterior ao advento da Lei n. 11.960/09, deverão ser calculados em 1% ao mês desde o termo *a quo* e, a partir da Lei n. 11.960/09, aplica-se o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, que admite a aplicação dos índices da caderneta de poupança. Neste ponto, portanto, a sentença deve ser adequada.

No que tange a **correção monetária**, o termo *a quo* da sua incidência respeita o disposto na Súmula n. 362 do STJ, ou seja, será válida a partir do arbitramento. Em relação ao índice aplicável, “*a atualização monetária dos débitos fazendários segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança continuará em vigor enquanto não for decidido pelo Plenário o pedido de modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs 4.357 e 4.425. Precedentes: RE 836.411-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/11/2014; e ARE 753.860-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 8/10/2014. [...]*” (RE n. 747.736 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 24.2.15).

5. Em relação aos honorários fixados na origem, sedimentada está a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, “*vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.*” (AC n. 2010.020341-8, rel. Des. Jaime Ramos, j. 24.4.10), razão pela qual não há motivos para alterá-lo, desprovendo o recurso dos requerentes no ponto.

6. Ante o exposto, o voto é pelo conhecimento e desprovemento do recurso da parte ré, e parcial provimento do recurso dos autores, alterando o marco inicial para incidência dos juros de mora do dia 17.6.09 para o dia 17.4.09.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 2011.001768-3, de Dionísio Cerqueira

Relator: Des. Subst. Júlio César Knoll

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO SENTENCIADO DUAS VEZES. RECONHECIMENTO DE “ERROR IN PROCEDENDO”. ANULAÇÃO DA SEGUNDA SENTENÇA. RECURSOS INTERPOSTOS CONTRA A REFERIDA DECISÃO PREJUDICADOS.

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL E NEXO CAUSAL VERIFICADA POR PROVA PERICIAL E DOCUMENTAL. BENEFÍCIO DEVIDO. TERMO INICIAL. DIA SEGUINTE AO DA CESSAÇÃO ADMINISTRATIVA DO AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO CONHECIDO E ACOLHIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.001768-3, da comarca de Dionísio Cerqueira (Vara Única), em que é apte/apdo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, e apdo/apte Jair Pereira:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, de ofício anular a sentença de fls. 176-180, e conhecer e acolher o recurso do autor, para reformar a sentença de fls. 92-94 e julgar procedente o pedido de concessão do benefício de auxílio-acidente, desde 27-9-2002. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 02 de fevereiro de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu, com voto, e dele participou, o Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira.

Florianópolis, 03 de fevereiro de 2016.

Júlio César Knoll

RELATOR

RELATÓRIO

Perante a Vara Única da comarca de Dionísio Cerqueira, Jair Pereira, devidamente qualificado, com base nos fundamentos legais, por seus procuradores habilitados, propôs “ação de manutenção de auxílio-doença ou concessão de aposentadoria por invalidez/auxílio-acidente por acidente de trabalho”, em desfavor do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

Suscitou, em apertada síntese, que no dia 21-7-2001, sofreu um acidente de trabalho.

Explicou que estava realizando a substituição de uma telha de fibrocimento quando o referido objeto se partiu, ocasionando sua queda e conseqüentemente a fratura do seu fêmur direito.

Disse que, em razão deste fato, recebeu auxílio-doença acidentário, o qual foi posteriormente cessado pela autarquia, tendo em vista a concessão de alta médica.

Entretanto, o autor alegou que tais doenças lhe acarretaram lesões definitivas, razão pela qual faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente.

Recebida, registrada e autuada a inicial, foi deferida justiça gratuita.

Citado, o Instituto ora requerido apresentou resposta via contestação, oportunidade em que rebateu todos os pontos da prefacial.

Após a réplica e manifestação ministerial, realizou-se audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que o perito respondeu todos os quesitos apresentados pelas partes.

Em ato contínuo, o MM. Juiz de Direito Dr. Murilo Leirião Consalter julgou o feito, a saber:

Isto posto, julgo IMPROCEDENTE os pedidos do autor, extinguindo o processo com apreciação do mérito, com fulcro no art. 269, inciso I, do CPC e, por consequência CONDENO o autor ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte contrária, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), aplicando-se em seu favor, no entanto, o disposto no art. 12 da Lei n. 1.060/50. P. R. I.

Inconformado a tempo e modo, o autor interpôs recurso de apelação cível.

Nas suas razões, suscitou que o *expert* que realizou o laudo pericial não possuía especialidade técnico-científica para avaliar a capacidade laborativa do autor, violando o disposto no art. 118 do Código de Ética Médica.

Diante disto, postulou a anulação da sentença para realização de perícia com profissional especialista na área de ortopedia e/ou a reforma da sentença para condenar a autarquia a implantar o benefício de auxílio-acidente desde a indevida cessação do auxílio-doença.

Com as contrarrazões acostadas às fls. 107-111, os autos vieram conclusos para o Des. Carlos Adilson Silva.

Em ato contínuo, a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, decidiu converter o julgamento em diligência para que fosse realizada nova perícia médica, desta vez com perito especialista na área de ortopedia e traumatologia.

Realizada nova prova pericial, acostou-se o laudo às fls. 155-160, momento em que as partes apresentaram suas manifestações.

Apresentadas alegações finais, o feito foi concluso ao MM. Juiz de Direito Substituto, Dr. Marcus Vinicius Von Bittencourt, que proferiu nova sentença, na qual decidiu pela concessão de auxílio-acidente.

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação.

Nas suas razões, postulou a reforma da sentença, em razão da ínfima redução da capacidade laboral do autor.

Explicou que, para o segurado ter direito “a benefício decorrente de acidente de trabalho, imprescindível que ocorra a perda ou redução considerável da capacidade para o desempenho do trabalho que o segurado vinha exercendo quando do acidente”.

Com as contrarrazões acostadas às fls. 192-195, os autos vieram-me conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Porque preenchidos os requisitos formais de admissibilidade, conheço do recurso voluntário.

Da nulidade da sentença de fls. 176-180

Inicialmente, de ofício, cumpre asseverar que a sentença de fls. 176-180 não possui validade jurídica, porquanto a Terceira Câmara de Direito Público não anulou a sentença de fls. 92-94, apenas baixou os autos em diligência, conforme colhe-se do acórdão de fls. 127-141, *in verbis*:

Sem olvidar que não se trata de renovação da instrução por cerceamento de defesa, mas de realização de provas necessárias para a formação do correto convencimento e eliminação de dúvidas, desnecessária, portanto,

a cassação da sentença, lembrando que prevalece no nosso sistema processual o princípio da instrumentalidade, segundo o qual não se deve decretar a nulidade do ato processual, nem se mandará repeti-lo se não houver prejuízo para a parte (CPC art. 249, § 1º).

[...] Ante o exposto, de acordo com citados preceptivos legais, e também na busca da verdade real, converto o julgamento em diligência para que seja nomeado outro perito, desta vez, especializado em ortopedia e traumatologia, preferencialmente da mesma comarca ou mais próxima, a fim de realizar nova perícia médico-judicial, no prazo de 60 (sessenta) dias, oportunizando as partes a apresentação de quesitos e indicação de assistente técnico.

Ainda, o artigo 463 do Código de Processo Civil, disciplina que a sentença só poderá ser alterada para: “[...] lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; [...] por meio de embargos de declaração”.

Compulsando os autos, vislumbra-se que, no presente caso, não ocorreu nenhuma dessas hipóteses, motivo pela qual assento ser nula a sentença de fls. 176-181, restando assim prejudicado o recurso de fl. 182-187, interposto contra a referida *decisum*.

Do mérito

O autor asseverou que sofreu um acidente de trabalho que lhe ocasionou sequelas na perna direita, as quais reduziram a sua capacidade laborativa.

Acrescentou que, em razão do infortúnio laboral, recebeu o benefício de auxílio-doença acidentário junto ao INSS, o qual restou cessado indevidamente, por motivo de alta médica.

Explicou que, em razão da redução da sua capacidade, bem como grau de escolaridade, faz jus ao benefício de auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez.

Julgado o mérito, o magistrado *a quo* entendeu pela improcedência dos pedidos.

Inconformado, o autor apelou pleiteando a realização de nova perícia, desta vez com médico especialista na área de ortopedia e traumatologia, ou a concessão do benefício de auxílio-acidente.

Em ato contínuo, este Tribunal de Justiça determinou a conversão do julgamento em diligência, para a realização de nova perícia, cujo laudo restou acostado às fls. 155-160.

Assim, diante da nova prova pericial acostada nos autos, passo a analisar se o autor possui direito ao auxílio-acidente.

O benefício pleiteado encontra-se regulamentado no art. 86 da Lei n. 8.213/1991, com redação nova dada pela Lei n. 9.528/1997, *in verbis*:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Sabe-se que, tal benesse destina-se a complementar a renda do segurado que perdeu parte de sua capacidade laboral, mas que continua a desempenhar suas atividades.

Neste sentido:

“[...] o auxílio-acidente é pago mensalmente ao segurado acidentado como forma de indenização, sem caráter substitutivo do salário, pois é recebido cumulativamente com este, quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, e não somente de trabalho, resultarem sequelas que impliquem na redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, conforme dispõe a Lei n. 8.213/1991 em seu art. 86, *caput*.” (Apelação Cível n. 2008.042106-4, de Joaçaba, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 4-4-2013).

Portanto, diferentemente dos benefícios de auxílio-doença ou de

aposentadoria por invalidez, o auxílio-acidente não possui o condão de substituir os vencimentos do obreiro, mas sim de dar aporte financeiro, em decorrência do maior esforço físico a ser empreendido pelo trabalhador.

Ainda sobre o tema, o doutrinador Ibrahim (2009, p. 585) lecionou explicando que a concessão do auxílio-acidente “depende da tríade: acidente de qualquer natureza (inclusive no trabalho), produção de seqüela definitiva e efetiva redução da capacidade laborativa em razão da seqüela”.

In casu, o acidente que originou as sequelas aduzidas pelo autor trata-se de um infortúnio laboral, cuja definição encontra-se disposta no artigo 19 da Lei n. 8.213/1991:

[...] Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Feitas as ponderações necessárias acerca do auxílio-acidente, passo a verificar se o autor encontra-se com a sua capacidade laboral reduzida.

Para isto, realizou-se exame médico-pericial (fls. 155-160), do qual se extrai:

[...]

Exame físico direcionado

O exame físico direcionado demonstrou limitação da função do joelho direito e encurtamento de 3,21 cm de membro inferior direito.

Conclusão

1. Limitação funcional parcial da flexão do joelho direito em **grau** médio.
2. **Encurtamento** de membro inferior direito com 3,21 cm considerado diminuição da função em 10%.

3. Necessita tratamento cirúrgico para retirada de material de fixação = provável melhora da flexão do joelho.
4. Correção do encurtamento pode ser obtido com material ortopédico (palmilhas – sapatos), ou com tratamento cirúrgico.
5. Patologia decorrente de acidente de trabalho.
6. Tratamento cirúrgico para retirada do material de fixação pode ser obtido via SUS; caso *necessite* de tratamento particular, seu custo aproximado é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).
7. Tratamento do encurtamento com uso de aparelho ortopédico pode ser obtido via SUS; caso *necessite* tratamento particular seu custo varia de R\$ 100,00 a R\$ 500,00.
8. Limitação funcional parcial no momento do presente exame; necessita de tratamento ortopédico e reavaliação posterior.

RESPOSTAS AOS QUESITOS:

Do Autor.

- a) O examinado é portador de que seqüelas?

R: Encurtamento e limitação de flexão joelho do membro inferior direito.

[...]

- c) Há incapacidade para as atividades laborativas ligadas ao seu mister?

R: Não; apresenta limitação funcional parcial.

[...]

Do Réu.

[...]

- 8º) – É possível precisar desde qual data é a incapacidade laborativa?

R: Limitação funcional total de 21/07/2001 a 2003, e, após limitação funcional parcial.

Da análise da prova pericial, conclui-se que o autor faz jus ao benefício de auxílio-acidente, porquanto preencheu os requisitos legais para sua concessão.

In casu, a redução da capacidade e a existência de seqüela restaram comprovadas por meio do supramencionado laudo pericial, no qual o *expert* atestou que o autor “apresenta limitação funcional parcial” para o trabalho, em razão do “Encurtamento e limitação de flexão joelho do membro inferior direito”.

Já o nexo causal restou demonstrado com a juntada da Comunicação de Acidente do Trabalho à fl. 21, bem como em razão do autor ter recebido à época do infortúnio benefício de origem acidentária (fl. 9).

Ainda, cumpre asseverar que, em regime representativo de controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo n. 1.109.591/SC, decidiu ser irrelevante o nível do dano, sendo o referido benefício devido, ainda que a redução da capacidade seja mínima.

Neste sentido:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AUXÍLIO-ACIDENTE. LESÃO MÍNIMA. DIREITO AO BENEFÍCIO.

1. Conforme o disposto no art. 86, *caput*, da Lei 8.213/91, exige-se, para concessão do auxílio-acidente, a existência de lesão, decorrente de acidente do trabalho, que implique redução da capacidade para o labor habitualmente exercido.
2. O nível do dano e, em consequência, o grau do maior esforço, não interferem na concessão do benefício, o qual será devido ainda que mínima a lesão.

3. Recurso especial provido. (grifei) (REsp. 1.109.591/SC, 3S, Rel. Min. conv. CELSO LIMONGI, *DJe*, 8.9.2010).

No que diz respeito ao termo inicial do auxílio-acidente, este Tribunal de Justiça firmou entendimento de que deve ser o dia seguinte ao que se deu a cessação indevida do auxílio-doença concedido em razão de acidente de trabalho ou doença de trabalho.

Assim, colaciona-se ementa do julgado:

O obreiro que comprovadamente sofre lesão redutora de sua capacidade funcional, ainda que em grau mínimo, tem direito ao benefício acidentário correspondente, devido a partir da cessação do auxílio-doença [...]” (AC 2004.010063-9, Rel. Juiz Sônia Maria Schmitz, julgada em 30/08/2005).

PREVIDENCIÁRIO – AUXÍLIO-ACIDENTE – NEXO ETIOLÓGICO – REDUÇÃO DA CAPACIDADE – BENEFÍCIO DEVIDO – TERMO INICIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

(...) 2. Pelos ditames legais, o termo inicial do benefício deve ser o dia seguinte à cessação do auxílio-doença (Lei n. 8.213/91, art. 86, § 2º)” (AC n. 2005.035296-6. Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 06/12/2005) (TJSC, Apelação Cível n. 2014.009141-3, de Chapecó, rel. Des. Jaime Ramos, j. 09-10-2014)./2005).

Destarte, já que o segurado recebeu o benefício de auxílio-doença e este foi cessado no dia 26-9-2002 (fl. 3), o termo inicial do benefício de auxílio-acidente deve ser fixado no dia 27-9-2002.

Por fim, em razão da reforma da sentença, condeno o INSS a efetuar o pagamento dos honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme entendimento desta Corte de Justiça e nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

E, no tocante a atualização monetária, determino que seja realizada nos seguintes termos:

1. Desde que a correção monetária foi autorizada pela Lei n. 6.899, de 09.04.1981, para atualizar os débitos oriundos de decisões judiciais, os índices previstos na legislação geral e na própria legislação previdenciária/acidentária acompanham a sequência abaixo: ORTN, de 09.04.1981 a fevereiro de 1986 (Lei n. 6.899/81 e Decreto n. 86.649/81); OTN, de março de 1986 a janeiro de 1989 (art. 6º, do Decreto-Lei n. 2.284/86); BTN, de fevereiro de 1989 a fevereiro de 1991 (art. 5º, § 1º, “c”, e § 2º, da Lei n. 7.777/89); INPC, de março de 1991 a junho de 1991 (arts. 3º e 4º, da Lei n. 8.177/91); INPC, de julho de 1991 a dezembro de 1992 (art. 41, § 6º, da Lei n. 8.213/91); IRSM, de janeiro de 1993 a fevereiro de 1994 (art. 9º, § 2º, da Lei n. 8.542/92); URV, de março de 1994 a junho de 1994 (art. 20, § 5º, da Lei n. 8.880/94); IPC-r, de julho de 1994 a junho de 1995 (art. 20, § 6º, da Lei n. 8.880/94); INPC, de julho de 1995 a abril de 1996 (art. 8º, § 3º, da MP n. 1.053/95); IGP-DI, de maio de 1996 a julho de 2006 (art. 8º, da MP n. 1.415/96 e art. 10, da Lei n. 9.711/98); INPC, de agosto de 2006 em diante, até 30.06.2009 (art. 41-A, da Lei n. 8.213/91, incluído pela MP n. 316/06, convertida na Lei n. 11.430/06). De 01.07.2009 em diante ocorre a aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09, a ser analisada adiante. Não tem aplicação ao caso o disposto no art. 31 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01.10.2003).

2. Os juros de mora são devidos a partir da data da citação (art. 219, “*caput*”, do Código de Processo Civil; art. 405 do Código Civil de 2002; e Súmula n. 204 do Superior Tribunal de Justiça).

3. A sequência de índices dos juros de mora, ao longo do tempo, é a seguinte: 0,5% (meio por cento) ao mês até 28.02.1987 (Lei Federal n. 4.414, de 24.09.1964, c/c os arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916 e com os arts. 1º, 4º e 5º do Decreto n. 22.626, de 07.04.1933; 1% (um por cento) ao mês no período de 01.03.1987 a 30.06.2009 (art. 3º, do Decreto-lei n. 2.322, de 26.02.1987).

4. A partir de 01.07.2009, de acordo com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, aplica-se o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09, para o cálculo englobado da correção monetária e dos juros

de mora de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança.

5. Considerando que tal maneira de calcular engloba os dois encargos moratórios, e não havendo incidência de juros de mora senão após a citação, é necessário especificar que até a data da citação calcula-se a correção monetária pelos índices sequenciais antes referidos, sendo o último o INPC, a partir do vencimento de cada parcela. Após a citação, tendo sido efetivada esta antes do advento da Lei n. 11.960/09, os juros de mora são calculados separadamente à taxa de 1% (um por cento) ao mês até 30.06.2009, a partir de quando a correção monetária e os juros de mora passam a ser calculados pelos índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança. No caso de a citação ter-se efetivado após a Lei n. 11.960/09, desde a data daquela sobre cada parcela correm juros e correção pelos referidos índices indicados pelo art. 1º-F referido. (Apelação Cível n. 2013.026185-9, de Videira, rel. Des. Jaime Ramos, j. 26-06-2014).

Ainda, consigna-se que, após o julgamento da questão de ordem sobre a modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade, por arrastamento, do artigo 5º da Lei n. 11.960/09, passou-se a:

[...] conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: 2.1.) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual *(i)* os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e *(ii)* os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária [...]. (ADI n. 4357 e n. 4425 QO/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.03.2015).

Diante do exposto, decido, de ofício, anular a sentença de fls. 176-180, e conhecer e acolher o recurso do autor, para reformar a sentença de fls. 92-94 e julgar procedente o pedido de concessão do benefício de auxílio-acidente, desde 27-9-2002.

Apelação Cível n. 2015.056033-7, de Itapiranga

Relator: Des. Ronei Danielli

MEDICAMENTOS. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS ATINENTES À POSTULAÇÃO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. DEMANDA PROMOVIDA POR ESCRITÓRIO-MODELO VINCULADO À INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. INSURGÊNCIA DO DEMANDANTE QUANTO À FALTA DE FIXAÇÃO DA VERBA ADVOCATÍCIA. ACOLHIMENTO. NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO ADVOGADO INTEGRANTE DA ENTIDADE. APELO CONHECIDO E PROVIDO, DESPROVIDO O REEXAME NECESSÁRIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.056033-7, da comarca de Itapiranga (Vara Única), em que é apelante Wanderlei Michels, representado por sua mãe, Zélia Michels, e apelado Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do apelo e dar-lhe provimento, desprovida a remessa obrigatória. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 8 de março de 2016.

Ronei Danielli

RELATOR

RELATÓRIO

Wanderlei Michels, representado por sua mãe, Zélia Michels, propôs ação cominatória com pedido de antecipação de tutela em face do Estado de Santa Catarina, aduzindo, em síntese, ter sido diagnosticado com refluxo (CID K21), dislepsia (CID K29) e síndrome do intestino irretratável (CID K58), necessitando dos medicamentos Pantoprazol 40mg e Pentalac.

Deferida a liminar para o fornecimento dos insumos pleiteados, sob pena de sequestro judicial de valores para aquisição, foi apresentada contestação, na qual o ente estatal apontou a existência de alternativas médicas na rede pública em substituição aos fármacos pleiteados, a impossibilidade de concessão de substâncias não padronizadas, a não comprovação da hipossuficiência do requerente e, por fim, a imprescindibilidade de fixação de contracautela, da realização de perícia e estudo social.

Em julgamento antecipado da lide, o magistrado Rodrigo Pereira Antunes julgou procedente o pedido para, ratificando a decisão liminar, condenar o réu ao fornecimento da medicação prescrita, de forma contínua, mediante apresentação semestral de prescrição médica atualizada à unidade concedente. Ressaltou, ainda, não ser possível a condenação do ente público em honorários advocatícios, porquanto a parte autora é assistida por escritório jurídico de faculdade.

Irresignado, o demandante apelou, invocando, em síntese, ser cabível a fixação de verba honorária, enfatizando que a assistência jurídica promovida por instituição de ensino não implica na suspensão da exigibilidade da remuneração advocatícia.

Em sede de contrarrazões, o ente estatal suscitou, preliminarmente, a deserção da peça recursal e, sucessivamente, em havendo reforma da decisão objurgada, que os honorários sucumbenciais não ultrapassem um salário mínimo.

Os autos ascenderam a esta Egrégia Corte Estadual de Justiça, lavrando parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim, manifestando-se pelo não conhecimento do apelo.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra decisão que, em ação de obrigação de fazer, condenou o ente estatal ao fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento de saúde do demandante, deixando, contudo, de condená-lo ao pagamento da verba advocatícia.

As razões da insurgência cingem-se à possibilidade de arbitramento de honorários sucumbenciais à parte assistida por advogado-professor integrante do Serviço de Assistência Judiciária Gratuita (SAJUG), pertencente ao Curso de Direito da FAI Faculdades.

O apelo, adianta-se, merece prosperar.

De início, ressalta-se a submissão da sentença ao **reexame necessário**, porquanto, além de veicular, sob a óptica do tratamento concedido, provimento de natureza ilíquida (Súmula 490 do STJ), tem-se como bem jurídico tutelado o direito constitucional à saúde, não representando a demanda o caráter patrimonial refletido na exceção disposta no art. 475, § 2º, do CPC.

Com efeito, encontra-se preconizado na Constituição Federal que a saúde “*é direito de todos e dever do Estado*” (art. 196). Especificamente sobre esse dever do Estado, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido de que todos os entes federados são solidariamente responsáveis pelo tratamento médico adequado aos necessitados (Repercussão Geral n. 855.178, relator Min. Luiz Fux, Plenário, julgada em 05.03.2015).

Tal obrigação, consoante insculpido no referido dispositivo constitucional, é garantir “*políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*” (sem grifo no original).

Ao lado dessa diretriz normativa, encontra-se o princípio constitucional da igualdade, vez que o acesso à saúde deve ser proporcionado de forma igualitária aos iguais e desigual aos desiguais, na medida das suas desigualdades.

A propósito, o Exmo. Sr. Min. Luís Roberto Barroso, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em audiência pública sobre o tema, manifestou o seguinte:

Desenvolveu-se certo senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso de judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação de Poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. **O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.** (disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.Pdf) (sem grifo no original).

Por conseguinte, deve-se, em regra geral, respeitar as políticas sociais e econômicas criadas pela administração pública em atendimento à norma suprema, com base nos critérios da conveniência e oportunidade.

No entanto, há casos excepcionais, nos quais a pessoa que necessita do tratamento medicamentoso realmente se encontra em situação substancialmente diversa das demais, justificando-se, assim, o trato desigual, cuja indispensabilidade precisa ser cabalmente demonstrada, consoante assentado pela Suprema Corte, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 831385/RS, relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, em 17.03.2015.

Na presente lide, os elementos de convicção contidos nos autos comprovam de forma satisfatória a imprescindibilidade no uso das substâncias, tanto o é que assim indicada por profissional **integrante da rede pública** nos seguintes termos (fl. 58):

O Sr. Wanderlei Michels faz uso, no momento, contínuo por tempo indeterminado, de Pantoprazol 40mg (nome do composto) e Lactulona (nome do composto) ou comercialmente Pentalaç.

Embora tenha experimentado uso de outros IBPs (classe de medicamento a qual pertence o Pantoprazol) e outros laxantes (classificação da Lactulona) mostrou resposta e adaptação clínica com os medicamentos citados no início do texto.

Paciente portador de Dispepsia, Doença do Refluxo e Constipação Crônica.

Diante do exposto, **não recomendo substituição do tratamento já instituído.** (sem grifo no original).

Houve, portanto, plena justificação da opção terapêutica indicada, não desconstituída pelo Estado. Ressalte-se que, embora tenha havido pleito de exame pericial quando da apresentação da peça defensiva, deixou o ente réu de se insurgir quanto ao julgamento antecipado da lide, do que se denota conformação com o acervo probatório aportado ao feito.

Também no tocante à questionada hipossuficiência, andou bem a sentenciante ao observar que “*os medicamentos são de suma importância para vida do autor*”, destacando a “*possibilidade de o réu fornecê-los sem prejuízo da manutenção dos serviços essenciais à população, pois é necessário desembolso de pequenos valores mensalmente*” (fl. 65).

Não bastasse isso, o caráter universal e igualitário do acesso ao serviço público em referência (art. 196 da CF) já serviria como motivador de rejeição do argumento.

Especificamente quanto à fixação de honorários sucumbenciais, alvo do apelo interposto pelo demandante, afigura-se necessário, primeiramente, ressaltar que o Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte, seguindo os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, firmou o seguinte entendimento:

COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA. CPC, ART. 555, § 1º. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1) LEGITIMIDADE RECURSAL CONCORRENTE DA PARTE E DO ADVOGADO. PRECEDENTES DO STJ.

*“É pacífico o entendimento desta eg. Corte no sentido de que **tanto a parte quanto o advogado têm legitimidade para recorrer da decisão relativa aos honorários advocatícios**”* (Resp N° 763.030/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 19/12/2005). [...] (TJSC, Apelação Cível n° 2012.070691-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 10/07/2013). (sem grifo no original).

Ultrapassado o ponto, impende salientar que à parte vencedora, a despeito de ser beneficiária da justiça gratuita (art. 11 da Lei 1.060/50), ou mesmo assistida por causídico vinculado à instituição de ensino superior, caberá o arbitramento de remuneração advocatícia.

Logo, ao contrário do que consignou o magistrado de origem, devem ser fixados honorários sucumbenciais nas demandas patrocinadas pelos escritórios-modelo, *“haja vista o vínculo didático e acadêmico mantido entre mantenedora e subscritor da peça, que atua no corpo docente da entidade, provendo recursos para esse mister”* (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.013549-0, Relator Des. Cid Goulart, julgada em 30.11.2010).

Em casos semelhantes, já decidiu este Tribunal: Apelação Cível n. 2015.066601-7, de Itapiranga, Relator Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, julgada em 26.01.2016; Apelação

Cível n. 2014.019830-8, de Itapiranga, Relator Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Câmara Especial Regional de Chapecó, julgada em 23.02.2015; Apelação Cível nº 2011.021397-9, de Xanxerê, Relator Des. Cesar Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, julgada em 19.02.2013; Agravo de Instrumento nº 2009.018039-8, de Xanxerê. Rel. Des. Ricardo Roesler, Segunda Câmara de Direito Civil, julgado em 21.07.2009.

De acordo com o art. 20, § 4º, do CPC, na hipótese de restar vencida a Fazenda Pública, a verba advocatícia deve ser fixada com razoabilidade, consoante apreciação equitativa do juiz, atendidos os parâmetros preconizados no § 3º do mesmo dispositivo legal.

No caso em exame, considerada a relativa complexidade da causa, bem como a rápida solução do feito, deve o montante ser arbitrado em R\$ 1.000,00 (um mil reais), cifra adequada à remuneração dos serviços prestados.

Ademais, tal quantia corresponde ao patamar comumente aplicado por esta Câmara em demandas similares que versam sobre o fornecimento de medicamentos: Apelação Cível n. 2015.003230-2, de Braço do Norte, relator Des. Cesar Abreu, julgada em 24.11.2015; Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2014.064893-7/0001.00, de Anita Garibaldi, relator Des. Pedro Manoel Abreu, julgado em 01.12.2015; Apelação Cível n. 2015.046524-0, de Urussanga, relator Des. Júlio César Knoll, julgada em 21.10.2015, Apelação Cível n. 2014.009510-5, de Chapecó, relator Des. Vanderlei Romer, julgada em 14.04.2015.

Feitas essas considerações, o apelo é conhecido e provido para condenar o ente estatal ao pagamento dos honorários sucumbenciais, nos termos já exarados, desprovida a remessa obrigatória.

Esse é o voto.

Apelação n. 0315091-57.2014.8.24.0023, da Capital

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Apelação cível e remessa necessária. Concurso público. Candidatos a Concurso da Secretaria de Estado da Administração – SEA. Edital n. 001/2013. Aprovação fora das vagas previstas. Expectativa de direito. Alegação de preterição. Não ocorrência. Remoção de servidores de outras localidades. Possibilidade. Ilegalidade inexistente. Recurso voluntário provido e remessa necessária parcialmente provida.

O candidato aprovado fora do número de vagas tão somente possui a expectativa de direito de ser nomeado enquanto perdurar a validade do certame.

A remoção de servidores do quadro não configura preterição, pois a inobservância da ordem de classificação que se configura ilegal é aquela interna aos trâmites do certame, ou seja, aquela que ocorre entre candidatos (STJ, Min. Humberto Martins). Ainda mais se ocorrente em vista de contingenciamento orçamentário e melhor aproveitamento de servidores efetivos, consoante, aliás, expressamente previsto no edital do certame.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0315091-57.2014.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública, em que é Apelante Estado de Santa Catarina e Apelada Cintia Soares Bueno da Silva.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por maioria de votos, rejeitar o incidente de assunção de competência, vencido o Exmo. Des. Ronei Danielli, que o admitia e, no mérito, à unanimidade, dar provimento ao recurso e dar parcial provimento à remessa. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 19 de abril de 2016, foi presidido

pelo Desembargador Ronei Danielli, com voto, e dele participou o Desembargador Cesar Abreu.

Florianópolis, 19 de maio de 2016.

Desembargador Pedro Manoel Abreu

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por Estado de Santa Catarina contra sentença proferida em sede de ação de reconhecimento de direito com reparação de danos materiais movida por Cintia Soares Bueno da Silva.

Alega a autora, em síntese, que se inscreveu no concurso público, Edital n SES n. 001/2012, para o cargo de técnico em enfermagem, com lotação no Instituto de Cardiologia de Santa Catarina, no Município de São José, tendo sido classificada em 44º lugar, sendo que foram nomeados, por ato da Secretaria Estadual da Saúde, os seis melhores classificados na disputa.

Diz, contudo, que através de Portaria expedida ainda na vigência do certame a Administração removeu, por interesse do serviço público, 91 técnicos do Hospital Regional de São José Homero de Miranda Gomes para o Instituto de Cardiologia de Santa Catarina.

Sustenta o desrespeito ao instrumento convocatório, além de ilegalidades na postura administrativa.

O *decisum* objurgado julgou procedente em parte o pedido para determinar a nomeação da Autora no cargo pretendido, rejeitando a pretensão indenizatória.

Irresignado, o Estado de Santa Catarina apela, alegando que a apelada foi classificada fora do número de vagas disponibilizadas no edital do certame, não titularizando, por isso, o direito que reclama, razão por que pugna pelo provimento do apelo.

Contra-arrazoando, o apelado pugnou pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial da remessa necessária e desprovimento da apelação do Estado de Santa Catarina.

Este é o relatório.

VOTO

1. Inicialmente, crucial esclarecer que, tratando-se de recurso interposto com fundamento no CPC de 1973, e, tendo a decisão recorrida sido publicada antes da vigência do novo Código, iniciada em 18.03.2016, a ele aplicam-se as disposições do Código Instrumental de 1973.

É nesse sentido o enunciado administrativo 2 do STJ:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Dá-se provimento ao recurso.

A Autora efetivamente comprou a vinculação ao certame público, mormente apresentando a lista de classificação homologada do Edital n. 001/SEA/2013 (Portaria n. 948, publicada em 18.11.2013 – DOE n. 19.710). No entanto, em que pese as provas juntadas aos autos e os argumentos jurídicos expendidos, entende-se pela impossibilidade do provimento do pedido.

O número de vagas previstas no Edital n. 001/SEA/2013 e almeçadas pela Autora já foram devidamente preenchidas. Além do mais, toda a “movimentação” burocrática considerada prova cabal da nomeação de novos funcionários nada mais é, em verdade, do que um expediente corriqueiro e necessário por parte da Administração Pública. Corriqueiro visto retratar simples ação realizada pela Administração para obtenção de outros desideratos; e necessário porque, dessa forma, obtém-se “o melhor aproveitamento do contingente humano (servidores efetivos) de forma a atingir a eficiência administrativa e, ao mesmo tempo, adotar medidas de contenção de despesas (...)”, conforme adequado afirmado pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Santa Catarina.

Ademais, ainda que se cogite a realocação dos funcionários indevidamente lotados em razão de aparente desrespeito por parte da Administração Pública da decisão judicial emanada da ADI n. 2007.040686-3, ainda assim não se tem cenário apto a justificar o pleito da Autora.

O deslocamento desses funcionários tem situação similar àquela de cessão/remoção/redistribuição de outros servidores efetivos visando maior eficiência administrativa, de forma alguma configurando *per se* a necessidade de contratação de outros profissionais, mormente quando a necessidade que possa realmente existir já tenha sido suprida com o cumprimento dos termos do edital do concurso – situação essa a do caso em tela. Portanto, nenhuma das situações indicadas pelos impetrantes justifica a necessidade de nomeação ao cargo almejado, haja vista estarem elas perfeitamente dentro da esfera de discricionariedade do administrador no manejar da coisa pública.

Acrescente-se a estes fundamentos a circunstância de que o Edital expressamente previa, nas suas disposições finais (itens 14, 14.1 e 14.2), a circunstância de que

14.2. Os candidatos classificados neste Concurso Público serão nomeados

pela ordem de classificação por função/município de lotação, respeitado o número de vagas, a conveniência e oportunidade e o limite prudencial de gastos com pessoal, ditados pela Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Em tempos de crise econômica evidenciada, não se pode imputar ao Estado de Santa Catarina a pecha da ilegalidade por ter remanejado servidores de seus quadros, melhor aproveitando-os segundo critérios discricionários, evitando-se a dispendiosa contratação de pessoas aprovadas no chamado “cadastro de reserva”. Sabiam os impetrantes, ou deveriam saber, ao menos, que as suas respectivas nomeações estariam a depender até mesmo de circunstâncias alheias as suas vontades e até mesmo, da própria Administração Pública, que se viu compelida à adoção de contingenciamento orçamentário (público e notório, diga-se). Em caso análogo ao vertente, decidiu o STJ:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR FEDERAL. ALEGAÇÃO DE PREVENÇÃO. PRECLUSÃO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS. EXPECTATIVA DE DIREITO. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REMOÇÃO DE SERVIDORES DE OUTRA LOCALIDADE. POSSIBILIDADE.

1. No caso concreto, o candidato foi aprovado fora do número das vagas inicialmente previstas para a localidade; alega que possui direito subjetivo a nomeação, porquanto ocorreu a remoção de servidores para aquela localidade, pretensamente preterindo-o.
2. Na petição de agravo regimental, aparece a alegação de prevenção. Todavia, nos termos do § 4º do art. 71 do RISTJ, a prevenção deve ser suscitada até o início do julgamento. Precedente: AgRg no AgRg no MS 14.551/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, DJe 12/05/2010.
3. O candidato aprovado fora do número de vagas tão somente possui a expectativa de direito de ser nomeado enquanto perdurar a validade do certame. Precedentes: AgRg no RMS 32.094/TO, Rel. Ministro

Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.2.2011; AgRg no RMS 27.850/BA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 26.4.2010.

4. A remoção de servidores do quadro não configura preterição, pois “a inobservância da ordem de classificação que se configura ilegal é aquela interna aos trâmites do certame, ou seja, aquela que ocorre entre candidatos” (REsp 1.222.085/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 31.3.2011). Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1234880/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 27/10/2011).

Do colendo Grupo de Câmaras de Direito Público, colhe-se aresto da lavra do eminente Des. João Henrique Blasi:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. REMOÇÃO DE SERVIDORES DE OUTROS ÓRGÃOS. INOCORRÊNCIA DE PRETERIÇÃO. ORDEM DENEGADA. “A jurisprudência deste Tribunal Superior é no sentido de não ocorrer preterição na ordem de classificação de aprovados em concurso público na hipótese de remoção de servidores de outras localidades. Isso porque somente pode ser considerada ilegal a inobservância da ordem de classificação interna aos trâmites do certame; ou seja, aquela que ocorrer entre candidatos, e não aquela decorrente da remoção de servidores concursados.” [...] (STJ - AgRg no RMS 25811/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 1º.7.2013) (TJSC, Mandado de Segurança n. 2015.047057-1, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 14/10/2015).

Não há, aqui, portanto, mais que expectativa de direito, tendo em conta, ainda, a possível e provável prorrogação do certame por mais dois anos, a partir de seu vencimento.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que a Administração Pública deverá observar a ordem classificatória dos candidatos aprovados no Concurso Público deflagrado pelo Edital n. 001/2012 para o preenchimento das

vagas abertas decorrentes da decretação da nulidade das remoções operadas para os respectivos cargos pela dita Portaria n. 7.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso voluntário e dá-se parcial provimento à remessa necessária, unicamente para que quando houver a nomeação da Autora seja respeitada a ordem de classificação do concurso público, sob pena de preterição da vaga de outros candidatos.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 2014.057639-9, de Concórdia

Relator: Des. Subst. Paulo Ricardo Bruschi

APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ACORDO EXTRAJUDICIAL FIRMADO PELOS LITIGANTES MAIS DE DOIS ANOS APÓS O SINISTRO. EXPRESSA QUITAÇÃO PLENA RELATIVA AO ACIDENTE. DEMANDA INDENIZATÓRIA COM AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. VALIDADE DO AJUSTE. PRETENSÃO QUE DENOTA COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*). FALTA DE INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“A quitação plena e geral, para nada mais reclamar a qualquer título, constante do acordo extrajudicial, é válida e eficaz, desautorizando investida judicial para ampliar a verba indenizatória aceita e recebida. (REsp 1265890/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011).” (Apelação Cível n. 2012.002999-7, de Blumenau, Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber, 4ª Câm. Dir. Civ., j. 08/10/2015).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.057639-9, da comarca de Concórdia (1ª Vara Cível), em que é apelante Gessi Teresinha Spielmann e apelada Reunidas S/A Transportes Coletivos:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr.

Des. Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler.

Florianópolis, 28 de abril de 2016.

Paulo Ricardo Bruschi

RELATOR

RELATÓRIO

Gessi Teresinha Spielmann, devidamente qualificada nos autos e inconformada com a decisão proferida, interpôs Recurso de Apelação, objetivando a reforma da respeitável sentença prolatada pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível, da comarca de Concórdia, na “*Ação de Indenização*” n. 019.12.008834-5, ajuizada contra a Reunidas S/A Transportes Coletivos, igualmente qualificada, a qual reconheceu a falta de interesse de agir e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), suspendendo a exigibilidade, por ser beneficiária da gratuidade da justiça.

Na inicial (fls. 02/10), a acionante postulou a condenação da demandada ao pagamento das despesas com tratamento médico e pensão mensal vitalícia, sem prejuízo da indenização por danos morais que alega ter suportado.

Justificou o pedido fundamentando-o no argumento de que, na data de 29/04/2010, quando transportada como passageira em um ônibus da acionada pela BR-282, este, ao realizar uma curva, veio a capotar, uma vez que seu motorista, ao se deparar com um animal bovino sobre a pista de rolamento, ao tentar desviá-lo, perdeu o controle do aludido veículo, causando-lhe danos corporais.

Neste andar, salientou que o acidente lhe causou lesões nos ombros, necessitando de procedimento cirúrgico no ombro esquerdo, com posterior nova internação hospitalar, respectivamente nas datas de 07/02/2011 e 29/08/2011, cujas despesas, é verdade, foram pagas pela ré, tendo que suportar ainda outra cirurgia, agora no ombro direito, realizada na data de 14/05/2012, desta vez efetuada pelo Sistema Único de Saúde.

Aliado a isso, evidenciou, ainda, que à época do acidente exercia a guarda do incapaz Fábio Boca Santa Miguel, salientando, todavia, que, *“além de arcar com as despesas hospitalares, a Ré pagou à Autora o importe correspondente a um salário mínimo por mês, eis que necessitou contratar uma pessoa para tomar conta do incapaz, cessando de imediato referido pagamento com o óbito deste, que ocorreu no dia 01/08/2011”*.

Não obstante, assinalou que a demandada, após “insistentes ligações”, lhe convenceu a firmar acordo extrajudicial, dando plena quitação acerca do referido acidente, no valor equivalente a R\$ 11.244,00 (onze mil, duzentos e quarenta e quatro reais), todavia *“não se sente conformada com o acordo, haja vista que o firmou em condições físicas e psicológicas anormais”*.

Aliado a isso, afirmou que a demandada agiu de má-fé ao induzi-la a acreditar que estava sendo justamente indenizada, porquanto, na sua concepção, deveria ter sido orientada a que consultasse um advogado antes de subscrever o referido pacto, motivo por que pede a indenização complementar.

Juntou documentos (fls. 11/96).

Regularmente citada, veio a demandada aos autos e apresentou resposta na forma de contestação (fls. 101/112). De início, pugnou pela denúncia da lide da Nobre Seguradora do Brasil S/A e, adiante, arguiu a prefacial de falta de interesse de agir, sob o fundamento de que o acordo extrajudicial implicou em plena quitação, por parte da autora, quanto aos danos decorrentes do acidente.

Tocante ao mérito, destacou inexistir comprovação de que os demais danos físicos suportados pela autora tenham relação com o acidente em questão, bem como reforçou a inexistência de abalo moral indenizável, diante da completa assistência conferida à demandante.

Juntou documentos (fls. 113/279).

Na réplica (fls. 282/286), a acionante reforçou que os valores referentes ao acordo extrajudicial não implicariam em quitação, salientando, ainda, que, “*independente do valor despendido pela ré após o acidente, referido gesto não possui o condão de quitar todos os pleitos elencados na prefacial*”. No mais, rebateu as assertivas da ré e repisou os argumentos da exordial.

Julgando o feito (fls. 296/299), o douto Magistrado *a quo* extinguiu o processo, sem resolução de mérito, nos termos do relatado supra.

Considerou o insigne sentenciante que, em razão do acordo extrajudicial livremente entre as partes entabulado, o qual, aliás, reporta ter havido integral ressarcimento dos danos materiais e morais decorrentes do acidente de trânsito e eventualmente suportado pela autora, tendo esta, inclusive, dado quitação integral aos danos dele decorrentes e inexistindo qualquer pedido de nulidade do mencionado pacto, falta-lhe o necessário interesse em prosseguir com a demanda.

Irresignada com a prestação jurisdicional efetuada, a demandante tempestivamente apresentou recurso a este Colegiado. Em sua apelação (fls. 303/307), lastrou o pedido de reforma da sentença no argumento de que, “*ao contrário do que fundamentou o Douto Juiz a quo, não se está discutindo a legalidade do termo extrajudicial no presente processo, mas sim a abrangência dos efeitos do ato de vontade firmado em momento delicado pelo qual passava a Recorrente, haja vista que os valores não representam uma indenização justa*”.

No mais, colacionou excertos jurisprudenciais que acredita

conferirem embasamento à tese defendida, pugnando pela reforma da sentença prolatada, com a conseqüente inversão do ônus sucumbencial.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 311/315), a apelada enalteceu os fundamentos da sentença e rechaçou pontualmente as disposições da apelação.

Recebo os autos conclusos.

Este o relatório.

VOTO

Propugna a demandante, em sede de apelação, a reforma da sentença que julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, nos termos delineados no preâmbulo do relatório.

Para alicerçar a pretensão constante no presente reclamo, a recorrente ressaltou que o acordo e a correspondente quitação devem ser restritos ao valor adimplido pela recorrida, não podendo ser tolhido seu direito a uma “indenização justa” a ser pleiteada na esfera judicial.

Não obstante, na hipótese em testilha, em que pese a insurgência manifestada no apelo, a tese suscitada, a meu sentir, é ela manifestamente insubsistente e não merece acolhida, visto que o ilustre Togado Singular analisou com maestria a falta de interesse processual.

Com efeito, exsurge do processado, sobretudo do documento de fl. 117, que a acionante entabulou com a demandada e a Nobre Seguradora do Brasil S/A um **acordo extrajudicial, na data de 21/05/2012, mediante o recebimento de R\$ 11.244,00 (onde mil, duzentos e quarenta e quatro reais), dando, em contrapartida, plena quitação à ré e sua seguradora acerca dos danos materiais, corporais, morais e perda laborativa decorrentes do acidente noticiado nos autos.**

Aliás, para não restarem dúvidas acerca do pactuado, vale transcrever o teor do referido acordo (fl. 117):

“Eu, GESSI TEREZINHA SPIELMAN, portadora do RG n.º. 14/C – 3.186.546SSP/SC e CPF n.º. 933.403.119-00, residente e domiciliada na LN Crescencio, CASA 01, Concórdia/SC, concordo em receber da NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A, pessoa jurídica de direito privado inscrita sob o CNPJ n.º. 85.031.334/0001-85, através deste documento de acordo o valor de R\$ 11.244,00 (ONZE MIL E DUZENTOS E QUARENTA E QUATRO REAIS), referente aos (DANOS MATERIAIS, CORPORAIS, MORAIS E DE PERDA LABORATIVA) decorrentes do acidente em que fui vítima no dia (29/04/2010) que foi comunicado à NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A no dia (03/05/2010), gerando o número de sinistro 138895.23.10 envolvendo o veículo Ônibus MERCEDES BENZ O400RSD de placa MFQ-5840, pertencente à REUNIDAS S/A TRANSPORTES COLETIVOS, ora SEGURADO da NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A através da apólice n.º. 22332.

Com este recebimento, dou, mediante acordo estabelecido com a NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A e ao seu SEGURADO, a mais plena, geral, rasa, total, ampla e irrestrita quitação, para nada mais reclamar, seja a título que for, quer em juízo ou fora dele, referente ao acima descrito, em conseqüência do acidente aqui narrado e ou fatos à ele inerentes, destacadamente, com fulcro nos artigos 186, 949 e 950 do Código Civil, ficando ela e a empresa segurada desobrigada de quaisquer outros ônus, sejam eles relativos a lucros cessantes, danos materiais, danos morais ou estéticos, ou ainda com base no Código de Defesa do Consumidor, renunciando a tudo expressamente, constituindo-se ainda, o presente, na figura da transação prevista no artigo 840 do Código Civil.” [sic] (destaquei).

Nesta perspectiva, tendo a demandante expressamente declarado extrajudicialmente a quitação e, por conseguinte, o pleno ressarcimento dos danos, **como pode, quase seis meses após o pactuado, sustentar que a indenização foi injusta e postular em juízo exatamente aquilo que desobrigou a ré (danos materiais e morais)?**

Vale o registro, outrossim, de que, como bem mencionado pelo

digno Togado de Primeira Instância, **a demandante sequer sustenta a hipótese de eventual vício de consentimento** – erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão –, apenas asseverando o infundado argumento de que entabulou o acordo “em condições físicas e psicológicas anormais”, sequer as informando, omitindo, aliás, o fato de que **o pacto foi firmado mais de dois anos após a data do mencionado acidente**.

Aliás, vale o igualmente o registro de que, conquanto o pacto tenha sido firmado na data de 21/05/2012, ou seja, uma semana após a cirurgia no ombro direito, realizada em 14/05/2012, inexistente, como se disse, qualquer alegação de vício de consentimento, não podendo este Colegiado simplesmente presumir sua ocorrência, a ponto de tornar anulável um contrato firmado entre partes plenamente capazes no momento de sua entabulação.

É que o vício de consentimento, uma vez alegado e configurado, tem o condão de anular o negócio jurídico.

Caso contrário, isto é, presumir sua ocorrência, ainda que não alegado, se firmaria um precedente de incertas proporções, porquanto se abriria margem ao subjetivismo, sobretudo considerando-se que, em caso de mero arrependimento de um dos contratantes, a simples alegação de que o contrato restara assinado “em condições psicológicas anormais” possibilitaria sua rescisão, implicando em clara afronta ao princípio da segurança jurídica.

Aliado a isso, ao que se vê, afigura-se, no caso em apreço, um comportamento contraditório da autora, conhecido na doutrina com um *venire contra factum proprium*, porquanto sustenta hipótese diversa da que reverberou extrajudicialmente, atentando cabalmente contra os postulados da boa-fé objetiva que norteiam a lealdade processual, mormente quando, de forma expressa, conferiu à ré legítima expectativa de que eventual direito decorrente do acidente não mais seria exercido.

Por conseguinte, convém enaltecer a ensinança de Fredie Didier Jr., tocante ao tema:

“Os sujeitos do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta (“boa-fé objetiva”). Esse é o princípio da boa-fé processual, que se extrai do texto do inciso II do art. 14 do CPC: “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) II - proceder com lealdade e boa-fé”.

O inciso II do art. 14 do CPC brasileiro não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções.

[...]

A consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. A jurisprudência alemã entendeu aplicável o § 242 do Código Civil alemão (cláusula geral de boa-fé) também ao direito processual civil e penal. De um modo geral, a doutrina seguiu o mesmo caminho. Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do Direito, mesmo os “não civis”. Sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé. Como acontece com qualquer relação jurídica, a boa-fé recai também sobre as relações processuais.

Note, ainda, que os destinatários da norma são todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional. A observação é importante, pois grande parte dos trabalhos doutrinários sobre a boa-fé processual restringe a abrangência do princípio às partes.

A vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, tout court, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança.

A doutrina alemã agrupou quatro casos de aplicação da boa-fé ao processo: a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má-fé; b) a proibição de venire contra factum proprium; c) a proibição de abuso de poderes processuais; d) Verwirkung (supressio): perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima que esse poder não mais seria exercido” (DIDIER JR, Fredie; Curso de Direito Processual Civil. 15. ed. Salvador: Jus Podivm; 2013. v. 1., p. 75-80).

Em relação ao princípio do *venire contra factum proprium*, esta Corte de Justiça já assentou que “nosso ordenamento jurídico veda o comportamento contraditório, atualmente conhecido como princípio da tutela da confiança legítima ou, ainda, *nemo potest venire contra factum proprium*, o qual, em síntese, pode ser tido como a proibição de a pessoa praticar uma conduta ou ato contrário àquele que já praticara, uma vez sendo este capaz de violar as expectativas legítimas despertadas em outrem ou lhe causar prejuízos.” (Apelação Cível n. 2012.081900-4, de Tubarão; Relator: Des. Subst. Dinart Francisco Machado; Data: 01/11/2013).

Ademais, imperioso destacar os julgados proferidos por esta Corte de Justiça em casos análogos:

1) AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AGRAVOS RETIDOS. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO EXPRESSO PARA SUA ANÁLISE. NÃO CONHECIMENTO. EXEGESE DO ART. 523, § 1º, CPC. APELAÇÃO CÍVEL. **TERMO DE QUITAÇÃO SUBSCRITO PELO AUTOR DEZ MESES APÓS O ACIDENTE. DEMANDANTE QUE OUTORGOU PLENA QUITAÇÃO RELATIVA AO ACIDENTE, PARA NADA MAIS RECLAMAR, EM JUÍZO OU FORA DELE, QUANTO AOS PREJUÍZOS SUPORTADOS. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DA AMPLIAÇÃO DA**

VERBA INDENIZATÓRIA RECEBIDA. INTERPRETAÇÃO DO TERMO DE QUITAÇÃO CONFORME A REAL VONTADE DAS PARTES. EXEGESE DO ART. 112 DA LEI CIVIL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

“A quitação plena e geral, para nada mais reclamar a qualquer título, constante do acordo extrajudicial, é válida e eficaz, desautorizando investida judicial para ampliar a verba indenizatória aceita e recebida. Precedentes. [...] 5. Ainda que, nos termos do art. 1.027 do CC/16, a transação deva ser interpretada restritivamente, não há como negar eficácia a um acordo que contenha outorga expressa de quitação, **se o negócio foi celebrado sem qualquer vício capaz de macular a manifestação volitiva das partes. Sustentar o contrário implicaria ofensa ao princípio da segurança jurídica, que possui, entre seus elementos de efetividade, o respeito ao ato jurídico perfeito, indispensável à estabilidade das relações negociais.**” (REsp 1265890/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, *DJe* 09/12/2011). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Cível n. 2012.002999-7, de Blumenau, Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber, 4ª Câmara. Dir. Civ., j. 08/10/2015 – destaquei).

2) APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZATÓRIA. DANOS MORAL, ESTÉTICO E PENSIONAMENTO MENSAL. ACORDO EXTRAJUDICIAL CELEBRADO ENTRE A VÍTIMA, O PROPRIETÁRIO E A SEGURADORA. INEXISTÊNCIA DE PLEITO ACESSÓRIO COLIMANDO A ANULAÇÃO DA TRANSAÇÃO. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE ALEGAÇÃO ACERCA DE SUPOSTO VÍCIO DE CONSENTIMENTO A MACULAR O PACTO. INEQUÍVOCA HIGIDEZ DO INSTRUMENTO PELO QUAL A VÍTIMA, 2 (DOIS) ANOS APÓS A OCORRÊNCIA DO SINISTRO, DEU PLENA E IRREVOGÁVEL QUITAÇÃO PARA NADA MAIS RECLAMAR EM DECORRÊNCIA DO EVENTO DANOSO. DESCABIDA COMPLEMENTAÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS À OCASIÃO DO AJUSTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO (Apelação Cível n. 2014.029041-3, de Blumenau, Relator: Des. Eládio Torret Rocha, 4ª Câmara. Dir. Civ., j. 16/04/2015 – destaquei).

3) APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. MÃE DO FINADO QUE TRANSIGE COM A CULPADA PELO ACIDENTE. ALEGAÇÃO VÍCIO DO CONSENTIMENTO. PROVA. INEXISTÊNCIA. IMPROVIMENTO.

Válida e eficaz a transação celebrada, indemonstrados vícios de consentimento, a quitação ali passada é oponível a quem a outorga (Apelação Cível n. 2010.086606-9, de Içara, Relator: Des. Domingos Paludo, 1ª Câm. Dir. Civ., j. 20/11/2014 – destaquei).

4) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ART. 330, I, DO CPC. PRETENDIDA INDENIZAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS E MORAIS. INVIABILIDADE. **TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL REALIZADA ENTRE O CAUSADOR DO DANO E O AUTOR, DANDO QUITAÇÃO TOTAL A QUALQUER VERBA DEVIDA EM DECORRÊNCIA DO ACIDENTE. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. DOCUMENTO ASSINADO PELAS PARTES E POR DUAS TESTEMUNHAS. VALIDADE DA QUITAÇÃO.** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (Apelação Cível n. 2010.087423-1, de Blumenau, Relatora: Des.ª Subst.ª Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, 6ª Câm. Dir. Civ., j. 1º/09/2011 – destaquei).

Neste contexto, absolutamente incontestado a falta de interesse processual da demandante, razão por que imperiosa a manutenção da sentença terminativa.

Ante o exposto, vota-se no sentido de se conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença de Primeiro Grau.

É como voto.

Agravo de Instrumento n. 0136325-51.2014.8.24.0000, de Xaxim

Relator: Des. Ricardo Roesler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. USO DO BEM PÚBLICO EM PROVEITO PRÓPRIO. INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU A CESSAÇÃO DO USO DE VEÍCULO OFICIAL NO INTERESSE PARTICULAR. CONDUTA PREVISTA NO ART. 9º, XII, DA LEI N. 8.429/1992. VEÍCULO APARENTEMENTE UTILIZADO SEM CRITÉRIO. PERIGO DA DEMORA EVIDENCIADO. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE REGULAMENTO, ESTABELECENDO O SEU USO FUNCIONAL OU INSTITUCIONAL. OFENSA AO PRIMADO DA LEGALIDADE. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO DEMONSTRADA. NECESSIDADE DE DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO. PROIBIÇÃO DE USO DO VEÍCULO PARA FINS PARTICULARES, E TAMBÉM PARA O SEU DESLOCAMENTO *IN ITINERE*, RESSALVADA A REGULAÇÃO DO SEU USO PELA LEGISLAÇÃO LOCAL. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0136325-51.2014.8.24.0000, da comarca de Xaxim 2ª Vara, em que é Agravante Valmir Locatelli e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu conhecer do recurso, para negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Nelson Juliano Schaefer Martins (Presidente com voto) e Edeimar Gruber.

Florianópolis, 30 de junho de 2016.

Desembargador Ricardo Roesler

RELATOR

RELATÓRIO

Valmir Locatelli interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória que proibiu a utilização de veículo municipal no trajeto de sua casa à prefeitura, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida em seu desfavor pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Aduziu que a utilização do veículo para o deslocamento entre sua residência e a prefeitura não visa benefício particular, e sim atendimento aos interesses do município, além de afirmar que a prática é habitual naquela região. Requereu, então, a reforma da decisão hostilizada (fls. 02-09).

Às fls. 220-223 foi admitido o processamento do recurso e indeferido o efeito suspensivo postulado.

Contramínuta às fls. 229-232.

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso, que opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 235-242).

É o relatório.

VOTO

O agravante postulou a reforma da interlocutória, para que fosse permitido o uso do veículo GM/Cruze, placas MLT 0123,

para deslocamento entre sua casa e a prefeitura, tendo em vista estar integralmente à disposição do município, utilizando o bem em prol do interesse público.

Destaco, inicialmente, que em sede de agravo de instrumento cumpre examinar apenas o acerto ou desacerto da decisão agravada; na hipótese, ao deferir a liminar, o juízo singular analisou os requisitos para concessão da medida, ao que me atenho no presente recurso.

A par dessas considerações, destaco que a existência de dolo na conduta perpetrada pelo agravante trata, em verdade, do mérito da ação civil pública que apura a prática de ato de improbidade administrativa. Seu exame, neste momento, é inviável.

Para concessão da liminar, necessário estarem presentes a fumaça do bom direito e o perigo na demora. No caso, apura-se a prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na utilização “*em proveito próprio, [de] bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º [...]*” da Lei n. 8.429/1992 (art. 9º, XII).

Situações envolvendo a prática da conduta descrita no referido dispositivo, infelizmente, ainda são constantes na jurisprudência pátria. Transcrevo do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR E AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGOS 9º, *CAPUT* E INCISO XII, E 11, *CAPUT*, DA LEI N. 8.429/1992. PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES. VEÍCULO OFICIAL. UTILIZAÇÃO EM PASSEIOS COM A FAMÍLIA E EM TRANSPORTE DE RAÇÃO PARA CAVALO DE PROPRIEDADE DO AGENTE POLÍTICO. REGULAMENTAÇÃO INTERNA DA CÂMARA. AUSÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. [...]

3. Extrai-se dos atos praticados pelo réu, como conseqüências lógicas e imediatas, verificadas *primus ictus oculi* - independentemente do reexame

de provas, *(i)* o enriquecimento indevido do agente em detrimento do erário, tendo em vista que, em substituição do automóvel particular do réu, foi utilizado veículo público, o qual sofreu desgastes indubitáveis (pneus, câmbio, motor, lataria, parte elétrica, freios etc.), além do consumo de combustível, e *(ii)* o absoluto desrespeito ao princípio da moralidade administrativa, o qual obriga os agentes públicos e políticos a agirem conforme os princípios éticos, com lealdade e boa-fé. Daí que os fatos narrados revelam a prática de atos de improbidade mediante clara vontade e desejo do agente, estando inseridos nos artigos 9º, *caput* e inciso XII, e 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992. (REsp 1080221/RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 07-05-2013).

Segundo o conjunto probatório acostado com a inicial da ação civil pública, há indícios de que o alcaide do Município de Lajeado Grande, ora agravante, utiliza o veículo oficial para fins particulares; tanto é que foi preso em flagrante por porte de arma de fogo, enquanto dirigia veículo oficial, no Município de Chapecó, quando retornava de uma casa de shows (fls. 36-37).

Os argumentos despendidos pelo agravante, de que o trajeto da prefeitura à sua residência é essencial para os trâmites administrativos, pois estaria integralmente à disposição do município, não se escora em nenhum meio de prova. Demonstra, ao contrário, o descaso com o bem público.

Noto, por outro lado, que não há, aparentemente, sequer mesmo legislação disciplinando o uso do veículo. Ao que tudo indica, ele se mantinha à disposição do agravante, mas sem qualquer regulação.

O fato de dispor o município de veículo oficial não autoriza seu uso indiscriminado, ainda que por razões aparentemente institucionais. É necessário que se discipline, de maneira objetiva e uniforme, o uso institucional, e assim se evite excessos. Lembro que mesmo o presidente da república, o mais alto dignitário da República (chefe de Estado), tem o uso de seus veículos regulados pela Lei n. 1.081/50 e pelo Dec. 6.403/08,

que estabelece unicamente seu uso institucional. É da mesma sorte, por exemplo, o Dec. 10.077/13, do Município de Blumenau, ao disciplinar o uso das viaturas oficiais.

Em suma, é necessário que se regule o uso institucional, para que não se faça da livre disposição a salvaguarda de abusos, supostamente em nome do interesse público. Sem que se estabeleça os critérios de utilização e mesmo a cota de uso haverá, sempre, margem ao abuso, a propósito do que aparentemente revela o caso (em que o uso “regular” do veículo, supostamente para deslocamento ao trabalho é incompatível com o pequeno trajeto diário, e não há, ao menos nesta sede liminar, comprovação de sua utilização mesmo para fins institucionais).

Outrossim, querer pautar a sua conduta em praxe administrativa das gestões anteriores não possui o condão de afastar a ilicitude da conduta. Aliás, afirmar que o dano ao erário é ínfimo mostra, mais uma vez, o desrespeito com o patrimônio público; afinal, como gestor municipal deveria velar para que todas as atividades administrativas sejam praticadas da forma mais benéfica aos administrados, de forma a não aceitar prejuízos ao ente público.

Daí, denoto a fumaça do bom direito.

O perigo da demora consubstancia-se no fato de que a manutenção da situação como exposta permitirá a continuidade de novos prejuízos ao erário e violação ao interesse público.

Como bem destacou a ilustre representante do Ministério Público em segundo grau, Dr. Gladys Afonso, “*o total descontrole na utilização do bem, até com idas a boates, recomenda que a medida proibitiva, seja a mais dura possível, só permitindo o uso do automóvel quando comprovadamente demonstrado tratar-se de compromisso oficial*” (fl. 242).

Diante do exposto, preenchidos os requisitos autorizadores à concessão da liminar, mantenho a decisão, impedindo o uso do veículo

oficial pelo agravante – sem prejuízo, caso se proponha a normatização de seu uso, venha a ser utilizado ao transporte funcional do recorrente, além do uso propriamente institucional (e vedado, de qualquer forma, a utilização para fins particulares, de qualquer natureza).

É como voto.

Apelação Cível n. 2014.081637-2, de Joaçaba

Relator: Des. Jaime Ramos

ACÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA PELA UNIVERSIDADE DO ESTADO DE SANTA CATARINA – UDESC CONTRA O SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL (SENAC) – CONDENAÇÃO DA UNIVERSIDADE A RESTITUIR A ALUNOS VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS A TÍTULO DE MENSALIDADE DO CURSO DE PEDAGOGIA A DISTÂNCIA – EXCLUSÃO DO SENAC DA ACÇÃO DE COBRANÇA QUE NÃO FEZ COISA JULGADA MATERIAL – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A UNIVERSIDADE E O SENAC – DIREITO DO DEVEDOR QUE PAGOU A DÍVIDA POR INTEIRO DE SER RESSARCIDO DA PARTE DO OUTRO DEVEDOR SOLIDÁRIO – JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Segundo o art. 275 do Código Civil de 2002 (equivalente ao art. 904 do CC/16) “o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”. E, de acordo com o art. 283 (equivalente ao art. 913 do CC/16), “o devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir dos codevedores a sua cota ... presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.081637-2, da comarca de Joaçaba (2ª Vara Cível), em que é apelante Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina UDESC, e apelado Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial SENAC:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Do julgamento realizado em 26 de janeiro de 2016, participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Ramos (Presidente), Ricardo Roesler e Paulo Ricardo Bruschi.

Florianópolis, 26 de janeiro de 2016.

Jaime Ramos

RELATOR

RELATÓRIO

A Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC propôs “ação ordinária de regresso” contra Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC, alegando que celebraram contrato de prestação de serviços por meio do qual ficou avençada a implantação do curso de pedagogia a distância que seria ministrado pela Universidade; que os ex-acadêmicos do curso de graduação obtiveram êxito em cobrança judicial contra a autora na qual questionavam a cobrança de mensalidades; que houve o reconhecimento da solidariedade entre UDESC e SENAC na obrigação de devolver os valores; que o valor restituído, atualizado, é de R\$ 12.506,33, sendo que a parte que compete ao SENAC é de R\$ 6.253,16 (seis mil duzentos e cinquenta e três reais e dezesseis centavos).

Citado, o SENAC contestou dizendo que a pretensão de cobrar tais valores está prescrita; que a sentença que declarou a solidariedade foi totalmente reformada pelo Tribunal de Justiça; que nenhum valor é devido pelo SENAC, pois quem praticou ato ilícito foi a UDESC; que a UDESC recebeu do SENAC e cobrou indevidamente as mensalidades dos alunos; que a UDESC não comprovou como chegou ao valor apontado na inicial; que, na pior da hipóteses, deve-se descontar do cobrança os valores que já repassou à UDESC; que o índice de atualização pelo INPC não consta no contrato.

Houve réplica.

Sentenciando, o douto Magistrado julgou improcedentes os pedidos exordiais e condenou a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios, que fixou em R\$ 800,00 (oitocentos reais).

Inconformada, a UDESC apelou dizendo que o SENAC era devedor solidário da obrigação; os honorários advocatícios devem ser minorados; que é isenta do pagamento de custas.

Com as contrarrazões, os autos subiram a esta Superior Instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli, que entendeu não haver interesse público na causa, deixou de intervir.

VOTO

1. Com o presente recurso de apelação, a UDESC pretende a condenação do SENAC ao ressarcimento de 50% dos valores de mensalidades que devolveu à aluna Salete Terezinha de Oliveira, do Curso de Pedagogia a distância, por força da sentença condenatória da ação n. 037.03.004747-8/003, cujo dispositivo prevê “JULGO PROCEDENTE a presente ação proposta por Salete Terezinha de Oliveira contra a Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC e o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC, com a antecipação dos efeitos da sentença relativamente a tal pretensão, garantida a continuidade da autora nas atividades relativas ao Curso de Pedagogia a Distância em que se acha matriculada.

“Determino aos requeridos que restituam à autora os valores que lhe foram indevidamente cobrados, os quais deverão ser acrescidos de juros de mora de 6% ao ano a partir da citação e correção monetária a partir do vencimento das respectivas mensalidades.

“A responsabilidade dos réus em relação à restituição das parcelas vencidas deverá ser solidária, conforme prevê o art. 265 do Código Civil, pois ambas pactuaram o contrato de prestação de serviços que consiste na execução do curso de pedagogia (fls. 80/83), freqüentado pela autora.

“Condene, ainda, os réus no pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes que fixo em 20% sobre o valor da condenação devidamente atualizada” (fl. 23).

Acontece que ao apreciar o recurso de apelação interposto contra tal decisão, esta Corte de Justiça assim decidiu:

“Sobre o tem a colaciono excerto do recurso do SENAC, citado pelo eminente Desembargador Newton Trisotto, quando da relatoria da Apelação Cível de n. 2005.017111-5:

“O ponto chave que se apresenta neste momento é que entre a Apelada e o Apelante há contrato de prestação de serviços firmado validamente, contrato este que se encontra devidamente constante nos Autos. Portanto, entre a Apelada e o SENAC/Apelante não há uma autoridade coatora que praticou um ato administrativo ilegal. O que há na verdade é uma relação jurídica contratual, onde de um lado figura o SENAC/Apelante como contratado e de outro lado figura a Apelada como contratante.

“Nesta relação contratual a Apelada contrata o SENAC/Apelante para execução das condições básicas de desenvolvimento do curso de pedagogia na modalidade de ensino à distância. Como contrapartida pela contratação do SENAC/Apelante, a Apelada assumiu a obrigação de pagar mensalidade a quantia de R\$ 120,00 (cento e vinte reais) durante 04 (quatro anos).

“Há que salientar que o curso de capacitação a distância de pedagogia é oferecido pela Apelante/SENAC, necessitando este da UDESC para validá-lo, ou seja, para obter o reconhecimento junto ao

MEC – Ministério da Educação e Cultura, o que não seria possível se o curso fosse oferecido somente pelo Apelante.

“Deste modo, tendo em vista a relação contratual entre o Apelante e a Apelada, é totalmente inadequado o instrumento heróico utilizado pela Apelada, qual seja, o *writ* para fazer valer seus direitos, razão pela qual merece ser totalmente reformada.

“Portanto, não há como por parte do Apelante qualquer ato administrativo que possa ser tomado como ilegal e que seja passível de correção pela via negocial que decorre diretamente do contrato firmado com a Apelada.

“Certamente, a Apelada tem direito de acesso a justiça para discutir a validade das cláusulas do contrato que firmou. Entretanto, o exercício deste direito exige uma instrução probatória sobre a validade de tal contrato que não cabe no célebre procedimento do mandado de segurança.

“O mandado de segurança não presta para discutir relações contratuais entre particulares, posto que este procedimento exige um ato administrativo aparentemente ilegal e uma prova pré-constituída do direito alegado pela Apelada.

“No presente caso não há ato administrativo, como também não há prova pré-constituída. Toda a discussão fática e jurídica é feita em torno de uma relação negocial baseada no contrato firmado entre a Apelada e o SENAC/Apelante.

“Portanto, o presente caso deve ser discutido em uma relação ordinária, onde o contrato juntado nesta oportunidade possa ser discutido entre as partes e analisado à luz das disposições do direito civil e do direito do consumidor. O caso trazido pela Apelada não pode ser solucionado pelo direito administrativo e pelo procedimento do mandado de segurança.

“Ao longo da explanação que se faz na sequencia fica evidente que a relação entre as partes é comercial e não administrativa, devendo a presente ação ser extinta sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, I c/c 295, V, ambos do CPC e c/c o art. 8º da Lei 1.533/51, merecendo assim, ser reconhecida a preliminar suscitada pelo Apelante, e conseqüentemente ser totalmente reformada a sentença prolatada pelo juiz *a quo*”

“Noutros termos, o acórdão citado enfatiza que a obrigação entre o SENAC e a UDESC é estranha ao presente feito. Se a entidade privada, por força do contrato celebrado, tinha o direito a determinado valor por aluno como contraprestação dos serviços prestados e equipamentos disponibilizados, deverá buscar o implemento da obrigação junto à contratante, no caso a UDESC, e não exigi-la dos alunos.

“Desse modo, impede seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC e extinto o feito com relação a ele” (fl. 28/29).

Ao sentenciar a presente ação de regresso, o MM. Juiz assim considerou:

“Inicialmente, verifica-se que a ação de cobrança de nº 037.03.004747-8, que tramitou nesta vara, reconheceu a solidariedade entre a UDESC e o SENAC para que estes restituíssem os ex-alunos do curso de Pedagogia a distância.

“Contudo, conforme vê-se do próprio acórdão juntado às fls. 34-31, em grau de recurso a referida sentença foi reformada, sendo reconhecida a ilegitimidade do SENAC.

“Sendo assim, torna-se improcedente a presente demanda, uma vez que, se na ação de cobrança foi reconhecida a ilegitimidade do SENAC, na presente ação de regresso também não terá este qualquer responsabilidade em restituir os valores pleiteados pela autora.

“Ademais, a responsabilidade do SENAC já foi devidamente analisada nos autos de nº 037.03.004747-8, de modo a afastar a previsão legal do artigo 70, inciso III, do CPC:

“Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

“III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

“Deste modo, conclui-se que o SENAC não tem a responsabilidade de restituir os 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos pela UDESC, devendo ser julgada improcedente a presente ação de regresso” (fl. 80/83).

Acontece que, diferentemente do que entendeu o ilustre Magistrado “*a quo*”, com todo o respeito, não obstante o reconhecimento da ilegitimidade de parte passiva do SENAC, na ação originária, é perfeitamente possível que se aprecie novamente a matéria, mormente porque, além de não haver coisa julgada material na decisão que extingue o processo sem resolução do mérito, também não era obrigatória a denunciação da lide naquele caso.

De qualquer forma, nada impede que se examine novamente a questão, em face do disposto no art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

Muito embora o “*caput*” do artigo 70 mencione que a “denunciação da lide é obrigatória”, a doutrina e a jurisprudência orientam que a intervenção prevista no inciso III é facultativa, porquanto o réu possui direito de regresso contra o responsável, independentemente da denunciação da lide. Nesse sentido os julgados adiante, do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. ART. 70, III, DO CPC. NÃO-

OBRIGATORIEDADE. 1. A denunciação da lide prevista nos casos do art. 70, III, do CPC, na linha da jurisprudência desta Corte, não se mostra obrigatória. 2. Agravo regimental desprovido (STJ – AgRg no Ag 655820/CE, Min. Fernando Gonçalves).

“A denunciação da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional” (STJ – REsp n. 184.571, Min. Eliana Calmon).

“A denunciação da lide torna-se obrigatória na hipótese de perda do direito de regresso prevista nos incisos I e II do art. 70, CPC, não se fazendo presente essa obrigatoriedade no caso do inciso III do mesmo dispositivo, onde tal direito permanece íntegro” (STJ – REsp n. 38.792, Min. Peçanha Martins).

E desta Corte de Justiça:

“Não obstante a letra da lei, entende-se que a denunciação é obrigatória no caso do inciso I, do art. 70 do CPC, sendo, porém, facultativa nos demais casos, pois não se pode admitir que, a não denunciação nas hipóteses do art. 70, II e III, acarrete a perda da pretensão material de regresso” (AI n. 9.874, de Blumenau. Rel. Des. Francisco Borges, DJ de 18/10/95).

2. Como bem se sabe, o direito à educação é um dos mais importantes direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, sendo compreendido como um dever do Estado e um direito de todos, conforme prevê o art. 205 da CF/88:

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

O art. 206, IV, da CF/88 complementa que o acesso à educação deve ser gratuito nos estabelecimentos de ensino oficiais:

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

“[...]”

“IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.”

A Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989 reproduz esses direitos de segunda geração nos seus arts. 161, *caput*, e 162, V.

A União no uso de sua competência legislativa privativa (art. 22, XXIV, da CF/88) editou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394, de 20.12.1996) respaldando os termos da Constituição Federal, conforme segue:

“Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

“Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

“[...]”

“VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.”

Com relação a esse tema, cabe referir célebre comentário de José Afonso da Silva em sua obra “Curso de direito constitucional positivo”:

“A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um direito de todos e dever do Estado.

“Tal concepção importa, como já assinalamos, em elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende

possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 213).” (19. Ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 813/814).

Inferese dessas disposições legais que o acesso à educação foi eleito como direito social fundamental com “*status*” de direito público subjetivo (art. 208, § 1º, da CF/88), cuja oferta por unidades de ensino oficiais deverá ser gratuita, ou seja, tratando-se de norma de elevada expressividade jurídica, a gratuidade do direito à educação deve ser garantida a todos os brasileiros por todas as esferas do Poder Público, com prioridade ao ensino fundamental e progressiva extensão ao nível médio e superior (art. 208, I e II, da CF/88).

A esse respeito, colhe-se da doutrina de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes:

“O art. 206, IV, assume o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, devendo o Estado assegurá-lo, desde já, ao ensino fundamental e garantir a progressiva extensão da gratuidade ao ensino médio (art. 208, I e II). O princípio do art. 206, IV, significa que onde o ensino oficial, em qualquer nível, já é gratuito não poderá passar a ser pago. Onde é pago, se for fundamental, e se for médio, a entidade pública mantenedora deverá tomar providências no sentido de que, progressivamente, se transforme em gratuito.” (Comentários à lei de diretrizes e bases da educação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 55).

Incontroverso, por conseguinte, o direito de todos e o dever do Estado de garantir o gozo desse direito fundamental a todo cidadão, em especial quanto à gratuidade do ensino público nos estabelecimentos educacionais oficiais de todos os entes da federação e em todos os níveis escolares (fundamental, médio e superior).

É verdade que a própria Constituição da República, no art. 242,

“*caput*”, ressaltou que o princípio do art. 205, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos. Vale dizer, as fundações educacionais, mesmo criadas por lei estadual ou municipal antes da Constituição, podem cobrar mensalidades dos alunos de seus cursos, desde que tais entidades não sejam “total ou preponderantemente” mantidas com recursos públicos.

A UDESC é instituição de ensino superior criada sob a forma de Fundação Pública pela Lei Estadual n. 8.092, de 19.10.1990, que assim dispôs:

“Art. 1º - A Universidade para o Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina fica transformada em Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina - UDESC, instituída pela presente Lei sob a forma de fundação pública, mantida pelo Estado, vinculada a Secretaria de Educação, com patrimônio e receita próprios, autonomia didático-científica, administrativa, financeira, pedagógica e disciplinar, observada, no que for aplicável, a organização sistêmica estadual.”

O Estatuto da UDESC, consubstanciado no Decreto n. 4.184, de 06.04.2006, ratifica as suas funções institucionais:

“Art. 1º A Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC, está instituída sob a Lei nº. 8.092, de 1º de outubro de 1990, e a Constituição Estadual, tem jurisdição em todo o território catarinense, sede e foro na cidade de Florianópolis e rege-se pelo presente Estatuto e pela legislação que lhe for aplicável.

“Art. 2º A UDESC é uma instituição pública de educação, sem fins lucrativos, com prazo de duração indeterminado, que goza de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira, disciplinar e patrimonial, e que obedece ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, conforme o artigo 207 da Constituição da República Federativa do Brasil e os artigos 168 e 169 da Constituição do Estado de Santa Catarina.”

Como se apanha dessas normas, a UDESC é uma Fundação pública (pessoa jurídica de direito público) com destinação específica (de ordem social) e sem fins lucrativos, instituída pela Lei Estadual n. 8.092, de 01.10.1990, destarte, posterior à promulgação da Carta Magna de 1988. Além disso, como é público e notório, a UDESC é mantida, senão total, mas preponderantemente com recursos do Estado de Santa Catarina, tanto que seus cursos presenciais são gratuitos.

Não se aplica à Fundação UDESC, então, a exceção do art. 242, “*caput*”, do Texto Político Magno. É gratuito, pois, o ensino fundamental, médio ou superior em seus estabelecimentos, que são oficiais e públicos, ainda que acessados a distância, como é o caso dos autos.

Portanto, a Fundação Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC está enquadrada no conceito de estabelecimento de ensino oficial, sem fins lucrativos, razão pela qual não pode exigir de seu corpo discente taxas de matrículas ou mensalidade como contraprestação de seus serviços educacionais.

Essa é a orientação deste Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL – ENSINO À DISTÂNCIA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CELEBRADO ENTRE A UDESC E O MUNICÍPIO DE FORQUILHINHA – PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E ILEGITIMIDADE AFASTADAS – PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – COBRANÇA DE MENSALIDADES – IMPOSSIBILIDADE – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – DESCABIMENTO – INAPLICABILIDADE DO CDC – JUROS – APLICABILIDADE DO ART. 406 DO CC – CUSTAS – FUNDAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS ADEQUADAMENTE – DESPROVIMENTO DOS APELOS.

“Incabível a cobrança de mensalidades dos alunos por curso na modalidade à distância, uma vez que os serviços são prestados por

estabelecimento oficial de ensino público, o que impõe seja o curso gratuito, consoante dispõe a Constituição Federal (art. 206, IV), bem como a Carta Política Estadual (art. 162, V) e a Lei n. 9.394/96 (art. 3º, VI). A previsão alcança não somente os cursos presenciais, como também o ensino à distância (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.033302-1, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).” (TJ-SC, Apelação Cível n. 2006.042403-3, de Forquilha, Relator: Des. Orli Rodrigues, julgado em 09.01.2007).

“APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – COBRANÇA DE MENSALIDADES PELA UDESC – CURSO A DISTÂNCIA – ILEGALIDADE – INSTITUIÇÃO DE ENSINO PÚBLICO ESTADUAL – RECURSO DESPROVIDO.

“Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça (CC 45660/PB, Rel: Ministro Castro Meira), a competência para apreciar os mandados de segurança contra atos praticados por dirigentes de instituição de ensino público estadual pertence à Justiça Estadual. Portanto, não há que se falar em incompetência absoluta desta justiça para julgar mandado de segurança contra ato do dirigente da UDESC.

“A UDESC, por ser instituição de ensino público estadual, não pode exigir mensalidades de seus alunos, seja curso presencial ou à distância, sob pena de vulnerar o princípio constitucional estampado no art. 206, IV, da Constituição Federal, que estabelece a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.” (TJ-SC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.028726-7, da Capital, Relator: Des. Cid Goulart, julgado em 09.05.2006).

Não obstante, os alunos matriculados no curso de Pedagogia a distância em Joaçaba pagavam à UDESC, por meio do SENAC, mensalmente, o equivalente a R\$ 90,00 (noventa reais), como foi comprovado às fls. 14/15 e, a partir de 30/03/2002, o valor de R\$ 70,00 (setenta reais) fl. 16.

Não bastasse isso, o contrato de prestação de serviço celebrado entre a UDESC e o SENAC exprime claramente em sua cláusula segunda:

“CLÁUSULA SEGUNDA – DAS OBRIGAÇÕES.

“CONTRATANTE E CONTRATADA acordam em criar todas as condições necessárias ao bom funcionamento do curso, ficando desde já expressamente fixadas as obrigações de cada um:

“a) Compete à CONTRATANTE:

“[...] – Efetuar mensalmente o pagamento da taxa de implantação e manutenção do programa alvo deste contrato, conforme previsto na Cláusula Quarta;”

Por sua vez, a cláusula quarta prevê:

“CLÁUSULA QUARTA – DO PAGAMENTO.

“Pelos serviços, objeto deste contrato a CONTRATANTE pagará à CONTRATADA o valor de R\$ 90,00 (noventa reais) por aluno/mês, através de depósito em conta do Banco do Estado de Santa Catarina – BESC S/A, agência sede da CONTRATADA, ou, na inexistência deste, em outro Banco Federal.”

No Termo Aditivo ao Contrato, datado de 30.03.2002, foi remodelada essa Cláusula Quarta:

“CLÁUSULA QUARTA – DO PAGAMENTO

“Pelos serviços objeto deste contrato, a CONTRATANTE repassará à CONTRATADA o valor de R\$ 70,00 (setenta reais) por aluno/mês, através de depósito em conta do Banco do Estado de Santa Catarina – BESC S/A, agência da sede da CONTRATADA, ou na inexistência deste, em outro banco federal.”

Ora, ainda que a UDESC não tenha cobrado diretamente as mensalidades dos alunos daquele curso pela prestação dos serviços educacionais a distância, ela o fez de forma indireta por intermédio do SENAC, que repassava os valores arrecadados, conforme dispunha o contrato retromencionado, evidenciando-se a responsabilidade solidária

delas pela cobrança indevida de mensalidades do curso superior de pedagogia a distância que deveria ser gratuito, por ser público, praticando ilícito civil (arts. 186 e 265 do Código Civil de 2002).

Não se diga que o curso de pedagogia a distância foi instituído, oferecido, proporcionado e mantido pelo SENAC, uma instituição paraestatal de natureza privada que, em face disso, poderia cobrar mensalidades. É que o SENAC não estava autorizado por nenhum órgão de controle e fiscalização de cursos superiores do MEC (Ministério de Educação e Cultura). Portanto, não poderia o SENAC oferecer nenhum curso superior de pedagogia a distância sem a concorrência da UDESC, titular da autorização das autoridades de educação para oferecê-lo. E a UDESC, segundo a Constituição, não poderia cobrar matrículas e mensalidades, nem mesmo por interposta pessoa, por ser uma instituição pública estadual de ensino superior.

Correta, pois, a sentença, que reconheceu a impossibilidade de a UDESC, uma fundação pública mantida pelo Estado de Santa Catarina, diretamente ou por intermédio do SENAC, cobrar mensalidades ou ajuda de custo dos alunos de Pedagogia a distância em Joaçaba.

O que não está correto é que a obrigação de restituição aos alunos recaia somente à UDESC.

Isso porque a jurisprudência é uníssona acerca da responsabilidade solidária entre UDESC e SENAC, sendo irrelevante a participação deste no processo originário ou não, já que a ação de regresso é cabível independentemente dessa participação, até porque, segundo o parágrafo único do art. 275 do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 910 do CC/16), “não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores”.

Nesse sentido, colhe-se de precedente do Eminentíssimo Desembargador Jorge Luiz de Borba:

“No entanto, a jurisprudência desta Corte, em hipóteses que tais, é firme em reconhecer a responsabilidade solidária entre a instituição de ensino e o ente conveniado, haja vista as peculiaridades contratuais da espécie.

“Desta Câmara, veja-se:

“REPETIÇÃO DE INDÉBITO. UDESC E SENAC. RESTITUIÇÃO DOS VALORES COBRADOS A TÍTULO DE MENSALIDADE NO CURSO À DISTÂNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RECURSO IMPROVIDO.

“O princípio que assegura a ‘gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais’ (CR, art. 206, IV) compreende os cursos ministrados a distância. Pela restituição das mensalidades indevidamente cobradas respondem, solidariamente, o estabelecimento oficial de ensino e as entidades conveniadas, públicas ou privadas’ (TJSC, AC n. 2006.026340-4, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 14.3.07) (AC n. 2011.061554-4, de Itapema, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 25-10-2011).

“Ressalta-se que, na forma do art. 275 do CC/2002, é inerente à solidariedade passiva a responsabilização de todos os devedores pela totalidade da dívida, conforme elucida Sílvio de Salvo Venosa:

“Solidariedade passiva é [...] aquela que obriga todos os devedores ao pagamento total da dívida. É muito grande sua importância na vida negocial porque, como já acenado, se trata de meio muito eficiente de garantia, de reforço do vínculo, facilitando o adimplemento (Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, vol. 2, 3ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2003, p. 138)” (AC n. 2011.084300-2, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. em 28 de fevereiro de 2012).

Além disso, se a Udesc já devolveu aos alunos os valores relativos à condenação, tem o direito de cobrar do Senac a parte que lhe compete na obrigação, pois segundo consta do art. 275 do Código Civil de 2002 (equivalente ao art. 904 do CC/16) “o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum;

se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto”. E o art. 283 do Código Civil de 2002 (equivalente ao art. 913 do CC/16), diz que “o devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos codevedores a sua *quota*, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores.”

Assim, há que se dar provimento ao recurso para reconhecer a obrigação do Senac de ressarcir a Udesc, diante da solidariedade da obrigação, da metade dos valores pagos aos alunos a título de repetição de indébito, mais especificamente, no caso dos autos, metade dos valores devolvidos à aluna Salete Terezinha de Oliveira, na execução de sentença n. 037.03.004747-8/003.

3. No que diz respeito ao valor devido, ao contrário do que alega o apelado, o valor total (de R\$ 9.188,26) da dívida que a Udesc pretende dividir com o SENAC (50% para cada um) está devidamente comprovado nos autos, pois o documento de fl. 32 indica que houve o depósito de tal quantia em conta corrente vinculada aos autos n. 037.03.004747-8 (em que houve a condenação da Udesc a restituir as mensalidades aos alunos).

É verdade que, segundo a Cláusula Quarta do Contrato, cabia ao SENAC repassar à UDESC as mensalidades pagas pelos alunos e, se o tivesse feito à risca, deveria ressarcir apenas a parte que ficou para si. Ocorre que, segundo os documentos de fls. 77 a 79, o SENAC de Joaçaba deixou de repassar a quantia de R\$ 81.120,45 relativo a mensalidades dos alunos do Curso de Pedagogia a distância. Nesse contexto, é cabível a condenação dele ao ressarcimento da metade do que a UDESC devolveu à aluna Salete Terezinha de Oliveira.

4. O valor a ser ressarcido pelo SENAC não é de R\$ 6.253,16, mencionado na inicial da ação, porque nele estão incluídos juros de mora anteriores à citação, que são indevidos. O valor correto é de R\$ 4.594,13

(metade do valor inicialmente despendido pela UDESC, de R\$ 9.188,26), que deve ser acrescido de correção monetária desde a data do pagamento feito pela UDESC à aluna (29.05.2008) e juros de mora a partir da citação para este processo (14.06.2013), com os índices pleiteados pela autora, por serem mais vantajosos para o réu, ou seja, aplica-se o INPC até junho de 2009; a TR de julho de 2009 até a data da citação; e a partir de então, os índices oficiais de remuneração básica (TR) e juros (0,5% ao mês) da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09, que, embora não se aplique ao SENAC, que não integra a Fazenda Pública, foi escolhido pela autora). Essa fórmula é mais vantajosa para o réu do que a prevista nos arts. 405 e 406 do Código Civil de 2002.

Advirta-se que os efeitos da declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo art. 5º da Lei Federal n. 11.960/2009, pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, ainda não podem ser aplicados, até que se julgue a repercussão geral instaurada pelo Ministro Luiz Fux no RE n. 870.947/SE (Tema n. 810) a respeito da mesma matéria.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação da Udesc para julgar procedente o pedido inicial e condenar o Senac ao ressarcimento de 50% do valor despendido pela UDESC para repetição do indébito à aluna (R\$ 9.188,26) que corresponde a R\$ 4.594,13 (quatro mil, quinhentos e noventa e quatro reais e treze centavos), com correção monetária e juros de mora na forma acima.

Em razão do provimento da apelação, invertidos os ônus da sucumbência, fica o apelado condenado ao pagamento das custas e demais despesas processuais, bem como honorários advocatícios no valor estabelecido na sentença.

SEÇÃO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 4001100-20.2016.8.24.0000, de Blumenau

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO E FURTO. INJUSTIÇA OU ERRO TÉCNICO NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. ADOÇÃO DA

MODALIDADE MAIS GRAVOSA EM RAZÃO DO TRATAMENTO MAIS RIGOROSO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATENÇÃO AO ART. 33 C/C O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.

GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. PEDIDO INDEFERIDO.

1 O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 111.840 (rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27/6/2012), declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.464/07, que impunha o regime inicial fechado para o resgate da pena. Por consequência, superados os entraves da Lei dos Crimes Hediondos, o regime prisional deve ser fixado de acordo com os regramentos do art. 33 c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

2 O *quantum* da pena corporal aplicada, o qual se aproxima do limite máximo do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal, e a gravidade concreta da conduta, espelhada pelas circunstâncias do delito contra a dignidade sexual, autorizam a manutenção do regime inicial fechado.

3 Constatada a prática no mesmo contexto fático de mais de um núcleo do art. 213 do Código Penal, que contempla tipo penal misto alternativo, deve ser reconhecida a ocorrência de crime único, porém a maior gravidade de suas circunstâncias, decorrente da diversidade de atos libidinosos, não pode ser desconsiderada na escolha do regime prisional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4001100-20.2016.8.24.0000, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), em que é Requerente C. R. da S.

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, indeferir o pedido. Sem custas.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Srs. Des. Jorge Schaefer Martins, Desa. Marli Mosimann Vargas, Des. Roberto Lucas Pacheco, Des. Paulo Roberto Sartorato, Des. Carlos Alberto Civinski, Des. Sérgio Rizelo, Des. Getúlio Corrêa, Des. Newton Varella Júnior, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann e Desa. Salete Silva Sommariva. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Excelentíssima Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 29 de junho de 2016.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Blumenau, C. R. da S. foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração aos arts. 213, *caput*, e 155, *caput*, ambos do Código Penal (fls. 35/41).

Sobreveio o trânsito em julgado (fl. 43), razão pela qual o apenado, por meio da Defensoria Pública de Santa Catarina, ajuíza a presente revisão criminal.

Pretende o requerente, inconformado com a sanção que lhe foi imposta, o abrandamento do regime prisional, diante da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que motivou a adoção da modalidade mais gravosa (fls. 1/12).

Os autos ascenderam a esta Corte, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio da Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire, manifesta-se pelo conhecimento e deferimento do pedido (fls. 306/311).

VOTO

De início, convém registrar ser cabível a ação revisional com o objetivo de modificação da pena, consoante o art. 626 do Código de Processo Penal. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm condicionado o deferimento à comprovação de erro técnico ou de injustiça explícita do julgado.

Nesse norte:

REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*). SENTENÇA CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL (CPP, ART. 621, I). ERRO TÉCNICO NA APLICAÇÃO DA PENA. CABIMENTO EXCEPCIONAL.

“As hipóteses que admitem a propositura da revisão criminal estão expressamente previstas nos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal, entre as quais não se prevê a possibilidade de reavaliação da dosimetria da pena, porém a jurisprudência passou a admitir excepcionalmente o seu cabimento também quando ocorrer erro técnico ou explícita injustiça da decisão” (Revisão Criminal n. 2012.014844-8, de Xanxerê, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 27.6.2012).

Por isso, a revisão da pena é autorizada somente quando absolutamente

contrária à prova dos autos, ao texto da lei ou, ainda, quando tiver incorrido em erro evidente ou teratologia.

DOSIMETRIA. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA. ERRO OU TERATOLOGIA. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

Não pode a Seção Criminal simplesmente substituir pela sua a discricionariedade do juiz aplicador da pena. Sendo relevantes e fundamentados os motivos expostos para o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal, não cabe à Seção Criminal revisar a dosimetria.

PEDIDO REVISIONAL IMPROCEDENTE. (TJSC, Revisão Criminal n. 0157326-58.2015.8.24.0000, de Sombrio, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 27/4/2016)

No caso dos autos, depois de alcançada a pena corporal definitiva de 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão, entendeu o Sentenciante que deveria ser cumprida em regime inicial fechado, “[...] pois o crime de estupro é hediondo (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90)” (fl. 41).

Não pode ser desconsiderado, entretanto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC n. 111.840 (rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27/6/2012), declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.464/07, que impunha o regime inicial fechado para o resgate da pena.

A posição do Pretório Excelso referendou decisões anteriores de suas Turmas e de outros Tribunais, bem como tem servido de norte para julgamentos posteriores, embora proferida no controle difuso e, portanto, não tenha (a rigor) efeito *erga omnes* (STF, HC n. 129.872/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15/9/2015; e STJ, HC n. 321.304/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 10/11/2015).

Quanto à inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou

anistia aos delitos hediondos e equiparados, é preciso ter em mente que, no arranjo das garantias fundamentais contempladas pela própria Constituição Federal, a restrição ao direito à liberdade de locomoção, em tempos de normalidade, detém caráter eminentemente excepcional, que encontra justificativa apenas na imposição de pena privativa de liberdade em sentença penal condenatória transitada em julgado ou no motivado decreto cautelar (prisão temporária e preventiva) da autoridade judiciária competente, ressalvado o entendimento alcançado pelo STF no HC n. 126.295/SP e as prisões processuais atípicas para fins de extradição, expulsão e deportação.

Não sem razão, o legislador originário foi prudente ao traçar limites a tal poder do Estado, assentando no art. 5º que: *“é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz”* (XV); *“a lei regulará a individualização da pena”* (XLVI); *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* (LIV); *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* (LVII); *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sua fiança”* (LXI); *“a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”* (LXII); e *“a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”* (LXV).

Nesse contexto, a cláusula de inafiançabilidade atribuída aos crimes hediondos e equiparados, igualmente extraída da Carta Magna (art. 5º, XLIII), por conduzir à supressão de direitos e garantias individuais, deve ser interpretada de forma restrita, única compatível com as suas demais disposições, querendo *“apenas significar que a lei infraconstitucional não pode prever como condição suficiente para a concessão da liberdade provisória o mero pagamento de uma fiança”* (STF, HC n. 110.844/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. em 10/4/2012).

Acerca da colidência das normas constitucionais, Luís Roberto Barroso traz as seguintes ponderações à incidência do Princípio da Unidade:

A ideia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. Aliás, o princípio da unidade da Constituição assume magnitude precisamente pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. É que a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. [...] É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. [...] O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior. (*Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 196)

Ao tratar das diferentes modalidades de interpretação, o referido autor lembra que “há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal. Comportam interpretação extensiva as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos” (*Op. cit.* p. 121/122 – grifou-se).

Esse entendimento – normas que tenham por finalidade restringir o alcance de direitos e garantias merecem interpretação restritiva – é predominante no Supremo Tribunal Federal (HC n. 98.103/RS, rel. Min. Eros Grau, j. em 16/3/2010).

Por consequência, não havendo restrição constitucional e superados os entraves da Lei dos Crimes Hediondos, o regime prisional deve ser fixado de acordo com os regramentos do art. 33 c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Não é outra, aliás, a orientação constante das Súmulas 719 do Supremo Tribunal Federal – “*A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*” – e 440 do Superior Tribunal de Justiça – “*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*”.

A escolha do regime proporcionalmente adequado ao caso concreto não se limita à observância da quantidade de pena irrogada. É necessário sopesar também se o réu é reincidente, bem como a gravidade concreta do delito perpetrado, perseguida pelos arts. 33, § 3º, e 59, ambos da Lei Penal.

Sobre o tema:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE, NATUREZA DA DROGA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 2. Não há constrangimento ilegal na imposição do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos tendo em vista a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida – 45 pedras de crack (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). 3. Habeas Corpus não conhecido. (STJ, HC n. 297.186/SP, rela. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 16/9/2014)

Afora isso, cumpre assentar que, afastado o tratamento mais rigoroso imposta pela Lei n. 8.072/90, fundamento único adotado na sentença condenatória, cabe a esta Corte o exame de todas as circunstâncias do caso concreto, desde que debatidas anteriormente.

Diante de hipóteses análogas, esta Corte decidiu:

REVISÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*) - FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO, COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO – FUNDAMENTO INIDÔNICO - MANUTENÇÃO, TODAVIA, DIANTE DA REINCIDÊNCIA DO

REQUERENTE (CP, ART. 33, § 2º, “A”).

“[...] nos termos do art. 33, § 2º, ‘b’, do Código Penal, inexistente coação ilegal na fixação do regime fechado a acusado reincidente que, pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, teve sua sanção corporal definitiva estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão” (STJ, Min. Reynaldo Soares da

Fonseca).

PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E INDEFERIDO. (Revisão Criminal n. 0154054-56.2015.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 30/3/2016)

E:

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06) E RECEPÇÃO (ART. 180 DO CP). [...] IMPOSIÇÃO, QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, DA PENA DE 2 (DOIS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ALTERAÇÃO PARA REGIME MAIS BENÉFICO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E INCIDÊNCIA DA CAUSA DE ESPECIAL DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 QUE, POR SI SÓ, NÃO IMPLICA NA IMPOSIÇÃO

DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VALORAÇÃO, TANTO NA SENTENÇA COMO NO ACÓRDÃO, DA NOCIVIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA (23 PEDRAS DE CRACK). IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO, AFASTADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PEDIDO REVISIONAL PARCIALMENTE DEFERIDO. (Revisão Criminal n. 4000069-62.2016.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 25/5/2016)

A propósito, aliás, o Superior Tribunal de Justiça assentou que não fere o princípio da *non reformatio in pejus* “[...] a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu” (HC n. 319.962/SP, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 17/3/2016).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VIA INADEQUADA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. PALAVRA DA VÍTIMA. VALIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO CONFIGURAÇÃO. CULPABILIDADE E CONDUTA DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ESTUPRO. NATUREZA HEDIONDA. AFASTAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

3. “É dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há impedimento de o Tribunal *a quo*, em julgamento de apelação exclusivo da defesa, inovar na fundamentação, desde que não agrave a situação

penal do réu. Precedentes” (HC 316.941/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA,

Quinta Turma, julgado em 16/02/2016, *DJe* 04/03/2016).

[...]

7. *Habeas Corpus* não conhecido. (STJ, HC n. 298.653/RJ, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 19/4/2016)

Na espécie, o *quantum* da pena corporal aplicada – 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão –, o qual se aproxima do limite máximo do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal, e a gravidade concreta da conduta, espelhada pelas circunstâncias do delito contra a dignidade sexual, autorizam a manutenção do regime inicial fechado.

Basta ver que, conforme os relatos da vítima (fls. 35/36), o requerente, durante aproximadamente 1h (uma hora), constrangeu aquela, por meio de ameaças de morte e superioridade física, além de ter vendado seus olhos e tapado sua boca, à prática de múltiplos atos libidinosos – beijos, conjunção carnal (até ejacular no interior da ofendida), duas tentativas de sexo anal.

O art. 213, *caput*, do Código do Código Penal, depois do advento da Lei n. 12.015/09, reuniu os antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, prejudicando os debates acerca da incidência do concurso material ou da continuidade delitiva quando tais condutas forem praticadas em um mesmo contexto fático. Isso porque, o novo delito de estupro passou a ser de ação múltipla e conteúdo variado, na medida em que apresenta várias formas de violação do mesmo objeto jurídico – a liberdade sexual.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci leciona:

O concurso de crimes altera-se substancialmente. Não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado

violento ao pudor. Aliás, conforme o caso, nem mesmo crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro. (*Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18/19 – grifou-se)

É necessário esclarecer, no entanto, que a nova fórmula legal não representa uma espécie de impunidade ao agente, que ficaria sujeito às mesmas penas quando cometesse variados atos libidinosos.

Constatada a prática pelo agente de mais de um núcleo do preceito incriminador, como no caso dos autos, o julgador deve reconhecer a ocorrência de crime único, porém a maior gravidade de suas circunstâncias não pode ser desconsiderada na fixação da reprimenda.

Conforme apregoa Guilherme de Souza Nucci, “*o agente que atuar contra a vítima, obrigando-a à conjunção carnal e a outros atos libidinosos, jamais deveria ser apenado com meros seis anos. A pena pode ser elevada até o patamar de dez anos, dependendo do caso concreto*” (*Código penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 903).

Embora seja descabida a adequação do *quantum* da pena privativa de liberdade, fixada no patamar mínimo pelo Magistrado de Primeiro Grau, a avaliação das operadoras do art. 59 do Código Penal, realizada neste momento em razão da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, permite o reconhecimento da maior reprovabilidade da conduta perpetrada. Sendo assim, tendo em vista a gravidade das circunstâncias do delito, preserva-se o regime fechado para o início do cumprimento da pena (art. 33, § 3º, do Código Penal).

Ante o exposto, indefere-se o pedido.

Revisão Criminal n. 0155329-40.2015.8.24.0000, de Laguna

Relator: Des. Getúlio Corrêa

REVISÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONCURSO DE AGENTES, EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 217-A, *CAPUT*, C/C ART. 226, I, NA FORMA DO ART. 71, *CAPUT*) – REEXAME DA DOSIMETRIA DA PENA.

A reanálise da dosimetria em sede de revisão criminal somente é possível excepcionalmente, nos casos de evidente contrariedade à lei, à prova dos autos ou de teratologia.

PLEITO DE AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE NÃO FORAM VALORADAS NEGATIVAMENTE – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

Não há interesse processual de agir na revisão da reprimenda, em sua primeira fase dosimétrica, quando circunstâncias judiciais não foram valoradas em desfavor do requerente.

CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – REQUERENTE QUE SE APROVEITA DA SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE DA FAMÍLIA DA INFANTE E DO VÍCIO A SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES DA GENITORA DESTA PARA MANTER CONJUNÇÃO CARNAL – SITUAÇÃO QUE MERECE MAIOR REPROVABILIDADE – AUMENTO PRESERVADO.

O fato de o autor aproveitar-se da parca situação econômica da família da infante e do vício a substâncias ilícitas da genitora da menor para, em troca de dinheiro, com ela manter conjunção carnal, além de outros atos libidinosos diversos, merece maior reprovação, em razão do alto grau de vulnerabilidade em que elas se encontravam por conta de sua extrema miserabilidade.

AGRAVANTE PREVISTO NO ART. 62, IV, DO CP – AFASTAMENTO

– REVISIONANDO QUE OFERECE, NÃO QUE RECEBE, PAGAMENTO PARA MANTER RELAÇÕES SEXUAIS COM A VÍTIMA.

A agravante prevista no art. 62, IV, do CP é aplicada ao criminoso mercenário, ou seja, ao “*agente que comete o crime ou dele toma parte pensando em receber algum tipo de recompensa*” (Guilherme de Souza Nucci) e não a quem oferece vantagem para praticar o delito.

PEDIDO DE PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO SOBRE A AGRAVANTE DO ART. 62, IV, DO CP PREJUDICADO.

Com o afastamento da agravante do art. 62, IV, do CP, fica prejudicado o pedido de preponderância da atenuante da confissão.

PLEITO DE EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, I, DO CP – NÃO ACATAMENTO – CONCURSO DE PESSOAS CONFIGURADO.

Verificado que o crime foi cometido por duas pessoas, inviável a exclusão da causa de aumento prevista no art. 226, I, do CP.

CONTINUIDADE DELITIVA – FRAÇÃO DE AUMENTO CONDIZENTE COM O NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS.

“[...] em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitativa, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações” (STJ, Maria Thereza de Assis Moura).

PEDIDO REVISIONAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n.

0155329-40.2015.8.24.0000, da comarca de Laguna (Vara Criminal), em que é Requerente: E. S. Z.

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente do pedido revisional e, na extensão conhecida, julgá-lo parcialmente procedente para afastar a agravante prevista no art. 62, IV, do CP. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Salete Silva Sommariva (Presidente), Ernani Guetten de Almeida, Moacyr de Moraes Lima Filho, Roberto Lucas Pacheco, Paulo Roberto Sartorato, Carlos Alberto Civinski, Rodrigo Collaço e Sérgio Rizelo.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 30 de março de 2016.

Desembargador Getúlio Corrêa

RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra B. da S. e E. S. Z., que contavam 27 e 48 anos à época dos fatos, respectivamente. A eles foi imputada a prática, em tese, dos delitos de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A, *caput*) e submissão de criança à prostituição ou à exploração sexual (ECA, art. 244-A), por no mínimo dez vezes, em razão dos fatos assim narrados:

“Cumpre inicialmente esclarecer que a primeira denunciada, B. da S., é genitora das vítimas A. S. da S., nascida em 15/12/2004 e a P. da S. M., nascida em 22/3/2002.

Para sustentar seu vício em crack e outras drogas ilícitas, a denunciada B. da S. se prostituía e, não satisfeita, demonstrando torpeza e falta de amor pelas filhas, passou a oferecer as infantes para realização de atos sexuais, aos parceiros que possuía, submetendo as filhas a toda sorte de exploração sexual.

E foi assim que, em um de seus encontros sexuais que teve com o denunciado E. S. Z., a denunciada B. da S. ofereceu suas filhas a este, o qual aceitou praticar atos sexuais com as crianças, mediante pagamento à genitora delas, ora denunciada.

Segundo consta, em diversas oportunidades, a denunciada B. da S. levou suas filhas, infantes de tenra idade, até as proximidades do Laguna Internacional, onde eram apanhadas pelo denunciado E. S. Z., que as levava em seu automóvel Parati, de cor cinza, até uma casa de sua propriedade, localizada no bairro Nova Fazenda, em Laguna, local em que eram realizados os abusos sexuais.

Importa registrar que os encontros entre os denunciados e as infantes ocorreram por inúmeras vezes, iniciando há mais de um ano, quando a vítima P. da S. M. contava com apenas 9 anos de idade e A. S. da S., com 6 anos, e eram sempre destinados à satisfação da lascívia de E., mediante pagamento em dinheiro, efetuado por este à mãe das infantes.

Aliás, enquanto o denunciado se trancava no quarto com uma das filhas da denunciada, esta esperava no sofá, tranquilamente, até o final da consumação do ato sexual, para receber o dinheiro do pagamento. Em outras oportunidades, a denunciada participava ativamente juntando-se a eles no quarto, onde retirava a roupa da criança, incentivando-a a deitar na cama com o denunciado e a praticar com ele as relações sexuais.

Anota-se, por oportuno, que a denunciada levava sempre uma filha de cada vez, fazendo com que o denunciado ora mantivesse relação sexual com uma, ora com outra, culminando por desvirginar a infante A. S. e, embora tenha praticado diversas vezes relação sexual com a criança P., seu hímen complacente não se rompeu.

O último encontro do denunciado com a infante P. da S. M. ocorreu

no início do mês de maio de 2012, ocasião em que, mais uma vez, o denunciado a levou, juntamente com a mãe, até sua residência, lá constringendo a infante à prática da conjunção carnal e outros atos libidinosos, praticando com ela sexo oral e fazendo com que a vítima agisse da mesma forma com ele.

Verifica-se que o denunciado E. praticou atos libidinosos e conjunção carnal com as duas vítimas, por incontáveis vezes, enquanto a denunciada, mãe das infantes, concorreu decisivamente para a prática do delito sexual contra elas, sendo a responsável por levá-las até ele e, muitas das vezes, era quem incentivava as filhas à prática do ato sexual com o denunciado, objetivando o recebimento do dinheiro” (fls. 39-42).

Instruído o feito, sobreveio sentença de parcial procedência, condenando o réu E. S. Z. ao cumprimento da pena de 18 (dezoito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 217-A, *caput*, c/c art. 226, I, art. 62, IV, art. 65, III, “d”, e art. 71, todos do CP (fls. 425-451).

O ora revisionando apelou (fls. 469-520). Sustentou, preliminarmente, a nulidade do reconhecimento pessoal efetuado, por não ter sido observado o disposto no art. 226, do CPP; a nulidade da sua confissão extrajudicial, por ter sido coagido pelo delegado, tornando-se prova ilícita; e também por cerceamento de defesa, já que foi indeferido o pedido de perícia médica na vítima P. da S. M. e pela negativa da oitiva da advogada Milena Aragão Dryll de Souza, que acompanhou o seu interrogatório na fase policial. No mérito, pugnou pelo provimento absolutório, sob a justificativa de que inexistem provas concretas que conduzam à sua condenação. Por fim, fez pedido genérico de desclassificação da conduta e redução de pena.

A Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Paulo Roberto Sartorato – acompanhado pelos Desembargadores Newton Varella Júnior e José Everaldo Silva – conheceu parcialmente do apelo e, na extensão conhecida, desproveu-o (fls. 613-634).

A decisão transitou em julgado em 02.02.2015 (fl. 637).

Irresignado, E. S. Z. ajuizou revisão criminal (fls. 02-37), com fundamento no art. 621, I, do CPP.

Insurgiu-se quanto à dosimetria da pena.

Para tanto, na primeira fase, sustentou a ausência de fundamentação para estabelecer a pena-base acima do mínimo legal. Aventou que o fato de ser pessoa instruída, com certo nível cultural, inclusive já tendo trabalhado como gerente de instituição bancária, por si só, não é fundamento hábil a valoração negativa da culpabilidade do requerente. Isso porque, *“pessoas que preenchessem as características do Revisionando seriam prejudicadas em detrimento daquelas que eventualmente não tenham tido a oportunidade de um melhor estudo ou mesmo de ter trabalhado em local cujo cargo carrega, em tese, ‘status’ ou posição social um pouco mais reconhecida ou destacada”*. Pediu que a conduta social e a personalidade militem em seu favor e influenciem positivamente na aplicação da reprimenda, porquanto não foram consideradas desfavoráveis. No que tange aos motivos do crime, postulou o afastamento, sob pena de *bis in idem*, visto que a satisfação da lascívia é elemento que faz parte do próprio tipo penal. Requereu a exclusão das circunstâncias do crime, sob o argumento de não haver provas de que oferecia dinheiro ou recompensa à mãe das crianças. Sobre as consequências, afirmou inexistir provas de que o delito prejudicou à vítima, razão pela qual pleiteou a não valoração da referida circunstância judicial. Alegou que o comportamento da vítima foi sopesado em seu desfavor sem motivação concreta.

Na segunda fase da dosimetria, solicitou o afastamento da agravante prevista no art. 62, IV, do CP, uma vez que não recebeu pagamento ou promessa de recompensa para executar o crime. Subsidiariamente, caso mantida a agravante do art. 62, IV, do CP, pugnou pela preponderância da atenuante da confissão espontânea.

Na última etapa, defendeu a exclusão da causa de aumento prevista no art. 226, I, do CP, haja vista a ausência de liame subjetivo para a prática do crime.

Por fim, pediu a redução da fração aplicada a título de continuidade delitiva para o mínimo legal, porquanto não se pôde precisar a quantidade de vezes que a infração penal foi praticada, ou a utilização da fração de 1/5 (um quinto) pela prática de 03 (três) crimes ou, 1/4 (um quarto) para 04 (quatro) delitos, ou, ainda, 1/3 (um terço) para 05 (cinco) infrações.

Não houve pedido liminar e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Procurador de Justiça Odil José Cota, manifestou-se pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 649-654).

VOTO

1. O rol taxativo do art. 621 do CPP dispõe que a revisão criminal somente é possível quando a sentença for contrária a texto expresso de lei penal ou à evidência dos autos; fundar-se em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; ou, após a sentença, descobrirem-se novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena. Diante disso, a reanálise da dosimetria em sede de revisão criminal somente é possível excepcionalmente, nos casos de evidente contrariedade à lei, à prova dos autos ou de teratologia.

Acerca do tema, ensina Guilherme de Souza Nucci:

“Revisão criminal para alterar pena fixada: entendemos ser prática excepcional, somente justificável quando o órgão prolator da decisão contrariou o texto expresso da lei penal (ex: reconhece reincidência, aumentando a pena, para quem não se encaixa na figura prevista no art. 63 do Código Penal) ou a evidência dos autos (ex.: reconhece péssima conduta social, aumentando a pena-base, fundado em presunções, não comprovadas pela prova colhida). **Entretanto, simplesmente alterar**

o *quantum* da pena, porque a considerou exagerada, segundo entendimento particular e subjetivo, é de todo irregular. A revisão a isso não se presta. Quando o juiz decidir, fazendo valer a sua atividade discricionária, justamente o processo que envolve a escolha da pena concreta ao réu, transitando em julgado a sentença – ou o acórdão – não há que se autorizar alteração, pois é uma ofensa à coisa julgada. Nessa ótica: TFR-3: ‘Em sede de revisão criminal, a dosimetria da pena só pode ser revista em casos de erro ou manifesta injustiça’ (Rev 0031011-62.1999.4.03.0000/SP, 1ª Seção, rel. Nelson dos Santos, 05.05.2012, v.u. ‘Quando a pena é fixada de acordo com as normas legais e de forma fundamentada, a revisão criminal não se presta à reavaliação do critério utilizado pelo magistrado na análise e no sopeso das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal’ (RVC 572-2007.03.00048492-5/MS, 1ª S., rel. Nelson dos Santos, 04.03.2010, m.v.). TJSP: ‘Constitui-se prática desaconselhável em revisão criminal proceder-se à mudança quantitativa da pena imposta, salvante os casos excepcionais de explícita injustiça ou de comprovado erro ou inobservância de técnica no processo dosimétrico’ (RvCr 265.269-3, Monte Alto, 2º Grupo de Câmaras Criminais, rel. Gonçalves Nogueira, 08.06.2000, v.u., JUBI 52/00 [...])’ (Código de Processo Penal Comentado. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1093).

2. No caso, o Juiz de Direito Renato Müller Bratti assim dosou a reprimenda:

“Analisando as circunstâncias judiciais do artigo 59, *caput*, do Código Penal, conclui-se que quanto à **culpabilidade**, que o acusado tinha plena consciência do caráter ilícito de sua conduta e podia se determinar de acordo com esse entendimento, eis que comprovadamente se trata de pessoa instruída, com certo nível cultural, inclusive, já trabalhou como gerente em instituições bancárias na região; não possui **antecedentes criminais** (fl. 39/40); a **conduta social e personalidade** não podem ser sopesadas diante da falta de elementos; os **motivos** são inerentes ao tipo, a satisfação da lascívia; as **circunstâncias** são gravosas, posto que o acusado utilizava-se da situação de miserabilidade da família da infante e do vício a substâncias entorpecentes da genitora da menor para que em troca de dinheiro a menor fosse levada até a sua residência,

onde permanecia contra a sua vontade e afastada da sua rotina diária, durante três dias da semana, sendo submetida diariamente à prática de conjunção carnal, várias vezes por dia; as **consequências** foram normais à espécie, ou seja, crimes normalmente ocorridos na clandestinidade; por fim, quanto ao **comportamento da vítima**, inexistente prova de que tenha influenciado para a perpetração do ilícito.

Assim, por infração ao **art. 217-A do Código Penal**, na primeira fase de aplicação da pena, fixo a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão.

Na segunda fase, embora, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea 'd', do CP), presente também a agravante disposta no art. 62, IV do CP, razão pela qual mantenho a reprimenda no patamar anteriormente fixado, ou seja, 09 (nove) anos de reclusão.

Na terceira fase, presente a causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, I do CP, pela qual aumento em 1/4 a reprimenda, ou seja, em 02 anos e 03 meses, quantificando-a em 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Finalmente, considerando-se que os delitos praticados contra a vítima deram-se de forma continuada, nos termos do art. 71, *caput* do Código Penal, aumento a reprimenda em 2/3 (dois terços) em razão do número de delitos, nem mais de sete, conforme já explicitado acima, quantificando-a definitivamente em 18 (dezoito) anos e 09 (nove) meses de reclusão.

Deverá o acusado cumprir a reprimenda em regime inicial fechado, em face do montante da pena fixada, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'a' do CP.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, igualmente, incabível o *sursis*”.

Sobre o tema a Primeira Câmara Criminal assim dispôs:

“A pena cominada ao réu/apelante, além do mais, foi fixada em patamar adequado, desmerecendo abrandamento. Afinal, a reprimenda corretamente se afastou do mínimo legal: a) devido à reputação negativa

das circunstâncias delitivas, tendo em vista que o agente valia-se da condição de miserabilidade e de dependência toxicológica da genitora da vítima para aliciar sua filha; b) em razão da presença da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal, haja vista que o crime era cometido mediante pagamento à mãe da ofendida; c) em função da causa majorante inculpada no art. 226, I, do Código Penal, pois o estupro foi cometido em concurso de agentes, com a cooperação da mãe da infante; d) em razão da continuidade delitiva, pois comprovada a prática do mesmo crime por mais de 07 (sete) vezes. Por outro lado, também correta, na segunda etapa do cálculo, a incidência da atenuante da confissão espontânea, pois o acusado, na fase indiciária, admitiu ter abusado da Vítima” (fls. 633-634).

2.1. Como visto, na etapa inicial, foi considerada desfavorável ao revisionando apenas as circunstâncias do crime, razão pela qual lhe falta interesse em postular o afastamento das demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP.

Mudando o que deve ser mudado:

“REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33, *CAPUT*, E 35, *CAPUT*, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. DEMANDA ISENTA DE CUSTAS. REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece de requerimento de Justiça gratuita em revisão criminal, pois se trata de procedimento isento de custas. RECURSO DE APELAÇÃO. JULGAMENTO PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. DELITO DO ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI DE DROGAS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE. CONDUTA SOCIAL. CONSIDERAÇÃO NEGATIVA. AFASTAMENTO. INTERESSE DE AGIR QUANTO A TAIS PONTOS. AUSÊNCIA. PEDIDO NÃO CONHECIDO NESSE PARTICULAR. Não há interesse de agir no que diz respeito a pedido de revisão criminal de dosimetria de crime pelo qual o requerente foi absolvido. **Tampouco, há interesse no afastamento de consideração desfavorável de circunstâncias judiciais, quando essa providência**

foi alcançada no momento do julgamento de recurso de apelação pelo Órgão Fracionário. [...] PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E INDEFERIDO. [...]” (TJSC, Revisão Criminal n. 2014.090594-7, Des. Jorge Schaefer Martins, j. 25.11.2015 – grifei).

“Não assiste interesse recursal ao insurgente que pleiteia a minoração da pena com base em elementos que já foram devidamente sopesados durante a dosimetria e resultaram-lhe efetivo benefício” (TJSC, ACrim n. 2012.086401-6, Des. Carlos Alberto Civinski, j. 11.03.2014).

No que se refere ao pedido de que a conduta social e a personalidade sejam aplicadas em favor do requerente, influenciando na pena-base, destaco que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP são de valores insitamente neutros. Assim, como não foram valoradas negativamente não há qualquer readequação a ser realizada, ainda que a testemunha da defesa H. M. tenha abonado a conduta do autor no meio em que vive.

Quanto às circunstâncias do crime, apesar de a defesa pretender o afastamento da referida circunstância judicial, sob a justificativa de não haver provas de que E. S. Z. tenha oferecido dinheiro à mãe da vítima, não foi esse o fundamento utilizado pelo Magistrado para elevar a pena. Na verdade, o Juiz de Direito entendeu que o fato de E. S. Z. aproveitar-se da parca situação econômica da família da infante e do vício a substâncias ilícitas da genitora da menor para, em troca de dinheiro, com ela manter conjunção carnal, além de outros atos libidinosos diversos, merece maior reprovação, em razão do alto grau de vulnerabilidade em que elas se encontravam por conta de sua extrema miserabilidade, o que deve ser mantido.

2.2. Na etapa intermediária, a agravante prevista no art. 62, IV, do CP deve ser afastada. Isso porque, referida agravante é aplicada ao criminoso mercenário, ou seja, ao *“agente que comete o crime ou dele toma parte pensando em receber algum tipo de recompensa”* (NUCCI;

Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. Forense. 14. ed. Rio de Janeiro, 2014. p. 461) e não a quem oferece vantagem para praticar o delito.

Na espécie, ficou plenamente demonstrado, por meio da prova oral, que o réu, mediante pagamento em espécie à mãe da criança, mantinha relações sexuais com esta. Nesse sentido, colho trechos dos depoimentos produzidos tanto no inquérito como em juízo:

“[...] Que depois de ele ter mexido nela (na criança) ele deu dinheiro para a mãe usar drogas; [...] Que a mãe da vítima confirmou que leva a filha para se prostituir com esse M. e que em troca ganha R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais); [...]” (depoimento prestado pela testemunha R. F. – fls. 49-50).

“[...] que P. informou que sua mãe a levava até o Laguna Internacional, onde esperavam M. (*sic*) buscá-las; que E. (“M.”) levava as duas até a sua casa no interior de Laguna; que lá a mãe ficava deitada no sofá, enquanto E. levava P. para cama, onde mantinha relações sexuais, inclusive com penetração; que no final E. dava dinheiro para mãe de P. usar drogas; [...]” (depoimento prestado pela testemunha R. F. – CD de fl. 189 – 01’32” até 2’03”).

“[...] Que a respeito de ganhar algo a criança disse que o homem dava dinheiro para a mãe ora B.; [...]” (depoimento prestado pela testemunha A. da S. M. M. – fls. 52-53).

“[...] e ela relatou que a mãe a levava para se encontrar com um homem chamado M. (*sic*), o qual as levava para Barranceira, no carro escondidas, e que lá P. ia para cama com M. (*sic*), enquanto a mãe dormia no sofá. P. ainda afirmou que precisava fazer isso, senão sua mãe não ganharia dinheiro e passariam fome. P. falou que na cama, ele passava a mão nela, e que houve penetração bastante vezes” (depoimento prestado pela testemunha A. da S. M. M. – DVD de fl. 189 – 2’20” até 3’37”).

“[...] que a declarante presenciou o homem dando dinheiro à sua mãe; que quando a declarante ia embora, ele também dava dinheiro para ela,

R\$ 10,00, às vezes R\$ 20,00 reais; [...]” (depoimento prestado pela vítima P. da S. M. – fls. 54-55).

“[...] O tal homem a pegou de carro, deu dinheiro para sua mãe comprar drogas e depois as levou para casa dele. [...]” (depoimento prestado pela vítima P. da S. M. – mídia de fl. 189 – 2’55” até 3’17”).

“[...] Que M. (*sic*) perguntou a interroganda se ela conhecia alguma criança ou adolescente para levar para ele; Que a interroganda disse que filha de nome P; Que para tanto M. (*sic*) lhe pagava a quantia de R\$ 100,00 até R\$ 150,00; [...]” (interrogatório da acusada B. da S. – fl. 58).

“[...] Que o interrogando gastava cerca de duzentos reais, pois dava cinquenta para a P., cinquenta para a B. fora as drogas que ela consumia lá e mais cem reais para a mãe da B. senão ela não deixava a P. sair de casa; [...]” (interrogatório do réu E. S. Z. – fls. 100-101).

Dessa forma, como o revisionando oferecia e não recebia vantagem para, em troca, manter relações sexuais com a vítima, a exclusão da agravante prevista no art. 62, IV, é medida que se impõe.

Tendo em vista que incide em favor do requerente a atenuante da confissão espontânea, reduz a pena para o mínimo legal, ou seja, 08 (oito) anos de reclusão.

Como consequência, o pedido de preponderância da atenuante da confissão espontânea sobre a agravante do art. 62, IV, do CP fica prejudicado em razão do afastamento desta.

2.3. Na terceira fase, a defesa postulou a exclusão da causa de aumento de pena prevista no art. 226, I, do CP. Alegou inexistir prova do liame subjetivo estabelecido entre o revisionando e a ré B., não podendo ser presumido. Todavia, não é o que vislumbro dos autos.

Acerca da referida majorante, o Juiz de Direito Renato Müller Bratti assim discorreu:

“No que se refere a causa especial de aumento de pena prevista no art.

226, I do CP, esta deve incidir sob o caso em questão, eis que a prática delitiva era realizada pelos acusados em concurso de agentes, eis que o acusado E. contava com a participação direta corré B. na execução do delito, sendo esta a responsável por levar a vítima a até o local, inclusive, orientava a menor para que fizesse tudo o que o acusado E. pedisse, inclusive, em determinada ocasião, conforme relatos testemunhais a corré foi até o quarto e retirou as roupas da vítima, para que o acusado E. mantivesse relações com a menina. E ainda, nas demais ocasiões permanecia na residência, enquanto, o acusado submetia a vítima à violência sexual” (fl.446).

De fato, foram dois os agentes que constrangeram a infante à conjunção carnal, pois a mãe desta, conquanto não participasse ativamente das relações sexuais, ordenava que a ofendida fizesse tudo o que o revisionando pedisse, tendo inclusive, em certa oportunidade, ajudado a despir a criança. Aliás, colho do termo de interrogatório extrajudicial do requerente, o qual estava, inclusive, acompanhado de advogado durante o ato:

“[...] Que B. incentivava a filha P. a deitarem os três na cama; Que o interrogando apagava as luzes do quarto e ligava uma outra luz mais fraca; [...]; Que o interrogando disse que B. tirava a roupa da filha; [...]” (fl. 101).

A ratificar referida alegação, tem-se as palavras da psicóloga M. C. F., a qual asseverou que P. contou-lhe que teve uma ocasião em que a mãe ajudou-a a tirar a roupa e disse que poderia fazer tudo o que o acusado pedisse (CD de fl. 189 – 1’45” até 1’55”).

Dessa forma, preservo a causa de aumento prevista no art. 226, I, do CP.

2.4. Por fim, quanto ao pedido de redução da fração aplicada a título de continuidade delitiva, mais uma vez sem sorte o revisionando.

O conjunto probatório deixou claro que os fatos ocorreram por

aproximadamente 09 (nove) meses e, conforme relatos, em juízo, da vítima:

“[...] Que dormiam na casa dele; Que voltavam no domingo, à noite; Que ficavam o final de semana todo lá; Que dormia com ele na mesma cama; Que começava na sexta e voltavam no domingo. Que nesse período ele ficava abusando da declarante outras vezes; Que por dia era de manhã, de tarde e à noite, três vezes por dia. [...]” (CD de fl. 189 – 11’30” até 12’05”).

Ora, ainda que a vítima não tenha precisado o número de vezes em que foi submetida aos abusos sexuais praticados pelo requerente, relatou que se iniciavam nas sextas-feiras e perduravam até domingo, três vezes por dia, do final do ano de 2011 até janeiro ou fevereiro de 2012. Diante disso, fica demonstrado à saciedade que ocorreram, no mínimo, por sete vezes.

Em casos de crimes sexuais, os quais geralmente são praticados sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima ganha especial relevância, principalmente quando corroborada pelos demais elementos probatórios.

É esse o entendimento dos Tribunais de Superposição:

“Em crimes contra a liberdade sexual, praticados à clandestinidade, a palavra da vítima, sobretudo quando amparada pela prova testemunhal, reveste-se de maior valia em relação ao relato do réu proferido em juízo, a quem compete desconstituir a autoria a ele imputada” (STF, AI n. 855942 AgR, Min. Luiz Fux, j. 28.05.2013).

“A palavra da vítima é elemento de extrema relevância nos crimes sexuais, tendo em vista serem, na maior parte dos casos, cometidos na clandestinidade e sem a presença de testemunhas. Precedentes” (STJ, AgRg no AREsp n. 438.176, Min. Regina Helena Costa, j. 06.05.2014).

A amparar o critério escolhido pelo julgador, lembro precedente do STJ:

“É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. [...]” (HC n. 342.475, Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02.02.2016).

E desta Segunda Câmara de Direito Criminal:

“A majoração decorrente do reconhecimento do crime continuado deve levar em conta o número de delitos praticados, procedendo-se ao acréscimo, que varia de um sexto até dois terços, sobre a pena prevista mais grave. Neste sentido, para dois crimes, aumenta-se a pena em um sexto; para três delitos eleva-se em um quinto; para quatro crimes, aumenta-se em um quarto; para cinco crimes, eleva-se em um terço; para seis delitos, aumenta-se na metade; para sete ou mais infrações, eleva-se em dois terços” (ACrim n. 2008.001564-1, Desa. Salete Silva Sommariva, j. 23.06.2009).

O total da pena é de 16 (dezesseis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

3. À vista do exposto, voto pelo parcial conhecimento do pedido revisional e, na extensão conhecida, pelo parcial deferimento para afastar a agravante prevista no art. 62, IV, do CP.

Revisão Criminal n. 0156943-80.2015.8.24.0000, da Capital

Relator: Des. Getúlio Corrêa

REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*) – INSURGÊNCIA QUANTO À DOSIMETRIA – POSSIBILIDADE – ALEGADO *BIS IN IDEM*, ANTE A UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE (§ 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS) – ACOLHIMENTO, EM RAZÃO DE JULGAMENTO ANTERIOR DO CORRÉU NESSE SENTIDO, RESSALVADO O ENTENDIMENTO ATUAL DO RELATOR DE QUE CADA UMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS (NATUREZA E QUANTIDADE) PODE SER SOPESADA EM UMA DAS FASES (PRIMEIRA OU TERCEIRA) – REDUÇÃO DA PENA-BASE – AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, DA MAJORAÇÃO REFERENTE AO “MOTIVO EGOÍSTICO” – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – REGIME INICIAL DE RESGATE DA PENA CORPORAL – FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO, COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO – SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90 – INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO N. 719 DA SÚMULA DO STF – APLICAÇÃO DE ACORDO COM O ART. 33 DO CP – ADEQUAÇÃO PARA O SEMIABERTO – PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO (CP, ART. 44, I).

Ressalvado o entendimento atual do relator, tendo a Seção Criminal decidido, em relação ao corrêu, no sentido de que a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, deve ser mantido o mesmo posicionamento em relação aos requerentes, sob pena de malferimento ao princípio da isonomia.

O motivo “egoístico”, consistente no dolo do agente de obter vantagem

indevida, não pode ser utilizado para majoração da pena-base como circunstância judicial negativa, porque inerente ao tipo penal.

“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea” (enunciado n. 719 da súmula do STF).

PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PLEITO REVISIONAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 0156943-80.2015.8.24.0000, da comarca da Capital (2ª Vara Criminal), em que são Requerentes: Rodrigo Azevedo dos Santos e Davi Azevedo Santos.

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, julgar parcialmente procedente o pleito de revisão criminal. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ernani Guetten de Almeida, Newton Varella Júnior, Luiz César Schweitzer, Rui Fortes (Presidente), Salete Silva Sommariva, Moacyr de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas, Roberto Lucas Pacheco, Carlos Alberto Civinski, Rodrigo Collaço e Sérgio Rizelo.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 25 de maio 2016.

Desembargador Getúlio Corrêa

RELATOR

RELATÓRIO

1. Os requerentes Davi Azevedo Santos e Rodrigo Azevedo Santos foram denunciados, juntamente João Paulo de Mendonça Rocha, pela prática do crime de tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 33, c/c 40, I e V), conforme se infere da peça acusatória:

“O acusado JOÃO PAULO MENDONÇA DA ROCHA estava sendo investigado pela polícia federal devido a denúncias de envolvimento com o tráfico de drogas, sendo que no dia 1º de agosto de 2007 um informante contactou o policial Jair Ignácio Haas e disse que dois indivíduos iriam apanhar uma certa quantidade de droga na residência de JOÃO, utilizando o veículo GM Corsa Sedan, de cor cinza, e placas ANG-1405.

Assim, foi montada uma equipe para monitorar os movimentos de JOÃO, sendo que no dia 03 de agosto, por volta das 15 horas o veículo supracitado estacionou na pousada Dona Rose, localizada no Rio Tavares, nesta Capital, local em que o mesmo reside.

Encontravam-se no interior do automóvel JOÃO, e os irmãos DAVI e RODRIGO, que, associados para o fim de praticar tráfico, se deslocaram de Porto Belo/SC até esta Capital com o intuito de comprar substância ilícita. Os dois primeiros entraram na pousada, e, ao sair, DAVI portava uma mochila de cor verde que colocou no banco traseiro do veículo.

Os policiais seguiram o carro e no trevo de acesso à praia do Campeche o abordaram, constatando que no forro da referida mochila, envoltos por espuma, acondicionados em papel carbono preto, protegidos por plástico incolor, havia dois tabletes de cocaína totalizando 966,76 g (novecentos e sessenta e seis gramas e setenta e seis centigramas), substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica, como tal relacionada na Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela Resolução RDC nº 254, de 17 de setembro de 2003.

O modo empregado para embalar o narcótico é adotado por traficantes

com o objetivo de driblar o exame de raios X (muitas vezes utilizado em fronteiras), indicando que a droga é de origem estrangeira, o que pode ser constatado nas declarações prestadas por JOÃO em sede policial, quando ele afirma que comprou a substância em Foz do Iguaçu/PR, na divisa do Brasil com o Paraguai.

Em observância às diretrizes constantes no artigo 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06, frente à natureza, à quantidade da substância apreendida e, principalmente, às condições que envolveram sua apreensão, motivada por denúncia e investigação prévias, seguros e suficientes são os elementos extraídos do caderno informativo para o embasamento da imputação pela prática do tráfico ilícito de drogas” (fls. II/IV do anexo).

Instruído o processo criminal, o juízo singular condenou os revisionandos à pena total de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, fixados no mínimo legal (fls. 498-509 do anexo 4).

Irresignados, os requerentes apelaram (fls. 535-541), assim como o corréu (fls. 570-581). Pleitearam, em suma, a absolvição, por ausência de provas, e a redução da reprimenda para o mínimo legal.

O Ministério Público também recorreu (fls. 514-520). Requereu a condenação dos denunciados pela prática do crime previsto no art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e a majoração da pena do delito de tráfico de drogas em virtude da natureza e da quantidade de substâncias apreendidas.

Por unanimidade, a Terceira Câmara Criminal (acórdão da lavra do Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho), em 07.12.2010, deu parcial provimento aos apelos dos requerentes e do Ministério Público, a fim de afastar a circunstância de aumento de pena do tráfico interestadual, mas majorou a pena-base e manteve o percentual mínimo do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas. O recurso do codenunciado João foi desprovido.

O *quantum* das reprimendas dos requerentes não se alterou,

totalizando 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa.

No pedido revisional (fls. 02-16), os postulantes sustentaram: **a)** que a natureza e a quantidade da droga foram utilizadas para majorar a pena-base e, por isso, considerar esse mesmo fundamento na terceira fase implica *bis in idem*; **b)** a redução do privilégio do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em seu grau máximo; **c)** que o regime inicial para o cumprimento da pena deve ser o semiaberto, ante a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90; **d)** reduzida a reprimenda, esta deve ser substituída por sanções alternativas. Requereram, ainda, a concessão de liminar a fim de suspender os efeitos da condenação.

O processo foi a mim distribuído por vinculação à Revisão Criminal n. 2014.060937-5, ajuizada pelo corréu João Paulo Mendonça da Rocha Pinto, que, por maioria de votos, foi julgada parcialmente procedente para afastar, de ofício, da circunstância judicial dos motivos do crime, bem como reduzir a pena de João Paulo Mendonça da Rocha Pinto para 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses e 5 (cinco) dias de reclusão e 535 (quinhentos e trinta e cinco) dias-multa, além de adequar o regime inicial de resgate da reprimenda para o semiaberto.

Indeferi a liminar (fls. 26-31) e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Procurador de Justiça Gercino Gerson Gomes Neto, manifestou-se pelo conhecimento e deferimento da revisão criminal, para que seja reconhecido o *bis in idem*, afastando-se o aumento da pena-base, a ser fixada no mínimo legal, e a fixação do regime semiaberto para o cumprimento de pena (fls.36-42).

VOTO

1. Pretendem os requerentes a redução da pena, sob os seguintes

fundamentos: **a)** que a natureza e a quantidade da droga foram utilizadas para majorar a pena-base e, por isso, considerar esse mesmo fundamento na terceira fase implica *bis in idem*; **b)** a redução do privilégio do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em seu grau máximo; **c)** que o regime inicial para o cumprimento da pena deve ser o semiaberto, ante a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90; **d)** reduzida a reprimenda, esta deve ser substituída por sanções alternativas.

Os postulantes foram condenados pelo cometimento do delito de tráfico de drogas ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser resgatada em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no seu valor mínimo (acórdão de fls. 667-682).

O rol taxativo do art. 621 do CPP dispõe que a revisão criminal somente é possível quando a sentença for contrária a texto expresso de lei penal ou à evidência dos autos; fundar-se em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; ou, após a sentença, descobrirem-se novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena. Diante disso, a reanálise da dosimetria em sede de revisão criminal somente é possível excepcionalmente, nos casos de evidente contrariedade à lei ou teratologia.

Nesse norte, colho precedente da Seção Criminal desta Corte:

“Não pode a Seção Criminal simplesmente substituir pela sua a discricionariedade do juiz aplicador da pena. Sendo relevantes e fundamentados os motivos expostos pelo magistrado para reduzir em apenas 1/4 a pena pelo crime de tráfico de drogas, não cabe à Seção Criminal revisar a dosimetria. A revisão da pena é autorizada somente quando absolutamente contrária à prova dos autos, ao texto da lei ou, ainda, quando tiver incorrido em erro evidente ou teratologia” (Revisão Criminal n. 2013.073526-8, Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 26.2.2014 – grifei).

2. A dosimetria da pena, em relação aos pacientes, foi assim tratada no acórdão:

“[...]”

Quanto aos irmãos Davi Azevedo Santos e Rodrigo de Azevedo Santos, a solução é diversa.

Davi e Rodrigo, não obstante a demonstração da prática do tráfico de drogas, foram interrompidos na prática delituosa ainda dentro dos limites territoriais de Florianópolis, não sendo possível, dentro do contexto probatório amealhado, imputar-lhes o aumento decorrente da narcotraficância interestadual.

Por tal motivo, a sentença merece reparo nesse ponto.

3 A pretensão recursal de aplicação da fração máxima da causa de diminuição de pena inculpada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, também não logra êxito.

Assim reza o dispositivo supramencionado:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

“[...]”

“§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Colhe-se das palavras de Luiz Flávio Gomes que:

“no delito de tráfico (art. 33, *caput*) e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante,

agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles inviável a benesse legal”. Grifei. (*Nova lei de drogas comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 165).

No caso concreto, a sentença aplicou corretamente a causa de diminuição, uma vez que todos os acusados satisfazem os requisitos legais ensejadores da benesse. Além disso, nos autos há mera alusão à mercancia proscrita anterior, notadamente em relação a João Paulo, sem, entretanto, a necessária demonstração da prática reiterada pelo acusado referido, ou de seu envolvimento com organizações criminosas, o que obstaría a concessão da minorante.

Portanto, os acusados devem ser enquadrados na figura do “pequeno traficante” ou “traficante eventual”, para o qual foi destinada a causa de diminuição ora discutida, merecendo reparo, nesse ponto, a decisão recorrida.

Por outro lado, conquanto a incidência da causa de diminuição de pena, quando preenchidos os requisitos legais, seja direito subjetivo do réu, a determinação da fração é conferida à discricionariedade motivada do julgador, que ajusta o percentual às peculiaridades do caso em análise.

Para estipulação do *quantum* de diminuição, o Magistrado deve considerar a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos, além de outros elementos que deem conta da dimensão da mercancia praticada e da lesão ao bem juridicamente tutelado.

***In casu*, contemplados os requisitos legais, tem-se por escoreita a diminuição de 1/6 (um sexto) da reprimenda cominada aos réus, considerando a potencialidade lesiva da quantidade de droga apreendida (966,76 g – novecentos e sessenta e seis gramas e setenta e seis decigramas) e de sua natureza perniciosa (cocaína), fração esta suficiente para prevenir e reprimir a conduta perpetrada.**

Nesse norte:

“RECURSO OBJETTIVANDO, AINDA, A INCIDÊNCIA DA

FRAÇÃO MÁXIMA PELO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE ESPECIAL DIMINUIÇÃO DECORRENTE DO ADVENTO DA LEI N. 11.343/06 (ART. 33, § 4º) - DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ, MOTIVADA PELA REPROVAÇÃO DA CONDUTA, CONSIDERADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO PROCESSO - INVIABILIDADE - NÃO PROVIMENTO” (Apelação Criminal n. 2007.036616-7, de Itajaí, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 25/9/2007).

Mantém-se, portanto, a sentença no ponto.

[...]

5 O órgão do Ministério Público almeja o aumento da pena aplicada aos acusados, com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e nas diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Em relação ao acusado João Paulo, sustenta que “*há de ser considerado negativamente o laudo de dependência toxicológica de f. 427/429*” (fl. 519).

A pretensão recursal do órgão do Ministério Público merece ser acolhida.

A Magistrada *a quo* calculou conjuntamente a reprimenda dos três acusados e na primeira fase dosimétrica, entendeu serem desfavoráveis a culpabilidade, a conduta social, a personalidade e os motivos do crime, mas fixou a reprimenda em seu mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

No caso, nada obsta a fixação da pena-base acima do mínimo legal, com base na quantidade de estupefaciente apreendido, com amparo no art. 42 da Lei de Drogas, que estabelece que tal circunstância, juntamente com a natureza do narcótico, a personalidade e a conduta social do agente, deve preponderar para a fixação da pena sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Trata-se de critério que atende ao princípio da individualização da pena.

Nesse norte:

“PROCESSUAL E PENAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES [...] APREENSÃO DE QUASE UM QUILO

DE PASTA DE COCAÍNA E DE BALANÇAS DE PRECISÃO, PRODUTOS QUÍMICOS E OBJETOS COMUMENTE UTILIZADOS NO NARCOTRÁFICO – CIRCUNSTÂNCIAS QUE CONVENCEM DA DESTINAÇÃO DA DROGA AO VIL COMÉRCIO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE – [...] DOSIMETRIA – EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA – APREENSÃO DE QUASE UM KILOGRAMA DE COCAÍNA E CRACK [...]

“[...]”

“A quantidade da droga influi na fixação da pena, sob o risco de se igualar o pequeno ao grande traficante” (Apelação Criminal n. 2007.007775-8, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 17/4/2007, sem grifos no original).

E mais:

“[...] INSURREIÇÃO DO *DOMINUS LITIS*. DOSIMETRIA. PRETENDIDO AUMENTO DAS REPRIMENDAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE SÃO DESFAVORÁVEIS UNICAMENTE A UM DOS RÉUS. APREENSÃO DE QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DE DROGA. PENA-BASE ARBITRADA NO MÍNIMO LEGAL. VIABILIDADE DA MAJORAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO” (Apelação Criminal n. 2007.021335-4, de Rio do Sul, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 14/8/2007).

A quantidade de cocaína apreendida (966,76 g – novecentos e sessenta e seis gramas e setenta e seis decigramas), bem como sua natureza perniciosa à saúde e a facilidade de sua disseminação, em razão da comercialização em pequenas frações, ensejam o aumento da reprimenda em desfavor a todos os acusados.

A conduta social de Rodrigo, Davi e João Paulo foi valorada negativamente em razão de seu “envolvimento no tráfico de drogas”, e a personalidade foi tida como “distorcida moralmente, em razão da prática ilícita, tratando a sociedade de que faz parte, com descaso” (fl. 507).

Entretanto, o exame da conduta social do agente diz respeito à sua situação nos diversos papéis desempenhados junto à comunidade, tais como as atividades relativas ao trabalho, à vida familiar, etc.

Da mesma forma, para avaliar a personalidade do agente, é imprescindível *“haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração para garantir a sua sobrevivência”* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008. p. 391).

***In casu*, quanto a Davi e Rodrigo não há qualquer informação que possa alicerçar juízo desabonador de suas personalidades ou de sua conduta social.**

No pertinente a João Paulo, não há elementos que possam conduzir ao juízo desfavorável em relação à sua conduta social. Por outro lado, quanto à personalidade, durante o exame de dependência toxicológica, o perito, ao responder o quesito de n. 14 – *“pode ser considerado perigoso o periciado, porque a sua personalidade a antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir?”* – atestou a *“periculosidade dito social”* (fl. 429), o que deve ser ponderado negativamente na primeira fase de cálculo da reprimenda.

Com base em tais premissas, passa-se ao ajuste da reprimenda de Rodrigo e Davi, que, em razão de serem idênticas as circunstâncias a serem examinadas, é realizado conjuntamente.

Na primeira fase, desfavoráveis a culpabilidade, os motivos e, tendo como preponderante a quantidade e natureza da droga apreendida, fixa-se a pena basilar em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda etapa, ausentes agravantes e atenuantes.

Na etapa final, ausentes causas especiais de aumento, constata-se a

presença da causa de diminuição do art. 33, § 4º, do Diploma Legal referido, motivo pelo qual, preservada a proporção estipulada na condenação, a reprimenda totaliza 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantidas as demais cominações legais do julgado” (fls. 676-682).

2.1. Quanto ao aventado *bis in idem*, a questão foi assim julgada por esta Seção Criminal na Revisão Criminal ajuizada pelo corréu João e autuada sob o n. 2014.060937-5:

“Como se observa, a natureza e a quantidade da droga apreendida foram utilizadas para majorar a pena-base e para definir a fração redutora da causa de diminuição, o que implica *bis in idem*.

O STF analisou a questão e reconheceu a repercussão geral da matéria (ARE n. 666.334, Min. Gilmar Mendes, j. 03.04.2014). Extraio do teor do acórdão:

‘Cumpre destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, **em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa.**

Na ocasião, ficou consignado que **cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta**, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao *bis in idem*’ (grifei).

Dessa forma, a valoração negativa deve permanecer em apenas uma das etapas, o que fica adstrito ao âmbito de discricionariedade do magistrado.

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Seção Criminal:

‘REVISÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT) - INSURGÊNCIA COM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DA PENA - POSSIBILIDADE

judicial negativa é integrante do próprio tipo penal, encerrando nada mais que a intenção (dolo) do agente em auferir para si a vantagem indevida. Logo, não pode ser utilizado para majoração da pena' (Revisão Criminal n. 2014.027452-9, Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 24.09.2014)''.

Assim, subsiste a circunstância judicial da culpabilidade, já que extirpadas as dos motivos e a da quantidade e natureza da droga apreendida. Por ser esta última preponderante (Lei n. 11.343/06, art. 42) e a fim de observar a proporcionalidade com a diminuição do corrêu João na Revisão Criminal n. 2014.060937-5, reduzo a pena-base em 11 (onze) meses, totalizando **5 (cinco) anos e 1 (um) mês** de reclusão e 508 (quinhentos e oito) dias-multa.

2.3. Ausentes as causas de aumento, pois foi afastada aquela prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/06.

Com relação ao *quantum* do privilégio, este deve ser mantido em razão da quantidade e da natureza da droga (966,7 gramas de cocaína). A propósito:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INCIDÊNCIA EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO PREVISTO. VIABILIDADE. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ELEMENTO INDICATIVO DO GRAU DE ENVOLVIMENTO DO AGENTE COM A CRIMINALIDADE. ALTO POTENCIAL LESIVO DA DROGA APREENDIDA. FATOR RELEVANTE PARA A GRADAÇÃO DA MINORANTE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO DO QUE O PREVISTO SEGUNDO O SEU QUANTUM. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES ENCONTRADOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LI-

BERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

A Primeira Turma deste Supremo Tribunal vem reconhecendo a possibilidade de considerar-se a natureza e a quantidade da droga apreendida como elementos indicativos do grau de envolvimento do agente com a vida criminosa, a autorizar maior ou menor redução da pena pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Precedentes: HC 107581, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 28/08/2012; HC 102487, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010.

[...]” (STF, RHC n. 119122, Min. Luiz Fux, j. 19.11.2013).

Assim, mantida a fração de 1/6 (um sexto) para a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, o total da reprimenda é de 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 25 (vinte e cinco) dias, e 423 (quatrocentos e vinte e três) dias-multa.

2.4. Os revisionandos pleitearam, ainda, a fixação de regime menos severo de resgate da pena corporal do que o fechado. Para tanto, afirmaram que o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, foi declarado inconstitucional pelo STF (HC n. 111.840/ES).

Nesse aspecto, assim foi proferida a decisão condenatória:

“Face o contido no artigo 2º, *caput*, e § 1º, da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, estabeleço o **regime fechado** para o início de cumprimento da pena imposta ao réu” (fl. 508).

Conquanto a reprimenda tenha sido alterada no julgamento da apelação, foram “*mantidas as demais especificações da sentença*” (fl. 682).

O único fundamento utilizado para justificar o estabelecimento do regime fechado foi a hediondez do delito (Lei n. 8.072/90, art. 2º,

§ 1º). Entretanto, o STF, ao julgar o HC n. 111.840, em 27.06.2012, declarou, com efeito *inter partes*, a inconstitucionalidade do dispositivo, por violação ao princípio de individualização da pena. O acórdão ficou assim ementado:

“Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º

do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado” (HC n. 111840, Min. Dias Toffoli, j. 27.06.2012 – grifei).

É certo que a inconstitucionalidade do referido dispositivo foi declarada posteriormente aos julgamentos, tanto pelo juízo singular como pelo colegiado, estando, à época, plenamente vigente o dispositivo sob análise. Portanto, estaria, em tese, ausente a contrariedade à lei disposta no art. 621, I, do CPP.

Sucedeu que o *quantum* da pena – 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 5 (cinco) dias de reclusão – autoriza o início de resgate no regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do CP.

Embora algumas circunstâncias judiciais tenham sido consideradas desfavoráveis, elas não foram utilizadas como fundamento para impor regime inicial mais gravoso; apenas foi levado em consideração o texto do dispositivo declarado inconstitucional.

Assim, por ser inidônea a fundamentação utilizada, o regime mais severo não pode persistir, conforme dispõe o enunciado n. 719 da súmula do STF (“*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*”). Logo, em observância ao princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), a readequação do regime é medida que se impõe.

Em casos semelhantes, a propósito, a Seção Criminal deste Tribunal já procedeu da mesma forma: Revisão Criminal n. 2013.015282-8, Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 26.06.2013 e AgReg em Revisão Criminal n. 2013.072848-3/0001.00, Des. Jorge Schaefer Martins, j. 20.05.2014.

2.5. Os postulantes requereram, ainda, a substituição da pena

privativa de liberdade por restritivas de direitos. Embora a reprimenda tenha sido reduzida em sede revisional, não atingiu o patamar legal de 4 (quatro) anos (CP, art. 44, I) que autoriza a concessão da benesse. Dessa forma, impossível a substituição pretendida.

3. À vista do exposto, voto pelo afastamento, de ofício, da circunstância judicial dos motivos do crime e pelo conhecimento e parcial provimento do pleito revisional a fim de reduzir a pena de Davi Azevedo Santos e Rodrigo Azevedo Santos para 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 25 (vinte e cinco) dias, além de 423 (quatrocentos e vinte e três) dias-multa, e adequar o regime inicial para o resgate da reprimenda para o semiaberto, nos termos da fundamentação.

Revisão Criminal n. 0142107-05.2015.8.24.0000, de Modelo

Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva

REVISÃO CRIMINAL – CORRUPÇÃO PASSIVA (CP, ART. 317) –
DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS (CPP, ART.
621, I) – OCORRÊNCIA – CONDUTA ATÍPICA – PROCEDÊNCIA
DO PLEITO REVISIONAL – ABSOLVIÇÃO IMPOSTA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 0142107-05.2015.8.24.0000, da comarca de Modelo (Vara Única), em que é Requerente Neusa Terezinha Kehl:

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer do pedido, vencidos os Desembargadores Salete Silva Sommariva, Moacyr de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas e Paulo Roberto Sartorato que votavam no sentido de não conhecer do pedido e no mérito, por unanimidade, deferir o pedido de Revisão Criminal. Sem custas.

Participaram do julgamento, realizado em 30 de março de 2016, os Excelentíssimos Desembargadores Salete Silva Sommariva, Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Schaefer Martins, Marli Mosimann Vargas, Roberto Lucas Pacheco, Paulo Roberto Sartorato, Carlos Alberto Civinski, Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Getúlio Corrêa, Ernani Guetten de Almeida e Rui Fortes.

Obs.: O Des. Carlos Alberto Civinski se absteve de votar pois não estava presente no começo do debate na sessão em 9 de dezembro de 2016.

Florianópolis, 22 de abril de 2016.

Salete Silva Sommariva
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal interposta por Neusa Terezinha Kehl em face de acórdão da Primeira Câmara Criminal que manteve a condenação da revisionanda pelo cometimento do delito de corrupção passiva (CP, art. 317, *caput*), pelos fatos assim descritos na peça acusatória:

“No dia 8 de outubro de 2008, em horário a ser apurado no decorrer da instrução criminal, no Cartório de Registro de Imóveis dessa comarca, a denunciada NEUSA TERESINHA RUGIGER KEHL, valendo-se da função de oficiala do registro de imóveis, exigiu indevidamente da vítima Maristela Maria Giaretta, o valor de R\$ 3.219,20 (três mil, trezentos e dezenove reais e vinte centavos) como pagamento de emolumentos e custas referentes ao registro do formal de partilha do inventário do esposo da vítima, uma vez que o valor devido para tanto correspondia à quantia de R\$ 379,64 (trezentos e setenta e nove reais e sessenta e quatro centavos).

Nas investigações realizadas, a denunciada DÉBORA STERTZ fez afirmação falsa como testemunha em inquérito policial (fl. 101), informando que teria atendido sozinha a vítima Maristela e cobrado o pagamento desses valores porque eles constavam em um bilhete, ao passo que em declaração de fl. 74 afirmou que ela mesma efetuou o cálculo do valor devido naquele momento e cobrou-o.

Também, a denunciada DÉBORA afirmou falsamente que recebeu o pagamento da vítima em dinheiro, guardando essa quantia no caixa, quando constatou-se que o pagamento feito pela vítima foi realizado diretamente à denunciada NEUSA, mediante uso de folha de cheque (fl. 35-v) e não em espécie, bem como a denunciada DÉBORA somente entregou o recibo à vítima em outra oportunidade” (fl. I do anexo).

Instruído o processo criminal, o pedido acusatório foi julgado procedente e a sentença do Juiz de Direito Reny Baptista Neto condenou a acusada a uma pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, estes arbitrados em

seu mínimo legal. A reprimenda foi substituída por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária (fls. 227-235 do anexo).

Irresignada, a ora requerente apelou (fls. 247-267). Sustentou: a) a nulidade da sentença por ofensa ao princípio da integridade física do juiz; b) insuficiência probatória a atestar a autoria e a materialidade do delito; c) não ocorrência de dolo ou solicitação de vantagem indevida; d) aplicação do princípio da tipicidade conglobante; e) não observância da ocorrência do arrependimento posterior pelo juiz; f) excesso de aplicação na pena substitutiva.

O recurso foi, à unanimidade de votos, parcialmente provido pela egrégia Primeira Câmara Criminal, em acórdão da lavra do eminente Des. Carlos Alberto Cívinski, acompanhado pelos demais pares, Desembargadores Marli Mosimann Vargas e José Everaldo Silva, apenas para minorar a prestação pecuniária para um salário mínimo. Eis o teor da ementa:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CORRUPÇÃO PASSIVA (CP, ART. 317, *CAPUT*). OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS QUE SOLICITA VALOR EXCESSIVO COMO PAGAMENTO PELA PRÁTICA DE ATOS DE REGISTRO E AVERBAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. MAGISTRADO QUE CONDUZIU A INSTRUÇÃO DIVERSO DAQUELE QUE PROFERIU A SENTENÇA. MOVIMENTAÇÃO NA CARREIRA. MAGISTRADO REMOVIDO PARA COMARCA DIVERSA. SENTENÇA PROLATADA PELO SUCESSOR. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO ART. 132 DO CPC. AUSÊNCIA DE OFENSA AO REFERIDO PRINCÍPIO. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE

CORROBORADA POR TESTEMUNHA PRESENCIAL. NEGATIVA DE AUTORIA QUE DESTOA DO CONJUNTO PROBATÓRIO E AMPARADA APENAS POR DEPOIMENTO DE INFORMANTE. AUTORIA DELITIVA CARACTERIZADA. SUPOSTA ATIPICIDADE DA CONDUTA. ALEGAÇÃO DE QUE A QUANTIA SOLICITADA ERA CONDIZENTE COM O VALOR REAL DOS BENS IMÓVEIS SUPOSTAMENTE SUBAVALIADOS PELA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. AGENTE QUE, COMO OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS, TINHA À DISPOSIÇÃO MEIO LEGAL PARA QUESTIONAR O VALOR DECLARADO DOS BENS. SOLICITAÇÃO E RECEBIMENTO DE QUANTIA EXCESSIVA. QUESTÃO QUE NÃO SE RESUME A MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTARES DO TIPO CONFIGURADAS. TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO. ATO IGUALMENTE ANTINORMATIVO E ANTIJURÍDICO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO NÃO ACATADA. RÉ QUE SABIA DA NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO DA AVALIAÇÃO EFETUADA PELA VÍTIMA E MESMO ASSIM EFETUA COBRANÇA EXCESSIVA. ATO PRATICADO DE FORMA LIVRE E CONSCIENTE. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. PRETENDIDA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO PENAL EM RAZÃO DA CONDENAÇÃO SOFRIDA ADMINISTRATIVAMENTE. CONDUTA GRAVE. TIPO PENAL QUE RESGUARDA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE AFASTADA. DOSIMETRIA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DANO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA QUE NÃO PODE SER MENSURADO. PRECEDENTE DESTA CÂMARA CRIMINAL. REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA AO PATAMAR DE TREZE SALÁRIOS MÍNIMOS. NECESSIDADE DE

REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO” (fls. 307-308)

Da decisão colegiada foi interposto recurso especial (fls. 422/434 do anexo), não admitido em decisão monocrática da 2ª Vice-Presidente, Des. Sônia Maria Schmitz (fls. 446/447 do anexo).

Após, a apenada interpôs recurso de agravo, ao qual foi negado provimento em decisão singular do Min. Jorge Mussi (fls. 473/474v do anexo).

Desta última fora interposto agravo regimental (fls. 478/480 do anexo), também não provido após deliberação colegiada da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (fls. 482/485 do anexo).

Opostos embargos de divergência (fls. 489/492 do anexo), estes restaram indeferidos liminarmente pelo Min. Sebastião Reis Júnior (fls. 502v./504 do anexo).

Da decisão que indeferiu monocraticamente os aludidos embargos restou interposto agravo regimental (fls. 507/508 do anexo), cujo provimento fora negado em acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (fls. 511v./513v. do anexo).

Contra o último *decisum* a reeducanda interpôs recurso extraordinário (fls. 518/521 do anexo), indeferido liminarmente pela Vice-Presidente da Corte Superior, Mina. Laurita Vaz (fls. 525v./526 do anexo).

Da decisão que indeferiu monocraticamente a insurgência, a revisanda interpôs agravo de instrumento (fls. 530/535v. do anexo), cujo seguimento restou negado também pela Vice-Presidente da Corte Superior.

Diante disso, a condenada interpôs agravo regimental (fls. 542/545v. do anexo), oportunidade em que a Mina. Laurita Vaz consignou: “*não*

conheço do agravo regimental, determinando que seja certificado o trânsito em julgado da decisão que indeferiu liminarmente o recurso extraordinário” (fls. 546v./547 do anexo).

A sentença penal condenatória transitou em julgado em 11-3-2015 (fl. 548v.).

Agora, a reeducanda busca com a presente revisão criminal a absolvição pelo crime a que fora condenada, alegando, em síntese, que o acórdão que confirmou a condenação é manifestamente contrário à prova dos autos. Argumenta que o valor cobrado das vítimas correspondia ao valor real dos imóveis, não sendo possível a condenação unicamente em razão da ausência do procedimento administrativo de impugnação. Alega que o Provimento n. 14/1999, que previa referido procedimento, “*não podia vincular coativamente a autora já que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’*”, bem como que o próprio provimento apenas recomendava a prática da conduta e não a impunha. Assevera que a Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, em 25-05-2010, emitiu o Provimento n. 12/2010, pelo qual acrescentou o art. 522-A ao Código de Normas, “*dispensando o oficial registrador de deflagrar o procedimento de impugnação de valor ante o juízo dos Registros Públicos, exatamente aquele procedimento reclamado pelo acórdão condenatório*”. Sustenta que as vítimas concordaram de maneira tácita a respeito da retificação do valor do bem, visto que realizaram o pagamento dos valores exigidos. Por fim, afirma que o Provimento n. 12/2010 representa alteração normativa *in mellius* e deve ser aplicada retroativamente ao caso concreto, fundamentando a absolvição por atipicidade da conduta (fls. 2/18).

O pedido liminar de suspensão cautelar do cumprimento de pena foi indeferido (fls. 23/24).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Alexandre

Carrinho Muniz (fls. 29/33), manifestou-se pelo não conhecimento do pedido e, no mérito, pelo não provimento.

VOTO

A Seção Criminal decidiu, por maioria, conhecer do pedido, entendendo que a alegação de contrariedade do acórdão à lei, sob o fundamento de ausência de coercitividade legal do provimento n. 14/1999, não foi levantado pela ora autora em suas razões de apelação, tampouco tratado no acórdão.

Esta relatora, acompanhada dos desembargadores Moacyr de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas e Paulo Roberto Sartorato, restou vencida no ponto, vez que não conhecia da revisional por concluir se tratar de mera rediscussão de matéria.

Conhecida a revisão criminal, é caso de deferimento do pedido.

O acórdão objurgado foi fundamentado apenas no fato de a autora não ter observado o procedimento administrativo da Corregedoria-Geral da Justiça deste Estado, autuado sob o n. 0125/09, instaurado para apurar os fatos sob exame, e que concluiu que a requerente deveria ter suscitado ao juízo de Registros Públicos da comarca o procedimento administrativo para a revisão das quantias referentes à avaliação dos imóveis inventariados, determinando a devolução dos valores cobrados com base na avaliação real dos bens (fls. 89-91 do anexo 1). É o que se infere do seguinte trecho do aresto:

A tese de ausência de recebimento de vantagem ilícita se desdobra em diferentes alegações, mas todas partem de um ponto comum, ou seja, de que os valores dos imóveis conforme constavam em suas respectivas matrículas não correspondiam ao valor real de mercado, que deveria ser o parâmetro utilizado para cálculos das custas e dos emolumentos a serem cobrados da vítima.

Contudo, a cobrança do valor que a ré entendia ser o “justo” ou real não torna o ato atípico. Pelo contrário, pois, por mais que o valor fosse “justo” – o que não convém discutir nesta seara – a cobrança legítima deveria corresponder às avaliações constantes nas matrículas de cada imóvel.

Ora, a ré tinha a sua disposição meios legais para levar à apuração os eventuais ilícitos administrativos, civis ou penais praticados pela vítima. Em contrapartida, a cobrança de valores exacerbados – sim, porque, repete-se, não correspondentes aos valores constantes nos documentos do procedimento de partilha – não pode, nem de longe, ser considerado um meio legal para apurar ou remediar o eventual ato ilícito praticado pela vítima, e não legitima as ações da apelante, portanto.

Vale destacar que, além de ter sido provada a não utilização da impugnação – por meio do procedimento administrativo CGJ-E 0125/2009 – a própria ré assumiu que não impugnou os valores.

Ou seja, a recorrente era sabedora da necessidade de impugnar os valores, tanto que – fato incontroverso – redigiu o bilhete que continha o termo “impugnação” e os valores entendidos como reais dos imóveis. Se o procedimento não foi levado a cabo, a cobrança de qualquer quantia superior e que não guardasse correspondência com os valores dos imóveis constantes nas respectivas matrículas foi excessiva e caracteriza o recebimento de vantagem indevida.

Com efeito, é irrelevante perquirir se estavam corretos ou não os valores indicados pela vítima, pois, na ausência de procedimento legal para retificá-los, deveriam ser utilizados como base de cálculo para a cobrança das custas e dos emolumentos.

Da mesma forma, não é relevante discutir se a totalidade de atos praticados referentes ao inventário foi superior ao utilizado como parâmetro no parecer da CGJ, uma vez que, segundo a própria recorrente afirmou, todos os atos praticados desde 2006 totalizariam R\$ 808,19, se considerados os valores vis declarados pelas supostas vítimas (fl. 216). Porém, novamente é necessário repetir: o valor declarado para cada bem imóvel deveria ser observado, sendo vil ou não.

Ademais, conforme apontado no parecer da CGJ, não houve a discriminação, pela recorrente, dos atos de registro e averbação efetivamente praticados (fl. 36v).

E a questão não se resume a uma mera irregularidade administrativa como a defesa quer fazer crer. Realmente, a não utilização do procedimento de impugnação não caracteriza a violação ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Contudo, quando a apelante solicitou e recebeu valor superior ao que seria o legalmente devido pela vítima, sua ação amoldou-se perfeitamente na conduta descrita no art. 317 do Código Penal (sem grifos no original):

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

A partir desse mesmo raciocínio, entendo que deve ser afastada a aplicação da teoria da tipicidade conglobante.

Referida teoria, em apertada síntese, diz que uma conduta formalmente típica pode não ser considerada antijurídica se o ordenamento jurídico, que deve ser entendido como sistema harmônico em que não existem normas incompatíveis, de alguma forma, permite ou fomenta a sua prática.

A apelante, a partir disso, afirma que atualmente o Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça determina que é dever dos registradores cotar os emolumentos com base no valor real dos bens, conforme dispõe o art. 522-A:

Art. 522-A. Se o valor declarado pelo interessado e os indicadores mencionados no *caput* do art. 16 da Lei Complementar Estadual n. 156, de 15 de maio de 1997, estiverem em flagrante dissonância com o valor real ou de mercado do bem ou do negócio da época, o notário ou registrador adotarão as seguintes providências preliminares:

[...]

II – quanto ao registrador de imóveis, protocolizará o título que lhe for apresentado a registro, observando o seguinte:

a) apresentadas a registro escrituras públicas, instrumentos particulares ou títulos judiciais que tenham conteúdo econômico, cujos valores estejam em flagrante dissonância com o valor real ou de mercado do bem ou do negócio, deverá esclarecer ao apresentante sobre a necessidade de declarar o valor real ou de mercado do bem ou do negócio, tendo em vista que cabe ao registrador exigir e fiscalizar o recolhimento do FRJ (agente arrecadador das taxas de serviço;

b) sendo acolhida a recomendação, deverá, por dever de ofício, emitir o boleto para que o interessado providencie recolhimento do valor total ou da complementação do FRJ devido, conforme o caso, fazendo constar do corpo do registro o novo valor declarado do bem ou do negócio, para fins de cobrança de emolumentos e FRJ, dispensada a impugnação judicial;

c) em caso de discordância por parte do apresentante, fica autorizado o registrador a impugnar judicialmente o valor apresentado.

O referido dispositivo, no entanto, não autoriza a cobrança *manu militari* de custas e emolumentos com base no valor real ou de mercado. Pelo contrário, pois o procedimento a ser adotado emerge de forma muito clara: primeiro, o registrador deverá esclarecer sobre a necessidade de declarar o valor real; segundo e caso seja acolhida a recomendação, deverá emitir guia de recolhimento; e, por fim, em caso de discordância, poderá impugnar judicialmente o valor apresentado.

É bem verdade que a adoção da impugnação judicial não é uma imposição legal. Mas, ao mesmo tempo, também não existe autorização de cobrança sem que haja esclarecimento e concordância pelo apresentante.

No caso, é um tanto óbvio que não houve concordância, haja vista a reclamação apresentada pela vítima no Juízo *a quo*. Da mesma forma, tanto a vítima como seu filho afirmaram que não houve esclarecimento por parte da recorrente sobre a necessidade de declarar o valor real dos imóveis, conforme os depoimentos prestados durante a instrução (mídia encartada à fl. 92).

Portanto, inviável a aplicação da teoria da tipicidade conglobante, pois não há permissão ou incentivo legais que tornem legítima a cobrança de valores excessivos por atos praticados por notários ou registradores, de modo que a conduta da recorrente é, de igual forma, antinormativa e antijurídica.

Ainda, em relação à alegação de atipicidade da conduta, a recorrente sustenta que não ficou configurado o dolo na conduta. Entretanto, é nítida a ocorrência do elemento subjetivo, já que a cobrança – ou a solicitação, conforme a elementar do tipo penal – foi efetuada de forma voluntária e consciente pela apelante, mesmo sendo ela sabedora de que a quantia não estava atrelada ao valor dos imóveis conforme constavam em suas respectivas matrículas” (fls. 316-320 do anexo 2).

Como se vê, os próprios julgadores entenderam que a não utilização do procedimento de impugnação não caracteriza a violação ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

Logo, razão assiste à requerente, já que a conduta de cobrar os emolumentos com base nos valores reais de mercado dos imóveis referentes à averbação de formal de partilha é materialmente atípica, pois não afeta o bem jurídico tutelado (Administração Pública). Isso porque, ainda que não observado o devido processo legal recomendado pela Corregedoria – que gerou processo administrativo com a respectiva sanção (fls. 89-91 do anexo 1) –, o montante foi calculado de acordo com o valor real de mercado dos bens (conforme perícia da autora realizada nos autos 0000292-96.2013.8.24.0256 da comarca de Modelo, fls. 535-553 destes autos), o que, após os fatos, foi e ainda é alvitado pela Corregedoria (art. 522-A do Código de Normas).

Ademais, houve ressarcimento dos valores cobrados e não houve prejuízo algum ao erário.

Acerca do tema, vale transcrever a doutrina de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

O tipo é gerado pelo interesse do legislador no ente que valora, elevando-o a bem jurídico, enunciando uma norma para tutelá-lo, a qual se manifesta em um tipo legal que a ela agrega a tutela penal. Conforme a este processo de gestação, resultará que a conduta que se adequa a um tipo penal será necessariamente contrária à norma que esta anteposta ao tipo legal, e afetará o bem jurídico tutelado. [...]

Isto significa que *a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa.*

Não obstante, não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. Que uma conduta seja típica não significa necessariamente que é antinormativa, isto é, que seja proibida, pela norma (pelo ‘não matarás’, ‘não furtarás’ etc.). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adêquem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado.

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, mas requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a *tipicidade legal*, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela *tipicidade penal* da conduta.

[...] Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestação da tutela jurídica destes bens. Embora seja certo que o delito é algou mau – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a atipicidade. [...]” (*Manual de direito penal brasileiro, parte geral*. Revista dos Tribunais. 2. ed. São Paulo, 1999. p. 456-457 e 462).

No mesmo norte, esclarece Cezar Roberto Bitencourt:

Para concluir, a tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. [...] é imperativa uma *efetiva proporcionalidade entre a gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado [...] (*Tratado de direito penal*. Saraiva. 8 ed. São Paulo, 2014. v. 5, p. 117).

Portanto, a considerar que: *a)* os valores foram devidamente devolvidos à inventariante após a instauração do procedimento administrativo pela Corregedoria, a demonstrar a boa-fé da autora em reparar o dano patrimonial causado; *b)* não houve qualquer prejuízo ao erário; *c)* a partir de 2010, o valor dos emolumentos passou a ser calculado pelos oficiais de registro público tendo por base o valor de mercado dos imóveis (art. 522-A do Código de Normas); *d)* foi uma conduta isolada no exercício do *munus* público pela autora; conclui-se, mesmo que não observado o devido procedimento administrativo por ela, que a conduta foi materialmente atípica.

À vista do exposto, defere-se o pedido para absolver a requerente Neusa Terezinha Kehl, nos termos do art. 386, III, do CP.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação n. 0001034-20.2011.8.24.0086, de Otacílio Costa

Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato

APELAÇÃO CRIMINAL. ACUSADA DENUNCIADA PELA PRÁTICA DE FURTO SIMPLES (ART. 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL), POR SEIS VEZES. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, COM FULCRO NA CAUSA DE ISENÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 181, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO MINISTERIAL. PRETENDIDA CONDENAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS PLENAMENTE DEMONSTRADAS. INAPLICABILIDADE DA ESCUSA ABSOLUTÓRIA INSCULPIDA NO ART. 181, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. OFENDIDO QUE ERA SOGRO DA ACUSADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA IMUNIDADE A PARENTE POR AFINIDADE. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

A escusa absolutória inculpada no art. 181, inciso II, do Código Penal somente se aplica aos ascendentes e aos descendentes da vítima, não incluídos os parentes por afinidade (genro, sogro, cunhado etc.).

OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO, COM EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA ACUSADA.

Imperioso reconhecer a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal quando entre o recebimento da denúncia e a publicação do acórdão condenatório transcorreu lapso temporal suficiente para tal, nos termos dos artigos 109 e 110 do Código Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0001034-

20.2011.8.24.0086, da comarca de Otacílio Costa (Vara Única), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e apelada Lucinda Ribeiro de Andrade.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso ministerial e dar-lhe provimento, para condenar a acusada Lucinda Ribeiro de Andrade à pena de 09 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, por 06 (seis) vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, substituída a pena corporal por uma medida restritiva de direitos e, de ofício, declarar extinta sua punibilidade, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Des. Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Carlos Alberto Civinski.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2016.

Desembargador Paulo Roberto Sartorato

RELATOR

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, com base no incluso Inquérito Policial, ofereceu denúncia contra Lucinda Ribeiro de Andrade, devidamente qualificada nos autos, dando-a como incurso nas sanções do artigo 155, *caput*, por cinco vezes, na forma do artigo 71, ambos do

Código Penal, pelos fatos assim narrados na peça exordial acusatória, in verbis (fls. II/III):

Consta do incluso inquérito policial que, nos meses de março e abril de 2011, a denunciada Lucinda Ribeiro de Andrade com manifesto *animus furandi*, subtraiu para si a quantia de R\$ 6.000,00 [seis mil reais] da vítima Jani Pedro Pereira do Amaral, uma vez que tinha posse do cartão do banco do ofendido, bem como da senha, quando então realizou 6 [seis] saques, cada qual no valor de R\$ 1.000,00 [um mil reais], em caixas eletrônicos deste Município e do Município de Lages/SC. Atente-se que os saques ocorreram nos dias 24, 25 e 26 de março e em 4 e 9 de abril, todos do corrente ano, no Município de Otacílio Costa/SC, bem como houve um saque no dia 31 de março de 2011 no Município de Lages/SC.

Vale registrar que a denunciada conseguiu o cartão do banco quando a vítima foi a sua residência, situada na Localidade de Mato Escuro, s/n., no Município de Palmeira/SC e, logo após levantar-se do sofá, deixou o cartão cair juntamente com um extrato do banco no qual tinha consignada a senha.

Encerrada a instrução processual, a Magistrada *a quo*, por intermédio da sentença de fls. 88/90, reconheceu a incidência da causa de isenção de pena inculpada no art. 181, inciso II, do Código Penal e julgou improcedente a denúncia para absolver a acusada das imputações que lhe foram feitas na denúncia, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação (fl. 92), onde requereu a condenação da acusada pela prática dos delitos descritos na inicial. Asseverou que inaplicável, na hipótese, a imunidade penal prevista pelo art. 181, inciso II, do Código Penal, pois a vítima não era ascendente da acusada (fls. 92/95).

A acusada, por seu turno, em contrarrazões, clamou pelo desprovimento do apelo (fls. 100/108).

Após, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Odil José Cota, opinado pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial (fls. 113/116).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, o reclamo deve ser conhecido.

O recurso de apelação criminal sob exame se volta contra sentença de primeiro grau que, ao julgar improcedente a denúncia oferecida pelo Ministério Público, absolveu Lucinda Ribeiro de Andrade das imputações relativas à prática de crimes de furto contra Jani Pedro Pereira do Amaral, seu sogro.

Concluiu a MM. Juíza sentenciante que, muito embora comprovadas a materialidade e a autoria dos crimes patrimoniais descritos na denúncia, incide à espécie a causa de isenção de pena prevista no art. 181, inciso II, do Código Penal, tendo em vista que a vítima, ao tempo das infrações, era sogro da acusada.

No entanto, através de minuciosa análise do conjunto probatório amealhado ao presente caderno processual, entende-se que a acusada merece ser condenada pela prática dos delitos em tela, afigurando-se incabível a aplicação do art. 181, inciso II, do Código Penal, razão pela qual deve prosperar o recurso ministerial sob exame.

Antes de mais nada, imperioso registrar que a materialidade e a autoria delitivas restaram plenamente demonstradas por intermédio do boletim de ocorrência de fl. 03, do extrato bancário de fl. 04, do ofício de fls. 06/08 e da prova oral.

No presente caso, as provas constantes do caderno processual dão conta de que a acusada tomou cartão bancário pertencente ao pai de seu esposo e, valendo-se da tarjeta, realizou seis saques junto a terminais bancários, subtraindo da conta corrente daquele o montante de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

A identidade da responsável pelas subtrações foi plenamente comprovada por imagens extraídas das câmeras de segurança dos terminais bancários, fornecidas pela instituição financeira (fls. 07/08), e pela integral confissão da acusada, que à polícia e em juízo admitiu integralmente a prática dos crimes (fls. 12/13 e mídia de fl. 79).

Por outro lado, não pode incidir à hipótese em tela a causa de isenção de pena disposta no art. 181, inciso II, do Código Penal, restando imperiosa a condenação da acusada, nos termos requisitados pelo órgão ministerial.

Prescreve o art. 181, II, do Estatuto Repressivo:

Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

[...]

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

O ofendido, extrai-se dos autos, não era ascendente ou descendente da acusada, mas, em verdade, pai de seu esposo, isto é, seu sogro.

Sobre a imunidade prevista no dispositivo legal supramencionado, Guilherme de Souza Nucci leciona:

Ascendente e descendente: cuida o artigo apenas dos ascendentes e descendentes em linha reta (pais, mães, avós, filhos, netos, bisnetos etc.). **Não se incluem, pois, os parentes por afinidade e na linha transversal (sogro, genro, nora, cunhado, padrasto, madrastra,**

enteado, tio, sobrinho, primo etc.). O tipo penal é claro quanto ao parentesco: admite tanto o legítimo (originário no casamento), quanto o ilegítimo (originário fora do casamento). Aliás, de acordo com o preceituado na Constituição Federal (art. 227, § 6º). Admite, ainda, tanto o parentesco natural (laços de sangue), quanto civil (adoção) (...). (Código Penal Comentado, 11ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 894). (Grifou-se).

Tem-se, assim, que a escusa absolutória inculpada no art. 181, inciso II, do Código Penal somente se aplica aos ascendentes e aos descendentes da vítima, não incluídos os parentes por afinidade – caso da acusada.

Colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE ISENÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 181, INCISO II, DO CP. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA REGRA. RECURSO NÃO PROVIDO.

- A causa de isenção de pena prevista no artigo 181, inciso II, do CP, somente se aplica aos crimes praticados contra os cônjuges, ascendentes ou descendentes, não se estendendo aos parentes por afinidade. (TJMG – Apelação Criminal n. 1.0467.13.000670-4/001, da Comarca de Palma, Rel. Des. Valéria da Silva Rodrigues, j. em 27/08/2014).

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES. ESTELIONATO. CONCURSO MATERIAL. ATIPICIDADE AFASTADA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO PARENTAL DE ASCENDÊNCIA ENTRE A VÍTIMA E O APELANTE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 181 DO CP. IMUNIDADE PESSOAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. NOVA DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO INJUSTIFICADA DA PENA-BASE. MÍNIMA REDUÇÃO DA PENA DE MULTA.

O preceito constante do art. 181 do CP alcança, tão-somente, os delitos perpetrados contra cônjuges, ascendentes ou descendentes, não se estendendo aos demais parentes ainda quando estreita a relação havida

entre eles. (TJMG – Apelação Criminal n. 1.0596.09.056604-0/001, da Comarca de Santa Rita do Sapucaí, Rel. Des. Matheus Chaves Jardim, j. em 23/09/2010).

Ante o explanado, devida a condenação da acusada em razão da prática de 06 (seis) crimes de furto simples (art. 155, *caput*, do Código Penal).

Imperioso ressaltar que, existindo tão somente a subtração do cartão magnético e sua posterior utilização para o assenhoreamento de quantias pertencentes a Jani Pedro, sem a indução do ofendido em erro mediante engodo, subsomem-se as condutas praticadas à previsão abstrata inculpada no art. 155 do Código Penal, e não àquela disposta no art. 171 do mesmo diploma.

No que tange ao pleito de reconhecimento da figura do furto privilegiado, elencado em contrarrazões, entende-se que não merece acolhimento, já que não preenchidos, na hipótese, os requisitos elencados pelo art. 155, § 2º, do Código Penal.

Dispõe a aludida norma que *“se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um terço a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa”*.

Com efeito, a ré/apelante é tecnicamente primária (fls. 23/24). Não obstante, as cifras subtraídas na sequência delitiva, aproximadamente R\$ 6.000,00 (seis mil reais), apresentam-se bastante superiores ao valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais), não podendo ser consideradas de pequena monta.

Sobre a adoção do valor do salário mínimo como critério objetivo para a aferição do pequeno valor da coisa, aliás, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal: Apelação Criminal n. 2012.032465-3, de Seara, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 16/08/2012; Apelação Criminal n.

2010.034303-5, de Rio do Sul, Rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. em 23/11/2010; Apelação Criminal n. 2010.067621-9, da Capital, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 23/02/2012.

Ex positis, estando a materialidade e a autoria de 06 (seis) delitos de furto (artigo 155, *caput*, do Código Penal) cabalmente comprovadas pelos elementos encontrados nos autos, inviável a absolvição da acusada/apelada.

Dessa forma, passa-se à dosimetria da pena.

Inicialmente, ressalta-se que a dosimetria de cada um dos 06 (seis) crimes de furto praticados na hipótese será realizada de forma conjunta, haja vista a identidade entre as circunstâncias atinentes àqueles.

A culpabilidade, isto é, o grau de reprovabilidade das condutas, deve ensejar ligeiro acréscimo de pena, pois acentuada. Isso porque os furtos foram cometidos pela acusada contra seu próprio sogro. Entende-se que a prática do ilícito contra o pai de seu esposo, pessoa de seu convívio, denota maior censurabilidade das ações empreendidas pela ré.

A acusada não registra antecedentes.

Não há indicativos de má conduta social.

A averiguação da personalidade da acusada está prejudicada, em razão da falta de elementos possibilitadores de tal análise

Segundo a própria vítima, os crimes foram cometidos em represália ao próprio marido, supostamente violador de deveres de fidelidade conjugal. Tal motivação, entretanto, não possui execrabilidade ímpar a ponto de ensejar o recrudescimento da sanção.

As circunstâncias dos crimes não merecem destaque.

As consequências dos furtos foram minoradas, haja vista a devolução dos montantes subtraídos antes mesmo do oferecimento da

denúncia. Tal peculiaridade, entretanto, não será considerada para reduzir a reprimenda na primeira etapa da dosimetria, mas será sopesada na terceira fase do cálculo, quando da aplicação da minorante inculpada no art. 16 do Código Penal.

Não há qualquer indicativo de que o comportamento da vítima tenha contribuído à ocorrência dos crimes.

Verificadas individualmente as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, por reputar digna de nota a elevada culpabilidade da ré, assento a pena-base relativa a cada um dos crimes praticados em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, ou seja, 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal.

Quanto à pena de multa, segundo o art. 49 do Código Penal, deve ser fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Por outro lado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátrias são praticamente uníssonas ao afirmar que a pena de multa deve ser estabelecida em patamar proporcional à pena restritiva de liberdade também cominada ao réu.

Na presente hipótese, em que a ré foi condenada pela prática da conduta prevista pelo art. 155, *caput*, do Código Penal, deve-se atentar para o fato de que a diferença entre o mínimo e o máximo *in abstracto* da pena corpórea do tipo penal em questão é de 03 (três) anos, ou 36 (trinta e seis) meses, ao passo que o espaçamento entre mínimo e máximo da pena de multa, segundo o art. 49 do Código Penal, é de 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa. Logo, para que haja proporcionalidade entre pena corpórea e multa, para cada mês acrescido ao mínimo legal da pena privativa de liberdade, deve haver o aumento de 9,72 dias-multa ao patamar mínimo da pena pecuniária.

Tal operação fará com que a pena de multa fique em seu mínimo legal, 10 (dez) dias-multa, caso a pena privativa de liberdade também seja

estabelecida em seu mínimo legal, 01 (um) ano de reclusão; e que a pena de multa seja assentada em seu máximo legal, 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, na hipótese de a sanção corpórea restar instituída em seu máximo legal, 04 (quatro) anos de reclusão.

Assim, já que a pena-base da ré foi fixada em 01 (um) ano e 02 (dois) meses, apenas 02 (dois) meses acima do mínimo legal, entende-se que a pena de multa, para que guarde proporcionalidade àquela, deve restar estabelecida em 29 (vinte e nove) dias-multa.

Em atenção à modesta condição socioeconômica da acusada (fl. 14), fixa-se o valor de cada um dos dias-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, patamar mínimo previsto pelo art. 49, § 1º, do Código Penal.

Na segunda fase, verifico a incidência da atenuante relativa à confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), razão pela qual conduzo a pena privativa de liberdade ao montante mínimo legal – 01 (um) ano de reclusão. Doutra banda, não incidem circunstâncias agravantes em desfavor da acusada. A pena de multa não sofre alteração nesta fase, consoante pacífica jurisprudência deste Tribunal.

Finalmente, na terceira etapa, devida a aplicação da causa minorante prevista no art. 16 do Código Penal, relativa ao arrependimento posterior, já que a acusada, segundo o depoimento da própria vítima (mídia de fl. 79), de forma espontânea e antes da denúncia, efetuou a devolução integral dos valores subtraídos.

Acerca dos critérios para a diminuição da reprimenda, válida a lição de Guilherme de Souza Nucci: “*Critérios para a diminuição: devem-se levar em consideração dois fatores: a) espontaneidade do agente; b) celeridade na devolução. Quanto mais sincera e rápida for a restituição ou reparação, maior será a diminuição operada*” (Código Penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 203).

Considerando que, *in casu*, a devolução se deu após o ofendido registrar a ocorrência junto à autoridade policial (fl. 03), mas logo após da descoberta da autoria criminoso, antes da colheita de depoimentos na delegacia (fls. 09 e 12/13), fixo a fração de redução em 1/2 (um meio), monta intermediária.

A pena relativa a cada um dos crimes deve ser dimensionada em 06 (seis) meses de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, portanto.

Aplicável, em relação a todos os crimes, a ficção jurídica atinente à continuidade delitiva, na forma do art. 71 do Código Penal. Afinal, vê-se que as condutas ilícitas se repetiram por 06 (seis) vezes, com idêntico modus operandi e com breves intervalos de tempo. Ainda que um dos saques tenha ocorrido no município de Lages, diferentemente dos demais, ocorridos em Otacílio Costa, entendo que tal peculiaridade não impede a invocação da aludida regra, em especial porque a proximidade dos municípios autoriza a interpretação de que foram análogas as condições de lugar dos delitos. Os demais crimes, é de se concluir, apresentaram-se como desdobramentos do primeiro, em uma sucessão circunstancial.

Porque foram 06 (seis) os crimes cometidos em continuidade, e considerando que foram idênticas as penas aplicadas em relação a cada um deles, aplico a uma delas aumento no patamar de 1/2 (um meio), definitivizando a reprimenda em 09 (nove) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa.

Sobre o critério para a estipulação do *quantum* de aumento em casos tais, eis elucidativo precedente desta Corte de Justiça:

Nesta Corte, já se tornou pacífico o critério de vincular o acréscimo relativo à continuidade delitiva ao número de crimes. Em se tratando de dois delitos (1 + 1), o aumento será o de 1/6 (um sexto) sobre a pena imposta ao mais grave. Quando forem três crimes (1 + 2), será de 1/5 (um quinto), quando forem quatro (1 + 3), será de 1/4 (um quarto), cinco (1 + 4), será de 1/3 (um terço), seis (1 + 5), a 1/2 (metade), e, por

fim, de 2/3 (dois terços), quando forem sete ou mais (1 + 6). (Apelação Criminal n. 2003.011233-2, de Ituporanga, Rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 02/09/2003).

À luz dos ditames do artigo 33 do Código Penal, fixo o regime aberto para o cumprimento da pena.

Porque presentes os requisitos legais (art. 44 do CP), substituo a pena privativa de liberdade por 01 (uma) medida restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo, no valor vigente à época dos fatos, em favor da vítima.

Com a substituição da pena privativa de liberdade, prejudicada resta a análise do *sursis*.

Outrossim, tendo em vista o *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada no presente caso – desconsiderado o aumento ensejado pela continuidade delitiva (art. 119 do CP e Súmula 497 do STF) –, 06 (seis) meses de reclusão, deve-se reconhecer a extinção da punibilidade da ré/apelada, assim que certificado o trânsito em julgado para a acusação (art. 110, § 1º, do CP), em razão da ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa

Observa-se que a sentença proferida em primeiro grau foi absolutória, motivo pelo qual não interrompeu o prazo prescricional (art. 117, IV, do Código Penal). Entre os marcos interruptivos do recebimento da denúncia, ocorrido em 11/01/2012 (fl. 22) e a decisão condenatória agora operada (art. 117, I e IV do CP) transcorreram mais de 03 (três) anos sem que houvesse a interrupção do prazo prescricional, lapso temporal suficiente à configuração da prescrição (art. 109, VI, do CP).

Portanto, com o trânsito em julgado deste decreto condenatório, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua modalidade retroativa, com a consequente extinção da punibilidade da ré/apelada.

Ante o exposto, vota-se pelo provimento do recurso ministerial, para condenar a acusada Lucinda Ribeiro de Andrade à pena de 09 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, por 06 (seis) vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, substituída a pena corporal por uma medida restritiva de direitos e, de ofício, declarar extinta sua punibilidade, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa.

Este é o voto.

Apelação n. 0015609-43.2011.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO SIMPLES (CP, ART. 180, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PEDIDO DE REDUÇÃO MÁXIMA DA REPRIMENDA. SANÇÃO APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

MÉRITO. MATERIALIDADE NÃO IMPUGNADA. DISCUSSÃO ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. AGENTE FLAGRADO NA POSSE DE BENS SUBTRAÍDOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA DO BEM. EXEGESE DA PARTE INICIAL DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

SENTENÇA MANTIDA.

- O apelante carece de interesse recursal quando pleiteia a redução da pena já fixada no mínimo legal.
- O agente que é flagrado na posse de bens subtraídos com registro de furto e roubo e não apresenta comprovação da origem lícita dos mesmos comete o crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal.
- Compete à defesa comprovar a origem lícita do bem ou o desconhecimento de que o mesmo é produto de crime, nos termos do disposto na parte inicial do art. 156 do Código de Processo Penal.
- Parecer da PGJ pelo parcial conhecimento e o desprovimento do recurso.
- Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0015609-43.2011.8.24.0018, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal), em que é apelante Dhonatan Modesto da Cruz Lorenzetti, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso e negar-lhe provimento. Comunicar a vítima, conforme determinação do art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Desembargadora Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Desembargador Paulo Roberto Sartorato.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2016.

Carlos Alberto Civinski

RELATOR

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Alan Vinicius Nogueira, dando-o como incurso nas sanções do art. 180, *caput*, do Código Penal (por duas vezes, vítimas Luciana e Agiana), e Dhonatan Modesto da Cruz Lorenzetti, dando-o como incurso nas penas do art. 180, *caput*, do Código Penal (vítima Agiana); art. 157, § 2º, II, do Código Penal (vítima Luciana); e art. 28 da Lei 11.343/2006, todos c/c art. 69 do Código Penal, em razão dos seguintes fatos:

Segundo se infere do presente Auto de Prisão em Flagrante, no dia 23 de junho de 2011, em horário próximo ao meio-dia, a vítima Agiana Garcez da Luz deixou seu veículo Citroen C3, placas MHV-1529, estacionado na rua Rio de Janeiro, em frente ao Brasão Supermercados, nesta cidade

e Comarca de Chapecó/SC, quando foi vítima de crime patrimonial (furto).

De acordo com o boletim de ocorrência de fl. 17, o veículo Citroen C3 foi arrombado (mediante quebra do vidro do caroneiro lado direito) e os autores promoveram a subtração de uma bolsa preta, marca Victor Hugo, contendo em seu interior diversos documentos, sendo “carteira de identidade, CPF, título de eleitor, carteira nacional de habilitação, carteira provisória de arquiteta, cartão de crédito e de débito do Banco do Brasil, cartão de crédito e débito do Banco Sicoob Mastercard, uma carteira de saúde da Unimed, carteira da Uniodonto, cartão de crédito do Banco Sicoob bandeira Cabal e um talonário de cheques do Banco do Brasil, agência 0321-2, conta-corrente 36.799-6, com aproximadamente 4 folhas em branco e sem assinatura e um talonário de cheques do Banco Sicoob, com aproximadamente 10 folhas em branco e sem assinatura”.

Posteriormente, no dia 25 de julho de 2011, por volta das 14h45min, Luciana Marli Strauss estacionou seu veículo na rua Lauro Muller, Centro, nesta cidade e Comarca de Chapecó/SC, momento em que dois indivíduos utilizando uma motocicleta CG/Titan, cor escura, placas ILE 5907 ou 5097, se aproximaram da ofendida, sendo que um dos autores desceu da motocicleta, portando uma pedra escondida em seu casaco, gritando com a vítima (grave ameaça) e subtraiu a sua bolsa, contendo em seu interior R\$ 60,00 em dinheiro, talão de cheques do Banco do Brasil, contendo uma folha em branco de no 850544, agência 0321-1, carteira nacional de habilitação, carteira de identidade, CPF, título de eleitor, e documentos do veículo”, conforme boletim de ocorrência de fl. 18.

Na sequência, os autores saíram do local, transferindo a propriedade dos objetos subtraídos.

No dia 02 de agosto de 2011, por volta das 14h30min, policiais militares estavam realizando rondas na Rua da Amizade, no Bairro Quedas do Palmital, nesta Cidade e Comarca de Chapecó/SC, quando

visualizaram o denunciado **DHONATAN MODESTO DA CRUZ LORENZETTI**, o qual, quando avistou a viatura da Polícia Militar, agindo de forma suspeita, adentrou em sua residência.

Diante de tal fato, os policiais militares seguiram até a residência, momento em que perceberam que o denunciado **DHONATAN MODESTO DA CRUZ LORENZETTI** jogou algo no forro da casa, sendo constatado posteriormente que se tratava de “02 (dois) tabletes de erva prensada, semelhante à Maconha” (Termo de Exibição e Apreensão de fl. 21), que aquele guardava para consumo próprio, substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica em seus usuários, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Na sequência, constataram que, além do denunciado **DHONATAN MODESTO DA CRUZ LORENZETTI**, estava na residência o denunciado **ALAN VINICIUS NOGUEIRA**. Com isso, foi realizada revista no interior da residência, onde lograram encontrar “04 (quatro) aparelhos de telefone móvel, 01 (um) Samsung, 03 (três) Nokia; 01 (uma) folha de cheque em branco no 850544, Banco do Brasil/Ag. 321, c/c 6735-0, correntista Luciana Marli Strauss; 03 (três) folhas de cheque em branco no 014, 015 e 016, Itaú/Ag. 0327, c/c 54372-4, correntista Edegar Luis Stodulski; 01 (um) cartão Unimed, Grande Florianópolis; 01 (um) cartão CPF 050.312.959-37, Agiana Garcez da Luz; 01 (um) cartão Visa Ourocard, Agiana Garcez da Luz; 01 (um) cartão Porto Seguro; 02 (dois) cartões Sicoob Card, Agiana Garcez da Luz; 01 (um) cartão Unimed, Agiana Garcez da Luz; 01 (um) brinco de identificação de gado SISBOV 105420146520395, 652039; R\$ 120,00 (cento e vinte reais) em espécie, moedas e notas e 01 (um) rolo de papel alumínio parcialmente usado” (Termo de Exibição e Apreensão de fl. 21).

Encaminhados os objetos apreendidos e os denunciados **DHONATAN MODESTO DA CRUZ LORENZETTI** e **ALAN VINICIUS NOGUEIRA** para a Central de Polícia, foi consultado o nome

dos proprietários dos cheques e dos cartões, sendo constatado através dos registros dos boletins de ocorrência, que a ofendida Luciana Marli Strauss, havia sido vítima de roubo na data de 25/07/2011 e a ofendida Agiana Garcez da Luz havia sido vítima de furto na data de 23/06/2011.

Os denunciados **DHONATAN MODESTO DA CRUZ LORENZETTI** e **ALAN VINICIUS NOGUEIRA**, agindo em flagrante demonstração de ofensa ao patrimônio alheio, adquiriram, transportaram e ocultaram, em seu próprio proveito ou proveito alheio, os objetos já descritos, plenamente cientes de que os objetos eram provenientes, especialmente do furto tendo como vítima Agiana Garcez da Luz em 23/06/2011 e também, dos objetos oriundos do roubo (25/07/2011), ou seja, tinham origem espúria e/ou criminoso.

Posteriormente, a vítima Luciana Marli Strauss compareceu na Delegacia de Polícia e reconheceu o denunciado **DHONATAN MODESTO DA CRUZ LORENZETTI** como sendo o condutor da motocicleta no dia do roubo, quando no dia 25 de julho de 2011, por volta das 14h45min, Luciana Marli Strauss estacionou seu veículo na Rua Lauro Muller, Centro, nesta cidade e Comarca de Chapecó/SC, momento em que utilizando uma motocicleta CH/Titan (conduzida pelo denunciado **DHONATAN MODESTO DA CRUZ LORENZETTI**), cor escura, placas ILE 5907 ou 5097, se aproximaram da ofendida, sendo que um dos autores desceu da motocicleta, portando uma pedra escondida em seu casaco, sendo que gritaram com a vítima, causando-lhe temor (grave ameaça) e subtraíram sua bolsa, contendo em seu interior “R\$ 60,00 em dinheiro, talão de cheques do Banco do Brasil, contendo uma folha em branco de no 850544, agência 0321-1, carteira nacional de habilitação, carteira de identidade, CPF, título de eleitor, e documentos do veículo”, conforme boletim de ocorrência de fl. 18.

Portanto, o denunciado **DHONATAN MODESTO DA CRUZ LORENZETTI**, sendo o condutor da motocicleta no dia do roubo

(25/07/2011), participou ativamente da conduta de subtração, mediante grave ameaça, devido a imposição física de duas pessoas, em uma motocicleta, gritando com a vítima e utilizando ainda uma pedra, enrolada na blusa, a qual foi “apontada” para a vítima, pelo outro meliante, não identificado (fls. I/IV).

Decisão em audiência: foi decretada a revelia do acusado Alan Vinicius Nogueira (fl. 155).

Sentença: a Juíza de Direito Ana Karina Arruda Anzanello julgou parcialmente procedente a denúncia para:

a) condenar Alan Vinicius Nogueira pela prática do crime descrito no art. 180, *caput*, do Código Penal, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos; e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal;

b) condenar Dhonatan Modesto da Cruz pela prática dos crimes previstos no art. 180, *caput*, do Código Penal, e art. 28 da Lei 11.343/2006, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos; ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal; e à prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 3 (três) meses;

c) absolver Dhonatan Modesto da Cruz do delito disposto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Trânsito em julgado: muito embora não certificado pelo Juízo *a quo*, verifica-se que a sentença transitou em julgado para a defesa de Alan Vinicius Nogueira e para o Ministério Público.

Recurso de apelação de Dhonatan Modesto da Cruz: a defesa interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que:

a) o recorrente não praticou o crime pelo qual resultou condenado, pois o local em que os objetos foram encontrados é aberto e todos os usuários da região costumam frequentar para consumirem drogas, de modo que os bens podem ter sido deixados lá por qualquer pessoa; a condenação deve ser baseada em um “cunho de certeza”;

b) sucessivamente, impõe-se a redução máxima da reprimenda, com a manutenção da substituição, porquanto, do contrário, “haveria desproporcionalidade entre a pena e a ação do mesmo”.

Requeru o conhecimento e o provimento do recurso para reformar a sentença, de modo a absolvê-lo da conduta narrada na denúncia, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, ou, sucessivamente, reduzir a pena (fls. 275-281).

Contrarrazões do Ministério Público: a acusação impugnou as razões recursais, ao argumento de que:

a) a autoria do crime de receptação ficou evidenciada nos autos, sendo que os pormenores do momento da prisão induziram à conclusão lógica de que o apelante ocultava objetos que sabia ser produto de roubo;

b) não há como conhecer do pedido genérico de redução da pena.

Requeru o parcial conhecimento do recurso e o seu desprovimento (fls. 285-293).

Parecer da PGJ: o Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho opinou pelo parcial conhecimento e o desprovimento do recurso (fls. 295-300).

Este é o relatório.

VOTO

Do juízo de admissibilidade

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

A defesa pleiteia a redução máxima da reprimenda.

Todavia, a sentença condenatória fixou a pena no patamar mínimo e ainda substituiu por uma restritiva de direitos, conforme fls. 254 e 256, de forma que o apelante carece de interesse recursal no particular.

Do mérito

A defesa afirma que o recorrente não praticou o crime pelo qual resultou condenado, pois o local em que os objetos foram encontrados é aberto e todos os usuários da região costumam frequentar para consumir drogas, de modo que os bens podem ter sido deixados lá por qualquer pessoa; a condenação deve ser baseada em um “cunho de certeza”.

A acusação, em sede recursal, reforça a manutenção integral da sentença penal condenatória.

A Magistrada *a quo* reconheceu a materialidade e a autoria delitivas e condenou o apelante pela prática do crime de receptação simples.

O art. 180, *caput*, do Código Penal, dispõe que:

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)

Examinando o conjunto probatório, verifica-se que o recurso não comporta provimento no particular.

A discussão reside na autoria do crime de receptação.

A matéria foi apreciada de forma detalhada pela eminente Promotora de Justiça de primeiro grau, Roberta Mesquita e Oliveira Tauscheck, motivo pelo qual adoto suas conclusões como razão de decidir, o que é

permitido pelo Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 5.2.2013, v.u.):

A defesa do apelante pleiteou a absolvição do crime de receptação sob a alegação de falta de provas da autoria delitiva para embasar a condenação, todavia, sem razão.

Registre-se que a **materialidade** do crime encontra-se evidenciada pelos seguintes elementos de prova: auto de prisão em flagrante (fls.4-12); boletim de ocorrência (fls.15-18); auto de apreensão (fl.21); levantamento fotográfico (fl.22); e, indiretamente, pela prova oral produzida.

A **autoria**, por seu turno, foi igualmente comprovada.

Na fase indiciária (fl.11), o insurgente preferiu exercer o direito constitucional de permanecer em silêncio e, em juízo (fl.185, CD fl.187) declarou que não são verdadeiras as acusações, alegando que à época dos fatos morava com sua mãe e que foi abordado em uma casa abandonada comumente utilizada por usuários de drogas para o consumo de entorpecente. Afirma que no momento da abordagem se assustou por estar usando maconha e disse que logo depois os policiais entraram na casa abandonada e voltaram com uma bolsa, acusando-o de tê-la roubado. Assevera que a maconha que portava era pouca e para consumo pessoal.

No mesmo norte foi o depoimento do corréu Alan Vinicius Nogueira em juízo (fl.186, CD fl.187), quando afirmou que no dia dos fatos se encontrou com o insurgente para consumirem maconha em uma casa abandonada que vivia cheia de usuários, mas na qual eles não teriam chegado a entrar. Alegou que no momento do flagrante os policiais lhes pediram que entrassem na residência e depois os acusaram de ter roubado uma bolsa.

Contrariando as declarações anteriores temos o depoimento da testemunha Everton Jose de Souza, policial militar, que na fase indiciária (fl.5) relatou:

QUE o depoente e seu colega SD LEOCIR, SD LOREÇO, e SD LEUZE, estavam na viatura 865 realizando rondas no Bairro Quedas do Palmital, quando estava na Rua da Amizade, viram que um rapaz ao avistar a viatura adentrou em uma casa de forma suspeita; QUE, seguiram o rapaz e viram que ele havia jogado algo no forro da casa; QUE, na casa, além desse rapaz, havia um outro rapaz; QUE, o rapaz que correu foi identificado como DHONATHAN MODESTO DA CRUZ LORENZETTI e o outro rapaz, que estava dentro da casa, foi identificado como ALAN VINICIUS NOGUEIRA; QUE, ao olharem no forro da residência encontraram dois pequenos tabletes de erva semelhante a Maconha; QUE, em revista pela casa encontraram em um quarto diversas folhas de cheque em branco, um CPF, cartões de crédito, dinheiro trocado e alguns celulares; QUE, na delegacia foi consultado o nome dos proprietários dos cheques, sendo que foi constatado que a Sra. LUCIANA MARLI STRAUSS, proprietário de um cheque, havia sido vítima de roubo na data de 25-07-2011, na Rua Lauro Muller, Centro de Chapecó, e também foi constatado que a Sra. AGIANA GARCEZ DA LUZ havia sido vítima de furto na data de 23-06-2011, da qual foi furtada a bolsa contendo CPF, cartões de crédito e outros documentos; QUE, os conduzidos não explicaram a procedência dos objetos que foram encontrados na residência deles. (grifou-se)

No mesmo sentido foi o depoimento de seu colega de farda Leocir Antonio da Costa, ao relatar em juízo (fl.156, CD fl.157) que durante rondas preventivas passaram em frente à referida casa e os acusados se evadiram para o interior da residência, sendo que um deles jogou um objeto no forro da casa e após proceder à revista, o declarante e seu colega localizaram dois torrões de maconha. Afirmou que diante do fato fizeram uma busca mais minuciosa no local e encontraram cartões de banco em nome de uma feminina e cheques em branco. Declara que, diante de tal situação, conduziram os réus à delegacia, onde mais tarde apuraram que o material encontrado era produto de furto e localizaram as vítimas. Disse, também, que os acusados não disseram de quem eram os cartões e cheques encontrados, afirmando apenas que desconheciam a dona. Relata que os dois acusados já eram conhecidos de outras ocorrências e já haviam sido abordados outras vezes. Sobre o local da

abordagem, disse que a casa era habitada e que havia uma motocicleta nos fundos da residência, mas que não sabe de quem era.

Destaque-se ainda o depoimento da testemunha Luciana Marli Strauss na Delegacia de Polícia (fl.78):

Que a declarante informa foi vítima de roubo, conforme o boletim de ocorrência n.º 00064-2012-11390, acostado à fl. 18 dos presentes autos; Que no dia de hoje, nesta Central de Polícia, foram apresentadas as fotografias dos conduzidos nos presentes autos, quais sejam DHONATTAN e ALAN, sendo que **a declarante reconheceu, sem sombra de dúvida, as fotografias de DHONATTAN, como sendo a pessoa que participou do roubo que a declarante foi vítima;** Que a declarante não reconheceu a fotografia de ALAN como sendo um dos autores do roubo; **Que a declarante informa que DHONATTAN foi quem ficou na motocicleta dando auxílio ao outro masculino (o qual era moreno, cabelo encaracolado, aproximadamente 1,75mt, aparentando ter 18 anos de idade, o qual estava sem capacete, olhos de cor escura, rosto redondo, vestindo moletom de cor cinza de zíper), sendo que este masculino entrou no veículo da declarante e roubou a bolsa da declarante;** Que a declarante informa que este masculino que entrou no veículo não estava armado com arma de fogo, sendo que estava de posse de uma pedra com uma ponta, cuja pedra estava enrolada em um casaco, sendo que apontou o objeto para a declarante; Que a declarante informa que após roubar a bolsa, o masculino sacudi o casaco, momento em que a declarante pode ver que o objeto se tratava de uma pedra; Que a declarante foi agredida fisicamente pelo masculino; **Que após se apossar da bolsa da declarante, o masculino subiu na motocicleta conduzido por DHONATAN, a qual estava em frente ao veículo da declarante, sendo que se evadiram do local;** [...] (grifou-se)

Corroborando a tese acusatória, colhe-se o depoimento da testemunha Agiana Garcez em juízo (fl.170, CD fl.172), quando declarou que foi almoçar em um supermercado e ao retornar constatou que haviam quebrado a janela de seu veículo e subtraído sua bolsa contendo carteira com todos os documentos, talão de cheques, carteira do plano

de saúde, e alguns objetos pessoais. Afirma que foi na Delegacia mas não houve devolução de seus bens e que mesmo depois de terem sido encontrados seus documentos, a declarante não foi chamada para fazer o reconhecimento.

A negativa de autoria, portanto, não tem respaldo em nenhum adminículo de prova nos autos. Diante dos relatos dos policiais e das vítimas, não há espaço para as conjecturas do apelante no sentido de que desconhecia a procedência da bolsa encontrada pelos policiais ao revistarem a residência onde o mesmo se encontrava na companhia do corréu Alan.

Ademais, ainda que o recorrente alegue que não estava de posse da bolsa no momento da abordagem, dando a entender que foi vítima de armação por parte dos policiais, as palavras da testemunha Luciana Marli Strauss foram firmes em apontá-lo como partícipe do roubo de que fora vítima há menos de um mês, contando ainda com o reconhecimento por parte desta.

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Santa Catarina:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, *CAPUT*, E ART. 35, *CAPUT*, AMBOS DA LEI 11.343/2006 e 180 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. MATERIALIDADE NÃO IMPUGNADA. AUTORIA DOS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA INVESTIGAÇÃO E PRISÃO. ELEMENTOS DE PROVAS E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA QUE COMPROVA A PRÁTICA DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E O ÂNIMO ASSOCIATIVO PARA A PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTO NESSA LEI DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE PARA USO PRÓPRIO. QUANTIDADE DE DROGA E DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS QUE IMPOSSIBILITAM A ACOLHIMENTO DA TESE. REJEIÇÃO. **CRIME DE RECEPÇÃO. AGENTES QUE FORAM LOCALIZADOS NA POSSE DE DOCUMENTOS**

DOS QUAIS, ANTERIORMENTE, HOUE REGISTRO DE FURTO. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO. VERSÃO DOS RECORRENTES CONTRADITÓRIAS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. TESE REJEITADA. SENTENÇA MANTIDA. SENTENÇA REFORMADA. - [...] Em razão do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, impõe-se ao acusado do crime de receptação comprovar a origem lícita do produto ou o desconhecimento de que provém de crime. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e o desprovemento do recurso. - Recurso conhecido e desprovido (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2014.053440-1, de Balneário Piçarras, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Julgada em 23/06/2015. Disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 4 nov. 2015). (grifou-se)

Portanto, quanto à alegada insuficiência de provas, *contrario sensu* do sustentado pela apelante, a sentença fundamentou-se em provas suficientes para a condenação, porque os elementos de prova destacados e os pormenores do momento da prisão em flagrante induzem à conclusão lógica de que o apelante ocultava objetos que sabia ser produto de roubo, incidindo assim na conduta típica descrita no artigo 180, *caput*, do Código Penal.

Com efeito, anote-se que cabe ao juiz valorar as provas, de modo que se convença da base empírica da ação para, ao final, motivadamente, decidir a *quaestio*. A Magistrada *a quo* sopesou todas as provas trazidas aos autos, do caderno indiciário ao probatório, as quais serviram para embasar o édito judicial condenatório aplicado em desfavor do recorrente.

Discorrendo sobre o sistema de valoração da prova adotado por nosso Código de Processo Penal (persuasão racional), leciona Julio Fabbrini Mirabete, citando Vicente Greco:

Adotou a lei o princípio do *livre convencimento motivado* (ou *livre convicção*, ou *da verdade real*), segundo o qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova, não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre em sua escolha, aceitação e valoração. [...] Fica claro, porém, que o juiz está adstrito às provas dos

autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos a eles estranhos: o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis no est in mundo*). É livre, porém, quando se guia pela crítica sã e racional; a lógica, o raciocínio, a experiência etc. o conduzirão nesse exame e apreciação. Por isso se fala no *princípio da persuasão racional* na apreciação da prova (GRECO, Vicente. Ob. cit. p. 191, 348-349). Como o juiz deve fundamentar a decisão (art. 381, III), fala-se no princípio do livre convencimento motivado (MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 478-479).

Dessarte, a condenação da apelante pelo crime de receptação é de imperiosa providência, pois a sentença foi devidamente fundamentada, respeitando o princípio contido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Houve correta prestação jurisdicional, baseada no livre convencimento motivado da Magistrada, no sentido de que o insurgente cometeu o crime previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal (fls. 285-291). (grifado no original)

Essas circunstâncias evidenciam que o apelante incorreu na conduta delitativa descrita na denúncia, de modo que não há falar na existência de dúvidas para a manutenção da sentença penal condenatória.

A tese defensiva resume-se à residência em que os objetos foram apreendidos, pois, ao seu ver, o “local em que os objetos foram encontrados é aberto e todos os usuários da região costumam frequentar para consumirem drogas, de modo que os bens podem ter sido deixados lá por qualquer pessoa”.

Em outras palavras, sustenta que o recorrente não era residia no local, circunstância que, todavia, não resultou demonstrada nos autos.

Isso porque o endereço informado pelo apelante, na Delegacia, à fl. 46, corresponde com o informado pelos policiais no boletim de ocorrência de fl. 15 (local dos fatos), muito embora o bairro não seja o mesmo, mas constou no referido documento que o recorrente “atualmente reside em uma casa abandonada no endereço acima”.

No local, foram encontrados bens objetos de furto e roubo praticados contra as vítimas Agiana G. da Luz e Luciana M. Strauss, conforme boletins de ocorrência de fls. 54/55. A testemunha Luciana chegou a reconhecer o recorrente com certeza na Delegacia (fl. 78), ou seja, ainda é bem provável que ele mesmo tenha praticado o crime de roubo pelo qual restou absolvido.

Ambos os policiais confirmaram, tanto na etapa indiciária como em Juízo, que o apelante estava na frente da residência e adentrou no local quando presenciou os policiais e jogou algo no forro, de forma que conhecia o local e tinha livre acesso aos seus cômodos (fls. 5/6 e 156).

O policial Leocir Antônio da Costa esclareceu, na audiência de instrução, que a casa, embora com poucos móveis, era habitada e que já tinha presenciado o recorrente lá em outras oportunidades. Disse que os policiais já tinham abordado o apelante outras vezes, “passavam seguidamente pelo local e ele sempre estava ali”, resolveram abordá-lo porque ele correu para dentro da residência e desconfiaram que tinha algo de ilícito com ele (fl. 156).

Ainda acrescentou que tinha uma moto nos fundos da casa, mas não sabia de quem era (fl. 156).

Pois bem. Sabe-se que, na hipótese de receptação dolosa, pelo disposto no art. 156 do Código Penal, inverte-se o ônus da prova, ou seja, cabe ao agente comprovar a origem lícita do bem ou o desconhecimento da sua origem espúria, o que não ocorreu no caso, pois a defesa não apresentou nenhuma justificativa suficientemente verossímil para a posse dos bens apreendidos.

O apelante permaneceu em silêncio na Delegacia (fl. 46) e não motivou a posse dos bens quando da prisão em flagrante (fls. 38/39 e 156), sendo que, em Juízo, limitou-se a dizer que não residia no local (fl. 187).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “a apreensão da *res furtiva* em poder do réu dá ensejo à inversão do ônus da prova quanto ao conhecimento da origem ilícita do bem. Não apresentando justificativa plausível, mantém-se a condenação” (AREsp 770.669/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 9.10.2015, decisão monocrática).

O entendimento dessa Corte não destoa:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO DOLOSA (ART. 180, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE PROVAS. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PROVAS SUFICIENTES A EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. APREENSÃO DA *RES FURTIVA* NA RESIDÊNCIA DO RÉU. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL A FIM DE COMPROVAR QUE DESCONHECIA A ORIGEM ILÍCITA DO VEÍCULO APREENDIDO. DOLO EVIDENCIADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA DO DELITO QUE NÃO MERECE PROSPERAR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Se do conjunto probatório emergem incontestes quer a materialidade, quer a autoria delitiva, revela-se correta a decisão condenatória e inaplicável a absolvição por ausência de provas. 2. A desclassificação do delito de receptação dolosa para a modalidade culposa (art. 180, § 3º, do Código Penal) somente ocorreria no caso de o acusado comprovar o desconhecimento da origem criminoso do veículo adquirido, circunstância essa não evidenciada no caso em tela (Apelação Criminal 2015.044393-8, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 6.10.2015, v.u.). (grifado)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. RECEPÇÃO DOLOSA (ART. 180, *CAPUT*, DO CP) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 16,

PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMO DA DEFESA. AVENTADA INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PEÇA ACUSATÓRIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUSCITADA NULIDADE DA SENTENÇA. IMPERTINÊNCIA. EXPOSIÇÃO CLARA E OBJETIVA DOS FUNDAMENTOS QUE EMBASARAM O ÉDITO CONDENATÓRIO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA DA IMPUTAÇÃO PELO CRIME DE RECEPTAÇÃO DOLOSA FUNDADA NA AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA. INVIABILIDADE. ACUSADO SURPREENDIDO NA POSSE DE VEÍCULO ROUBADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 156 DO CPP). AGENTE QUE NÃO LOGROU DEMONSTRAR SEU DESCONHECIMENTO ACERCA DA ORIGEM ESPÚRIA DO BEM. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Criminal 2015.055549-1, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 1.10.2015, v.u.). (grifado)

Logo, não havendo comprovação por parte do apelante da aquisição lícita da *res* e nem de sua ignorância quanto à origem ilícita, não restam dúvidas de que os bens apreendidos eram oriundos de furto e roubo.

Dessa forma, impõe-se a manutenção da sentença penal condenatória.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

***Habeas Corpus* n. 4000304-29.2016.8.24.0000, de Sombrio**

Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL QUE APURA POSSÍVEL CRIME DE FALSO TESTEMUNHO QUALIFICADO (CP, ART. 342, § 1º). PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PACIENTE QUE, NA CONDIÇÃO DE MÃE DO RÉU, PRESTOU DEPOIMENTO COMO INFORMANTE. PACIENTE QUE POSSUI IMPEDIMENTO LEGAL DE DEPOR NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 206 E 208 DO CÓDIGO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE SATISFAÇÃO DA ELEMENTAR DO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

– O crime de falso testemunho é de mão própria, só podendo ser cometido por quem possui a qualidade legal de testemunha, a qual não pode ser estendida a simples declarantes ou informantes, cujos depoimentos são excepcionais e apenas colhidos quando indispensáveis para a resolução da controvérsia instaurada nos autos.

– Parecer da PGJ pela concessão da ordem.

– Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 4000304-29.2016.8.24.0000, da comarca de Sombrio (2ª Vara), em que é impetrante Jonas Mateus Goulart e paciente Ivanete Viana de Souza:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conceder a ordem para trancar a ação penal promovida contra Ivanete Viana de Souza, na comarca de Sombrio, na qual se apura a prática do crime previsto no art. 342, § 1º, do Código Penal.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Desembargadora Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Desembargador Paulo Roberto Sartorato.

Florianópolis, 22 de março de 2016.

Assinado digitalmente

Carlos Alberto Civinski

RELATOR

RELATÓRIO

O advogado Jonas Mateus Goulart impetrou *habeas corpus* com pedido liminar em favor de Ivanete Viana de Souza, contra ato praticado pelo Juízo da comarca de Sombrio, que recebeu a denúncia imputando à paciente a suposta prática do delito previsto no art. 342, § 1º, do Código Penal (falso testemunho).

Sustentou que mesmo ausente a justa causa, por evidente óbice dos arts. 206 e 208 do Código de Processo Penal, a ação penal foi recebida pela autoridade impetrada, ato que gerou constrangimento ilegal à paciente.

Requeru a concessão de liminar para o trancamento da ação penal e a confirmação da medida quando do julgamento pelo Órgão Fracionário (fls. 1-7).

Juntou cópia parcial dos autos originários (fls. 9-71).

A medida liminar foi indeferida (fls.73/74)

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 77-79).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho, opinou pelo conhecimento da ação e pela concessão da ordem (fls. 83-86).

Este é o relatório.

VOTO

Não obstante as informações prestadas pela autoridade impetrada, a ordem deve ser concedida.

Sabe-se que o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

E, na hipótese em apreço, está demonstrada a atipicidade da conduta imputada à paciente.

Depreende-se dos autos que a paciente foi denunciada pela prática, em tese, do crime de falso testemunho qualificado (CP, art. 342, § 1º).

A inicial acusatória narra que, no dia 28 de novembro de 2013, por volta das 14h, durante a realização de audiência de instrução e julgamento dos autos 069.13.001247-3, em que figuravam como réus Renan Duarte Pereira, Kelvin de Souza de Quadros Natalício, Lucas Viana de Souza e Ariel Valentim de Melo, a paciente Ivanete Viana de Souza, em seu depoimento como testemunha, fez afirmação falsa com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal.

No referido ato, objetivando esconder a atuação criminosa de seu filho Lucas Viana de Souza e demais comparsas, contrariando absolutamente tudo o que havia relatado na Delegacia de Polícia, a paciente disse em juízo que jamais presenciou Lucas e os seus amigos vendendo drogas, bem como afirmou que Lucas era apenas usuário e que a conversa flagrada na rede social *Facebook* retratava Lucas comprando e não vendendo drogas. Por fim, sustentou que todo o relato que prestou na Delegacia de Polícia foi uma mentira engendrada para livrar o filho do vício das drogas.

Em suma, a denúncia dá conta que a paciente, mãe de Lucas Viana

de Souza, réu na ação penal 069.13.001247-3, fez afirmação falsa na condição de testemunha quando inquirida em Juízo.

No entanto, o simples fato de a paciente ser ascendente de Lucas, mesmo que hipoteticamente tenha faltado com a verdade quando ouvida em Juízo sobre os fatos apurados na ação penal 069.13.001247-3, impede a caracterização do crime pelo qual foi denunciada.

Não fosse o bastante, ao contrário do que faz crer a denúncia, a paciente foi ouvida na condição de informante e não testemunha. A mídia contendo o depoimento da paciente, em seus minutos iniciais, não deixa dúvidas sobre a questão. O Juiz de origem, diante da informação de que a paciente era genitora de um dos denunciados, qualificou-a como informante e deixou de tomar seu compromisso legal em dizer a verdade.

Com efeito, os arts. 206 e 208, ambos do Código de Processo Penal, não deixam dúvidas sobre a questão:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

Do acervo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, extraem-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO (ARTIGO 342 DO CÓDIGO PENAL). PACIENTE QUE TERIA PRESTADO FALSAS DECLARAÇÕES EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA POR SEU IRMÃO. PESSOA IMPEDIDA DE DEPOR COMO TESTEMUNHA (ARTIGOS 228 DO CÓDIGO CIVIL

E 405, INCISO II E § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). OITIVA COMO MERA INFORMANTE. IMPOSSIBILIDADE DE FIGURAR COMO SUJEITO ATIVO DO DELITO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. No caso dos autos, a paciente foi acusada de praticar o crime de falso testemunho porque teria narrado “fatos que não correspondem à verdade, prejudicando a correta distribuição da justiça” em ação indenizatória movida por seu irmão em face das Lojas Americanas S.A.

2. Não se desconhece a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da imprescindibilidade ou não de a testemunha estar compromissada para a caracterização do crime previsto no artigo 342 do Código Penal, tendo esta Corte Superior de Justiça se orientado no sentido de que o compromisso de dizer a verdade não é pressuposto do delito. Precedentes do STJ e do STF.

3. Contudo, na hipótese em análise, a circunstância de a paciente haver prestado depoimento após ter aceitado o compromisso de dizer a verdade mostra-se irrelevante para o deslinde da controvérsia, uma vez que ela sequer poderia ser considerada testemunha nos termos da legislação civil pátria, aplicável à espécie pelo fato de a afirmação em tese falsa haver sido fornecida em processo de natureza cível.

4. Com efeito, de acordo com o artigo 228, inciso V, do Código Civil, e com o artigo 405, inciso I, do Código de Processo Civil, não podem ser admitidos como testemunhas os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

5. Entretanto, o § 4º do artigo 405 da Legislação Processual Civil permite que o juiz ouça as pessoas impedidas ou suspeitas de testemunhar, sendo os seus depoimentos prestados independentemente de compromisso, e devendo o magistrado lhes atribuir o valor que possam merecer.

6. No caso em exame, a paciente foi inquirida na qualidade de

irmã do requerente da ação indenizatória, motivo pelo qual o fato de haver se comprometido a dizer a verdade do que sabia e lhe foi perguntado não possui qualquer relevo, já que pelo inciso II e pelo § 4º do artigo 405 do Código de Processo Civil estava impedida de testemunhar no caso, só podendo ser ouvida como informante, sem prestar o compromisso previsto no artigo 415 do mencionado diploma legal.

7. O crime disposto no artigo 342 do Código Penal é de mão própria, só podendo ser cometido por quem possui a qualidade legal de testemunha, a qual não pode ser estendida a simples declarantes ou informantes, cujos depoimentos, que são excepcionais, apenas colhidos quando indispensáveis, devem ser apreciados pelo Juízo conforme o valor que possam merecer.

8. Desse modo, sendo incontroverso que a paciente foi ouvida como informante, justamente pelo fato de ser irmã do autor da ação de indenização na qual o falso testemunho teria sido prestado, não pode ser ela sujeito ativo do citado ilícito.

9. Ordem concedida para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo-se a sentença por meio da qual a paciente foi absolvida sumariamente do crime de falso testemunho (HC 192.659/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, v.u.)

PENAL. CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. INFORMAÇÕES FALSAS PRESTADAS POR IRMÃO DE RÉU INDICIADO PELA PRÁTICA DE LESÕES CORPORAIS. MERO INFORMANTE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. 1. O EXAME DA TIPICIDADE DA CONDUTA E DA OCORRÊNCIA DE DOLO DEMANDARIA REEXAME DE PROVAS, VEDADO PELA SUMULA N. 07 DESTES TRIBUNAL. 2. RECURSO NÃO CONHECIDO (REsp 76.634/MG, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/1997, v.u.)

Os Tribunais pátrios não destoam:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME DE FALSO TESTEMUNHO (ARTIGO 342, *CAPUTE* § 1º DO CÓDIGO PENAL). PACIENTE QUE FOI INQUIRIDA EM JUÍZO NA CONDIÇÃO DE INFORMANTE POR SER COMPANHEIRA DO ACUSADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 206 E 208 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ORDEM CONCEDIDA (**TJSC**, *Habeas Corpus* 2009.028774-0, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. 30-06-2009, v.u.).

APELAÇÃO CRIME. FALSO TESTEMUNHO MAJORADO (ART. 342, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). PLEITO ABSOLUTÓRIO. ACOLHIMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DECLARAÇÕES PRESTADAS NA QUALIDADE DE INFORMANTE. NÃO INCIDÊNCIA DA RESSALVA CONTIDA NA PARTE FINAL DO ART. 206 DO CPP. ROGATIVA DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. POSSIBILIDADE. CUSTAS IMPOSTAS COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO, O QUE NÃO MAIS RETRATA O CASO. RECURSO PROVIDO. O desenvolvimento de laço de afetividade do informante com o réu não pode ser punido, há de se flexibilizar a oitiva daquele, na condição de informante, mormente quando não se tratar da única prova que poderá ser produzida durante a instrução criminal. Desse modo, não pode o Estado exigir do informante que diga a verdade, em detrimento da pessoa pela qual nutre laços afetivos (**TJPR**, AC 1271535-8, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida, j. 23.4.2015, v.u.).

APELAÇÃO-CRIME. FALSO TESTEMUNHO. Crime de mão própria, sem interposta pessoa, só podendo ser cometido diretamente por testemunha, perito, contador ou intérprete. O compromisso é requisito indispensável para a caracterização do delito. Agente que não presta compromisso, não é testemunha, mas sim, mero informante. Para configuração do delito de falso testemunho é imprescindível que o agente seja ouvido como testemunha. Absolvição mantida. Apelo improvido (**TJRS**, Apelação Crime 70061053633, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, j. em 4.12.2014, v.u.).

APELAÇÃO CRIMINAL - PENAL - FALSO TESTEMUNHO - OITIVA NA QUALIDADE DE INFORMANTES - VERSÃO TIDA COMO INVERÍDICA - ATIPICIDADE DA CONDUTA - PEDIDO DE CONDENAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA - NÃO-PROVIMENTO.

O crime de falso testemunho somente se perfaz se o agente presta a declaração falsa na qualidade de testemunha, ou seja, com o compromisso de dizer a verdade sobre os fatos apurados.

Demonstrado que as acusadas foram ouvidas como meras informantes, ainda que faltando com a verdade perante o Juízo de Direito, impossível ajustar suas condutas ao tipo inserto no art. 342, *caput*, do Código Penal (TJMS, Apelação Criminal 00000530-19.2005.8.12.0034, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j. 18.8.2008, v.u.).

O doutrinador Luiz Regis Prado, ao discorrer sobre o sujeito ativo do crime de falso testemunho, afirma que é qualquer pessoa que, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, realiza a ação descrita no tipo penal (delito especial próprio e de mão própria) (Comentários ao código penal. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1049/1050).

Fernando Capez não dissente:

Trata-se de crime de mão própria (de atuação pessoal ou de conduta infungível). Somente pode ser cometido pelo sujeito em pessoa. São sujeitos ativos desse delito a testemunha, o perito, o tradutor ou o intérprete. A Lei n. 10.286/2001 acrescentou um novo sujeito ativo, não previsto na antiga redação do dispositivo, qual seja, o contador que atue em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral. Importa aqui tecermos alguns comentários a respeito dessas pessoas.

(1) Testemunha. Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência de um fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos

ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa. A testemunha não emite opinião, mas apenas relata objetivamente fatos apreendidos pelo sentido [...]. Consoante o disposto no art. 203 do CPP, “a testemunha fará, sob a palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado...”. Estão dispensados de depor o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão, e os afins em linha reta do acusado (CPP, art. 206) [...]. Quando não for possível, por outro meio, obter-se a prova, a testemunha nesses casos estará obrigada a depor. Contudo, seja por vontade ou por dever, não se lhe dará compromisso. Denominam-se tais testemunhas (que não prestam compromisso) *declarantes*. (Curso de direito penal: dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração pública. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 668-670).

Não se desconhece que a autoridade impetrada valeu-se de precedente jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, conforme é possível notar das informações juntadas nesta impetração às fls. 77-79, a fim de justificar o recebimento da denúncia contra a paciente pela suposta prática do crime de falso testemunho qualificado. O mencionado precedente foi assim citado na prestação de informações:

“*HABEAS CORPUS*. FALSO TESTEMUNHO PRATICADO POR ADVOGADO QUE INSTRUI TESTEMUNHA A MENTIR. TESTEMUNHA OUVIDA COMO INFORMANTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. 1. O informante também pratica o crime de falso testemunho. (TRF 1ª Região. HC 2007.01.00.038519-2/MT; DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ)

Todavia, o julgado apontado pelo Juízo de origem não se assemelha à hipótese em apreço. Lá é discutida a possibilidade de trancamento da ação penal que denunciou o paciente pelo suposto fato de, na condição de advogado, ter convencido um terceiro a prestar falso testemunho a fim de colaborar com a cliente do paciente para obter sucesso na ação que havia proposta contra o INSS.

Ora, os argumentos que deram ensejo à afirmação de que “informante também pratica o crime de falso testemunho”, parte integrante da subementa do precedente do TRF 1ª Região, é fruto de situação diversa da constante nestes autos, isto porque, naquela hipótese, o declarante não possuía impedimento legal de depor, apenas foi qualificado como informante porquanto alegava, falsamente, conhecer intimamente a autora da demanda cível.

Retira-se do inteiro teor do *Habeas Corpus* apreciado pelo TRF da 1ª Região:

Acerca da possibilidade de o informante responder a processo crime por falso testemunho, sobre a possibilidade de reconhecer-se co-autoria e participação em delito de falso testemunho, percuente é o opinativo ministerial que tomo como razão de decidir:

“Também o informante pode responder pelo crime de falso testemunho. Apesar de não prestar compromisso, suas declarações podem influenciar a decisão do juízo. Assim, não se pode admitir que o informante compareça em juízo com a deliberada intenção de mentir. Eis a lição de Nelson Hungria:

‘Tendo o Código abolido a condição ou pressuposto do ‘juramento ou compromisso’, não há distinguir entre testemunha numerária e testemunha informante; já não pode esta prestar impunemente testemunho falso (Hungria, Nelson Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro, Forense, 1958, vol. IX, p. 482)’.

Como se vê, não só a situação fática descrita acima destoa da realidade contida nos autos, como a doutrina encontra-se isolada.

A paciente, por ostentar a condição de ascendente de Lucas Viana de Souza, réu na ação penal em que supostamente faltou com a verdade, não pode figurar como sujeito ativo no crime disposto no artigo 342 do Código Penal. Isso porque, o citado ilícito é de mão própria, só podendo ser cometido por quem possui a qualidade legal de testemunha,

a qual não pode ser estendida a simples declarantes ou informantes, cujos depoimentos, que são excepcionais, apenas colhidos quando indispensáveis, devem ser apreciados pelo Juízo conforme o valor que possam merecer.

Logo, em razão da atipicidade da conduta imputada em desfavor da paciente, a concessão da ordem para o trancamento da ação penal é medida imperativa.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conceder a ordem para o trancamento da ação penal promovida contra a paciente.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação n. 0008071-66.2010.8.24.0011, de Brusque – Vara Criminal

Relator: Des. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO SONORA (ART. 54, *CAPUT*, DA LEI N. 9.605/1998). CONDENAÇÃO DA EMPRESA E DA RÉ QUE ADMINISTRAVA O ESTABELECIMENTO COMERCIAL. RECURSO DA DEFESA.

PRELIMINAR. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NA FASE JUDICIAL. ELABORAÇÃO DE MEDIÇÕES AUDIOMÉTRICAS NA FASE POLICIAL. PERÍCIA REALIZADA PELO IGP – INSTITUTO GERAL DE PERÍCIAS. ALEGAÇÃO DE QUE A PERÍCIA NÃO FOI PROCEDIDA DE ACORDO COM A NBR N. 10151/ABNT. PERÍCIA CRIMINAL REALIZADA NA FASE POLICIAL SUJEITA AO CONTRADITÓRIO DIFERIDO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES QUE NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. PRELIMINAR RECHAÇADA.

PERITO QUE NÃO INDICOU SUA QUALIFICAÇÃO, NEM COMPROVOU SER PORTADOR DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR. REQUISITO NÃO EXIGIDO PELO ART. 159, *CAPUT*, DO CPP. PROFISSIONAL DE NÍVEL SUPERIOR PERTENCENTE AOS QUADROS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LAUDO PERICIAL COM SELO DE AUTENTICIDADE. PRELIMINAR REJEITADA.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º DA LEI N. 9.605/1998. PESSOA JURÍDICA COM EXISTÊNCIA PRÓPRIA E QUE PRÁTICA ATOS NO MEIO SOCIAL ATRAVÉS DA ATUAÇÃO DE SEUS ADMINISTRADORES. RESPONSABILIZAÇÃO

PENAL DA PESSOA JURÍDICA QUE INDEPENDE DA PESSOA NATURAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL (ART. 225, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). PRELIMINAR REFUTADA.

MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE A EMPRESA RÉ, POR MEIO DE SUA ADMINISTRADORA, ESTARIA CAUSANDO POLUIÇÃO SONORA. EMPRESA LOCALIZADA NA ZONA MUNICIPAL Z-06 (ÁREA MISTA COM VOCAÇÃO COMERCIAL E ADMINISTRATIVA). PERÍCIA CRIMINAL REALIZADA NO PERÍODO DIURNO QUE CONCLUIU QUE OS RUÍDOS EMITIDOS PELA EMPRESA ESTAVAM ACIMA DOS NÍVEIS MÁXIMOS ESTABELECIDOS PELA NBR N. 10151/ABNT. PROVA ORAL FRÁGIL E NÃO REPETIDA EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE OS RUÍDOS EMITIDOS PELA EMPRESA SEJAM “EM NÍVEIS TAIS QUE RESULTEM OU POSSAM RESULTAR EM DANOS À SAÚDE HUMANA, OU QUE PROVOQUEM A MORTANDADE DE ANIMAIS OU A DESTRUIÇÃO SIGNIFICATIVA DA FLORA” (ART. 54, CAPUT, DA LEI N. 9.605/1998). IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA QUE NÃO SE AMOLDAM À CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO (ART. 42, II, DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941). ABSOLVIÇÃO QUE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0008071-66.2010.8.24.0011, da comarca de Brusque (Vara Criminal), em que são apelantes Francine Bez Batti de Paula Poletti, Bez Batti e Poletti Ltda., e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer e prover o recurso da defesa para absolver os réus, nos termos do art. 386, VII, do CPP. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desa. Salete Silva Sommariva (Presidente) e Des. Sérgio Rizelo. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 19 de abril de 2016.

Desembargador Volnei Celso Tomazini

RELATOR

RELATÓRIO

O representante do MINISTÉRIO PÚBLICO, no uso de suas atribuições legais, ofertou denúncia contra BEZ BATTI E POLETTI LTDA. (VÍNCULO BASIC TÊXTIL LTDA.) e FRANCINE BEZ BATTI DE PAULA POLETTI pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, na forma do art. 71 do Código Penal, pelos seguintes fatos:

A empresa BEZ BATTI E POLETTI LTDA. está estabelecida na Rua Gabriel Siegel, nº 117, Bairro Guarani, Brusque/SC, e é gerenciada por FRANCINE BEZ BATTI DE PAULA E POLETTI (vide fl. 49). A empresa atua no ramo têxtil e exerce suas atividades diariamente, em período ininterrupto.

Desde o mês de julho de 2008 até a presente data, a BEZ BATTI E POLETTI LTDA., sob o comando de FRANCINE BEZ BATTI DE PAULA E POLETTI, tem causado poluição sonora que atinge, diuturnamente, a população que reside no entorno da empresa, colocando, logo, em risco a saúde dessa vizinhança. A poluição é causada pela intensa propagação de sons oriundos do seu maquinário, dos seus funcionários e da constante movimentação de veículos de carga, nos períodos diurno e noturno.

“Tanto isso é verdade que, em vistoria realizada pelo Instituto Geral de Perícias no dia 13.09.2012, nos períodos matutino e vespertino, foi constatado, em todas as medições, que a empresa emitia ruídos em níveis acima do permitido pela legislação (Resolução CONAMA nº 001/1990, NBR nº 10151, da ABNT, e Lei Complementar Municipal nº 107/2004), conforme pode ser verificado no laudo pericial de fls. 133/138.

Recebida a denúncia em 18/10/2012, os réus foram citados pessoalmente e apresentaram defesa por meio de defensor constituído (fls. 146 e 155-158).

Após os réus recusarem a proposta de suspensão condicional do processo ofertada em audiência, o processo foi devidamente instruído com a inquirição das testemunhas e o interrogatório da representante legal da empresa ré (fls. 197-204).

Apresentadas as alegações finais (fls. 207-218 e 227-257), o Magistrado julgou procedente a denúncia para “*a) condenar a empresa BEZ BATTI E POLETTI LTDA., identificada nos autos, à pena de dezesseis (16) dias-multa, no valor unitário de dois (2) salários mínimos vigentes à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-a como incurso nas sanções do crime previsto no art. 54, caput, da Lei n. 9.605/98; e b) condenar a acusada FRANCINE BEZ BATTI DE PAULA E POLETTI, igualmente identificada nos autos, à pena de um (1) ano e oito (8) meses de reclusão, em regime aberto, e dezesseis (16) dias-multa, no valor e forma mencionados, dando-a como incurso nas sanções do crime previsto no art. 54, caput, da Lei n. 9.605/98*”, esta substituída por prestação pecuniária de trinta (30) salários mínimos, em favor de entidade credenciada junto ao juízo, bem como apresentação mensal em juízo (fls. 263-272).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 301-315 e 318-320).

Inconformada, a defesa apelou sustentando que:

a) houve cerceamento de defesa pela não realização de perícia na fase judicial, tanto é que o Inquérito Civil foi arquivado pela não ocorrência de poluição sonora no local;

b) o perito criminal não indicou sua qualificação, nem comprovou ser portador de diploma de curso superior, de modo que a perícia elaborada na fase policial é inválida;

c) o art. 3º da Lei n. 9.605/1998 é inconstitucional, de modo que a empresa não pode ser responsabilizada penalmente;

d) os ruídos produzidos pela empresa estão dentro dos níveis permitidos, pois não ultrapassam 70 dB, não existindo provas de que são prejudiciais à saúde humana, até porque a empresa está localizada em uma rua de grande circulação de veículos e próxima de outras empresas que produzem ruídos;

e) em caso de condenação, o delito deve ser desclassificado para a contravenção prevista no art. 42 da Lei de Contravenções Penais, com a consequente absolvição da pessoa jurídica ou desclassificado para aquele previsto no art. 54, § 1º, da Lei n. 9.605/1998 (figura culposa), diante da ausência de dolo;

f) o Juízo *a quo* não foi preciso ao indicar o período em que o suposto crime ocorreu, de modo que deve ser afastada a continuidade delitiva;

g) o valor de cada dias-multa deve ser reduzido ao mínimo legal, em face da ausência de provas e da falta de fundamentação idônea;

h) a prestação pecuniária fixada para a ré FRANCINE deve ser reduzida, por ausência de fundamentação;

i) o aumento da quantidade de dias-multa deve ser excluído, por ser inaplicável à espécie (art. 71 do CP);

j) os dispositivos legais arrolados às fls. 380-381 devem ser objeto de prequestionamento (fls. 316-317 e 341-381).

Após as contrarrazões (fls. 382-390), os autos ascenderam a esta Corte e, com vista, a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio da Procuradora Cristiane Rosália Maestri Böell, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 395-406).

É o relatório.

VOTO

Narra a denúncia, em resumo, que desde o mês de julho de 2008 até 5 de outubro de 2012, a empresa do ramo têxtil BEZ BATTI E POLETTI LTDA. (VÍNCULO BASIC TÊXTIL LTDA.), localizada na Rua Gabriel Siegel, n. 117, Bairro Guarani, Brusque/SC, gerenciada por FRANCINE BEZ BATTI DE PAULA E POLETTI (vide fl. 49), teria causado poluição sonora, colocando em risco a saúde da vizinhança pela intensa propagação de sons oriundos do seu maquinário, dos seus funcionários e da constante movimentação de veículos de carga, nos períodos diurno e noturno

Conforme vistoria realizada pelo Instituto Geral de Perícias no dia 13/9/2012, nos períodos matutino e vespertino, teria sido constatado, em todas as medições, que a empresa emitia ruídos em níveis acima do permitido pela legislação (Resolução CONAMA n. 001/1990; NBR n. 10.151/2000-ABNT; e Lei Complementar Municipal n. 107/2004 – laudo pericial de fls. 133-138).

Resumidos os fatos, passa-se à análise do recurso defensivo.

1. Preliminarmente

1.1. Cerceamento de defesa

Aduzem os réus que houve cerceamento de defesa pela não

realização de perícia na fase judicial, cujo pedido foi indeferido pelo Juízo *a quo* (fls. 197 e 205).

A defesa justificou o pedido porque a perícia particular elaborada não apontou a existência de poluição sonora e porque o Inquérito Civil sobre os fatos foi arquivado pela não ocorrência do crime ambiental (fls. 172-178 e 275-285).

Os réus esclareceram, ainda, as diversas irregularidades na realização do laudo pericial pelo perito criminal, bem como ressaltaram que o grande fluxo de veículos na via pública teria contribuído para que os ruídos ultrapassassem os índices normativos.

Em se tratando de crime de poluição sonora, descrito no art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, os níveis de ruídos oriundos da empresa só podem ser aferidos por perícia, que precisa identificar se os ruídos estão acima dos níveis determinados pela legislação. Importa destacar que tais ruídos são prejudiciais à saúde e ao sossego público quando estão fora dos padrões estabelecidos pela tabela 1 da NBR 10.151/2000-ABNT, segundo o item II da Resolução CONAMA n. 001/1990.

Sobre a perícia nos crimes ambientais, lecionam Vladimir e Gilberto Passos de Freitas:

Indispensável para que se ateste a efetiva existência de perigo à saúde ou de dano à saúde humana ou efetivo dano com a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. Cumpre lembrar que a perícia elaborada no inquérito civil ou na ação civil pública poderá ser aproveitada na ação penal. (Crimes contra a natureza, 8ª. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.200).

No caso dos autos, vê-se que o Juiz *a quo* indeferiu a realização de perícia judicial porque *“a acusada e as testemunhas confirmaram que nenhuma mudança substancial foi feita na empresa depois da data da realização da perícia realizada pelo IGP e que existem reclamações do barulho em horários diferentes daquele indicado na perícia, logo,*

horário em que o fluxo de carros é menor e os ruídos são gerados pela empresa” (fl. 205).

Ademais, como os fatos descritos na denúncia teriam ocorrido entre julho de 2008 e 5 de outubro de 2012 (data do oferecimento da denúncia), a realização de perícia posterior, mesmo que judicial, não teria o condão de descaracterizar o crime ocorrido em época pretérita, até porque algumas mudanças, mesmo que não substanciais, haviam sido adotadas na empresa.

Caso tivesse sido deferido o pedido dos réus, a perícia poderia comprovar que, à época de sua realização e em período posterior aos fatos, não estava ocorrendo poluição sonora, uma vez que o primeiro pedido de perícia foi formulado em 7/1/2013, de modo que a nova perícia, em tese, não serviria para impugnar aquela realizada na fase policial em 13/9/2012 (fls. 133-145 e 159-164).

Ressalta-se, ainda, que além da perícia elaborada pelo Instituto Geral de Perícias, outras avaliações haviam sido realizadas, sendo que aquelas efetuadas pela Fundação Municipal do Meio Ambiente constataram que os ruídos estavam acima da legislação pertinente: **a)** em dezembro de 2008 (somente no período noturno, por um profissional contratado pela empresa – fls. 28-33); **b)** em outubro de 2009 (somente no período noturno, pela Fundação Municipal do Meio Ambiente – fls. 39-41); **c)** em fevereiro de 2010 (somente no período noturno, pela Fundação Municipal do Meio Ambiente – fl. 42 e 53-55).

Na manhã de 11/3/201 outra avaliação foi realizada pela Fundação Municipal do Meio Ambiente (fls. 58-63).

Desse modo, nota-se que, ao todo, entre dezembro de 2008 e setembro de 2012, 5 avaliações foram realizadas, uma delas pelos próprios réus.

Logo, agiu com acerto o Juízo *a quo* ao indeferir o pedido de nova

perícia, pois entendeu que a materialidade do delito estava suficientemente comprovada.

Quanto ao arquivamento do Inquérito Civil, concluindo pela não ocorrência do crime ambiental de poluição sonora, isso não inviabiliza a ação penal, uma vez que a seara civil e penal não se confundem e são independentes, conforme prescreve o art. 935 do Código Civil Brasileiro. Ademais, os réus juntaram apenas a cópia da promoção de arquivamento do Inquérito Civil n. 06.2012.00008191-8 (fls. 275-285).

No tocante às supostas irregularidades na realização do laudo pericial elaborado pelo perito criminal na fase administrativa, sabe-se que *“o inquérito policial, ou outro procedimento investigatório, constitui peça meramente informativa, sem valor probatório, apenas servindo de suporte para a propositura da ação penal. Eventual vício ocorrido nessa fase não tem o condão de contaminar a ação penal, sendo que a plena defesa e o contraditório são reservados para o processo, quando há acusação formalizada por meio da denúncia (RHC 19543/DF. Relatora: Min. Laurita Vaz)”*. (TJSC. Apelação Criminal n. 2010.074509-5, de Santo Amaro da Imperatriz, Rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. em 25/10/2011).

Por esses motivos, rejeita-se a preliminar aventada.

1.2. Nulidade do laudo pericial – perito criminal não oficial

Segundo a defesa, o perito criminal não indicou sua qualificação, nem comprovou ser portador de diploma de curso superior, de modo que a perícia elaborada na fase policial é inválida.

O art. 159, *caput*, do CPP prescreve que *“o exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior”*.

“Perito oficial”, segundo Guilherme de Souza Nucci, é aquele

“investido na função por lei e não pela nomeação feita pelo juiz.” (Código de Processo Penal comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 369). Segundo o doutrinador, *“perito é o especialista em determinado assunto. [...] Normalmente, é pessoa que exerce a atividade por profissão e pertence a órgão especial do Estado, destinado exclusivamente a produzir perícias. [...]”* (Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 389).

In casu, a ausência de qualificação pessoal do perito criminal Álvaro Augusto Mesquita Hamel não invalida o laudo pericial de fls. 133-138, até porque dita qualificação não é requisito de validade do ato.

O laudo pericial de fls. 133-145 foi elaborado por meio do Instituto Geral de Perícias do Estado de Santa Catarina – IGP/SC, órgão da administração pública estadual responsável pela realização de perícias criminais (art. 109-A da Constituição do Estado de Santa Catarina), sendo que o documento conta com selo oficial do Estado que comprova a sua autenticidade.

Nesse sentido:

Os laudos formulados pelo Instituto Geral de Perícias, ainda que não estivessem certificados por selo oficial, são documentos públicos que externam verdadeiro ato administrativo. Como tal, gozam de presunção de legitimidade e veracidade. Cumpre a quem os impugna comprovar sua falsidade. (TJSC. Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.014695-9, de Rio do Sul. Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco – grifei).

Além do mais, o perito criminal é profissional de nível superior pertencente aos quadros da administração pública, sendo desnecessária à comprovação de que possui curso superior nos autos da ação penal, requisito para a investidura no cargo.

Guilherme de Souza Nucci ensina:

9. Perito oficial portador de diploma de curso superior: essa sempre foi a regra e nunca foi prevista expressamente no Código de Processo Penal. Aliás, nem seria necessário, pois, sendo o perito oficial, significa, em grande parte, ter sido submetido a concurso público. Para tanto, no edital, prevê-se a necessidade do diploma de curso superior, normalmente ligado à área em que pretende atuar. (Código de Processo Penal Comentado. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 390).

Sobre o laudo pericial elaborado por perito oficial, já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LEI N. 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*, E 35, *CAPUT*. CONDENAÇÃO. APELOS DEFENSIVOS.

NULIDADE. DOCUMENTO. INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. AMPLA DEFESA.

[...]

NULIDADE. PERÍCIA. ÓRGÃO OFICIAL. PERITO. COMPROMISSO. POSSE. INVESTIDURA.

Ao expert do Instituto Geral de Perícias, órgão estadual responsável pela realização de perícias criminais (CESC, art. 109-A), não se exige compromisso (CPP, art. 159), pois servidor aprovado em concurso público para cumprir tal múnus.

Laudo pericial elaborado em órgão oficial externa verdadeiro ato administrativo e goza de presunção de legitimidade e veracidade, tornando despicienda a comprovação de posse e investidura do seu subscritor.

[...]

JUSTIÇA GRATUITA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA CONDENAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. (TJSC. Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.014695-9, de Rio do Sul. Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco).

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELO ARROMBAMENTO DE OBSTÁCULO (CP, ART. 155, § 4º, I) - PRELIMINAR DE NULIDADE - ALEGADA EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO LAUDO PERICIAL POR DOIS PERITOS - DESNECESSIDADE - PERÍCIA REALIZADA POR EXPERT OFICIAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 159, *CAPUT*, DO CPP - PREFACIAL AFASTADA-MÉRITO-POSSEMANSA E TRANQUILA DA *RES FURTIVA* NÃO DEMONSTRADA - TENTATIVA CONFIGURADA (CP, ART. 14, II) - RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* - DOSIMETRIA - PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - PATAMAR DESPROPORCIONAL - FRAÇÃO LIMITADA A 1/6 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL - PRECEDENTES DA CÂMARA - REDUÇÃO QUE SE IMPÕE - DELITO TENTADO (CP, ART. 14, II) - *ITER CRIMINIS* - CONDUITA PRÓXIMA À CONSUMAÇÃO - *QUANTUM* FIXADO EM 1/3 (UM TERÇO) - REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA - ALMEJADA MODIFICAÇÃO PARA SEMIABERTO - IMPOSSIBILIDADE - ACUSADO REINCENTE ESPECÍFICO - CONDUITA SOCIAL DESFAVORÁVEL - PLEITO INDEFERIDO.

I - Com a redação conferida pela Lei n. 11.690/08, o art. 159 do Código de Processo Penal dispõe que as perícias devem ser realizadas por único perito oficial, de modo que a exigência de subscrição do laudo pericial por dois peritos somente faz-se necessária quando ambos não sejam portadores de diploma de curso superior.

[...]. (TJSC. Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.073358-4, de Brusque Relatora: Desa. Salette Silva Sommariva).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ARROMBAMENTO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO LAUDO PERICIAL. ALEGADA A NECESSIDADE DE SER SUBSCRITO POR DOIS PERITOS. ASSINATURA DE UM ÚNICO PERITO OFICIAL SUFICIENTE PARA VALIDAR O LAUDO. PRECEDENTE DESTA CORTE. PRELIMINAR AFASTADA. (TJSC. Ap. Crim. n. 2009.034070-5, de Santa Rosa do Sul, Rel. Des. Torres Marques, j. em 8-9-2009).

Desse modo, rejeita-se a preliminar aventada.

1.3. Responsabilidade penal da pessoa jurídica

De acordo com os réus, o art. 3º da Lei n. 9.605/1998 é inconstitucional, de modo que a empresa não pode ser responsabilizada penalmente.

Sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, prevê o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados.

Além disso, consta no artigo 3º, da Lei 9.605/1998:

As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Ocorre que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penalmente de forma isolada, em nítida mitigação do princípio da dupla imputação, conforme entendimento declinado no RE 628.582-AgR/RS, julgado em 6/9/2011, da relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, *in verbis*:

[...] no que concerne à norma do § 3º do art. 225 da Carta da República, não vislumbro, na espécie, qualquer violação ao dispositivo em comento, pois a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural.

Aliás, da doutrina específica, a respeito do tema, colhe-se o entendimento de que “no preceito em análise, há uma espécie de autonomia punitiva entre os cometimentos ilícitos praticados pelo homem, enquanto cidadão comum, e os delitos exercidos por empresas.

Ambos não se imiscuem, pois estão sujeitos a regime jurídicos diversos” (BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 1272).

Conforme anotado por Roberto Delmanto et al, ao colacionarem posicionamento de outros doutrinadores, “segundo o parágrafo único do art. 3º da Lei 9.605/98, ‘a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas naturais’, podendo assim a denúncia ser dirigida ‘apenas contra a pessoa jurídica, caso não se descubra a autoria ou participação das pessoas naturais, e poderá, também, ser direcionada contra todos. Foi exatamente para isto que elas, as pessoas jurídicas, passaram a ser responsabilizadas. Na maioria absoluta dos casos, não se descobria a autoria do delito’”. (Leis Penais Especiais Comentadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 384).

Da mesma obra *susomencionada*, Roberto Delmanto et al entendem “ser inquestionável que a CR, em seu art. 225, § 3º, tenha efetivamente previsto a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas (...). Com efeito, o legislador constituinte referiu-se aos ‘infratores’ como sendo as ‘pessoas físicas ou jurídicas’, colocando, ainda, a referida expressão entre vírgulas; logo em seguida, dispõe ainda que essas pessoas estarão sujeitas a sanções penais e administrativas; tais fatos, por si só, ao nosso ver, demonstram que o legislador constituinte efetivamente admitiu a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas para os delitos ambientais” (cit.; p. 385).

Assim, considerando-se que o meio ambiente é bem de uso comum de todos e que deve ser preservado tanto pelas pessoas físicas quanto jurídicas, públicas e privadas, e que a responsabilidade penal destas emana da Constituição Federal, não há falar em inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.605/1998.

A propósito, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. RECURSO PROVIDO.

Omissis.

II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

(...).

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

(...).

XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado

deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

XIII. Recurso provido, nos termos do voto do Relator (STJ. REsp. 564960/SC, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. 02.06.05).

No mesmo sentido, veja-se ainda o RCR n. 2009.066554-2, de Anchieta, de relatoria da Exma. Des. Salete Silva Sommariva.

Dessa forma, a preliminar sustentada deve ser repelida.

2. Mérito

Antes de realizar a análise das teses sustentadas pela defesa, é preciso registrar que a empresa ré, segundo consta nos autos, atua no ramo de confecções de peças de vestuário e tecelagem, em três turnos, possuindo teares, máquinas de bordar e compressores de ar, além de outros equipamentos, e emprega 140 funcionários (fls. 20, 30-33, 48).

Segundo os documentos de fls. 54-55, 137 e 177, o estabelecimento está localizado na “*zona municipal Z-06 - área mista com vocação comercial e administrativa*”, de modo que os índices máximos de ruídos são 60 dB(A) [período diurno] e 55 dB(A) [período noturno], nos termos da tabela 1 da NBR 10.151/2000-ABNT.

O item II da Resolução CONAMA n. 001/1990, estabelece que “*são prejudiciais à saúde e ao sossego público, para os fins do item anterior, os ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela Norma NBR-10.151- Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT*”. O item 6 da norma referida ainda determina que, “*para os efeitos desta Resolução, as medições deverão ser efetuadas de acordo com a NBR-10.151 - Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da ABNT*”.

Por sua vez, a NBR 10.151/2000-ABNT possui a seguinte redação:

4. Equipamentos de medição

4.1. Medidor de nível de pressão sonora O medidor de nível de pressão sonora ou o sistema de medição deve atender às especificações da IEC 60651 para tipo 0, tipo 1 ou tipo 2.

Recomenda-se que o equipamento possua recursos para medição de nível de pressão sonora equivalente ponderado em “A” (LAeq), conforme a IEC 60804.

4.2. Calibrador acústico

O calibrador acústico deve atender às especificações da IEC 60942, devendo ser classe 2, ou melhor.

4.3. Calibração e ajuste dos instrumentos O medidor de nível de pressão sonora e o calibrador acústico devem ter certificado de calibração da Rede Brasileira de Calibração (RBC) ou do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), renovado no mínimo a cada dois anos.

Uma verificação e eventual ajuste do medidor de nível de pressão sonora ou do sistema de medição deve ser realizada pelo operador do equipamento, com o calibrador acústico, imediatamente antes e após cada medição, ou conjunto de medições relativas ao mesmo evento.

5. Procedimentos de medição

5.1. Condições gerais

No levantamento de níveis de ruído deve-se medir externamente aos limites da propriedade que contém a fonte, de acordo com 5.2.1.

Na ocorrência de reclamações, as medições devem ser efetuadas nas condições e locais indicados pelo reclamante, de acordo com 5.2.2 e 5.3, devendo ser atendidas as demais condições gerais.

Em alguns casos, para se obter uma melhor avaliação do incômodo à comunidade, são necessárias correções nos valores medidos dos níveis de pressão sonora, se o ruído apresentar características especiais. A

aplicação dessas correções, conforme 5.4, fornece o nível de pressão sonora corrigido ou simplesmente nível corrigido (Lc).

Todos os valores medidos do nível de pressão sonora devem ser aproximados ao valor inteiro mais próximo.

Não devem ser efetuadas medições na existência de interferências audíveis advindas de fenômenos da natureza (por exemplo: trovões, chuvas fortes etc.).

O tempo de medição deve ser escolhido de forma a permitir a caracterização do ruído em questão. A medição pode envolver uma única amostra ou uma seqüência delas.

5.2 Medições no exterior de edificações

Deve-se prevenir o efeito de ventos sobre o microfone com o uso de protetor, conforme instruções do fabricante.

5.2.1. No exterior das edificações que contêm a fonte, as medições devem ser efetuadas em pontos afastados aproximadamente 1,2 m do piso e pelo menos 2 m do limite da propriedade e de quaisquer outras superfícies refletoras, como muros, paredes etc. Na impossibilidade de atender alguma destas recomendações, a descrição da situação medida deve constar no relatório.

5.2.2. No exterior da habitação do reclamante, as medições devem ser efetuadas em pontos afastados aproximadamente 1,2 m do piso e pelo menos 2 m de quaisquer outras superfícies refletoras, como muros, paredes etc.

Caso o reclamante indique algum ponto de medição que não atenda as condições de 5.2.1 e 5.2.2, o valor medido neste ponto também deve constar no relatório.

[...]

6 Avaliação do ruído

6.1 Generalidades

O método de avaliação do ruído baseia-se em uma comparação entre o nível de pressão sonora corrigido Lc e o nível de critério de avaliação NCA, estabelecido conforme a tabela 1.

6.2 Determinação do nível de critério de avaliação - NCA

6.2.1. O nível de critério de avaliação NCA para ambientes externos está indicado na tabela 1.

6.2.2. Os limites de horário para o período diurno e noturno da tabela 1 podem ser definidos pelas autoridades de acordo com os hábitos da população. Porém, o período noturno não deve começar depois das 22h e não deve terminar antes das 7h do dia seguinte. Se o dia seguinte for domingo ou feriado o término do período noturno não deve ser antes das 9h.

6.2.3. O nível de critério de avaliação NCA para ambientes internos é o nível indicado na tabela 1 com a correção de - 10 dB(A) para janela aberta e - 15 dB(A) para janela fechada.

[...]. (NBR 10151/ABNT).

A Lei Complementar Municipal n. 107/2004, que dispõe sobre ruídos urbanos e proteção do bem estar e do sossego público, dispõe em seu art. 1º, § 3º, que:

“para fins de aplicação desta Lei Complementar ficam definidos os seguintes horários: a) Diurno: compreendido entre as 07:00 h às 22:00 h e b) Noturno: compreendido entre as 22:00 h às 7:00 h do dia seguinte, alterando-se o período noturno nos domingos e feriados para o horário das 22:00 h às 09:00 h do dia seguinte”, bem como “os níveis de intensidade de sons ou ruídos fixados por esta Lei Complementar, bem como o nível equivalente e o método utilizado para a medição e avaliação, obedecerão as recomendações da legislação ambiental vigente que dispõe sobre o assunto, especialmente as normas NBR 10.151 e NBR 10.152, ou às que lhes sucederem”, em seu art. 2º.

Quanto à norma penal supostamente infringida, o crime ambiental

objeto da denúncia está descrito no art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, *in verbis*:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Pois bem.

A materialidade do delito está demonstrada pelos seguintes documentos: notícia criminal n. 01.2010.002718-0/MPSC (fls. 2A-107); e laudo pericial de medição dos níveis de pressão sonora – IGP (fls. 133-145).

Quanto à autoria, no mês de agosto de 2008 alguns moradores solicitaram providências ao MINISTÉRIO PÚBLICO acerca dos ruídos emitidos pela empresa ré. Segundo os moradores, dentre eles JOCELITO NICOLAU DE SOUZA, a empresa emitida ruídos excessivos, prejudicando o repouso noturno e causando danos à saúde física e psicológica dos vizinhos (fls. 4-6).

À época, os moradores relataram alguns problemas decorrentes dos ruídos produzidos pela empresa: a) moradores dormindo com tranquilizantes ou com protetor auricular; b) crianças pequenas com dificuldades para dormir em razão do barulho; c) moradores dormindo em outro cômodo da residência e não no quarto, com o objetivo de diminuir o barulho (fl. 11).

Na audiência realizada em novembro de 2008, na Prefeitura Municipal de Brusque/SC, a testemunha JOCELITO informou que o acordo com a empresa não havia sido totalmente cumprido, pois ainda existiam ruídos excessivos. Na mesma audiência, o advogado da empresa informou que algumas modificações haviam sido implementadas (fls. 22-23).

Elaborado laudo pericial por um profissional contratado pela empresa, nos dias 2 e 3/12/2008 – período noturno, o perito constatou que os ruídos estavam dentro dos níveis determinados pela legislação, sendo que, na ocasião, a empresa realizou o isolamento do compressor de ar, diminuindo o barulho (fls. 28-33).

Em declaração posterior (18/12/2008), a testemunha JOCELITO disse que o barulho dos teares ainda não havia sido solucionado, em virtude das janelas frontais (fl. 35).

Em medições realizadas pela Fundação Municipal do Meio Ambiente, nas noites de 20/10/2009 e 8/2/2010, constatou-se que o ruído estava acima dos índices legais (fls. 41-42 e 54-55), assim como aquela realizada na manhã de 11/3/2010 (fls. 58-63).

Ouvido na fase policial, a testemunha JOCELITO declarou “*que reside na rua Gabriel Siegel desde 1994, local onde está estabelecida a empresa denunciada. Relatou a ocorrência de barulho excessivo em razão dos teares, bordadeiras, compressores, jatos de ar e movimentação de caminhões. Disse que primeiramente foi comunicada a empresa, que nenhuma medida tomou e, posteriormente, no ano de 2008, a Fundema (fl. 109).*” (depoimento extraído da sentença de fl. 288).

Na fase indiciária, a ré FRANCINE, administradora da empresa BEZ BATTI E POLETTI LTDA. (VÍNCULO BASIC TÊXTIL LTDA.) optou por permanecer em silêncio (fls. 47-52, 110-111, 167-172 e 275-280).

O fiscal municipal MARCELO ANTÔNIO PERRONE, que esteve na empresa, disse “*que havia barulho alto proveniente da empresa*” (fl. 112).

A perícia criminal realizada na manhã e noite de 13/9/2012 concluiu que todas as medições estavam com os índices acima da legislação em vigor (fls. 134-145).

Na fase judicial, JOCELITO, a única testemunha de acusação ouvida na fase do contraditório, relatou que:

reside no local desde 1995. Relatou que a partir de 2008 iniciaram-se os ruídos em razão da instalação dos teares, além da poluição sonora em razão da carga e descarga durante a madrugada (fora do horário comercial), entrada e saída de funcionários que buzonavam, trabalhadores que durante a madrugada cantavam e possuíam rádio ligado, caminhões que ocupavam meia pista da rua para carga e descarga, ruído com compressor de ar durante a madrugada, uso da rua como estacionamento. Relatou que os teares funcionavam na parte da frente da empresa, durante vinte e quatro horas. Declarou que para cada vizinho os ruídos eram diversos em razão da localização da residência em relação à empresa denunciada. Disse que dois vizinhos inclusive alienaram os imóveis residenciais em razão da poluição sonora. Acrescentou que a área em que está estabelecida a empresa é mista. Relatou que desde 2008 até hoje permanece a poluição sonora, todavia, para o declarante, o compressor, que era o equipamento que mais lhe incomodava não tem mais ouvido os ruídos, sendo que os teares já haviam sido alterados de lugar. Disse, ainda, que há barulho de deslocamento de mercadoria (carga e descarga de caminhões da própria empresa às 05:00 horas e 22:00 horas). (depoimento extraído da sentença de fl. 288 – grifei).

Interrogada, a ré FRANCINE, administradora da empresa BEZ BATTI E POLETTI LTDA. (VÍNCULO BASIC TÊXTIL LTDA.), disse que:

a empresa denunciada está estabelecida no local indicado na denúncia desde o ano de 2000 e atua no ramo têxtil, de confecção. Declarou que a maior parte da empresa (98%) trabalha das 05:00 horas às 22:00 horas, sendo que em terceiro turno laboram apenas dois colaboradores na tecelagem (das 22:00 horas às 05:00 horas). Disse que a empresa tem três teares, que estão em funcionamento desde 2002. Relatou que possuem veículo próprio, mas recebem caminhões para trazer e transportar mercadorias, todavia em horário pré-estabelecidos, qual seja, das 07:00 horas às 18:00 horas, apenas o veículo próprio sai por volta das 05:00 horas e raramente retorna à noite. Disse que após a primeira reclamação

do vizinho Jocelito, tomaram medidas como alterar o estacionamento para evitar barulho, colocaram os teares para a parte de trás da empresa (2010), criaram regras para manter as janelas fechadas, instalaram isolamento acústico, colocaram o compressor em sala isolada, etc., havendo redução dos ruídos. Informou ainda, que quando da realização da perícia pelo IGP em 2012 já haviam sido tomadas as medidas para redução dos ruídos. Relatou que fizeram perícia particular e constataram que estavam observando a legislação, salvo em momentos em que trafegam veículos. Ressaltou que a via é muito utilizada por caminhões de calcário. Disse que posteriormente à perícia do IGP fizeram nova perícia particular, porquanto quando não tem tráfego de veículo os ruídos não são excessivos. (depoimento extraído da sentença de fls. 287-288, grifei).

Em juízo, a testemunha SÉRGIO SILVA SANTOS, funcionário da empresa, declarou:

[...] é tecelão e labora na empresa denunciada há quatro anos, atualmente no terceiro turno juntamente com outro funcionário, em três teares. Disse que não há entrada ou saída de caminhões, tampouco carga ou descarga de mercadoria. Disse que o ruído do compressor e teares é baixo e há recomendação quanto à produção de ruído. Relatou que foram colocados abafadores no compressor e os teares transferidos da frente para a lateral. (depoimento extraído da sentença de fl. 288 – grifei).

EDENILSON GROH, supervisor de tecelagem da empresa, declarou:

[...] que há preocupação da empresa com os ruídos, inclusive com orientação para fechar as janelas, conversa alta, barulho na entrada e saída de veículos, com reuniões mensais. Disse que a empresa possui estacionamento próprio. Disse que há horário estabelecido para carga e descarga, bem como que não há necessidade do uso da buzina, porquanto existe interfone. Relatou que não é possível ouvir o compressor da rua e que o barulho dos teares é mínimo. Disse que quando o IGP fez a perícia já havia sido feito alterações, com isolamento com isopor e transferidos os teares para a parte de trás da empresa. (depoimento extraído da sentença de fl. 289 – grifei).

A testemunha VALDEVINO FERNANDES LEAL, arrolada pela defesa, residente nos fundos da empresa, mesmo tendo assinado o documento de fl. 5 junto com outros moradores acerca das reclamações dos ruídos da empresa, disse em juízo que reside *“no ponto 01 da fl. 135, há aproximadamente sete anos. Disse que não tem reclamação em relação a barulho de tear, compressor, carga e descarga de caminhão. Declarou que a rua Gabriel Siegel tem bastante tráfego de veículos e caminhões.”* (depoimento extraído da sentença de fl. 289).

OSMAR WESTARB, que já residiu na lateral da empresa e atualmente possui relação comercial com esta, disse que *“atualmente residindo a duzentos e cinquenta metros. Disse que no horário que permanece na residência nunca sofreu com o barulho da empresa denunciada, pois se trata de ruído normal, tampouco algum vizinho lhe dirigiu reclamações. Disse que atualmente tem relação comercial com a empresa denunciada. Disse que vendeu o imóvel que residia para a empresa denunciada.”* (depoimento extraído da sentença de fl. 289).

Relatadas as provas existentes nos autos, não se pode afirmar que houve violação ao tipo penal descrito no art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998. Explica-se.

Poluição, segundo a Lei n. 6.938/1981, é *“a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”* (art. 3º, inc. III).

A respeito do tema, ensina Luiz Régis Prado:

Por poluição, em sentido amplo, compreende-se a alteração ou degradação de qualquer um dos elementos físicos ou biológicos que

compõem o ambiente. Entretanto, não se pune toda a emissão de poluentes, mas tão-somente aquela efetivamente danosa ou perigosa para saúde humana, ou aquela que provoque a matança de animais ou destruição (desaparecimento, extermínio) significativa da flora. Exige-se então a real lesão ou risco provável de dano à saúde humana, extermínio de exemplares da fauna local ou destruição expressiva de parcela representativa do conjunto de vegetais de uma determinada região. Nesse sentido, afirma-se que apenas devem ser consideradas como poluentes as substâncias presentes em concentração bastantes para produzir um efeito mensurável sobre o homem, os animais, os vegetais ou os materiais. (Direito Penal do Ambiente, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 418).

De acordo com os documentos de fls. 54-55, 137 e 177, o estabelecimento está localizado na “*zona municipal Z-06 - área mista com vocação comercial e administrativa*”, de modo que os índices máximos de ruídos são 60 dB(A) [período diurno] e 55 dB(A) [período noturno], nos termos da tabela 1 da NBR 10.151/2000-ABNT. Os documentos referidos ainda indicam que a perícia foi realizada no período diurno (quatro medições), segundo o art. 1º, § 3º, da Lei Complementar Municipal n. 107/2004, *in verbis*:

para fins de aplicação desta Lei Complementar ficam definidos os seguintes horários: a) Diurno: compreendido entre as 07:00 h às 22:00 h e b) Noturno: compreendido entre as 22:00 h às 7:00 h do dia seguinte, alterando-se o período noturno nos domingos e feriados para o horário das 22:00 h às 09:00 h do dia seguinte. (grifei).

A perícia criminal de fls. 133-145 constatou que três medições estavam com níveis de ruídos acima daqueles previstos em lei (média de 71,45dB entre as quatro medições realizadas), não havendo prova hábil da ocorrência de poluição a ponto de causar danos à saúde humana.

Para caracterização do tipo penal descrito no art. 54 da Lei n. 9.605/1998, não é qualquer poluição que se amolda à figura típica, sendo necessário que seja em níveis tais que resultem ou possam resultar

danos à saúde humana, ou que provoque a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

No caso, apenas o documento de fl. 11 relatou a existência de problemas decorrentes dos ruídos produzidos pela empresa. Porém, no documento não consta nenhuma assinatura das pessoas que subscreveram a reclamação de fl. 5, as quais não foram ouvidas, com exceção da testemunha JOCELITO, que foi ouvida nas duas fases processuais.

Os depoimentos prestados pela testemunha JOCELITO, seja na fase policial, seja na fase judicial, não comprovaram a emissão de ruído pela empresa “*em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora*”, nos termos do art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998.

O ruído excessivo, por si só, não caracteriza o crime previsto no art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, nem mesmo a contravenção penal descrita no art. 42, II, do Decreto-lei n. 3.688/1941, mas pode configurar infração administrativa, caso esteja em desconformidade com a lei local.

Nesse ponto, esclarece-se que eventual desclassificação do delito para a contravenção penal descrita no art. 42, II, do Decreto-lei n. 3.688/1941, não é possível, pois o fato narrado na denúncia não se amolda à contravenção mencionada.

Enfim, é preciso que os ruídos tenham causado algum dano à saúde ou que tenham potencialidade de causar dano, o que, no caso concreto, não se verificou.

Em que pese as reclamações dos moradores remontem ao ano de 2008, haveria a necessidade de produção de provas a respeito do período de exposição/emissão das supostas vítimas aos ruídos, como já decidiu o STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 2011/0111325-3.

Sobre o delito de poluição sonora, extrai-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO SONORA (ART. 54, *CAPUT*, DA LEI Nº 9.605/98). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. TIPO PENAL QUE PREVÊ A OCORRÊNCIA DO CRIME NA CONDUITA DE CAUSAR POLUIÇÃO DE QUALQUER NATUREZA EM NÍVEIS TAIS QUE RESULTEM OU POSSAM RESULTAR EM DANOS À SAÚDE HUMANA, OU QUE PROVOQUEM A MORTANDADE DE ANIMAIS OU A DESTRUIÇÃO SIGNIFICATIVA DA FLORA. RESOLUÇÃO Nº 001/90 DO CONAMA QUE DISPÕE QUE SÃO PREJUDICIAIS À SAÚDE E AO SOSSEGO PÚBLICO OS RUÍDOS COM NÍVEIS SUPERIORES AOS CONSIDERADOS ACEITÁVEL PELA NORMA NBR-10.151 DA ABNT. AFERIÇÃO DE RUÍDOS SUPERIORES POR POLICIAIS MILITARES AMBIENTAIS. ALEGAÇÃO DE QUE DIFERENÇA A MAIOR DE SEIS DECIBÉIS NÃO CAUSA POLUIÇÃO SONORA, QUANDO MAIS DANO AMBIENTAL, POIS A PRÓPRIA NBR DA ABNT TRAZ NOTA DIZENDO QUE NÍVEIS SUPERIORES AOS ESTABELECIDOS NA TABELA SÃO CONSIDERADOS DE DESCONFORTO, SEM NECESSARIAMENTE IMPLICAR RISCO DE DANO À SAÚDE. NÃO ACOLHIMENTO. NORMA DO CONAMA EM SENTIDO CONTRÁRIO. RECLAMO DE AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DIANTE DA AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CREDENCIAMENTO TÉCNICO PARA UTILIZAÇÃO DO APARELHO DE AFERIÇÃO DE RUÍDOS, ALÉM DE NÃO DEMONSTRADO A PRÉVIA CALIBRAGEM DO EQUIPAMENTO E CERTIFICAÇÃO PELOS ÓRGÃOS COMPETENTES A COMPROVAR A EFICIÊNCIA DO DECIBELÍMETRO UTILIZADO. ELEMENTAR DO TIPO NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC. Apelação Criminal n. 2011.026810-1, de Garuva. Relatora: Desa. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer – grifei).

Sendo assim, não havendo provas suficientes para a manutenção da condenação, o caso é de absolvição dos réus.

CONCLUSÃO

Ante exposto, vota-se pelo conhecimento e provimento do recurso da defesa para absolver os réus, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

É o voto.

Apelação n. 0002498-63.2012.8.24.0080, de Xanxerê

Relator: Des. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (ART. 357 E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). RÉU QUE SOLICITOU À VÍTIMA CERTA QUANTIA EM DINHEIRO, A PRETEXTO DE INTERFERIR NA LIBERAÇÃO DO SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DE QUE O VALOR SERIA REPASSADO À JUÍZA DA COMARCA DO PARANÁ.

CRIME DE ESTELIONATO (ARTIGO 171, *CAPUT*, DO CP). RÉU QUE FEZ A VÍTIMA LHE REPASSAR DINHEIRO, ALEGANDO QUE O VALOR SERIA UTILIZADO PARA REGULARIZAR AS DESPESAS DE UM CARRO APREENDIDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA FIRME E COERENTE QUE DEMONSTRA O DOLO NA CONDUTA DO ACUSADO. CRIMES DE ESTELIONATO E EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO SUFICIENTEMENTE EVIDENCIADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO PREVISTO NO ART. 44, § 3º, DO CP NÃO PREENCHIDO. RÉU REINCIDENTE. ANÁLISE DO CASO CONCRETO QUE DEMONSTRA QUE A SUBSTITUIÇÃO NÃO SERIA SUFICIENTE PARA ATINGIR OS FINS DA PENA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0002498-63.2012.8.24.0080, da comarca de Xanxerê Vara Criminal, em que é Apelante Adonay Correa e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e desprover o recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desa. Salete Silva Sommariva (Presidente) e Des. Sérgio Rizelo. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 26 de abril de 2016.

Desembargador Volnei Celso Tomazini

RELATOR

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, no uso de suas atribuições legais, ofertou denúncia contra **Adonay Correa** pela prática, em tese, das condutas descritas no artigo 171, *caput*, do CP (duas vezes), bem no art. 357, *caput* c/c parágrafo único, ambos do CP, pelos seguintes fatos:

No mês de maio de 2011, em data que poderá ser apurada no curso da instrução probatória, nesta cidade de Xanxerê, pretendendo obter indevida vantagem econômica em prejuízo alheio, a pretexto de ter interferido na liberação de valores devidos a Sérgio da Luz Padilha pelo seguro DPVAT, Adonay Correa solicitou a ele o pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais), afirmando que repassaria tal importância para uma certa juíza “Branca”, de Barracão, no Paraná, como pagamento por despachos favoráveis que ela teria proferido para que a vítima recebesse referida indenização. Contudo, o denunciado tomou para si o dinheiro.

Na mesma época, sempre buscando locupletar-se às custas da ingenuidade alheia, mais uma vez Adonay Correa induziu Sérgio da Luz Padilha em erro, fazendo com que ele lhe repassasse outros R\$ 2.000,00 (dois mil reais), alegando que o dinheiro se destinava ao pagamento de despesas de regularização de uma caminhonete apreendida, para posterior transferência daquele veículo à vítima, mediante pagamento de valor abaixo do de mercado. No entanto, de posse do dinheiro, não cumpriu o prometido nem sequer havendo provas de que o automotor existisse.

Recebida a denúncia (fl. 39), citado, o réu apresentou resposta à acusação (fl. 62).

O processo foi devidamente instruído, com a inquirição de testemunha e interrogatório do réu (fls. 76-78).

Oferecidas as alegações finais, o Magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia, para condenar o réu ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime semiaberto, além do pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, por infração ao disposto no art. 357, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, bem como por infração ao disposto no art. 171, *caput*, do Código Penal (fls. 96-110).

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação. Argumentou insuficiência de provas sobre a autoria dos delitos, razão pela qual deve ser absolvido. Subsidiariamente, pugnou pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos, conforme previsão do art. 44, § 3º, do Código Penal (fls. 122-131).

Com as contrarrazões (fls. 133-138), ascenderam os autos a esta Corte e, com vista, a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do promotor de justiça designado Wilson Paulo Mendonça Neto, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Adonay Correa (réu – apelante) foi condenado pela prática do crime de estelionato (art. 171, *caput*, do Código Penal), bem como pela prática do crime de exploração de prestígio (art. 357, *caput* e parágrafo único do CP). Inconformado, interpôs recurso de apelação, cuja tese central é a ausência de provas acerca da autoria dos delitos.

Exploração de prestígio (art. 357, *caput* e parágrafo único, ambos do CP).

Segundo relatado na denúncia, em suma, no mês de maio de 2011, Adonay Correa (réu – apelante), pretendendo obter indevida vantagem econômica em prejuízo alheio, solicitou a Sérgio Padilha (vítima) o pagamento de R\$ 3000,00 (três mil reais), a pretexto de interferir na liberação de valores devidos pelo seguro DPVAT.

Na ocasião, de acordo com a inicial, Adonay afirmou a Sérgio que repassaria tal importância para uma certa juíza “Branca”, de Barracão (PR) como pagamento por decisões favoráveis para o recebimento da indenização.

O crime de exploração de prestígio está previsto no artigo 357 do Código Penal, nestes termos:

Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Parágrafo único - As penas aumentam-se de um terço, se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas neste artigo

A materialidade está comprovada por meio do boletim de ocorrência (fl. 3), do instrumento particular de confissão de dívida (fl. 29), dos documentos acostados às fls. 29-32, bem como da prova oral colhida.

No mais, as provas colhidas, sobretudo a testemunhal, comprovam o dolo da conduta do agente.

A saber, a vítima Sérgio da Luz Padilha, na fase policial, afirmou, em síntese:

Que possuía valores a receber a título de Seguro DPVAT, em razão de um acidente automobilístico sofrido. Salientou que, poucos dias depois da suposta interferência do réu, recebeu, “mediante decisão judicial”, cerca de R\$ 11.000,00 (onze mil reais). Afirmou que pagou ao acusado R\$ 3.000,00 (três mil reais), porquanto este dizia que era para pagar a “juíza Branca”, de Barracão (PR), pelos despachos favoráveis naquele “processo judicial” (fls. 4-6).

Na etapa judicial, confirmou seu relato, aduzindo:

Que realizou um pedido administrativo para perceber o valor do seguro DPVAT junto à seguradora, em Chapecó (SC). Salientou que Adonay ficou sabendo deste seguro e interveio com uma ação judicial, uma vez que, na via administrativa, iria demorar muito para receber. Afirmou que, 9 (nove) dias depois da intervenção do acusado, recebeu o valor do seguro. Assinalou que Adonay foi com ele no banco receber o montante e lhe cobrou R\$ 3.000,00 (três mil reais), que seriam revertidos para a “juíza Branca”, de Barracão (PR), por conta dos despachos favoráveis no processo. Disse, inclusive, que foi até o Fórum da Comarca de Xanxerê (SC), junto com o Adonay, onde assinou alguns papéis em um dos cartórios (mídia – fl. 77).

Já o réu, quando interrogado pelo Magistrado, negou os fatos, argumentado que:

Conhecia Sérgio, o qual lhe contou que havia recebido um valor em dinheiro da seguradora DPVAT. Disse que emprestou dinheiro da vítima. Que sabia o nome da Juíza Branca porque era seu motorista e levavam documentos para o advogado Ganzer na cidade de Barracão. [...] Reafirmou que Sérgio lhe emprestou dinheiro. Mencionou que já foi processado por outros crimes de estelionato [...] já devolveu a Sérgio o valor, porém não juntou recibo (mídia – fl. 77).

Ocorre que sua versão não merece credibilidade, sobretudo quando cotejada com as palavras da vítima que, na hipótese, são relevantes para o deslinde da causa.

Sim, as justificativas do réu são infundadas, conforme bem analisou o Magistrado, cujo fundamento, por significativo, adota-se:

Frente a isso, denota-se que a vítima foi, no mínimo, duplamente enganada pelo acusado.

Primeiro, porque não houve a propositura de qualquer demanda judicial a título de recebimento do Seguro DPVAT perante o juízo de Xanxerê (SC) local onde a testemunha reside, e onde admitiu ter ocorrido o acidente automobilístico. Em consequência, não houve qualquer intervenção do réu, na via judiciária, para que o valor securitário fosse adimplido (gize-se que o próprio réu confirma não ter ajuizado qualquer demanda judicial).

Além disso, os R\$ 3.000,00 (três mil reais) não eram destinados para a magistrada paranaense, em retribuição à suposta agilidade que teria ela supostamente dado ao feito judicial, mas sim ao próprio réu. Reitere-se que não existiu processo judicial sobre isso e, mesmo que houvesse, certamente aquela magistrada não teria jurisdição para atuar em um processo de outro estado da federação.

O que efetivamente aconteceu foi que a seguradora adimpliu com o seguro DPVAT na via administrativa, coincidentemente 9 (nove) dias depois de a vítima ter conversado com o réu sobre o assunto. Este, por sua vez, convenceu a vítima de que o rápido pagamento se deu por conta de uma ação judicial que ele protocolou, e porque havia corrompido uma juíza, para que proferisse, em tempo recorde, a decisão favorável. Diante disso, convenceu a vítima de que teria que adimplir uma contraprestação àquela magistrada, o que efetivamente veio ocorrer.

A vítima, acreditando na palavra do réu, adimpliu os R\$ 3.000,00 (três mil reais), acreditando que estava a pagar a juíza pelo “favor”, quando, na verdade, o valor foi revertido para o próprio réu.

Registre-se que, além do óbvio poder de convencimento que o acusado

tinha, ele era bem conhecido na sociedade e detinha muitos contatos. Nas palavras do testigo Jair Antonio Maran, o acusado possuía “negócios” em diversas cidades, como Chapecó (SC), São Miguel do Oeste (SC), Indaial (SC), Cascavel (PR), Santo Antonio do Sudoeste (PR) e, inclusive Barracão (PR) - local onde a mencionada magistrada era lotada (fls. 7-8). Isso certamente facilitou ainda mais a trama, e deixou ainda mais convincentes as falácias e artimanhas adotadas pelo réu.

A farsa foi tamanha que a vítima manteve, por um longo período, uma crença inabalável de que o favorecimento judicial aconteceu e que, unicamente por conta disso, recebeu os valores a título de seguro DPVAT. Veja-se que durante o seu depoimento prestado em juízo, a vítima manifestou, por mais de uma vez, que foi aquela intervenção “judicial” do réu perante a “Juíza Branca” que fez com que o seguro DPVAT lhe fosse pago em 9 (nove) dias.

Diante disso, não restam dúvidas sobre o comportamento fraudulento do réu, que a pretexto de influir, em tese, na liberação de valores do seguro DPVAT junto à Magistrada “Branca”, solicitou à vítima certa quantia em dinheiro (R\$ 3.000,00).

A situação, como está posta, efetivamente configura o delito de exploração de prestígio, com a causa de aumento prevista no tipo penal, cuja fraude do agente consiste em

“[...] afirmar que exerce influência sobre aquelas pessoas, por exemplo, advogado que, dizendo-se pessoa bastante influente no Tribunal de Justiça, solicita dinheiro a seu cliente, a pretexto de lograr uma sentença que lhe seja favorável”

[...] A majorante funda-se no fato de o agente deixar entrever, insinuar que o funcionário é corrupto (Capez, Fernando. Curso de Direito Penal. v. 3. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 729).

Vale lembrar que “não basta a mera menção ao nome ou a função pública de uma das pessoas citadas no dispositivo. A conduta típica só se perfectibiliza quando o agente recebe dinheiro em troca da suposta

influência na decisão ou ato processual a cargo da autoridade, cujo prestígio o agente afirma gozar” (Apelação criminal n. 2003.004135-4, de Araranguá, rel. Des. Torres Marques), essa exatamente a situação que ocorreu nos autos.

Com efeito, impossível o acolhimento do pleito absolutório, porque as provas são suficientes para comprovar que o apelante praticou o delito de exploração de prestígio, com a causa de aumento de pena.

Estelionato (art. 171, *caput*, do CP).

De acordo com a exordial, na mesma época, Adonay Correa induziu Sérgio da Luz Padilha em erro, fazendo com que ele lhe repassasse outros R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Alegou que o dinheiro se destinava ao pagamento de despesas de regularização de uma caminhonete apreendida, para posterior transferência daquele veículo à vítima, mediante pagamento de valor abaixo do de mercado.

Todavia, de posse do dinheiro, não cumpriu o prometido, sequer havendo provas de que o automotor efetivamente existia.

A materialidade do delito está demonstrada por meio do boletim de ocorrência (fl. 3), do instrumento particular de confissão de dívida (fl. 29), das notas promissórias (fls. 30-31), assim como dos depoimentos colhidos.

E mais. Os depoimentos colhidos na instrução criminal, aliados aos demais elementos probantes, fornecem a necessária certeza de que o apelante efetivamente cometeu o crime de estelionato.

Do que relatou a vítima Sérgio da Luz Padilha, na etapa extrajudicial, retira-se:

[...] o acusado lhe convenceu que o advogado Dr. Ganzer, do Paraná, tinha informações sobre uma caminhonete apreendida por uma

instituição financeira, a qual poderia ser transferida à vítima por um valor bem abaixo do praticado no mercado. Salientou que, em razão disso, entregou ao acusado, inicialmente, R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Disse que não recebeu, tampouco viu a sobredita caminhonete, tendo o acusado permanecido com os valores entregues (fls. 4-6).

Na fase judicial, Sérgio confirmou o relatado na delegacia, acrescentando que:

[...]a caminhonete detinha preço de mercado, na época, de aproximadamente R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Entretanto, Adonay lhe dizia que ela fazia parte dos chamados “fundos perdidos” de um banco e, por isso, seu preço final ficaria em R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais).

Salientou a vítima que o seu prejuízo não se restringiu a isso, mas que, no final das contas, ultrapassou R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Questionado sobre a razão de não ter ajuizado a demanda competente no juízo cível, manifestou sua crença de que não ganharia a demanda em face do acusado. Verbalizou que o acusado tinha muitos conhecidos e que não tinha nada em nome dele (fls. 76-78)

Vale referir que nos crimes contra o patrimônio, praticados normalmente de maneira ardilosa, sem constituir testemunha, as declarações coerentes das vítimas apresentam extrema relevância e alto valor probatório, de modo que, em harmonia com os demais elementos constituídos no processo, como no presente caso, autorizam a prolação da sentença condenatória.

Outro não é o posicionamento desta Corte:

Em se tratando de crime contra o patrimônio, o qual, na maior parte das vezes, se perfectibiliza apenas na presença do acusado e da vítima, a palavra desta, associada às demais circunstâncias do crime, mostra-se de extrema relevância para o deslinde da *quaestio iuris* (ApCrim n. 2010.061303-5, de Caçador, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 5.7.2011).

Por outro lado, o réu negou os fatos. Disse que *“não houve negócio para a compra da tal caminhonete, mas sim a realização de um empréstimo com a vítima. Salientou, de outro norte, que já havia adimplido grande parte do valor devido para com ela, e que traria aos autos os recibos correspondentes”* (fls. 76-78).

Ocorre que sua tese defensiva não é crível, pois sequer veio acompanhada documentos comprobatórios do suposto pagamento à vítima.

Não se descure, “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...] (art. 156 do CPP)”.

Contudo,

[...] a prova cabe àquele que afirma determinado ato, fato ou circunstância, seja a acusação ou a defesa, não sendo verdade, então, que somente o autor da ação penal tenha essa incumbência. Tudo dependerá da natureza da alegação. Neste contexto, à acusação caberá provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. Já à defesa, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes, privilegiadoras que tenha alegado. (Avena, Norberto. Processo Penal.3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011).

De sorte que sem prova persuasiva, impossível deixar de sujeitar o réu às consequências legais do ato ilícito que praticou.

Bem por isso assume relevância as palavras de Sérgio, pois coerentes, de forma a dar certeza sobre a autoria do estelionato pelo apelante.

Com efeito, pode *“a palavra isolada da vítima dar margem à condenação do réu, desde que resistente e firme, além de harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução”* (Nucci,

Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 465), essa a hipótese delineada nos autos.

Desta Corte, colhe-se em reforço:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. **ESTELIONATO** (ART. 171, *CAPUT* DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. **PALAVRAS DA VÍTIMA** ALIADAS AO CONTEXTO PROBATÓRIO QUE CONFIRMA A PRÁTICA DELITIVA. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. (Apelação Criminal n. n. 2012.053737-7, de Xanxerê, Desta Relatoria, j em 07.05.2013).

Está provada, portanto, a conduta fraudulenta em prejuízo alheio, uma vez que o réu induziu a vítima em erro, ao lhe solicitar certa quantia em dinheiro para a liberação de determinada caminhonete com “fundos perdidos”, nunca cumprindo o avençado.

Em outras linhas:

o acusado causou um grande prejuízo à vítima no instante que lhe inculiu a falsa verdade de que poderia adquirir, por conta do que chamou de “fundos perdidos” do banco, uma caminhonete com um exorbitante desconto. Frente a isso, na esperança de conseguir adquirir o veículo por um preço abaixo do praticado no mercado, e, acreditando na palavra do réu, entregou-lhe pelo menos R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Convém ressaltar que “*O crime de estelionato é regido pelo binômio vantagem ilícita/prejuízo alheio. A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida a obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio* (Greco, Rogério. Código Penal Comentado. 6. ed., Niterói, Impetus, 201, p. 540).

Dito de outro modo:

Pune-se aquele que, por meio da “astúcia”, da “esperteza”, do “engodo” da “mentira, procura despojar a vítima do seu patrimônio fazendo com

que esta entregue a coisa visada espontaneamente, evitando, assim, retirá-lo por meios violentos. Em suma, o agente busca lesar a vítima em seu patrimônio, de maneira sutil, mas sempre segura.

[...]

Da simples leitura do tipo percebe-se que, para existir o crime, necessário se faz a presença de três elementos:

A) fraude: lesão patrimonial realizada por meio de malicioso engano, podendo ser o artifício (encenação material mediante uso de objetos ou aparatos aptos a enganar, como “bilhete premiado”, a utilização de disfarce etc.), o ardil (astúcia, conversa enganosa); ou qualquer outro meio fraudulento (como o silêncio, por exemplo, que consistiria no estelionato por omissão). O meio escolhido deve, no entanto, ser apto a ludibriar alguém, caso contrário, haverá crime impossível (art. 17 do CP);

B) vantagem ilícita: se a vantagem for devida estar-se-á diante do crime de exercício arbitrário das próprias razões. [...].

C) prejuízo alheio: para a caracterização do crime, a vítima deve sofrer um prejuízo patrimonial que corresponda à vantagem indevida obtida pelo agente. Aliás, quando o tipo se refere a “vantagem indevida”, isto é “vantagem ilícita” e “prejuízo alheio”, fica claro que a primeira pressupõe o segundo, já que quem obtém ilícitamente algum bem, está evidentemente lesando o patrimônio do tertis e está lhe proporcionando um “prejuízo” (Cunha, Rogério Sanches. Direito Penal: parte especial. v. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 160-161 – Grifou-se).

Para corroborar, colhe-se deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO (CP, ART. 171, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. DOLO. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. PROVA DO ÁLIBI (CPP, ART. 156). 2. OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA. INVERSÃO DA POSSE. RESSARCIMENTO. 1. As declarações do ofendido, de que o acusado, após manifestar interesse em

comprar seu veículo, informou-o de que o levaria a um mecânico conhecido de ambos para avaliá-lo e não o restituiu, e a ausência de prova do álibi alegado pelo agente, caracteriza o dolo de consumir o crime de estelionato. 2. A obtenção da vantagem ilícita no delito de estelionato ocorre a partir do momento em que o acusado, mediante ardil, recebe o veículo da vítima e não mais o restitui, ou seja, quando dá-se a inversão da posse do bem, sendo indiferente seu posterior ressarcimento pela genitora do agente. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0004781-22.2011.8.24.0039, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 02.02.2016)

Diante dessas considerações, o conjunto probante é suficiente para demonstrar que o apelante obteve vantagem ilícita em prejuízo da vítima. Assim, a sentença deve permanecer incólume.

Dosimetria

A dosimetria não merece reparos, cujas penas foram fixadas em **1 (um) ano 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa**, para o crime de exploração de prestígio; e **1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa**, para o crime de estelionato.

Somadas as penas (art. 69 do CP), fixou-se o regime semiaberto para o início de resgate da reprimenda, em razão da reincidência do réu (fl. 49). Tal agravante, igualmente, obstou a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

O apelante, então, com fundamento no § 3º do art. 44 do CP, defendeu a possibilidade de substituição da reprimenda, pedido que não merece acolhimento.

A substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito está regulada no art. 44 do Código Penal, que possui a seguinte redação:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

<http://busca.tjsc.jus.br/LEIS/L9714.htmI> - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

<http://busca.tjsc.jus.br/LEIS/L9714.htmII> - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

O mencionado dispositivo prevê requisitos objetivos (incisos I) e subjetivos (inciso II e III), que devem ser preenchidos pelo acusado a fim de evitar a imposição da pena privativa de liberdade, desde que a pretendida substituição seja socialmente recomendável, sempre tendo em vista a repressão e a prevenção do delito.

Sobre a questão, ensina Júlio Fabbrini Mirabete:

É ainda necessário para a substituição que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição é suficiente. Essas circunstâncias pessoais, que também devem ser observadas na fixação da pena-base, é que vão dar a medida da conveniência da substituição. Se forem elas favoráveis ao condenado, deve o juiz efetuar a substituição. Se, entretanto, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, deve ser negada. (Código Penal Interpretado. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 326).

Da análise do processado, extrai-se que o réu é reincidente, por ter sido condenado em 2008 por infração ao disposto no artigo 147 do CP.

E, em que pese as demais circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis, o réu não preenche o requisito insculpido no § 3º do art. 44 do CP, *in verbis*:

Art. 44.

[...]

Se o condenado for **reincidente**, o juiz poderá aplicar a **substituição**, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime [...]

Portanto, mesmo não caracterizada a reincidência específica, verifica-se que, a par de o apelante ter praticado nos presentes autos condutas graves contra a vítima (estelionato e exploração de prestígio), conforme consignou o Ministério Público, o réu *“atualmente responde por inúmeras outras ações penais da mesma natureza delitiva em outros municípios deste estado, inclusive sendo condenado nesta Comarca à poucos dias, por delito de igual natureza (vide Ação Penal n. 0001449-84.2012.8.24.0080), demonstrando-se contumaz na prática de delitos contra o patrimônio [...]”* (fl. 84).

Desse modo, a concessão da substituição não se mostra suficiente para reprovação da conduta e nem se revela socialmente recomendável, razão pela qual acertada a decisão singular que vedou a substituição da pena corporal.

Para reforçar, menciona-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIDADE DE DOCUMENTO PÚBLICO E DE DOCUMENTO PARTICULAR E TENTATIVA DE ESTELIONATO. RECURSO DE UM DOS RÉUS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DEFINITIVIDADE DA PRISÃO. PEDIDO PREJUDICADO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELO CONJUNTO PROBANTE DOS AUTOS. PROVAS DE QUE O RÉU FALSIFICOU UMA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E UMA FATURA TELEFÔNICA. DEPOIS, UTILIZOU-SE DOS DOCUMENTOS FALSIFICADOS PARA TENTAR REALIZAR

A COMPRA DE UM AUTOMÓVEL. MANTENÇA DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. DOSIMETRIA MANTIDA. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REQUISITO PREVISTO NO ART. 44, § 3º, DO CP NÃO PREENCHIDO. ACUSADO REINCIDENTE. ANÁLISE DO CASO CONCRETO QUE DEMONSTRA QUE A SUBSTITUIÇÃO NÃO SERIA SUFICIENTE PARA ATINGIR OS FINS DA PENA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA, DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2012.059576-4, de Itajaí, desta Relatoria, j em 07.05.2013).

Sendo essa a solução da controvérsia, mantém-se a dosimetria, porque corretamente aplicada pelo sentenciante, inclusive referente ao regime inicial de cumprimento de pena (semiaberto) e a vedação da substituição de pena.

Nessa compreensão, vota-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

É o voto.

Apelação n. 0806372-81.2014.8.24.0038, de Joinville

Relator: Des. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, IN FINE, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS NOS AUTOS. APELANTE QUE, NA COMPANHIA DO CORRÉU, CHEGOU DE BICICLETA À CASA DAS VÍTIMAS, DESFERIU FACADAS E CORONHADAS NELAS E, NA SEQUÊNCIA, SUBTRAIU DINHEIRO, OBJETOS E UM VEÍCULO, EMPREENDEDO FUGA NA POSSE DA *RES FURTIVA*. BICICLETA DO APELANTE ENCONTRADA NO LOCAL DO CRIME. DECLARAÇÕES FIRMES E UNÍSSONAS DAS TESTEMUNHAS E INFORMANTES, ALIADAS AO LAUDO PERICIAL, QUE CONFEREM CERTEZA QUANTO À AUTORIA DELITIVA NA PESSOA DO APELANTE. VERSÃO DO APELANTE DISSOCIADA DOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO, ROUBO SIMPLES OU ROUBO QUALIFICADO PELAS LESÕES CORPORAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS DO *ANIMUS NECANDI* DO AGENTE. APELANTE QUE, NA COMPANHIA DO CORRÉU, DESFERIU GOLPES DE FACA E CORONHADAS NAS VÍTIMAS, COM O FIM DE SUBTRAIR-LHES OS BENS. LAUDOS PERICIAIS QUE DEMONSTRAM TRAUMATISMO CRANIANO E RISCO DE VIDA DAS VÍTIMAS, EM RAZÃO DAS LESÕES SOFRIDAS. EVENTO MORTE NÃO OCORRIDO PELO FATO DE AS VÍTIMAS TEREM SIDO ENCAMINHADAS PRONTAMENTE AO HOSPITAL E SUBMETIDAS A PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS. CONDENAÇÃO POR TENTATIVA DE LATROCÍNIO MANTIDA.

DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE QUE POSSUI MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME CORRETAMENTE VALORADAS. ACUSADO QUE AGIU EM CONCURSO DE AGENTES E MEDIANTE O USO DE ARMA BRANCA (FACA). 2 (DUAS) VÍTIMAS, GRANDE PREJUÍZO FINANCEIRO (R\$ 65.000,00) E INTENSO TRAUMA PSÍQUICO, TANTO QUE AS VÍTIMAS TIVERAM QUE MUDAR DE RESIDÊNCIA. ADEMAIS, CONSEQUÊNCIAS GRAVÍSSIMAS DO CRIME, EM RAZÃO DAS SEQUELAS NEUROLÓGICAS EM UMA DAS VÍTIMAS. EXASPERAÇÕES REALIZADAS CORRETAMENTE NO PATAMAR DE 1/6 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DE MULTA. REDUÇÃO DE OFÍCIO, EM OBSERVÂNCIA AO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0806372-81.2014.8.24.0038, da comarca de Joinville 2ª Vara Criminal, em que é Apelante J. M. de Q. e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantida a pena do apelante em 20 anos de reclusão, em regime fechado e, de ofício, reduz-se a pena de multa para 10 dias-multa. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desa. Salete Silva Sommariva (Presidente) e Des. Sérgio Rizelo. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 03 de maio de 2016.

Desembargador Volnei Celso Tomazini

RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Joinville, os réus J. M. de Q. e I. D. foram denunciados como incursores na sanção penal prevista no art. 157 § 3º, parte final, c/c art. 14, II, e art. 29, todos do Código Penal, pela prática dos fatos assim narrados na exordial acusatória:

No dia 5 de janeiro de 2014, os denunciados J. M. de Q. e I. D. ajustaram a prática de crime patrimonial mediante violência e grave ameaça na Fazenda Xanadú, localizada na Estrada do Pico, s/n, Distrito de Pirabeiraba, Joinville/SC, de propriedade das vítimas Z. F. S. e J. E. S. Já na madrugada do dia 6 de janeiro do corrente ano, por volta da 1h, os denunciados, em unidade de desígnios e comunhão de esforços, para lá se dirigiram a fim de efetivar o crime pretendido.

Após adentrarem na propriedade das vítimas, J. permaneceu na parte de baixo da residência para vigiar o local e assegurar o sucesso do intento criminoso enquanto I., vestido com um casaco de cor marrom claro e capuz, visando não ser reconhecido, ascendeu ao segundo andar até o quarto em que Z. e J. E. S. repousavam, abordando-as mediante violência e grave ameaça consistente no uso de uma faca que portava e, frente à reação das vítimas, agora com a intenção de ceifar-lhes a vida, passou a espancá-las, desferindo-lhes socos, pontapés, chutes e coronhadas com uma espingarda de pressão que estava no local, causando-lhes as lesões descritas nos laudos periciais de fls. 44/55, garantindo assim a subtração desejada, deixando J. e I. o local na posse de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), dois aparelhos celulares e o veículo NISSAN/Frontier, placa APL7824, tudo de propriedade das vítimas, sendo o carro utilizado na fuga eficaz dos denunciados.

Todavia, a morte das vítimas apenas não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos denunciados, pois, após a fuga destes, os vizinhos acionaram a polícia militar, oportunidade em que os ofendidos foram prontamente encaminhados ao hospital.

O feito foi cindido, porquanto o acusado I. D. foi citado somente por edital e não se manifestou nos autos, de modo que a ação penal prosseguiu apenas quanto ao réu J. M. de Q. (fls. 193-194).

Concluída a instrução processual, o Magistrado *a quo* julgou a denúncia procedente, pelo que condenou o réu à pena de 20 (vinte) de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, por infração ao art. 157, § 3º, parte final, c/c art. 14, II, e art. 59, *caput*, e art. 61, I, do Código Penal (fls. 474-482).

Inconformado, o réu J. M. de Q. apelou e alegou, em síntese, a insuficiência de provas da autoria delitiva para embasar a condenação, razão pela qual pugnou pela absolvição. Subsidiariamente, pleiteou a desclassificação do delito de tentativa de latrocínio para roubo ou furto, sob o argumento de que quis participar de crime menos grave, não havendo previsibilidade do resultado morte em sua conduta, bem como a alteração da pena para o art. 157, § 3º, primeira parte, do Código Penal.

Por fim, requereu o afastamento do aumento referente às consequências do crime, realizado na primeira fase do cálculo da pena, a fim de ver sua reprimenda reduzida (fls. 506-524).

Vertidas as contrarrazões (fls. 529-536), ascenderam os autos a esta egrégia Corte para julgamento. Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias De Caro manifestando-se pelo desprovemento do recurso (fls. 7-11 dos autos físicos).

Este é o relatório.

VOTO

Consta dos autos, em resumo, que no dia 6 de janeiro de 2014, por volta da 1h, o apelante, na companhia de I. D., em unidade de desígnios e comunhão de esforços, dirigiram-se até a Fazenda Xanadú, localizada na Estrada do Pico, s/n, Distrito de Pirabeiraba, Joinville/SC, de propriedade das vítimas Z. F. S. e J. E. S., de modo que, ao adentrarem no local, um dos agentes permaneceu na parte de baixo para vigiar a residência e assegurar o sucesso da empreitada criminosa, enquanto o outro, vestido com um casaco de cor marrom claro e capuz, foi até o segundo andar e adentrou o quarto em que o casal vítima dormia.

Na ocasião, um dos acusados, mediante grave ameaça consistente no uso de uma faca que portava e, frente a tentativa de reação das vítimas, com a intenção de ceifar-lhes a vida, espancou-as, desferindo-lhes socos, pontapés, chutes e coronhadas com uma espingarda de pressão que estava no local, causando-lhes as lesões descritas nos laudos periciais de fls. 44-55.

Na sequência, o apelante e seu comparsa subtraíram a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), 2 (dois) aparelhos celulares e o veículo Nissan/Frontier, placa APL7824, tudo de propriedade das vítimas, sendo o carro utilizado na fuga eficaz dos denunciados.

Salienta-se que o resultado morte das vítimas somente não se consumou porque, após a fuga dos denunciados, os vizinhos acionaram policiais militares, que prontamente atenderam às vítimas e as encaminharam ao hospital, circunstâncias estas alheias à vontade do apelado e de seu comparsa.

Diante dos fatos narrados, o apelante foi denunciado e condenado pela prática do crime de latrocínio tentado, com fulcro no art. 157, § 3º, c/c art. 14, II, e art. 59, *caput*, e art. 61, I, do Código Penal.

Isso posto, passa-se à análise do mérito recursal.

1. Absolvição

A defesa pleiteia a absolvição do apelante por insuficiência de provas, com base no princípio *in dubio pro reo*, sob o argumento de que as vítimas não apontaram a autoria delitiva e a única prova constante nos autos foi a identificação de suas bicicletas.

Contudo, razão não lhe assiste. Se não, vejamos.

A materialidade e a autoria do delito de latrocínio tentado está demonstrada por meio do termo de apreensão (fl. 44), dos laudos periciais de lesão corporal, os quais atestam que as vítimas sofreram traumatismos cranianos (fls. 48-59), do relatório de atendimento ao local do crime (fls. 60-71), do laudo pericial n. 9102.14.00105 (fls. 136-143), bem como por meio da prova oral colacionada aos autos.

Ao ser interrogado em Juízo, o apelante negou a prática do crime, alegando que I. D. é seu primo, sendo que I. D. esteve na sua casa no dia 5 de janeiro de 2014 por volta das 17:00 horas, na companhia de outro “piação”, ocasião em que eles lhe pediram a bicicleta emprestada e saíram, sendo que o indivíduo saiu conduzindo a bicicleta e o seu primo na garupa. Declarou que não sabe quem era a outra pessoa que estava com seu primo. Esclareceu que a 1h da manhã do dia 6 de janeiro de 2015 estava em casa dormindo, sendo que no dia seguinte largou tudo, emprego e a casa, e foi para o Paraguai. Ao ser questionado sobre como foi ao Paraguai, primeiro disse que foi com o seu próprio carro. Ao ser questionado como voltou, alterou a versão, alegando que não sabe dirigir e que foi com o carro de um companheiro, não querendo identificar quem era (8:50 min – 9:10min). Disse, ainda, que foi réu confesso em um homicídio no Rio Grande do Sul e “puxou sete anos e pouco” e estava foragido naquele processo. Alegou que largou tudo e foi para o Paraguai, no dia seguinte aos acontecimentos, porque “já tinha umas coisas para fazer lá”. Afirmou que não conhece

as vítimas e nem sabe onde fica a Estrada do Pico e a Chácara Xanadú, residência delas e local do crime (mídia fl. 451).

Contudo, verifica-se que as alegações do apelante estão dissociadas dos demais elementos probatórios e encontram-se isoladas nos autos. Isso porque os depoimentos colhidos na fase policial foram devidamente corroborados em Juízo, aliados à prova pericial, fornecendo a necessária certeza de que o apelante, na companhia de seu comparsa, perpetróu a conduta delituosa que lhe foi imputada.

O ofendido J. E. S., em Juízo, relatou que estava no segundo andar da casa com a esposa, Z., quando ouviu um barulho estranho no andar térreo, momento em que pegou uma espingarda de pressão, achando que eram os cachorros e foi ver o que era, ocasião em que foi surpreendido por um invasor que pegou a espingarda da mão dele e o espancou, batendo com a espingarda em sua cabeça, até ele ficar inconsciente. A vítima ressaltou que deve conhecer o agressor, porque a sua esposa disse que ele falou “ah, é você seu vagabundo” quando viu o indivíduo. Declarou que se mudou do local dos fatos, em razão do trauma decorrente do crime sofrido, bem como que teve sequelas em decorrência das lesões sofridas, tanto que terá que ser submetido novamente a mais uma cirurgia neurológica. Disse que os réus levaram a caminhonete Nissan e dinheiro, sendo que o prejuízo foi entre R\$ 65.000 e R\$ 70.000 (mídia fl. 414).

Da mesma forma, a vítima Z. F. S. relatou que estava em um quarto no segundo andar da residência quando ouviu o marido gritando, sendo que viu um indivíduo bater várias vezes com a espingarda na cabeça dele. Declarou que, ao tentar socorrer o marido, o indivíduo disse “agora a senhora vai me pagar” aí ele a jogou no chão e começou a bater nela, depois a ameaçou com uma faca de cozinha. Disse que o indivíduo pegou as chaves do carro, perguntou por dinheiro e desceu, sendo que ela levou seu marido que estava caído até o banheiro onde permaneceram trancados até serem socorridos pelos vizinhos e por policiais. Disse que a

pessoa estava com um capuz de agasalho que escondia o rosto, bem como que o seu marido disse “*Ah, é você seu coiso ou seu bicho*” demonstrando que conhecia o agressor (mídia fl. 414).

O informante C. H. B., cunhado do apelante, na fase judicial, declarou que, no fim de tarde do dia 5 de janeiro de 2014, o apelante e seu comparsa I. D. foram à sua residência em uma bicicleta e pediram outra bicicleta emprestada para M. D. Relatou que, na madrugada do dia seguinte, ambos voltaram à sua casa, “bastante alterados”, em uma caminhonete, igual à que foi roubada das vítimas, afirmando que haviam feito “cagada” e, na sequência, fugiram a bordo do veículo. Declarou que viu as bicicletas na televisão e reconheceu como sendo as mesmas bicicletas que os réus possuíam quando saíram de sua casa algumas horas antes dos fatos. Disse que o apelante, conhecido por “Nego”, chegou a parar no pesque e pague das vítimas antes dos fatos (mídia fl. 370).

Corroborando o relato do informante, a testemunha P. de M. da S., na Delegacia de Polícia relatou que é esposa de C. H. B. e, no dia 5 de janeiro, por volta das 17:00 horas, o apelante e seu comparsa I.D. foram até sua casa e pegaram emprestada a bicicleta de M. Disse que mais tarde, por volta das 2h40min da madrugada, o apelante voltou à residência alterado dizendo “fizemos uma cagada” e ambos chegaram em um veículo grande e alto. Ainda, reconheceu as bicicletas na Delegacia, que foram apreendidas na casa das vítimas, como sendo as mesmas que o apelante e seu comparsa I. D. estavam utilizando horas antes do crime. Disse que o apelante já trabalhou fazendo consertos na propriedade das vítimas, in verbis (fls. 26-27):

[...] que é esposa de C. H. B., cunhado de J. M. de Q. (vulgo “Nego” ou “Argentino”); Que no dia anterior aos fatos, dia 05 de janeiro do presente ano, a depoente estava em sua residência juntamente com seu esposo C. H., quando **por volta das 17h00 chegaram ao imóvel J. (Nego) e I. D., irmão de uma conhecida da depoente M.; que na ocasião J. estava muito alterado, com sinais de embriaguez ou droga, não**

sabendo explicar, enquanto I. estava aparentemente normal; Que ficaram no local por aproximadamente 10 minutos, e apenas pediram uma bicicleta emprestada de M.; Que neste momento saíram de bicicleta, sendo J. em uma bicicleta roxa e I. em outra branca com escritos rosa; Que ambos saíram sem rumo, sem dizer nada a depoente ou a qualquer familiar; Que na madrugada seguinte, por volta das 2h40, J. chegou alterado, batendo na porta e pedindo para abrir, sendo que antes do esposo da depoente abrir a porta, J. disse abre logo ou vou atirar na porta”; Que neste momento o esposo da depoente abriu a porta, quando J. entrou no imóvel muito alterado, tentando abraçar C. H. e a depoente: Que J. **Dizia “Pri me perdoa, fizemos uma cagada e temos que ir embora, cuida da minha filha”;** **Que na ocasião J. estava acompanhado de I. e ambos chegaram em um veículo grande e alto, pois o farol não era como de um veículo pequeno;** Que em seguida ambos saíram do imóvel em rumo ignorado; Que I. estava muito sujo de barro enquanto J. estava todo molhado; Que após o ocorrido a depoente tomou conhecimento acerca do roubo ocorrido a depoente tomou conhecimento acerca do roubo ocorrido contra um casal de idosos na Estrada do Pico apenas através de reportagens televisivas; Que esta foi a última vez que viu I. E J.; Que J. possui parentes em uma cidade chamada Santo Antônio, Bairro Vila Alta na Argentina e nesta região é conhecido como “CARUNCHO”; **Que neste ato reconhece com absoluta certeza as bicicletas utilizadas pelos autores do roubo ocorrido no dia 06/01/2014, como sendo a roxa de propriedade de J. E a branca com escritos rosa de propriedade de M., irmã de I.; Que a depoente tem conhecimento de que João trabalhou na região da Estrada do Pico em certa ocasião, quando disse à depoente que estava “fazendo uns concertos de cerca em uma propriedade de um senhor de idade”;** Que tem conhecimento de que João teria passado oito anos preso no Rio Grande do Sul, pois havia matado sua ex-mulher; Que teme por sua vida e de sua família, pois caso J. Tome conhecimento acerca desse depoimento poderá “se vingar de sua família”, pois J. É um homem perigoso (grifo nosso).

Sob o crivo do contraditório, a testemunha ratificou seu depoimento, declarando que conhece o apelante e o comparsa I. D., sendo que, na

madrugada do dia dos fatos, o apelante e I. D. foram até a casa dela, onde estava com seu marido C. H., bastante alterados dizendo que tinham feito “cagada”. Disse que reconheceu as bicicletas, que estavam no local do delito, como sendo as mesmas bicicletas que o apelante e I. D. estavam utilizando horas antes do crime, bem como a caminhonete que eles chegaram era a mesma que tinha sido roubada. Disse que se lembra que o apelante estava com uma camiseta preta e o I. com um casaco, bem como que a bicicleta branca, encontrada no local dos fatos, era a mesma bicicleta que o apelante tinha pego emprestado da M. horas antes do cometimento do delito (mídia fl. 370).

Da mesma forma, a informante M. D., irmã de I. D., relatou, na fase policial, que, no dia 5 de janeiro de 2014, estava almoçando na residência de C. H. e P., quando, por volta das 17:00 horas, seu irmão I. chegou ao local com o apelante e pediu a bicicleta dela emprestada e saíram com as bicicletas em rumo ignorado, sendo que retornaram, por volta das 2h30, dizendo que “fizeram uma cagada muito grande” e I. pegou algumas roupas e se retirou do imóvel na companhia do apelante. Disse que viu que o apelante e I. chegaram ao local com um carro grande e reconheceu a bicicleta branca com escritos rosa como sendo de sua propriedade e a de cor azul como sendo a de J., *in verbis* (fls. 30-31):

[...] Que é irmã do indivíduo identificado como Ivânio Dias; **Que no dia 5 de janeiro do corrente ano, estava almoçando com seu namorado na residência de C. H. e P. Quando por volta das 17h00 seu irmão, I. chegou ao local juntamente com o indivíduo J. M. de Q. (vulgo “Nego” ou “Argentino”) para pedir a bicicleta da depoente emprestada;** Que na ocasião I. não informou para que utilizaria a bicicleta; Que, no momento em que chegaram ao local, J. e I. aparentavam estar embriagados, pois ambos estavam estranhos como se fossem aprontar alguma coisa; Que a depoente perguntou a seu irmão o que estava acontecendo, sendo que I. apenas respondeu “não está acontecendo nada”; Que em seguida saíram com as bicicletas em rumo ignorado; **Que por volta das 2h30 seu**

irmão, I. retornou juntamente com J. Para casa da depoente, onde moravam juntos e muito nervoso disse “estraguei minha vida e fiz uma caduta muito grande”; Que em seguida I. Pegou algumas peças de roupa e já se retirou do imóvel, sem explicar o que havia “aprontado” para a depoente; Que conseguiu visualizar pela janela que I. e J. Haviam chegado no imóvel em um automóvel grande, mas não sabe explicar o modelo e nem a cor pois estava muito nervosa; Que após aproximadamente cinco minutos I. Retornou pegou sapatos e novamente saiu apenas dizendo ao namorado da depoente, A., “cuida bem dela”; Que a depoente não sabe informar para onde seu irmão tenha ido, pois após o ocorrido não teve mais nenhum contato com o mesmo; Que a depoente informa possuir familiares, entre eles seus pais na cidade de San’Antonio [...] um local bem pequeno na Argentina; Que tem conhecimento de que no Paraguai existem alguns parentes de J.; [...] Que apenas tomou conhecimento do que seu irmão havia feito através das emissoras de televisão que mostraram sua bicicleta que teria sido utilizada pelos autores do roubo; Que neste ato reconhece com absoluta certeza a bicicleta de cor branca com escritos rosa como sendo de sua propriedade e a de cor azul como sendo de J.; Que ganhou essa bicicleta há aproximadamente um ano de uma antiga namorada de I.; Que tem conhecimento de que J. é um homem perigoso e que teria matado uma ex-mulher no Estado do Rio Grande do Sul, motivo pelo qual tem medo de represálias contra sua vida e de sua família; Que não tem conhecimento se seu irmão I. possuía passagens policiais; Que seu irmão possuía dívidas com aluguel, móveis de contas do imóvel em que a depoente reside (grifo nosso).

Para dar amparo ao relato supra, tem-se o depoimento da testemunha A. V., o qual relatou, na fase judicial, que estava com a namorada M. na casa de C. H. e P., sendo que, no fim de tarde do dia 5, o apelante apareceu com I. D. pedindo emprestada a bicicleta de M., sendo que eles pareciam estar muito alterados. Disse que, horas depois, na madrugada da data do crime, I. D. e o apelante, juntos, apareceram novamente apavorados na casa em que ele estava dizendo “matamos dois”, ambos chegaram em uma caminhonete e sem as bicicletas. O I.

estava bem sujo e com um casaco, sendo que arrumou algumas roupas e os dois saíram na mesma caminhonete. Disse que ficou sabendo que o apelante já havia trabalhado na casa das vítimas. Esclareceu, ainda, que ficou espantado do I. participar do crime, mas não se surpreendeu com o apelante, porque este já tinha dito que respondeu a um processo no Rio Grande do Sul por ter matado a esposa e dava para perceber que ele tinha “sangue frio” (mídia fl. 414).

A informante E. A. dos S., sobrinha do apelante, relatou, em Juízo (mídia fl. 370), que na data dos fatos, por volta das 16h, viu o apelante e I. passando de bicicleta para ir até a casa de C. H. e P. Disse que, de madrugada, P. passou na casa dela dizendo que o apelante e I. assaltaram uma chácara e fugiram. Disse que quando viu o noticiário do crime na televisão reconheceu as bicicletas, porque uma delas até ajudou a pagar, a roxa, sendo que ratificou o reconhecimento das bicicletas (fls. 40-41)

O policial civil R. F. B., que participou das investigações, relatou que os fatos foram veiculados na mídia e uma parente de um dos autores do crime reconheceu que uma das bicicletas encontrada no local dos fatos como sendo sua e disse que tinha emprestado essa bicicleta, pouco antes do crime, para I. D. e J. M. de Q. Relatou que como a vítima conhecia um dos autores do crime, provavelmente para garantir o sucesso da empreitada delitiva, eles tentaram mata-la. Há informação de que o pai do I. D. trabalhou na chácara em que ocorreu o crime (mídia fl. 414).

A testemunha E. B., vizinho das vítimas, relatou, perante a autoridade judiciária que viu agentes saindo da casa das vítimas, cantando pneus, com a caminhonete das vítimas, sendo que caíram bicicletas da carroceria do veículo. Ficou desconfiado que tinham roubado a caminhonete e chamou a polícia. Disse que os criminosos bateram muito nas vítimas e no local tinha muito sangue, sendo que ouviu falar que um dos criminosos trabalhou com a vítima. Declarou que o socorro dos policiais demorou mais ou menos meia hora para chegar (mídia fl. 414).

Além disso, ressalta-se que o Laudo Pericial em Local do Crime (fls. 136-145) comprova que foram encontradas próximas ao local dos fatos duas bicicletas “[...] sendo uma da marca Fischer, de cor roxa e outra marca Caloi de cor branca [...]”, exatamente como descritas pelas testemunhas como sendo do apelante, a roxa, bem como da testemunha M. D. a branca com adesivos rosa.

Assim, deduz-se que a prova oral e pericial colhida nos autos, a saber:

a) depoimentos uníssonos e coerentes dos informantes C. H. B., M. D. e A. V., corroborados pelo depoimento da testemunha P. de M. da S., dando conta de que o apelante, na companhia de seu comparsa I. D., passou na casa de C. H., horas antes do cometimento do crime, com uma bicicleta roxa e pegou emprestada a bicicleta branca de M. D., bem como que o apelante e I. D., juntos, voltaram para a mesma casa, de madrugada, após o horário do cometimento do crime, com uma caminhonete com as mesmas descrições da roubada das vítimas dizendo que “fizeram uma cagada” e fugiram do local com o veículo roubado;

b) o depoimento de E. A. dos S., relatando que viu o apelante e I. D. passarem de bicicleta em direção à casa de C. H. Horas antes do crime;

c) as palavras da testemunha, vizinho das vítimas E. B., que viu agentes saindo com a caminhonete das vítimas, sendo que deixaram cair da carroceria duas bicicletas; e

d) o Laudo Pericial demonstrando que duas bicicletas com as mesmas características descritas pelos testigos foram encontradas no local do crime (fls. 136-145).

Essas provas são suficientes para demonstrar que o crime narrado na peça acusatória foi efetivamente praticado pelo apelante e, por conseguinte, afastam a tese de negativa de autoria e anemia probatória, mantendo-se o édito condenatório por seus próprios fundamentos.

Faz-se mister ressaltar, ainda, a declaração da vítima J. E. S., em Juízo, dando conta de que, apesar de não se lembrar dos fatos em razão do ferimento sofrido na cabeça, a sua esposa lhe falou que ele demonstrou ter reconhecido o apelante. Além disso, a vítima Z. F. S. relatou, na Delegacia de Polícia, logo após os fatos, que *“se recorda de ter tido um funcionário de prenome J. Trabalhando por alguns dias na propriedade, que esse indivíduo J. era genro de um antigo funcionário de prenome A. [...] que tem conhecimento de que o ex-funcionário A. teria se mudado para Argentina”* (fls. 8-9). Em Juízo, a vítima Z. F. S. relatou que ouviu o marido dizer *“É você seu bicho ou seu coisa”* demonstrando que reconheceu o apelante, porque o conhecia anteriormente (mídia fl. 414).

Da mesma forma, os informantes C. H. B. e A. V. e as testemunhas P. de M. da S. e E. B. também relataram saber que o apelante já trabalhou na Chácara das vítimas, mesmo o réu alegando, em seu interrogatório em Juízo, que não conhecia as vítimas e que não sabia, nem nunca ouviu falar, sobre o local dos fatos.

O apelante, por sua vez, não trouxe aos autos nenhum elemento probatório capaz de corroborar sua alegação de que emprestou a sua bicicleta a I. D. e outro indivíduo e foi dormir, sendo que não arrolou nenhuma testemunha, nem sequer mencionou o nome desse suposto indivíduo. Ademais, não apresentou justificativa para ter viajado para o Paraguai logo após o cometimento do delito. Ainda, contradisse suas alegações, primeiro afirmando que foi para o Paraguai com seu próprio carro e, depois, disse que foi com o carro de um colega (mídia fl. 451 – 8:50min/9:10min).

Bem por isso a negativa do acusado não pode se sobrepor aos demais elementos probantes, sobretudo em razão de seu relato ser desconexo e dissociado dos depoimentos uníssonos e coerentes apresentados pelos informantes e testemunhas, que foram corroborados pelo Laudo Pericial realizado no local do crime.

Ora, oportunizado o contraditório e a ampla defesa, cabia ao réu trazer elementos convincentes sobre sua inocência. Diga-se, sequer arrolou testemunhas capazes de refutar a tese acusatória, somente alegando – consoante demonstrado alhures – que, no dia dos fatos, emprestou sua bicicleta a I. D., que estava com outro indivíduo que não conhecia, sendo que no dia seguinte resolveu deixar o emprego e ir para o Paraguai.

Não se descure, “*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...] (art. 156 do CPP)*”.

Contudo, vale ressaltar,

[...] a prova cabe àquele que afirma determinado ato, fato ou circunstância, seja a acusação ou a defesa, não sendo verdade, então, que somente o autor da ação penal tenha essa incumbência. Tudo dependerá da natureza da alegação. Neste contexto, à acusação caberá provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. Já à defesa, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes, privilegiadoras que tenha alegado. (Avena, Norberto. *Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011).

De sorte que sem provas persuasivas, impossível deixar de sujeitar o réu às consequências legais dos atos ilícitos que comprovadamente praticou.

Ademais, o fato de as vítimas não saberem precisar qual dos dois agentes, o apelante ou o corréu, que ficou na parte de baixo da casa, para assegurar o sucesso da empreitada criminosa, e qual desferiu os golpes de faca e as coronhadas contra elas é irrelevante para a responsabilidade penal do apelante, tendo em vista que ambos estavam agindo em comunhão de esforços e unidade de desígnios.

Desse modo, a intenção de matar é uma circunstância objetiva e elementar do crime previsto no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal e, como tal, se comunica com o coautor ou partícipe (art. 30 do Código Penal).

Nesse passo, não se pode acolher a tese defensiva de ausência de provas da autoria, tendo em vista que ficou plenamente demonstrado o envolvimento do apelante na prática do crime de latrocínio tentado.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO TENTADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DO CRIME E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. CONFISSÃO PARCIAL DO RÉU, ALIADA ÀS DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS, QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS ACERCA DE SUA RESPONSABILIDADE NO CRIME. **VERSÃO DEFENSIVA ANÊMICA. CONTEXTO PROBATÓRIO ROBUSTO A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO.**

PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO PARA O DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. ALEGAÇÃO DE QUE O RÉU NÃO PORTAVA ARMA DE FOGO, TAMPOUCO FOI O AUTOR DO DISPARO DESFERIDO CONTRA A VÍTIMA. AFASTAMENTO. PALAVRAS DOS OFENDIDOS QUE CONFIRMAM QUE O DISPARO FOI EFETUADO PELO RÉU. **VERSÃO DO APELANTE TRAZIDA EM JUÍZO ISOLADA DO SUBSTRATO PROBATÓRIO. ENREDO FÁTICO APTO A CONFIRMAR O ANIMUS NECANDI COM O FIM DE POSSIBILITAR A SUBTRAÇÃO.** VÍTIMA QUE NÃO FOI ATINGIDA POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DO AGENTE. CONDUTA QUE SE ENCAIXA NO TIPO PENAL DE LATROCÍNIO TENTADO.

ALMEJADO RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INVIABILIDADE. RÉU QUE PARTICIPOU ATIVAMENTE NA EXECUÇÃO DO DELITO. COMUNHÃO DE DESÍGNIOS E ESFORÇOS COM OS DEMAIS COMPARSAS EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONFIRMADA POR ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP), ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL. MUDANÇA DO TÍTULO DA PRISÃO. PROVIDÊNCIA DETERMINADA DE OFÍCIO. (TJSC, Apelação n. 0002721-55.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Rui Fortes, j. 13-04-2016, grifo nosso).

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO TENTADO (ART. 157, § 3º, C/CO ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DEFENSIVOS.

PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DE F.B. POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. APELANTES QUE TENTARAM SUBTRAIR QUANTIA EM DINHEIRO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, OPORTUNIDADE EM QUE UM DOS AGENTES EFETUOU DISPAROS DE ARMA DE FOGO CONTRA POLICIAIS MILITARES QUE ESTAVAM NO LOCAL. APELANTE A QUEM INCUMBIU A FUNÇÃO DE CONDUZIR A MOTOCICLETA UTILIZADA NA EMPREITADA CRIMINOSA, PERMANECER NO ENTORNO DE COMÉRCIO PARA DAR APOIO OPERACIONAL E QUE SERIA RESPONSÁVEL PELA FUGA. **PALAVRAS FIRMES E COERENTES DOS AGENTES PÚBLICOS, EM CONSONÂNCIA COM OS DEPOIMENTOS DAS OUTRAS TESTEMUNHAS, CAPAZES DE DEMONSTRAR O ENVOLVIMENTO DO APELANTE. VERSÃO DEFENSIVA ANÊMICA. CONDENAÇÃO MANTIDA.** [...] (TJSC, Apelação n. 0001512-29.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 02-03-2016, grifo nosso).

E:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES DE LATROCÍNIO (CP, ART. 157, § 3º, PARTE FINAL) E OCULTAÇÃO DE CADÁVER (CP, ART. 211) EM CONCURSO MATERIAL (CP, ART.69) - PRELIMINAR - NULIDADE NA SENTENÇA - JUNTADA DE CARTA PRECATÓRIA APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA - POSSIBILIDADE (CPP, ART. 222) - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO - EIVA AFASTADA - MÉRITO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - **DECLARAÇÕES FIRMES E UNÍSSONAS DAS TESTEMUNHAS NO SENTIDO DE IMPUTAR AOS ACUSADOS - VERSÕES LASTREADAS NAS DEMAIS PROVAS DOCUMENTAIS E PERICIAIS** - VIOLÊNCIA QUE RESULTOU EM MORTE - LATROCÍNIO DEVIDAMENTE CONSUMADO - CORPO ENCONTRADO EM LOCAL ERMO E EM ESTADO DE DECOMPOSIÇÃO - DOLO DE OCULTAÇÃO EVIDENCIADO - CONDENAÇÕES MANTIDAS - RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.018031-1, de Campos Novos, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 29-09-2015, grifo nosso).

Por todos os fundamentos alhures esposados, mantém-se a sentença condenatória.

2. Da desclassificação do crime de latrocínio tentado para o crime de furto, roubo simples ou roubo qualificado pelas lesões corporais graves

A defesa do recorrente pugnou pela desclassificação do crime de latrocínio tentado (Art. 157, § 3º, 2ª parte, c/c art. 14, II, do Código Penal) para o crime de roubo ou furto, bem como para o crime previsto no art. 157, § 3º, 1ª parte, do Código Penal.

Não obstante a tese recursal questionar a aplicação da forma tentada ao crime de latrocínio, inviável é o acolhimento do pedido de desclassificação requerido pelo apelante, porquanto bem relataram as vítimas que o apelante e o corréu entraram na casa com a intenção de

furtar objetos de lá, mas, um deles, ao ser surpreendido pelas vítimas, atacou-as, dando coronhadas em suas cabeças, causando-lhes lesões graves, as quais somente não resultaram na morte das vítimas devido ao pronto atendimento prestado pelos médicos.

Nota-se, assim, que o ponto fulcral da presente controvérsia cinge-se na verificação do dolo do apelante e do corréu em atentar contra a vida de J. E. S e Z. F. S., para assegurar suas impunidades, após a entrarem na residência do casal para subtrair objetos do local.

Frisa-se, para a configuração do crime de latrocínio, nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci, “se exige dolo na conduta antecedente (roubo) e dolo ou culpa na conduta subsequente (morte)” (Código Penal Comentado, 15ª edição, 2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 910).

Necessário esclarecer que os resultados morte ou lesões corporais graves,

[...] podem ser imputados ao agente a título de dolo ou culpa, isto é, durante a prática do roubo, o agente pode ter querido causar, efetivamente lesões graves na vítima, ou mesmo a sua morte, para fins de subtração de seus bens, ou tais resultados podem ter ocorrido durante a empresa criminosa sem que fosse intenção do agente produzi-los, mas causados culposamente. Assim, segundo a posição majoritária da doutrina, o § 3º cuida de um crime qualificado pelo resultado (lesão corporal grave ou morte) que poderá ser imputado ao agente a título de dolo ou culpa. (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Editora Impetus, p. 463-464).

Percebe-se, assim, que se o agente lograsse êxito em sair da casa na posse dos bens subtraídos, sem agredir as vítimas com o dolo de matá-las, ter-se-ia por consumado o crime de roubo qualificado. Ocorre que um dos agentes, com o intuito de pegar as chaves do veículo e localizar dinheiro na casa das vítimas, subiu até o segundo andar, onde os ofendidos estavam dormindo, enquanto o outro ficou no andar de baixo, para garantir o sucesso da empreitada criminosa.

Ao se deparar com o ofendido J. E. S., um dos réus pegou a espingarda de pressão das mãos dele e desferiu diversas coronhadas na sua cabeça, região vital, e facadas pelo seu corpo. Ao tentar salvar o marido, a vítima Z. F. S. também foi pega por um dos agentes, que a lesionou com uma faca e também desferiu diversas coronhadas em sua cabeça, somente não alcançando o seu intento criminoso porque ouviu o barulho dos cachorros dos vizinhos.

Ressalta-se que as vítimas sofreram graves traumas cranianos e em outras áreas vitais, conforme se depreende dos laudos às fls. 48-52, o qual atesta que as lesões causadas na vítima J. E. S. colocaram em perigo sua vida “*pelo grave trauma craniano*”, sendo que ele sofreu “*traumatismo craniano, com afundamento de crânio, ferida contusa irregular de aproximadamente 11 cm interparietal e frontal, perda de tecido ósseo da calota craniana, rebaixamento do nível de consciência, lesão dura-máter e seios venoso interparietal, necessitando de neurocirurgia de urgência [...] ainda com dano neurológico não completamente estabelecido. Ainda edema e quimose periocular à esquerda*” (grifo nosso).

O laudo às fls.53-59 demonstra que a vítima Z. F. S. também foi gravemente lesionada em áreas vitais apresentando: “[...] *traumatismo craniano, com ferimento contundente região da testa, com 8 cm, irregular, situado, com crosta sero-hemática; equimoses arroxeadas periocular bilateral, lábio superior, lateral direita do pescoço e pré-auricular à direita; Equimoses arroxeadas no antebraço e punho esquerdos; equimose arroxeadada de 4 cm no joelho direito anteriormente e escoriação no punho direito 3 cm [...]*”.

As lesões descritas nos laudos corroboram os depoimentos prestados pelas vítimas, descrevendo as agressões sofridas, conforme destacadas no tópico anterior, bem como a vítima Z. F. S. declarou, perante a autoridade judicial, que o agente “*não matou porque escutou o barulho dos vizinhos*” (mídia fl. 414 – 7:16 min e 7:30 min).

Como se vê, os depoimentos prestados pelos ofendidos são harmônicos e coerentes no sentido de apontar o dolo do agente em atentar contra a vida deles, quando desferiu os golpes de faca e as coronhadas, somente cessando a sua ação, por ter ouvido barulho de vizinhos.

Além disso, salienta-se que as lesões sofridas pelas vítimas foram gravíssimas – fazendo com que elas corressem risco de morte – e somente não as levaram a óbito porque os vizinhos chamaram a polícia, de modo que foram encaminhadas ao hospital para atendimento médico, ou seja, por circunstâncias alheias à vontade do apelante e de seu comparsa.

Desta feita, ainda que se fale em ausência de dolo direto do apelante na tentativa de ceifar a vida das vítimas, encontra-se devidamente comprovado o dolo eventual dos agentes, assumindo o risco de produzir o resultado morte de ambas as vítimas. Tal fato mostra-se suficiente para a configuração do crime de latrocínio, previsto no art. 157, § 3º, 2ª parte, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, que apenas não chegou à consumação por circunstâncias alheias ao ânimo dos agentes.

Nessa direção, colhe-se da jurisprudência deste egrégio Tribunal:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE LATROCÍNIO, NA FORMA TENTADA (ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). RECURSOS DEFENSIVOS.

MÉRITO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELÍTIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PROVA ORAL COERENTE E CONCATENADA COM OUTROS ELEMENTOS QUE ATESTA A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DOS ACUSADOS PELO CRIME NARRADO NA EXORDIAL. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL.

PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INVIABILIDADE. TENTATIVA DE HOMICÍDIO REALIZADA NO DECORRER DE CRIME DE ROUBO. LATROCÍNIO TENTADO CONFIGURADO. [...]

1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação dos réus pela prática dos crimes narrados na denúncia.

2. **Se, no decorrer do delito de roubo, o agente, buscando ceifar a vida do ofendido, investe contra sua integridade corporal, não alcançando o resultado pretendido unicamente em razão de circunstâncias alheias à sua vontade, há a configuração de crime de latrocínio tentado.** Afinal, a conduta praticada, em tese, amolda-se à previsão abstrata insculpida no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, ressalvada a não materialização do resultado pretendido - morte da vítima -, o que garante a aplicação do art. 14, inciso II, do Estatuto Repressivo à hipótese. (TJSC, Apelação n. 0028168-28.2012.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 03-03-2016, grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO TENTADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DOS ACUSADOS. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. SUBTRAÇÃO CONSUMADA E MORTE TENTADA. HIPÓTESE DE LATROCÍNIO TENTADO CONFIGURADA.

O crime de latrocínio, na modalidade tentada, para a sua configuração, prescinde da aferição da gravidade das lesões experimentadas pela vítima, sendo suficiente a comprovação de que o agente atentou contra a vida daquela com *animus necandi*, não atingindo o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade (STF, HC 113049, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.8.13). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.086244-4, de Xanxerê, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 12-01-2016).

Ainda:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE PESSOAS (CP, ART. 157, § 2º, INCS. I E II) E LATROCÍNIO TENTADO (CP, ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, C/C O 14, INC. II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO.

[...] 3. LATROCÍNIO. 3.1. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ROUBO. INTENÇÃO DE MATAR A VÍTIMA. 3.2. PENA DE MULTA. TENTATIVA. REDUÇÃO.

[...] 3.1. **É inviável a desclassificação do crime de latrocínio para o de roubo circunstanciado se demonstrado que o agente, ao efetuar dois disparos em direção à vítima, desejava sua morte ou, ao menos, assumiu o risco de sua ocorrência.** [...] (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.069428-1, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 24-11-2015).

Assim sendo, devidamente demonstrado que o apelante e seu comparsa assumiram o risco de matar as vítimas, ao desferirem golpes de faca e coronhadas em regiões vitais, não alcançando o resultado morte unicamente por circunstâncias alheias à sua vontade, a pretendida desclassificação para furto, roubo ou roubo qualificado por lesões corporais graves não deve ser provida.

Neste ponto, portanto, o *decisum* não merece reparos, pelo que se mantém a condenação do réu pela tentativa de latrocínio.

3. Dosimetria

Em relação ao pedido de redução da pena, o pleito não merece acolhimento.

O Magistrado *a quo* assim fundamentou a dosimetria da pena:

O acusado registra antecedente (p. 293 ação penal nº 1999.0000019-3). Nada se apurou de concreto quanto à sua personalidade e à conduta social. As circunstâncias do delito são diferenciadas na medida que o crime foi praticado em concurso de agentes, os quais atentaram contra o lar dos ofendidos (asilo inviolável, objeto de especial proteção constitucional), além de haver atingido a duas vítimas. O motivo e a culpabilidade não extrapolaram a normalidade do tipo. As consequências (sobretudo psicológicas) foram gravíssimas, pois as vítimas, como disseram, não conseguiram retornar ao lar depois do crime. Também sofreram expressivo prejuízo porque o automóvel subtraído (aproximadamente

R\$ 65.000,00) não foi recuperado. Pelos antecedentes, circunstâncias e consequências, as penas bases são arbitradas em 30 anos de reclusão e 30 dias-multa. Presente a agravante de reincidência (p. 372 ação penal nº 157/2.040.001008-0), a reprimenda não pode ser majorada, pois está no máximo. A agravante de crime contra maior de 60 anos de idade (CP, art. 61, II, h) não pode ser reconhecida porque não se fez prova da idade das vítimas. Não há circunstâncias atenuantes. Na terceira fase, em atenção ao previsto no art. 14, II, do Código Penal, a respectiva causa redutora deve ser aplicada na fração mínima (1/3) diante da contundência das agressões

Na primeira fase, a pena foi exasperada em razão da existência de maus antecedentes, das circunstâncias e das consequências do crime.

Os maus antecedentes foram corretamente sopesados, tendo em vista a verificação, por meio da certidão à fl. 292, a qual demonstra que o apelante foi condenado pelo crime de roubo duplamente circunstanciado na data de 31/05/2001 (ação penal n. 1999.0000019-3).

Além disso, verifica-se que as circunstâncias do crime foram graves. Isso porque a prática do crime por mais de um agente, mediante o emprego de arma branca (faca) e atingindo 2 (duas) vítimas demonstram a necessidade de maior repreensão da conduta, o que permite a manutenção da exasperação da pena, porquanto fundamentada de modo suficiente na sentença.

Sobre o tema, tem-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, *IN FINE*, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS NOS AUTOS. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS, ALIADOS ÀS FOTOGRAFIAS DO LOCAL ONDE FOI ENCONTRADO O CORPO DA VÍTIMA E AO LAUDO PERICIAL, QUE CONSTATAM A PRÁTICA DO CRIME. ACUSADO QUE, NA COMPANHIA DE OUTROS DOIS INDIVÍ-

DUOS, DESFERIU FACADAS NA VÍTIMA, COM A FINALIDADE DE SUBTRAIR BEBIDAS E BENS PESSOAIS DO OFENDIDO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DE UM DOS ACUSADOS. APELANTE INDICADO PELO COMPARSA COMO COAUTOR DO CRIME. DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS CIVIS E DE TESTEMUNHA QUE CONFEREM CERTEZA QUANTO À AUTORIA DELITIVA NA PESSOA DO APELANTE. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME CORRETAMENTE VALORADAS. ACUSADO QUE AGIU EM CONCURSO DE AGENTES E MEDIANTE O USO DE ARMA BRANCA (FACA). EXASPERAÇÃO REALIZADA NO PATAMAR DE 1/6. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação n. 0000610-50.2015.8.24.0049, desta Relatoria, j. em 8/3/2016)

No que tange ao pleito de afastamento da valoração negativa relativa à circunstância judicial das consequências do crime, verifica-se que o Magistrado *a quo* aumentou a pena-base do apelante por reconhecer, acertadamente, que as consequências do crime foram graves, uma vez que as vítimas sofreram grande perda material, R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), não havendo recuperação de nenhum dos bens subtraídos.

Além disso, as consequências foram gravíssimas, haja vista que as vítimas não conseguiram retornar ao lar depois do crime, tendo que mudar de residência, em razão de ainda sofrerem intenso abalo psicológico em decorrência do crime, abalo este agravado pelo fato de elas serem pessoas idosas, com mais de 60 (sessenta) anos de idade.

No mais, verifica-se serem graves as consequências pelo fato de a vítima J. E. S. ter sofrido sequelas neurológicas em decorrência

das agressões, tendo, ainda, lapsos de memória e necessidade de ser submetido a vários procedimentos cirúrgicos, conforme consta no laudo à fl. 48: “*rebaixamento do nível de consciência [...] necessitando de neurocirurgia de emergência [...] ainda com dano neurológico não completamente estabelecido*”.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRAS DAS VÍTIMAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME PLENAMENTE NARRADAS. RECONHECIMENTO DO APELANTE. NEGATIVA DO RECORRENTE FRÁGIL E DESACOMPANHADA DE PROVA. 2. AUSÊNCIA DE PERIGO NA UTILIZAÇÃO DO ARMAMENTO. IMPROCEDÊNCIA. REVÓLVER UTILIZADO COMO MEIO DE INTIMIDAÇÃO. PORTE DA ARMA EXERCIDO PELO RECORRENTE. 3.1. **DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CABIMENTO. EXPRESSIVO PREJUÍZO EXPERIMENTADO PELAS VÍTIMAS.** 1. Nos crimes patrimoniais grande valor assumem as palavras da vítima quando claras, detalhadas e coerentes, porquanto trata-se de delitos praticados na clandestinidade, longe dos olhos de testemunhas. Valiosos são ainda seus dizeres quando incidem sobre o proceder de desconhecidos, em razão de demonstrarem o único interesse em apontar os verdadeiros culpados, como ocorreu *in casu*. 2. Não há como desconsiderar o emprego do revólver na execução do delito de roubo, sobretudo quando empunhado pelo próprio Recorrente, porquanto incontestemente seu poder intimidador. 3.1. **O elevado valor pecuniário roubado pelos assaltantes é motivo idôneo ao acréscimo da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal.** 3.2. A atenuante da menoridade é jurisprudencialmente reconhecida como preponderante sobre as demais circunstâncias judiciais. Dessa forma, sem que tenha sido fundamentada a diferença de sopesamento, curial é a adoção do

mesmo patamar para a minoração e majoração da pena. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. ALTERAÇÃO, *EX OFFICIO*, DA PENA. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.079686-7, de Camboriú, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 26-05-2015 – grifou-se).

Ainda, no que tange ao abalo psicológico sofrido pelas vítimas, destaca-se:

APELAÇÕES CRIMINAIS. LATROCÍNIO TENTADO (ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DAS DEFESAS E DA ACUSAÇÃO. [...] DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE. EXASPERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FORMA COMO O DELITO FORA PRATICADO QUE NÃO DESBORDA DO TIPO. **CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VÍTIMAS QUE DEMONSTRARAM INTENSO SOFRIMENTO PSÍQUICO EM RAZÃO DO DELITO DE QUE FORAM VÍTIMAS. AUMENTO DA PENA QUE É DEVIDO.** MAUS ANTECEDENTES. ACUSADO MARIO JORGE QUE APRESENTA DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NEGATIVA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. *BIS IN IDEM* INOCORRENTE. PRECEDENTES DO STF E STJ. CRIME TENTADO. REDUÇÃO EM GRAU MÍNIMO. DESCABIMENTO. ITER CRIMINIS QUE REVELA ADEQUADA A REDUÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. PENAS REDIMENSIONADAS. RECURSOS DEFENSIVOS DESPROVIDOS. RECURSO DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.066506-0, de Blumenau, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 10-12-2015).

Assim, mantém-se a pena-base do apelante em 30 anos de reclusão, em razão das 3 (três) circunstâncias negativas, devendo a pena de multa ser reduzida, de ofício, para 15 (quinze) dias-multa, uma vez que deve ser aumentada em patamar proporcional à pena privativa de liberdade.

Na segunda fase, mesmo presente a agravante da reincidência (fl. 370 – autos nº 157/2.040.001008-0), a reprimenda não foi majorada por estar no máximo legal. Da mesma forma, mesmo as vítimas sendo

maiores de 60 (sessenta) anos (art. 61, II, “h”, do Código Penal), o Magistrado deixou de reconhecer a agravante por entender não haver prova nos autos da idade das vítimas.

Na terceira fase, presente a causa geral de diminuição prevista no art. 14, II, do Código Penal, a pena foi reduzida em 1/3 (fração mínima), ou seja, para 20 (vinte) anos de reclusão, pelo fato de o *iter criminis* ter se aproximado da consumação, em razão da contundência das agressões (coronhadas na cabeça) e das lesões causadas às vítimas – traumatismo craniano –, que provocaram risco de morte (conforme consta nos laudos periciais fls. 49-52 e 53-59).

Consoante ressaltado alhures, a consumação do crime de latrocínio somente não aconteceu pelo fato de as vítimas terem sido socorridas pelos vizinhos e encaminhadas ao hospital, de modo que a redução não pode ser aplicada na fração de 2/3, pois “*quando a tentativa da prática delituosa percorrer quase a integralidade do ‘iter criminis’, é justificada a redução da pena em seu patamar mínimo legal*” (TJSC. Apelação Criminal n. 2013.037680-6, de Chapecó. Relator: Des. Carlos Alberto Civinski).

A pena de multa, no entanto, deve ser reduzida, de ofício, para 10 dias-multa, em observância à regra da proporcionalidade.

Por fim, importa detalhar que o crime foi cometido contra 2 (duas) vítimas distintas, o que permitiria o reconhecimento do concurso formal impróprio (vide precedente 2013.040627-1). No entanto, em observância ao princípio da *non reformatio in pejus*, a pena privativa de liberdade deve ser mantida, nos termos da sentença.

Por todo o exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso do réu J. M. de Q., mantida a pena do apelante em 20 (vinte) anos de reclusão, em regime fechado e, de ofício, reduz-se a pena de multa para 10 (dez) dias-multa.

Este é o voto.

***Habeas Corpus* n. 4002195-85.2016.8.24.0000, da Capital**

Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva

HABEAS CORPUS – CRIMES DE HOMICÍDIO SIMPLES (CP, ART. 121, *CAPUT*) E CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI N. 2.252/54, ART. 1.º) – TESE DE NULIDADE DO MANDADO DE CITAÇÃO – SUPOSTA AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS FORMAS LEGAIS DE LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO – INOCORRÊNCIA – LOGRADOUROS VARIADOS – DESENCONTRO DE ENDEREÇOS E DE INFORMAÇÕES A RESPEITO DO PARADEIRO DO RÉU – DILIGENTE ATUAÇÃO JURISDICIONAL – DENUNCIADO ENCONTRADO EM PAÍS DIVERSO (ARGENTINA) – PRESENÇA DA MATERIALIDADE DOS DELITOS E DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – SEGREGAÇÃO CAUTELAR MANTIDA COM ESCOPO NA ORDEM PÚBLICA E COMO FORMA DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO (CPP, ART. 319) – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 4002195-85.2016.8.24.0000, da comarca da Capital (Vara do Tribunal do Júri), em que é Impetrante Marcelo Cardoso e Paciente Fernando da Costa Novo Neto:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, denegar a ordem.

Participaram do julgamento, realizado em 21 de junho de 2016, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Rizelo e Getúlio Corrêa.

Florianópolis, 23 de junho de 2016.

Salete Silva Sommariva
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de natureza liminar, impetrado por Marcelo Cardoso, advogado, em benefício de Fernando da Costa Novo Neto, figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara do Tribunal do Júri da comarca da Capital que, nos autos n. 0007917-17.2007.8.24.0023, decretou a prisão preventiva do paciente, denunciado pela prática, em tese, dos crimes de homicídio simples (CP, art. 121, *caput*) e corrupção de menores (Lei n. 2.252/54, art. 1º).

Sustenta o impetrante, em síntese, ilegalidade no encarceramento cautelar do paciente, exclusivamente pela ocorrência de nulidade na expedição do mandado de citação, haja vista que as providências processuais neste sentido não esgotaram todas as formas de localização de Fernando da Costa Novo Neto, além de terem sido realizadas em logradouros diferentes daqueles declinados no feito, desprezando-se, inclusive, o verdadeiro local de sua residência.

Destaca, ainda, “*que o requerente tem prova de estabelecer domicílio aqui nesta Capital, pois sua avó materna (Cecilia Cunha Brum) tem residência no endereço a Travessa Nildo Neponoceno Fernandes, n. 95, Ingleses, Florianópolis/SC, onde passará a residir também com sua mãe (Hélia Elisabet Brum Nunes), pois não pretende se furtar de responder a ação penal que contra si pesa.*”.

Requer, assim, o reconhecimento de nulidade da decisão judicial referente à prisão do paciente, por não ter esgotado a intimação pessoal e, por consequência, a revogação da custódia preventiva.

Em decisão monocrática de p. 6/11, indeferiu-se o pedido liminar requerido.

Dispensadas as informações, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Pedro Sérgio Steil (p. 33/36), manifestou-se pela denegação da ordem.

VOTO

O caso é de simples exame de suposta ilegalidade nas tentativas de citação do paciente e não merece fundamentação extensa.

Isso porque, em uma análise perfunctória dos elementos carreados aos autos, própria da natureza do *writ*, infere-se que em meados do ano de 2006 o paciente fora denunciado pela suposta prática dos crimes de homicídio simples e de corrupção de menores, uma vez que, segundo a denúncia (fls. 02/03), após desentendimentos pretéritos oriundos da comercialização de drogas com o ofendido, teria desferido coronhadas contra sua cabeça utilizando-se de uma arma de fogo, além de ter disparado contra ele por diversas vezes, tudo em companhia de menores de idade, também envolvidos na senda criminoso.

Posteriormente, na fluência do prazo do inquérito policial instaurado, o acusado apresentou-se de forma espontânea ao delegado de polícia na data de 5-9-2006, acompanhado de advogado (fls. 52/54), oportunidade em que prestou depoimento negando envolvimento nos delitos apurados e informando endereço atualizado nesta Capital.

Oferecida a denúncia (fls. 02/03), referida peça restou recebida em 8-4-2008 (fl. 154), pelo que expediu-se mandado de citação a ser cumprido no logradouro declinado às fls. 52/54 do procedimento investigativo.

Entretanto, em 16-3-2009 (fl. 160), a providência processual mencionada restou inexitosa, uma vez que, segundo informações do meirinho, o paciente não mais residia naquele local, passando a morar na Argentina, situação que gerou a suspensão condicional do processo e do curso prescricional (fl. 167).

Mais adiante, já em 20-5-2014, o paciente fora encontrado pela autoridade policial quando portava um cigarro de “maconha”, gerando um termo circunstanciado (fl. 180), ficando assinalado naquele procedimento

que Fernando da Costa fora detido em frente à sua residência, situada no Bairro Ingleses, o que culminou em nova citação.

Em seguida, em face de novo insucesso na citação do paciente (fl. 194), suspendeu-se o feito criminal (fl. 198) e, com base em manifestação ministerial pela prisão preventiva do denunciado e com pedido de extradição (fls. 210/211 – com escopo em informações oriundas da INTERPOL à fl. 203), o magistrado singular assim fundamentou a custódia cautelar (fls. 212/214):

I. Trato de pedido de prisão preventiva, expedição de difusão vermelha e extradição formulado pelo Ministério Público em desfavor do réu Fernando da

Costa Novo Neto (págs. 210-211).

II. O acusado Fernando está sendo investigado pela prática dos crimes de homicídio simples e corrupção de menores, este último por três vezes, estando a materialidade confirmada especialmente pelo Laudo Cadavérico de págs. 95-96 e Exame em local de morte violenta de págs. 99-111.

Quanto à autoria, o réu Fernando confirma que desferiu um disparo de arma de fogo, todavia, alega que atirou para cima com o intuito de apartar uma confusão ocorrida entre a vítima e um dos adolescentes. Em sentido contrário, os adolescentes Jhonatan Cordeiro dos Santos, Daniel Emanuel da Silva e Kethylin Gonçalves Eli foram unânimes em afirmar que o denunciado Fernando atirou na vítima Gentil.

Vejo a necessidade de garantir a ordem pública, não descartando também a aplicação da lei penal e até a conveniência da instrução criminal.

É que evidente a periculosidade do acusado Fernando, que de forma fria violenta, munido de uma arma de fogo, em tese corrompendo adolescentes, atentou contra a vida da vítima Gentil. Anoto: Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco à ordem pública, justificada está a decretação ou

a manutenção da prisão cautelar, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria (STF, Min. Marco Aurélio Melo, j. 17.04.12)

A gravidade abstrata e concreta do crime não se confundem. Àquela é a simples conduta propriamente dita, classificada penalmente. Esta é atinente às circunstâncias que envolvem o fato, conhecido como *modus operandi*, revelada no caso pela forma como foi praticado o crime e número de agentes.

Friso ainda que a denúncia foi recebida há mais de 7 (sete) anos, todavia, o acusado Fernando ainda não foi localizado para citação pessoal, porquanto encontrava-se em local incerto e não sabido, sendo que o processo foi suspenso nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal. Entretanto, a Interpol de Brasília recebeu recente comunicado da Interpol de Buenos Aires informando sobre a existência de mandado de prisão contra o acusado Fernando, expedido pela Argentina.

Esse quadro permite concluir que o réu furtou-se do delito da culpa para se esquivar de eventual responsabilidade criminal neste país, o que serve de fundamento para decretar sua prisão como forma de garantir a aplicação da lei penal e também pela conveniência da instrução criminal.

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Criminal. *Habeas corpus*. Tentativa de homicídio triplamente qualificado. Prisão preventiva. Paciente foragido. Ameaças às testemunhas e à vítima. Decisão devidamente fundamentada. Excesso de prazo. Inocorrência. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada. (...) A simples condição de foragido, que se mantém em local incerto e não sabido, é suficiente para a decretação da prisão preventiva.

Além disto, diante das informações trazidas pela Interpol de Buenos Aires, evidente que o acusado continua a praticar delitos, revelando conduta desvirtuada e voltada à prática de infrações penais, o que deve ser levado em consideração como forma de garantir a ordem pública.

Da corte catarinense: Inexiste constrangimento ilegal na prisão preventiva

dos pacientes se o magistrado, baseado em elementos constantes nos autos, fundamenta-a na garantia da ordem pública, mormente tendo em conta a real probabilidade de reiteração criminosa. Demonstrada nos autos a necessidade da segregação, não há falar em aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Este contexto determina a total impossibilidade de aplicar-se medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do Código de Processo Penal). Aliás, tais se coadunam exclusivamente com pequenos delitos, onde não há violência nem ofensa ao sagrado direito à vida. [...].

Por fim, passadas as etapas em que o processo-crime permanecera paralisado, aportou aos autos informações de que o paciente teria sido preso na Argentina (fls. 231/232), sendo finalmente extraditado e colocado à disposição do juízo em 2-5-2016 (fl. 333), tendo sido protocolizado pedido de liberdade provisória (fls. 293/297) e posterior resposta à acusação (fl. 360), havendo decisão da origem no seguinte sentido (fls. 367/368):

I. Fernando da Costa Novo Neto apresentou resposta à acusação (p. 360), oportunidade em que reiterou o pedido de liberdade provisória e a preliminar de nulidade da citação formulados às p. 293/297.

Com vista dos autos, o Ministério Público manifestou-se pelo não acolhimento da prefacial aventada (p. 356), bem como pelo indeferimento do pedido de liberdade provisória (p. 363).

II. Com relação à preliminar de nulidade da citação editalícia arguida pelo réu, mais precisamente ante o suposto não esgotamento de todas as vias, cumpre esclarecer que resta prejudicada sua análise, devendo ser registrado, inclusive, que o acusado foi pessoalmente citado após a conclusão do processo de extradição (p. 354).

III. Pertinente ao pedido de revogação da prisão preventiva do réu Fernando, início destacando que as acusações que pesam em seu desfavor prevêem pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, restando preenchido, portanto, o pressuposto do inciso I, do artigo 313, do Código de Processo Penal.

Ao lado disso, percebo que permanecem inalterados os fundamentos da decisão de p. 212/214, quando, naquela ocasião, restou assentada a presença do *fumus comissi delicti*, porque comprovada a existência do crime e indicativos da autoria. [...].

Latente, também, o *periculum libertatis*, compreendido pela tentativa do acusado em se evadir do País com o objetivo de se esquivar à eventual responsabilidade penal, o que serve de fundamento para decretar sua prisão, de forma a garantir a aplicação da lei penal e também a conveniência da instrução criminal. Ainda, conforme registrado pelo representante do Ministério Público, “o réu está preso desde 25 de fevereiro de 2016 (fl. 231), ou seja, tempo absolutamente razoável para instrução processual. Ademais, tal lapso temporal é irrisório perto do que ficou foragido. Portanto, não há que se falar em excesso da medida cautelar.” (p. 363). [...].

Nesse contexto, infere-se que a tese de nulidade da decisão que determinou a citação por edital do paciente não merece prosperar, uma vez que, nos termos do histórico acima referido, o paciente não só por diversas vezes prestou informações equivocadas ao juízo a respeito de seu verdadeiro endereço – como se observa daquele declinado na oportunidade em que se apresentou à polícia em 5-9-2006 (fls. 52/54) – como também, mesmo após ter sido detido em no Bairro Ingleses quase 8 (oito) anos após a ocorrência dos crimes descritos na denúncia (em 20-5-2014 – fl. 180), durante a confecção do termo circunstanciado fez constar declarações totalmente desencontradas, isto é, confirmou inicialmente que portava droga para consumo em frente ao imóvel de sua propriedade (localizado no Bairro Ingleses) e, depois, deixou assente que residia na Argentina, descrevendo suposto logradouro naquele país.

Desse modo, ainda que o juízo tenha inicialmente desprezado o endereço do paciente em país diverso, uma vez que abalizado em mera informação obtida pelo Oficial de Justiça por terceiros –, as providências processuais determinadas foram no sentido de tentar esgotar todas as formas de citação nos logradouros firmados pelo próprio paciente

e descritos em procedimentos indiciários, mostrando que a atuação jurisdicional agira de forma diligente e precavida na tentativa de assegurar os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Não bastasse isso, o paciente, ao apresentar-se espontaneamente durante o inquérito policial, inclusive fazendo-se acompanhar de causídico constituído, ficou ciente naquela ocasião do procedimento instaurado contra si, porém, preferiu deixar o Brasil, na tentativa de furtar-se à aplicação da lei penal.

Destaca-se, também, que o magistrado *a quo* bem fundamentou a prisão cautelar do paciente com escopo na prova da materialidade e nos fortes indícios de autoria, apontando para a gravidade dos delitos perpetrados e para a situação de periculosidade do réu, uma vez que, em tese, munido de arma de fogo e em companhia de adolescentes, ceifou a vida da vítima por motivos ainda não esclarecidos e de maneira violenta, circunstâncias que dão azo à necessidade de acautelamento do meio social (ordem pública).

Mutatis mutandis, colhe-se julgado desta corte de justiça:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PACIENTE QUE, APÓS O INTERROGATÓRIO POLICIAL, DEIXA O PAÍS, SEM INFORMAR SEU PARADEIRO, SOMENTE O FAZENDO DOIS ANOS DEPOIS. FUGA DO DISTRITO DA CULPA CARACTERIZADA. INFORMAÇÃO DO ENDEREÇO NO EXTERIOR. IRRELEVÂNCIA. DECRETO PRISIONAL ANCORADO NA NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL BEM COMO NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP PREENCHIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DO CÁRCERE. PEDIDO NÃO FORMULADO PERANTE O JUÍZO A QUO. NÃO CONHECIMENTO. (Habeas Corpus n. 2012.068378-4, da Capital, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 30-10-2012).

Desta feita, preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, reputa-se inaplicável a substituição da prisão pelas medidas cautelares dispostas no art. 319 do mesmo diploma legal, por não existir adequação destas soluções alternativas à gravidade do crime e às circunstâncias dos fatos (CPP, art. 282, II).

À vista do exposto, o voto é no sentido de denegar a ordem.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Habeas Corpus n. 4001937-75.2016.8.24.0000, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE DE EMPREGO DO REMÉDIO HEROICO COMO SUCEDÂNEO DE APELAÇÃO CRIMINAL. SUPOSTA EXISTÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE TELEFONE CELULAR APREENDIDO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM AUTORIZAÇÃO PARA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. EIVA INEXISTENTE. PRECEDENTE DO STF E DESTA CORTE. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*.

1 “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmouse no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício” (*Habeas Corpus* n. 149.007/MT, DJUe de 21/5/2015).

2 “Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados” (STF, HC n. 91.867, DJUe-185 de 20/9/2012).

3 “Como é cediço, a verificação de dados constantes em celular apreendido (chamadas, sms, WhatsApp) não configura violação ao sigilo telefônico, pois, conforme o art. 6º, II e III, do CPP, incube à autoridade policial colher todas as provas necessárias para elucidar a prática delituosa”

(TJSC, Apelação n. 0030813-10.2014.8.24.0023, j. em 16/3/2016).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 4001937-75.2016.8.24.0000, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara Criminal), em que é Impetrante Ítalo Demarchi dos Santos e Paciente Luan William Domingos.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, não conhecer do pedido de ordem de *habeas corpus* e, de ofício, determinar o envio de cópia do acórdão ao grupo de monitoramento e fiscalização deste Tribunal.

Sem custas.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Desembargador Rui Fortes, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Sr. Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 7 de junho de 2016.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Luan William Domingos, ao argumento de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Jaraguá do Sul.

Narra o impetrante que, “*em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade do sigilo de correspondência [do aplicativo WhatsApp], proporcionalidade, motivação das decisões, todos*

previstos na Constituição da República, bem como do disposto no artigo 157, do Código de Processo Penal, serve o presente para reconhecer o constrangimento ilegal suportado pelo paciente e o conseqüente PROVIMENTO do presente remédio constitucional a fim de que seja reconhecida a ilegalidade da prova mediante o desentranhamento dos autos” (fls. 1/14).

A liminar foi indeferida (fls. 610/611) e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, manifesta-se pela denegação do *writ* (fls. 614/619).

VOTO

De plano, impende salientar que a via eleita destina-se, por excelência, à tutela da liberdade de locomoção, mostrando-se, até mesmo pela limitada análise de provas, instrumento inadequado para a análise de questões que devem ser impugnadas por meio de Apelação Criminal – ressalvada situação excepcional de manifesta ilegalidade.

É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de Apelação Criminal: HC n. 133.027/ES, rela. Mina. Cármen Lúcia, j. em 5/4/2016, DJUe-080 de 26/4/2016.

Destaca-se, ainda, que “*a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício” (Habeas Corpus n. 149.007/MT, rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 5/5/2015, DJUe de 21/5/2015).*

Feitas essas premissas, o exame do presente *writ* se restringe à verificação da nulidade arguida.

Colhe-se dos documentos trazidos pelo impetrante que o paciente foi condenado por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 180 do Código Penal. Argumenta, todavia, que a decisão está embasada apenas nas informações colhidas no aparelho celular do paciente, especialmente do aplicativo “WhatsApp”, o que considera ilegal, porquanto os policiais que realizaram o flagrante não tinham autorização judicial para a quebra do sigilo telefônico.

Na hipótese, depreende-se que o exame das informações constantes no aparelho celular do paciente equivale à análise de registros telefônicos, que não se confunde com o sigilo telefônico, o qual exige, além de autorização judicial, um trabalho técnico à sua execução, consoante bem observado pelo d. Procurador de Justiça, Dr. Humberto Francisco Sharf Vieira, à fl. 617.

Não se desconhece, porém, da recente decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça acerca de sua ilegalidade (RHC n. 51.531/RO, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 19/4/2016, DJUe de 9/5/2016).

No entanto, Alexandre de Moraes leciona que, *“apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade constitucional é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”* (Direito constitucional. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 59).

Referido posicionamento encontra eco no Supremo Tribunal Federal, veja-se:

HABEASCORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM

DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa. **2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial.** 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3

Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruits of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa.

É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do correú acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada. (STF, HC n. 91.867/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24/4/2012, DJUe-185 de 20/9/2012, grifou-se)

Esta Corte não destoia:

APELAÇÃO CRIMINAL. [...] ALEGADA NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS ATRAVÉS DOS TELEFONES CELULARES

DOS RÉUS, ANTE A AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA. BENS APREENDIDOS PELA POLÍCIA. POSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DOS

DADOS TELEFÔNICOS E TELEMÁTICOS. HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA VIOLAÇÃO AO SIGILO TELEFÔNICO. PODER-DEVER DA AUTORIDADE POLICIAL DE COLHER TODAS AS PROVAS NECESSÁRIAS À ELUCIDAÇÃO DOS FATOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 6º, II E III, DO CPP. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO, ADEMAIS, DEFERIDA PELO JUÍZO *A QUO*. PROVA VÁLIDA. [...] **Como é cediço, a verificação de dados constantes em celular apreendido (chamadas, sms, WhatsApp) não configura violação ao sigilo telefônico, pois, conforme o art. 6º, II e III, do CPP, incube à autoridade policial colher todas as provas necessárias para elucidar a prática delituosa. [...]**” (TJSC, Apelação n. 0030813-10.2014.8.24.0023, de São José, rel. Des. Rui Fortes, j. em 16/3/2016, grifou-se).

Ainda:

A simples verificação, por parte dos agentes estatais no momento da prisão em flagrante, do teor das mensagens enviadas e constantes na memória do telefone celular apreendido em poder do paciente não configura, por si só, violação ao sigilo telefônico (CF, art. 5º, XII), desde que a apreensão do aparelho seja legítima, ex vi do art. 244, do CPP. Com efeito, a teor do que preceitua a garantia constitucional em destaque, a quebra de sigilo telefônico, quanto aos dados e comunicações, precederá de autorização judicial na hipótese de sua obtenção somente se mostrar possível mediante diligência a ser empreendida pela operadora de telefonia correspondente, o que não ocorre na hipótese de averiguação de mensagens encaminhadas do próprio aparelho. (*Habeas Corpus* n. 2011.009152-4, da Capital, rela. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 29/3/2011, grifou-se).

E mais:

O fato de os policiais terem acesso às mensagens de texto contidas no aparelho celular do apelante no momento em que efetuaram

a prisão em flagrante, não tem o condão de tornar inválida essa prova. As mensagens, imagens e demais dados constantes da memória de aparelho de telefonia móvel apreendido legalmente não estão ao abrigo do sigilo, motivo que afasta a hipótese de quebra ilegal de sigilo telefônico. (Apelação Criminal n. 2013.065929-8, de Joinville, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 9/4/2015)

Derradeiramente, necessário tecer algumas considerações. Muito se fala em investigação criminal deficiente, seja pela escassez de efetivo seja pelo sucateamento dos meios utilizados nas investigações.

Por outro lado, o avanço tecnológico é notório e, com ele, a profissionalização do crime passa para níveis que, pelos meios utilizados ordinariamente, não podem ser alcançados pela lei, ficando à margem dela como se intocáveis fossem.

Para tanto, o constituinte foi hábil a distinguir aquilo que é comunicação telefônica – assegurando-se a inviolabilidade, salvo autorização judicial – daquilo que constitui mero registro ou dado telefônico – que nada mais é do que o próprio corpo de delito, logo, não alcançado pela limitação constitucional.

Tal qual ocorre na apreensão de agenda com anotações manuscritas ou de telefone celular com mensagens de texto, o aplicativo WhatsApp nada mais é do que um banco de dados que acumulou, ao longo do tempo, mensagens que interessam ao processo penal, o que torna legal o acesso direto pela própria polícia. A título de exemplo, a possibilidade de visualizar, por meio do WhatsApp, uma foto de um bilhete com informações a respeito de um crime, nada mais é do que apreender o próprio bilhete.

Impossibilitar o acesso pelos policiais de mensagens que estão aparecendo na tela de um celular ou de fotografias/filmagens que comprovem a ocorrência de um delito, em algumas situações, pode ser comparada aos gritos de uma mulher que está sendo violentada em uma

residência e, em razão de a porta estar “fechada”, ninguém ser capaz de socorrê-la. Crimes ocorrem pelo WhatsApp, assim como ocorrem em residências trancadas, e não é por isso que pessoas deixarão de ser socorridas.

Deve-se lembrar, ademais, que, a rigor, ainda não há tecnologia tamanha para que mensagens de WhatsApp sejam interceptadas tão logo enviadas, em razão da criptografia. Logo, impossibilitar que sejam posteriormente acessadas e incluídas na investigação criminal é alavancar o cometimento de delitos por tal meio, já que, em tese, seria inatingível.

Em tempos que o crime nunca esteve tão bem organizado e articulado e que lança mão das melhores tecnologias, infiltrando-se em meios nunca antes pensados, não se pode vedar os olhos para aquilo que pode ser a salvaguarda de uma sociedade pacífica e justa, ou seja, considerar válida uma prova que a própria Constituição Federal há muito tempo considera.

Assim, embora este Relator posicione-se pela licitude de extração de dados de aparelho celular apreendido pela polícia por ocasião da prisão em flagrante, sabe-se que o tema é polêmico.

Dessarte, a bem da segurança jurídica, necessário que o Poder Judiciário se resguarde de futuras arguições de nulidade desse tipo, devendo ser oficiado ao Grupo de Monitoramento e Fiscalização, a fim de que seja comunicado aos magistrados criminais, para que avaliem a conveniência da quebra do sigilo do aparelho nas audiências de apresentação, como já vem ocorrendo na Vara específica da Capital.

À vista do exposto, não se conhece do pedido e, de ofício, determinar o envio de cópia do acórdão ao grupo de monitoramento e fiscalização deste Tribunal.

Recurso em Sentido Estrito n. 0000722-94.2014.8.24.0003, de Anita Garibaldi

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

RECURSO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA SURPRESA E DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 121, §§ 2º, IV, E 4º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). DECISÃO DE PRONÚNCIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. MATERIALIDADE COMPROVADA E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO. INVIABILIDADE NESTE

MOMENTO. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE PERMITEM ADMITIR O DOLO EVENTUAL. QUESTÃO A SER DIRIMIDA PELOS JURADOS. QUALIFICADORA DA SURPRESA, CONTUDO, QUE SE MOSTRA INCOMPATÍVEL COM A CONDUTA DAQUELE QUE ASSUME O RISCO DE PRODUZIR O RESULTADO ILÍCITO. PRECEDENTES. EXCLUSÃO DEVIDA.

1 O simples fato de pessoa embriagada ocasionar acidente de trânsito com vítima fatal não é suficiente para evidenciar o dolo eventual. No entanto, quando a conduta é circundada por fatores que indicam que o acusado, possivelmente, assumiu o risco de produzir o resultado ilícito – como na espécie –, deve haver a pronúncia e submissão a julgamento perante o Tribunal do Júri, a quem compete a cognição profunda da causa.

2 A qualificadora da surpresa (art. 121, § 2º, IV, do Código Penal) deve ser analisada sob o ponto de vista do agente, não do ofendido, de modo que é incompatível com o dolo eventual, pois não há que se falar que alguém assumiu o risco de surpreender.

CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DA IDADE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA DESCONHECIDA PELO ACUSADO. AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE.

É manifestamente inadmissível a majorante do art. 121, § 4º, última parte, do Código Penal se a idade da vítima não foi abrangida pelo dolo do agente, sob pena de responsabilização penal objetiva.

PLEITO DE REVOGAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES FIXADAS POR ESTA CORTE. SITUAÇÃO FÁTICA INALTERADA. POSSIBILIDADE, CONTUDO, DE READEQUAÇÃO.

Não houve alteração fática que sinalize o descabimento das medidas cautelares impostas. Contudo, é possível ajustá-las às condições pessoais do acusado (art. 282, II, do Código de Processo Penal).

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito n. 0000722-94.2014.8.24.0003, da comarca de Anita Garibaldi (Vara Única), em que é Recorrente Orival Francisco Machado e Recorrido Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para excluir a qualificadora e abrandar as medidas cautelares impostas para possibilitar a ausência da comarca por até 72 (setenta e duas) horas independentemente de autorização judicial e, de ofício, afastar a majorante pela idade da vítima. Custas de lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Sr. Des. Ernani Guetten de Almeida. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Francisco Bissoli Filho.

Florianópolis, 10/05/2016.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Anita Garibaldi, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Orival Francisco Machado, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, §§ 2º, IV, e 4º, c/c o art. 18, I (segunda parte), todos do Código Penal e do art. 306 da Lei n. 9.503/97, pois, conforme narra a inicial:

No dia 20 de setembro de 2014, sábado, por volta das 22 horas, ORIVAL FRANCISCO MACHADO, pessoa com estudo superior completo, tendo, portanto, plenas condições para agir de maneira correta e conforme o direito, matou dolosamente Armindo Aléssio Pazinato (com 69 anos de idade), pois, depois de ingerir bebida alcoólica e embriagar-se, tomou livre e conscientemente a direção de sua caminhonete Mitsubishi L200 Triton (placas MLG-1525), dirigindo na SC-452, Km 113, sentido Centro de Anita Garibaldi Vila Petry, pela contramão de direção, oportunidade em que colidiu frontalmente com o Fiat Strada (placas MDW-2801), conduzido na via normal de direção pela vítima, que veio a óbito em razão do acidente, conforme Laudo Pericial à fl. 481.

Em virtude de estar dirigindo pela contramão, ORIVAL atingiu a vítima de surpresa e de forma repentina, o que dificultou a defesa de Armindo, o qual não conseguiu desviar da colisão que causou sua morte diante da rapidez da ação.

O DENUNCIADO, ao dirigir seu veículo após ingerir bebida alcoólica e pela contramão de direção, com grande indiferença às consequências que poderiam ocorrer, conscientemente assumiu o risco de produzir a morte de Armindo.

Além de tudo, ficou evidente que ORIVAL FRANCISCO MACHADO, de forma consciente e voluntária, conduziu veículo automotor, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool. Na oportunidade, foi impossível realizar o teste de alcoolemia (“bafômetro”) em razão da recusa de ORIVAL (fls. 5 e 13).

Os sinais que indicaram a alteração psicomotora do DENUNCIADO,

em conformidade com a Resolução 432/13 do CONTRAN, basearam-se no Auto de Constatação de Sinais de Embriaguez e/ou Substância Psicoativa ACSE (fl. 6) e nos depoimentos das testemunhas (fls. 10/14), porquanto se verificou que o DENUNCIADO estava com olhos vermelhos, hálito alcoólico, desorientado, com a fala arrastada e andar cambaleante. (fls. 1/3 do processo eletrônico digital – SAJ5/PG)

Encerrada a fase do *judicium accusationis*, a Magistrada *a quo* julgou admissível o pedido formulado na denúncia, a fim de pronunciar o réu pela prática, em tese, dos crimes descritos no art. 121, §§ 2º, IV, e 4º, c/c o art. 18, I (segunda parte), todos do Código Penal e no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, para submetê-lo a julgamento perante o Tribunal do Júri (fls. 612/620 – SAJ5/PG).

Irresignado, o acusado interpôs recurso criminal (fl. 633 – SAJ5/PG) e a Togada singular manteve a decisão antes mesmo da apresentação das razões do inconformismo (fl. 634 – SAJ5/PG).

Em seu arrazoado, Orival Francisco Machado arguiu que a fundamentação do *decisum* foi “*singela ou simplista*” e “*absteve-se de incursionar necessariamente no mérito da questão*”, motivo pelo qual postula a desclassificação da conduta para o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 da Lei n. 9.503/97), porquanto não configurado o dolo eventual. Alternativamente, busca o afastamento da qualificadora da surpresa e que as medidas cautelares sejam excluídas ou readequadas (fls. 643/663 – SAJ5/PG).

Contrarrazões ofertadas (fls. 681/713 – SAJ5/PG), os autos ascenderam a esta Corte e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Francisco Bissoli Filho, manifesta-se pelo conhecimento e não provimento do reclamo (fls. 6/12).

VOTO

O recurso reúne os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, de modo que deve ser conhecido.

1 De início, embora a Togada de Primeiro Grau tenha mantido “*a decisão atacada por seus próprios fundamentos*” (fl. 634 – SAJ5/PG) antes da apresentação das razões do inconformismo, o acusado foi intimado dessa decisão e nada alegou (fl. 636 – SAJ5/PG).

Assim, na esteira do parecer do douto Procurador de Justiça Francisco Bissoli Filho:

Em que pese a referida inversão da ordem do juízo de retratação pudesse causar prejuízo para o recorrente, nada foi alegado pela sua defesa nas razões recursais. Sendo assim, se a defesa não se sentiu prejudicada pela manutenção da sentença atacada antes mesmo da apresentação das suas razões, consoante dispõe o art. 563 do referido Diploma Legal [Código de Processo Penal], não há que [se] falar em nulidade dessa decisão, uma vez que, se nulidade houve, esta resultou sanada, nos termos do art. 572, inciso I, combinado com o art. 571, inciso VII, 1ª parte, todos do Código de Processo Penal. (fls. 7/8)

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu que a hipótese não é de nulidade, mas simples irregularidade:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HOMICÍDIO SIMPLES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, INTERPOSTO PELA DEFESA. DETERMINAÇÃO, PELO MAGISTRADO DE 1.º GRAU, DE REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA *AD QUEM*. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, QUANTO À REFORMA OU MANUTENÇÃO DA

DECISÃO. ART. 589 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. NULIDADE NÃO VERIFICADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. MERA IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

VI. Nos termos da jurisprudência do STJ, interposto recurso em sentido estrito contra a sentença de pronúncia, a decisão do Juízo de 1.º Grau, que se limita a determinar a remessa dos autos à Instância *ad quem*, nada mencionando, em juízo de retratação, acerca da reforma ou manutenção da decisão, consoante previsto no art. 589 do Código de Processo Penal, não configura, propriamente, hipótese de nulidade – mesmo porque indemonstrado prejuízo à parte –, mas de mera irregularidade. Precedentes.

VII. “A decisão do magistrado que encaminha recurso em sentido estrito sem antes proceder ao juízo de retratação é mera irregularidade não podendo ser entendida como ato apto a ensejar nulidade absoluta, uma vez que o referido juízo é secundário em relação à pronúncia devidamente fundamentada (...)” (STJ, HC 177.854/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, *DJe* de 24/02/2012).

VIII. *Habeas corpus* não conhecido. (*Habeas Corpus* n. 216.944/PA, rela. Mina. Assusete Magalhães, j. em 4/12/2012, DJUe de 18/12/2012)

No mesmo sentido: STJ, *Habeas Corpus* n. 88.094/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 20/11/2008, DJUe de 15/12/2008.

2 Conquanto o recorrente não suscite expressamente preliminares, argui que a fundamentação do *decisum* foi “*singela ou simplista*” e “*absteve-se de incursionar necessariamente no mérito da questão*” (fl. 644 – SAJ5/PG).

Convém ressaltar que a sistemática consagrada no Código de Processo Penal, não sem razão, constitui-se de duas fases distintas, a

formação da culpa (*judicium accusationis*) e o juízo de mérito (*judicium causae*). Na primeira, cabe ao juiz aquilatar se o fato narrado pelo Ministério Público subsome-se aos preceitos incriminadores previstos no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, bem como se existe o lastro probatório necessário – leia-se indícios suficientes – para imputá-lo ao acusado.

No entanto, é cediço que a pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, de modo que o feito deve ser remetido a julgamento pelo Conselho de Sentença quando estiver comprovada a materialidade do crime doloso contra a vida e houver indícios suficientes da autoria, nos termos do art. 413 do Código de Processo Penal.

O cotejo aprofundado da prova não é adequado nesta oportunidade, em que se procura analisar a pertinência da imputação formulada na denúncia, sendo competência exclusiva e soberana dos jurados, durante o julgamento em plenário, fazer a análise valorativa do contexto probatório, convencendo-se pela tese que lhes parecer mais crível.

Na espécie, a Magistrada *a quo* afastou expressamente a desclassificação para a forma culposa e indicou como motivos do seu convencimento a ausência de prova cabal ou de versão única nesse sentido.

Não havendo qualquer vício, passa-se à questão de fundo.

3 Observa-se que a materialidade do delito de homicídio encontra respaldo no auto de prisão em flagrante (fls. 5/22) – que contém o boletim de ocorrência (fls. 7/8) e os autos de constatação de alteração de capacidade psicomotora (fl. 10) e de infração de trânsito (fl. 13) –, boletim de acidente de trânsito e respectivo croqui (fls. 62/65 e 66), levantamento fotográfico do local (fls. 68/74), laudo pericial cadavérico (fls. 117/122 – todas do SAJ5/PG), bem como na prova oral coligida até esta fase processual.

Da mesma forma, há indícios suficientes da autoria.

Insurge-se o recorrente, todavia, quanto à classificação da conduta como homicídio praticado com dolo eventual e sustenta, em síntese, que não ficou demonstrado que estava embriagado ou que tenha invadido a pista contrária de direção. Argui que *“é necessária a configuração de um ‘plus’ que demonstre realmente que o agente anuiu com o resultado”*, pois *“o próprio Código de Trânsito Brasileiro, com a alteração dada pela Lei n. 11.775 (Lei Seca), passou a admitir a existência de um crime culposos em situação de embriaguez do condutor e de ‘racha”*, razão pela qual postula a desclassificação para o delito previsto no art. 302 da Lei n. 9.503/97 (fls. 648 e 651 – ambas do SAJ5/PG).

Pois bem.

O dolo se traduz na consciência e na vontade de o agente realizar os requisitos objetivos do preceito incriminador que conduzem à produção de um resultado jurídico relevante, que lhe era desejado (dolo direto) ou, pelo menos, esperado como possível e assumido (art. 18, I, do Código Penal).

Por certo, a presença dos requisitos do dolo, quais sejam, consciência e vontade, não pode ser extraída da mente do agente, mas das circunstâncias do fato.

Especificamente sobre o elemento subjetivo nos delitos praticados na direção de veículo automotor, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, *“em delitos de trânsito, não é possível a conclusão automática de ocorrência de dolo eventual apenas com base em embriaguez do agente. Sendo os crimes de trânsito em regra culposos, impõe-se a indicação de elementos concretos dos autos que indiquem o oposto, demonstrando que o agente tenha assumido o risco do advento do dano, em flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado”* (*Habeas Corpus* n. 58.826/RS, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 29/6/2009, DJUe de 8/9/2009).

No mesmo sentido, o posicionamento do Pretório Excelso:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOLO EVENTUAL. CULPA CONSCIENTE. PRONÚNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. 1. Admissível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual, a depender das circunstâncias concretas da conduta. Precedentes. 2. Mesmo em crimes de trânsito, definir se os fatos, as provas e as circunstâncias do caso autorizam a condenação do paciente por homicídio doloso ou se, em realidade, trata-se de hipótese de homicídio culposo ou mesmo de inocorrência de crime é questão que cabe ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. 3. Não cabe na pronúncia analisar e valorar profundamente as provas, pena inclusive de influenciar de forma indevida os jurados, de todo suficiente a indicação, fundamentada, da existência de provas da materialidade e autoria de crime de competência do Tribunal do Júri. 4. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento. (RHC n. 116.950/ES, rela. Mína. Rosa Weber, j. em 3/12/2013, DJUe de 13/2/2014)

Portanto, o simples fato de pessoa embriagada ocasionar acidente de trânsito com vítima fatal não é suficiente para evidenciar o dolo eventual. No entanto, quando a conduta é circundada por fatores que indicam que o acusado, possivelmente, assumiu o risco de produzir o resultado ilícito, deve haver a pronúncia e submissão a julgamento perante o Tribunal do Júri, a quem compete a cognição profunda da causa.

A prova angariada até o presente momento possui elementos nesse sentido.

Sempre que ouvido, Ivo Ademar Zapparoli (fls. 58/59 e gravação audiovisual à fl. 237 – SAJ5/PG) afirmou que morava próximo do local (0'34'') e, depois de ouvir um barulho, saiu e visualizou os veículos (0'55''). Contou que Orival parecia embriagado, com a fala um pouco arrastada (2'40'') e hálito alcoólico (3'05''). No momento, não era possível entender a dinâmica da colisão, mas, posteriormente, olhando os sinais, teve a impressão de que o acusado invadiu a pista contrária (3'49''),

4'40" e 11'40"). Contou que a uns 30 (trinta) ou 40 (quarenta) metros do local do acidente há uma curva bastante perigosa, que a vítima já havia ultrapassado (11'05").

Da mesma forma, os policiais que atenderam a ocorrência afirmaram que o acusado apresentava sinais de alteração da capacidade psicomotora (desorientado, fala arrastada, odor etílico) e que as circunstâncias indicavam que ele havia entrado na pista em sentido oposto. Nessa toada, os depoimentos de Antônio de Oliveira (fls. 14/15 e 3'07", 4'20" e 8'55", gravação audiovisual à fl. 237), Acir Xavier de Oliveira (fl. 16 e 1'43", 2'35" e 3'10", gravação audiovisual à fl. 237), Manoel Antônio de Brito (fl. 17 e 2'26" e 3'33", gravação audiovisual à fl. 449) e Ojosiane Madruga (fl. 18 e 2'18", gravação audiovisual à fl. 449 – todas do SAJ5/PG).

Por sua vez, Márcia Stank confirmou que participou como escritã *ad hoc* da tomada dos depoimentos durante o inquérito (0'34") e parecia que "*demorou para cair a ficha*" do acusado sobre o acidente de trânsito (1'02"), pois dizia que não queria ter feito isso, que não foi por querer, que isso não tinha que ter acontecido (1'39"). Pontuou que Orival exalava odor de álcool (1'24" e 2'05", gravação audiovisual à fl. 237 – SAJ5/PG).

Célio Valtair Gomes Júnior esclareceu que foi ao local do acidente dois dias depois e analisou a dinâmica da colisão, também, com base em fotografias (0'50") e que a disposição dos veículos e marcas indicavam que a L200 invadiu a pista do Fiat Strada (1'07" e 1'30"). Ressaltou que a pista era estreita e o impacto ocorreu bem na faixa de rolagem da vítima, embora mais próximo do eixo central (3'25" e 4'25" da gravação audiovisual à fl. 237 – SAJ5/PG).

Na etapa inquisitória (fl. 19 – SAJ5/PG), Jackson Pelozato afirmou quanto ao acusado que "*não foi possível observar sinais de embriaguez, pois, o depoente é motorista do Auto Socorro de Urgência (ASU)*". Todavia, em Juízo, elucidou que participou do atendimento

a Orival e que, como não foi realizado o teste de bafômetro ou outro exame técnico, não pode afirmar cabalmente que ele estivesse ébrio (3'17", 4'55" e 6'08"). Acrescentou que percebeu que os faróis do carro da vítima estavam ligados pela posição do comando no painel (2'02" e 6'55", gravação audiovisual à fl. 237 – SAJ5/PG).

Além disso, o bombeiro Celeste Rogério Basquerote Júnior detalhou seu depoimento inicial (fl. 20 – SAJ5/PG) e, sob o crivo do contraditório (gravação audiovisual à fl. 449 – SAJ5/PG), relatou que o acidente aconteceu numa curva em declive (4'00"). Disse que só viu o acusado rapidamente no hospital (7'15" e 7'26") e que, sem exames, não pode confirmar que ele estivesse embriagado (7'55"), pois poderia estar alterado pelo acidente (8'22"). Pontuou que Orival apresentava “*um pouco*” de sinais de embriaguez, como o modo de falar (9'15" e 9'35").

As testemunhas da defesa, de seu turno, disseram que viram Orival no dia dos fatos, em um rodeio, mas que o acusado parecia normal e não presenciaram ele consumindo bebidas alcoólicas. Assim declararam Dorneles Quinatto (0'55", 1'10" e 3'08", gravação audiovisual à fl. 237), Jonas Coussou (1'39", 2'13" e 3'50", gravação audiovisual à fl. 237), Zeferido José Carneiro (1'20" e 1'34", gravação audiovisual à fl. 237) e Hilton Paulo Agliardi (2'29" e 3'20", gravação audiovisual à fl. 512 – todas do SAJ5/PG).

Entretanto, parte dos testigos relatou ter visto Orival Francisco pela última vez próximo das 14h (Dorneles e Hilton, 2'16" e 4'00", respectivamente) e os demais por volta das 18h (Jonas e Zeferido, 1'54" e 2'24", nessa ordem).

Na fase inquisitória, também foram colhidos depoimentos de que o veículo do acusado se envolveu, naquele mesmo dia, em outro acidente de trânsito, porém era conduzido por terceira pessoa (fls. 29/31 e 34/38).

De seu turno, o acusado Orival Francisco Machado contou que

esteve num evento (1'50'') e que emprestou a chave do seu carro para Neri Jesus, que se envolveu num pequeno acidente antes daquele narrado na denúncia (3'20'' e 6'55''). Contudo, negou que ele próprio tivesse bebido (5'10'') e que se recusou a fazer o “bafômetro”, pois é um direito seu (5'35''). Afirmou que não entrou na mão de direção da vítima e nem o contrário (5'50''), mas que a caminhonete resvalou e tentou desviar (6'03''). Confirmou que o local de onde o ofendido vinha era uma descida íngreme e forte (11'50''). Disse que o choque ocorreu próximo ao eixo central (12'40''). Justificou que a rinite pode ter causado vermelhidão em seus olhos (13'50'') e que não estava desorientado (14'15'') ou andando cambaleante (14'35''). Ressaltou que não previu que o acidente pudesse ocorrer (14'40'' e 15'25'', gravação audiovisual à fl. 512 – SAJ5/PG).

Como se vê, em que pese o acusado tenha se recusado a realizar o exame do etilômetro e existir divergência de versões entre as pessoas ouvidas, há elementos que indicam que Orival possa ter dirigido o seu veículo com a capacidade psicomotora alterada e invadido a pista contrária de rolamento em uma curva existente em terreno com declive, ocasionando colisão frontal com outro automóvel e a morte de Armindo Aléssio Pazinato.

Assim, a prova angariada até o presente momento sustenta a hipótese de o réu ter assumido o risco de matar a vítima, de modo que a decisão de pronúncia foi acertada e Orival Francisco Machado deve ser submetido a julgamento pelo Conselho Popular, a quem compete o exame aprofundado da causa.

O recorrente busca, ainda, a exclusão da qualificadora da surpresa, uma vez que incompatível com o dolo eventual.

Vale consignar que esse afastamento, ao menos na fase preliminar, só é viável quando a operadora se mostrar, desde já, manifestamente improcedente, ou seja, inteiramente divorciada do conjunto probatório.

A propósito: “*Na sentença de pronúncia, as qualificadoras só podem ser afastadas quando forem manifestamente improcedentes (RT 785/567)*” (TJSC, Recurso Criminal n. 2007.006027-2, de Tijucas, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 10/7/2007).

É o caso dos autos.

O inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal qualifica o homicídio quando cometido “*à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido*” (grifou-se).

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci leciona que:

[...] parece-nos importante detectar, no ânimo do agente, a vontade de concretizar as hipóteses qualificadoras denominadas objetivas [...]. O dolo do agente, em suma, precisa, por certo, ser abrangente, isto é, envolver todos os elementos objetivos do tipo penal, o que inclui as qualificadoras de natureza objetiva (incisos III e IV do § 2º do art. 121). [...] ao generalizar, fornecendo de antemão os exemplos, deixa lei penal bem claro que o objetivo desta qualificadora [inciso IV] é punir mais severamente o agente que, covardemente, mata o ofendido. Traíndo-o, emboscando-o ou ocultando suas verdadeiras intenções, está prejudicando ou impedindo qualquer reação de sua parte, que se torna presa fácil. Entretanto, há possibilidade de surgirem outros aspectos dessa modalidade pusilânime de agir, o que permite o encaixe na figura genérica [...]. Entretanto, é preciso agir com cautela para não generalizar, na prática, uma qualificadora que torna a pena de homicídio muito mais grave. Note-se que todo ataque tem uma dose natural de surpresa, pois, do contrário, seria um autêntico duelo. Não se costuma cientificar a vítima que ela será agredida, de forma que não é o simples fato de iniciar um ataque de súbito que faz nascer a qualificadora. **É indispensável a prova de que o agente teve por propósito efetivamente surpreender a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação. É a presença do elemento subjetivo abrangente [...].** (*Código penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 669 e 672 – grifou-se)

Portanto, conclui-se que a qualificadora da surpresa deve ser analisada sob o ponto de vista do agente, não do ofendido, de modo que é incompatível com o dolo eventual, pois não há que se falar que alguém assumiu o risco de surpreender.

Assim decide o Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Homicídio de trânsito. Embriaguez. Alta velocidade. Sinal vermelho. 3. Pronúncia. Homicídio simples. 4. Dolo eventual não se compatibiliza com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV (traição, emboscada, dissimulação). 4. Ordem concedida para determinar o restabelecimento da sentença de pronúncia, com exclusão da qualificadora. (*Habeas Corpus* n. 111.442/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 28/8/2012, DJUe de 14/9/2012)

E também esta Corte de Justiça:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRÂNSITO. PRONÚNCIA HOMICÍDIO SIMPLES E LESÕES CORPORAIS VÁRIAS VEZES. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO PARA INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTE INCOMPATÍVEL COM O DOLO EVENTUAL. PRECEDENTES DO STF. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Recurso Criminal n. 2014.067461-9, de Descanso, rela. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 11/12/2014).

Consulte-se, ainda: TJSC, Recurso Criminal n. 2014.013966-5, da Capital, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 16/9/2014; e Recurso Criminal n. 2013.067244-7, de Ituporanga, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. em 15/4/2014.

Afasta-se, portanto, a qualificadora do inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.

No tocante à causa de aumento do art. 121, § 4º, última parte, do Código Penal, embora não haja insurgência da defesa, impõe-se a sua exclusão de ofício.

A respeito dessa operadora, Guilherme de Souza Nucci pontua:

[...] trata-se de introdução proporcionada pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), voltada à maior punição do agente que mata, dolosamente, a pessoa maior de 60 anos. Atingindo a fase da plena maturidade, ao invés de obter carinho e proteção, termina sendo vítima de crime grave, fazendo transparecer a maior reprovação que o autor do delito merece. [...] É preciso que o conhecimento do agente envolva esta causa de aumento, que não pode ser de aplicação automática e cega. (ob. cit. p. 680/681)

Conforme alerta Cezar Roberto Bitencourt:

Acompanhando, enfim, os objetivos do Estatuto do Idoso, é natural que o crime praticado contra pessoa idosa represente maior gravidade e seja considerado merecedor de resposta penal majorada [...]. Ademais, é indispensável que a idade da vítima seja abrangida pelo dolo, ou seja, é fundamental que o sujeito ativo tenha consciência da sua menoridade ou de sua condição de idoso, caso contrário a majorante é inaplicável. (*Tratado de direito penal*. v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112)

Esse mesmo autor ressalta:

[...] o dolo é constituído por dois elementos: um *cognitivo*, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica, e um *volitivo*, que é a vontade de realizá-la. O primeiro elemento, o *conhecimento* (representação), é pressuposto do segundo, a vontade, que não pode existir sem aquele. (ob. cit. v. 1, 15. ed. p. 313/314 – grifos no original)

Na espécie, apesar da possibilidade de o agente ter agido com dolo eventual, conforme asseverado acima, é inegável que desconhecia a especial condição da vítima, de modo que não existem motivos para justificar uma maior reprovabilidade do seu comportamento.

Em suma, é manifestamente inadmissível a majorante do art. 121, § 4º, última parte, do Código Penal se a idade da vítima não foi abrangida pelo dolo do agente, sob pena de responsabilização penal objetiva.

No mais, quanto ao crime conexo (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro), ressalte-se que, igualmente, estão presentes a comprovação da materialidade e de indícios suficientes da autoria, sobretudo pelo auto de constatação de alteração da capacidade psicomotora (fl. 10), auto de infração de trânsito (fl. 13), levantamento fotográfico (fls. 68/74 – todas do SAJ5/PG) e pela prova oral coligida, como visto.

Dessa forma, deve ser mantida a pronúncia de Orival Francisco Machado, contudo, por suposta infração ao art. 121, *caput*, c/c o art. 18, I, do Código Penal e art. 306 da Lei n. 9.503/97, a fim de que seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

4 Por último, a defesa postula a revogação das medidas cautelares ou, subsidiariamente, *“a reconsideração quanto à medida [proibitiva] de ausentar-se da comarca de Anita Garibaldi/SC, sem prévia autorização judicial e recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga, substituindo-as por não ausentar-se da comarca por mais de oito dias sem autorização judicial e recolhimento noturno, nos feriados e domingos, mantendo as demais”* (fl. 662)

Convém destacar que esta Câmara já se debruçou sobre pedidos semelhantes do recorrente em três oportunidades.

No *Habeas Corpus* n. 2014.067983-9, da relatoria do Exmo. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, esta Câmara decidiu, em 7/10/2014, conceder parcialmente a ordem *“para substituir a custódia preventiva do paciente pelas seguintes medidas cautelares: a) comparecimento periódico em juízo, a cada 15 (quinze) dias, para informar e justificar as suas atividades; b) proibição de ausentar-se da comarca sem prévia autorização do magistrado; c) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; e d) proibição de frequentar determinados lugares, a serem especificados pelo Juiz a quo”* (fl. 145 – SAJ5/PG).

Posteriormente, na comarca de origem foram abrandadas as

restrições e deferido “o pedido para que o acusado exerça atividade laborativa exclusivamente no estabelecimento comercial do qual é proprietário, no horário das 8h00min até as 22h00min, em finais de semana alternados” (fl. 162 – SAJ5/PG).

A defesa de Orival impetrou novo *writ* com vistas à revogação das medidas cautelares em face do término da instrução processual (*Habeas Corpus* n. 2015.048812-1, deste Relator, j. em 25/8/2015). O pleito foi indeferido, em síntese, pelos seguintes motivos:

Cediço que “não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, *in casu*, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal” (RHC 57.886/GO, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 30/6/2015, DJUe de 3/08/2015).

A contrario sensu, então, desnecessário que tenham desaparecido os requisitos da prisão preventiva, ou seja, o abalo à ordem pública e a garantia da instrução criminal, como pretende o impetrante. (fls. 486/491 – SAJ5/PG)

Naquele *decisum*, adotou-se, também, como razões para decidir o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do Exmo. Dr. Carlos Abreu Sá Fortes, que opinou:

Afere-se que as medidas cautelares impostas são adequadas e compatíveis com o delito praticado pelo Paciente (fls. 145 – autos digitais). Conquanto argumentado eventual empecilho no exercício das atividades comerciais, tal situação não pode determinar a alteração das medidas fixadas, mormente não se tratar de função que não possa ser objeto de delegação. Ademais, muitos são os meios disponíveis para negociações, tais como, internet, telefone, fax e outros, podendo o Impetrante, portanto, observar as medidas fixadas sem prejuízo de suas atividades. (fl. 489 – SAJ5/PG)

No Juízo de Primeiro Grau de jurisdição, ainda, fora atendido o pedido Ministerial de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação (fls.

262/265 e 290/292), que acabou revogado por este Órgão fracionário em 27/11/2015 (fls. 553/558 – todas do SAJ5/PG).

Desde então, não houve alteração fática que sinalize o descabimento das medidas cautelares impostas.

Nada obstante, possível o abrandamento da proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial, uma vez que a restrição mostrou-se desproporcional e inadequada às condições pessoais do acusado (art. 282, II, do Código de Processo Penal).

A bem da verdade, o afastamento, sempre que postulado, foi deferido, a fim de possibilitar a Orival acompanhar a coleta de prova oral por carta precatória e comparecer a atendimentos médicos (fls. 301/302, 309, 344, 362, 371, 375, 637, 674 – todas do SAJ5/PG), deslocamentos estes que, a rigor, poderiam ser realizados sem necessidade de intervenção judicial.

Assim, nesse particular, deve-se promover readequação para possibilitar ao acusado ausentar-se da comarca por até 72 (setenta e duas) horas, independentemente de autorização do Juízo, mantidas as demais medidas acautelatórias.

Ante o exposto, o voto é no sentido de dar parcial provimento ao recurso para excluir a qualificadora e abrandar as medidas cautelares impostas para possibilitar a ausência da comarca por até 72 (setenta e duas) horas independentemente de autorização judicial e, de ofício, afastar a majorante pela idade da vítima.

Apelação n. 0000464-22.2014.8.24.0056, de Santa Cecília

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA PELO PAI E MAJORADO PELO RESULTADO GRAVIDEZ (ART. 217-A, *CAPUT*, C/C OS ARTS. 71, *CAPUT*, 226, II, E 234-A, III, TODOS DO CÓDIGO PENAL). AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. FALHA TÉCNICA NA GRAVAÇÃO DOS DEPOIMENTOS QUE IMPEDE SUA TOTAL COMPREENSÃO. ANULAÇÃO, DE OFÍCIO, DOS ATOS PROCESSUAIS A PARTIR DAQUELA SOLENIDADE, DETERMINANDO SUA RENOVAÇÃO. ANÁLISE DO RECLAMO PREJUDICADA.

Não sendo possível verificar o relato da ofendida, das testemunhas, tampouco a versão apresentada pelo réu em seu interrogatório, mister a anulação, de ofício, dos atos processuais a partir da referida audiência, em respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0000464-22.2014.8.24.0056, da comarca de Santa Cecília Vara Única, em que é Apelante J. M. M. e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, anular, de ofício, a audiência de instrução e julgamento e os atos subsequentes, motivo pelo qual fica prejudicada a análise do reclamo. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Desembargador Rui Fortes, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Sr. Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Lio Marcos Marin.

Florianópolis, 14 de junho de 2016.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Santa Cecília, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia em face de J. M. M., imputando-lhe a prática do delito capitulado no art. 217-A, *caput*, c/c os arts. 61, II, “e”, e 234-A, III, por diversas vezes, todos do Código Penal, com incidência da Lei n. 11.340/06, pois, segundo consta na inicial:

Entre os meses de setembro e outubro do ano de 2013, no interior da residência do denunciado e da vítima, situada [...] [em] Timbó Grande/SC, o denunciado J. M. M., com consciência da ilicitude de seus atos e com vontade orientada à satisfação de sua lascívia, prevalecendo-se, ainda, de relações domésticas e de coabitação, adentrou no quarto em que dormia sua filha D. M., que, na época contava com apenas 12 (doze) anos de idade, despiu-a e constrangeu-a à conjunção carnal mediante violência presumida pela idade da vítima, mantendo, com ela, relação sexual.

Da conduta de J. M. M., resultou a gravidez da vítima D. M.

Ademais, a partir da metade do ano de 2013, em dias, meses e horários a serem esclarecidos durante a instrução processual, todavia, certamente desde que a vítima contava com 12 (doze) anos de idade, no interior da residência da família, o denunciado J. M. M., em diversas oportunidades, normalmente durante os finais de semana, com consciência da ilicitude de seus atos e com vontade orientada à satisfação de sua lascívia doentia, prevalecendo-se, ainda, de relações domésticas e de coabitação e mediante violência presumida pela idade da vítima, deitou-se na cama da vítima e constrangeu D. M. a manter com ele conjunção carnal.

Como se não bastasse, a partir da metade do ano de 2013, em dias e horários a serem esclarecidos durante a instrução processual, todavia, certamente desde que a vítima contava com 12 (doze) anos de idade, em um “paiol” localizado próximo à residência da vítima, o denunciado J. M. M., em diversas oportunidades, com consciência da ilicitude de seus atos e com vontade orientada à satisfação de sua lascívia, prevalecendo-se, ainda, de relações domésticas e de coabitação, constrangeu a vítima D. M. à prática de conjunção carnal, mediante violência presumida pela idade da vítima.

Registra-se que D. M. é filha de J. M. M. e contava com apenas 12 (doze) anos de idade quando do início da prática delitiva por parte do denunciado. (fls. 1/3)

Finda a instrução, a Magistrada *a quo* julgou procedente o pedido formulado na denúncia, para condenar o acusado ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, c/c os arts. 226, II, 234-A, III, e 71, todos do Código Penal. Decretou-se a incapacidade do acusado para o exercício do poder familiar, nos termos do art. 92, II, do mesmo Diploma Legal (fls. 222/230).

Inconformado com o *decisum*, o réu interpõe apelação criminal, mediante a qual requer a absolvição, sustentando “*que a prova produzida a luz do contraditório não indica a prática do crime investigado*” (fl. 281). Subsidiariamente, almeja o afastamento das causas de aumento de pena ou a aplicação da continuidade delitiva no patamar de 1/6 (um sexto), “*em razão de não haver a definição da quantidade de atos praticados*” (fl. 283). Por fim, pleiteia a fixação de honorários ao defensor pela apresentação do reclamo (fls. 280/283).

Contrarrazões ofertadas (fls. 280/283), os autos ascenderam a esta Corte e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Lio Marcos Marin, manifesta-se pelo conhecimento e não provimento do apelo (fls. 306/309).

VOTO

De plano, verifica-se que a análise do recurso está prejudicada.

Compulsando os autos digitais, verifica-se que todos os depoimentos colhidos na audiência de instrução de julgamento (fls. 118/119), mediante gravação audiovisual, apresentam falhas técnicas que impedem a total compreensão dos relatos prestados.

Em contato, por meio eletrônico, com a Diretoria de Tecnologia da Informação deste Tribunal, obteve-se a informação de que os arquivos armazenados no *datacenter* também apresentavam o mesmo problema, “*ruídos constantes e estão inaudíveis*”, e que no TSI da comarca não foi localizado nenhuma outra fonte de gravação para o referido processo. Noticiou-se ainda que:

obs1: pelas características do ruído o problema, aparentemente, estava no(s) microfone(s) dos interlocutores ou no(s) cabo(s) do(s) respectivo(s) microfone(s).

obs2: não dispomos de ferramentas para a edição de arquivos multimídia aqui no sajsuporte. (fl. 317)

Assim, não sendo possível verificar o relato da ofendida, das testemunhas, tampouco a versão apresentada pelo réu em seu interrogatório, mister a anulação, de ofício, dos atos processuais a partir da referida audiência, em respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Em casos semelhantes, já decidiu esta Corte: Apelação Criminal n. 2011.096775-9, de Jaguaruna, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 18/10/2012, Apelação Criminal n. 2011.065687-0, de Itajaí, rel. Des. Francisco de Oliveira Neto, j. em 17/7/2012 e TJSC, Apelação Criminal n. 2013.000898-9, de Meleiro, deste Relator, j. em 11/6/2013.

Ante o exposto, anula-se de ofício o processo, a partir da audiência

de instrução e julgamento, determinando a renovação do ato, nos termos do art. 573 do Código de Processo Penal. Prejudicada a análise do reclamo.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação n. 0138666-16.2015.8.24.0000 (2015.040614-3), de Jaguaruna

Relator: Des. Rodrigo Collaço

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CÓDIGO PENAL). APRESENTAÇÃO DE CNH FALSIFICADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO QUANTO À CONTRAFAÇÃO. DEPOIMENTO POLICIAL EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS. PARCIAL CONFISSÃO DO ACUSADO. AQUISIÇÃO DO DOCUMENTO MEDIANTE SIMPLES PAGAMENTO. NÃO SUBMISSÃO AOS PROCEDIMENTOS PERTINENTES EXIGIDOS PELO DETRAN. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE NA CONDUTA DO AGENTE. DOLO CONFIGURADO. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA, ADEMAIS, QUE NÃO RESTOU DEMONSTRADA. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0138666-16.2015.8.24.0000, da comarca de Jaguaruna (Vara Única), em que é apelante Volnei Pinheiro Mateus Junior, e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 25 de fevereiro de 2016, os Exmos. Desembargadores Roberto Lucas Pacheco (Presidente) e Newton Varela Júnior.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 2 de março de 2016

Rodrigo Collaço

RELATOR

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público do Estado ofereceu denúncia contra Volnei Pinheiro Mateus Júnior pelo cometimento, em tese, do crime de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal) em razão dos fatos assim narrados na peça acusatória:

“Em 17 de janeiro de 2012, por volta das 17 horas – durante abordagem policial ao veículo Fiat Uno, de placas IEV-8110, conduzido por Lourenço Melo Prado – Volnei Pinheiro Mateus Júnior, que estava de carona, instado a se identificar pelos Policiais Civil Edson Garcia Pacheco e Maurício Moreira, apresentou, como documento de identificação, a Carteira Nacional de Habilitação n. 6102205/SJS/SC, documento público falsificado (fl. 10).

Assim agindo, Volnei Pinheiro Mateus Júnior fez uso de documento público falsificado.”

Encerrada a instrução, sobreveio sentença com o seguinte dispositivo:

“Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia para **CONDENAR** o réu VOLNEI PINHEIRO MATEUS JÚNIOR,

qualificado nos autos, a pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário fixado em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, por incurso no art. 304 c/c 297, *caput*, ambos do Código Penal. Substituo a pena de reclusão por duas restritivas de direito, quais sejam, a prestação de serviços à comunidade (art. 46) e o pagamento de 01 (um) salário mínimo vigente, em prol da APAE desta comarca.

Reconheço o direito de o réu recorrer em liberdade, por não estar presente o fundamento à prisão preventiva.

Custas processuais pelo condenado.

[...]"

Contra esse pronunciamento o acusado interpôs recurso de apelação, em cujas razões sustenta que as provas são insuficientes para sustentar a condenação, notadamente porque alicerçada exclusivamente nas declarações dos policiais civis responsáveis pela prisão, com o que requer sua absolvição. Ventila, ainda, a atipicidade da conduta, seja por se tratar de falsificação grosseira, seja porque nem sequer fizera uso de documento falso, uma vez que não se encontrava na condução do automóvel, somente o exibindo por solicitação da autoridade policial.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra do Exmo. Doutor Andrey Cunha Amorim, manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Volnei Pinheiro Mateus Júnior contra sentença que julgou procedente a denúncia para condená-lo à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituída a pena

corporal por duas restritivas de direitos, pela prática do crime de uso de documento falso.

1. Não há como acolher a tese da atipicidade da conduta, seja porque a falsificação da Carteira Nacional de Habilitação constante dos autos não é grosseira, seja porque restou demonstrado que o acusado agiu com dolo ao identificar-se com o documento sabidamente falso.

Isso é o que se extrai sem margem para dúvidas da simples visualização do documento acostado à fl. 56 dos autos, de onde não se infere que a falsificação tenha sido grosseira; tanto que para efeito de dita constatação foi necessária a realização de exame de microscopia óptica, a partir do que permitiu-se aferir a existência de divergência do documento periciado com o documento padrão, conforme se infere da perícia de fls. 51/54.

Aliás, a só leitura das características divergentes apontadas no laudo pericial bem revela a impossibilidade de a falsidade ser perceptível de plano, afinal, como atribuir ao homem médio a capacidade de identificar a divergência entre a composição dos píxeis de impressão, a ausência de fibras de segurança e de talho doce, além dos textos de identificação e numeração tipográficas sensíveis à luz ultravioleta?

A propósito, tem-se reiteradamente decidido nesta Corte que “*sendo o documento falsificado apto a ludibriar a atenção de terceiros, mostra-se correta a sentença condenatória e inaplicável o reconhecimento de atipicidade da conduta por modificação grosseira*” (Apelação Criminal n. 2011.087674-0, da Capital, rel.: Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. em 22.10.2013)” (Apelação Criminal n. 2015.005092-2, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 7.5.2015). E mais: “*não sendo grosseira a falsificação, mas apta a ludibriar o homem médio e, assim, capaz de ofender o bem jurídico tutelado pelo tipo - fé pública -, não há que se falar em ausência de lesividade da conduta ou em crime*

impossível” (Apelação Criminal n. 2014.085494-9, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 17.3.2015).

Não há, portanto, que se falar em falsificação grosseira.

Nem se diga que o elemento subjetivo do tipo não está presente na conduta do agente. Afinal, conforme se infere de seu interrogatório em juízo (audiovisual de fl. 95), admitiu estar na posse da CNH falsificada, a qual teria adquirido pela quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), uma vez que dela necessitava para trabalhar e não detinha condições financeiras para arcar com os custos das aulas de direção e testes para tanto.

A propósito do elemento subjetivo, o precedente da Corte:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO, AO ARGUMENTO DE QUE A CONDUTA É ATÍPICA, POR AUSÊNCIA DE DOLO. INSUBSISTÊNCIA. RÉU QUE ADMITE TER ADQUIRIDO A CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) SEM A REALIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS LEGAIS. DOLO NA CONDUTA EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O fato de o réu pagar a terceiro pela obtenção da carteira nacional de habilitação, sem sequer realizar os procedimentos exigidos pela autoridade administrativa ou até mesmo comparecer ao órgão específico (Detran), comprova o dolo em sua conduta e, conseqüentemente, inviabiliza a absolvição” (Apelação Criminal n. 2015.013804-4, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 14.4.2015)

Nem se diga que o fato de não estar na condução de veículo automotor tenha o condão de tornar a conduta atípica, na medida em que, ao identificar-se com documento público falso, dele fez uso e, portanto, incorreu no tipo penal em comento.

Soma-se que, conforme ressaltado na sentença apelada, a apresentação espontânea ou a exigência de apresentação pela autoridade policial não desconfigura a conduta típica constante do art. 304 do Código Penal, a exemplo do precedente egresso do Superior Tribunal de Justiça lá colacionado.

2. A materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente demonstradas nos autos, aquela consubstancia no boletim de ocorrência de fls. 36/38, no documento acostado à fl. 56 e na perícia de fls. 51/54.

A autoria, por sua vez, evidencia-se pela parcial confissão em juízo do acusado e pelas judicializadas declarações prestadas pelos policiais civis responsáveis pela prisão em flagrante. Foram todos uníssonos no sentido de que, ao efetivarem abordagem no veículo em que se encontrava o ora apelante, após ser incitado a identificar-se e fazer uso da CNH apreendida, apresentara-se nervoso, quando então, mediante consulta ao sistema do Detran, puderam verificar que o registro aposto no documento pertencia à CNH de terceira pessoa (audiovisual de fl. 95).

Acerca da idoneidade da prova advinda das declarações dos agentes estatais, não é demais referir a pacífica orientação jurisprudencial no sentido de que *“o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal (HC n. 236.105/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/6/2014)”* (STJ, AgRg no REsp 1.505.023/RS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 1º.9.2015).

Destarte, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

3. No que diz com a dosimetria da pena, à mingua de inconformismo pela defesa ou de vícios aparentes que devessem ser sanados de ofício, igualmente nada há de ser retificado (tanto porque a reprimenda restou estabelecida no mínimo legal do preceito secundário do tipo penal e com

resgate inicial por regime coerente com o *quantum*, substituída a pena reclusiva por duas restritivas de direitos).

4. O voto, portanto, é pelo desprovimento do recurso.

Como corolário da manutenção da condenação penal do réu nesta instância em colegiado por crime referido no art. 1º, inciso I, alínea “e”, item 1, da LC 64/90, proceda o Secretário de Câmara à inclusão de seus dados no CNCIAI.

Apelação Criminal n. 0002003-15.2010.8.24.0007, de Biguaçu

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES, FALSIDADE IDEOLÓGICA (SIMPLES E MAJORADA) E USO DE DOCUMENTO FALSO. JUÍZA *A QUO* QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS. INSURGÊNCIA DA DEFESA.

MATERIALIDADE E AUTORIA DOS CRIMES DE FALSIFICAÇÃO COMPROVADAS. REENQUADRAMENTO, CONTUDO, DA FALSIDADE IDEOLÓGICA DA CARTEIRA DE IDENTIDADE PARA O DELÍTO DE USO DE DOCUMENTO FALSO. POTENCIALIDADE LESIVA QUE, NA ESPÉCIE, NÃO SE ESGOTOU NA PRIMEIRA FALSIFICAÇÃO. ACUSADA QUE UTILIZOU O DOCUMENTO POR MAIS DE UMA DÉCADA, INCLUSIVE ENSEJADO O FALSO ASSENTAMENTO DE NASCIMENTO DE SEUS FILHOS. HIPÓTESE DE CRIME PROGRESSIVO, COM A CONSUNÇÃO DO CRIME-MEIO COMO ANTEFATO IMPUNÍVEL. MANUTENÇÃO DA IMPUTAÇÃO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA PELAS FALSIFICAÇÕES DE ASSENTAMENTO DE REGISTRO CIVIL. APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. DOLO ESPECÍFICO. INTELIGÊNCIA DO ART. 299, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO AO CRIME DO ART. 301, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO. CRIME PRÓPRIO E INAPLICÁVEL AO CASO.

RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO DE ILEGALIDADES DA DOSIMETRIA. MAGISTRADA QUE ARREDONDOU O RESULTADO DA SOMA DA CONTINUIDADE DELITIVA SOBRE A OPERAÇÃO ANTERIOR. INSUBSISTÊNCIA. RECÁLCULO EFETUADO. TOGADA QUE FIXOU O VALOR DO SALÁRIO-MÍNIMO DOS DIAS-MULTA E DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA COM BASE NO

MONTANTE VIGENTE AO TEMPO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. PAGAMENTO QUE DEVE CORRESPONDER À IMPORTÂNCIA VIGENTE AO TEMPO DOS FATOS.

IRRESIGNAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002003-15.2010.8.24.0007, da comarca de Biguaçu (Vara Criminal), em que é apelante Antonia Silvana Mendes, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao Recurso para, nos termos da fundamentação, reenquadrar a capitulação do crime de falsidade ideológica simples para uso de documento falso, tipificado no art. 304 do Código Penal, mantida, no demais, a dosimetria da pena; de ofício, retificar a pena dos crimes de falsidade ideológica majorada para 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 13 (treze) dias-multas, rebalizando a pena total para 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 23 (vinte e três) dias-multa; e, também de ofício, fixar o salário mínimo vigente ao tempo dos fatos para o cálculo dos dias-multa e da prestação pecuniária substitutiva. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 31 de março de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rodrigo Collaço. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini.

Caberá à autoridade judiciária de primeiro grau, tão logo seja cientificada do teor do presente acórdão, adotar as providências necessárias ao cumprimento da pena, nos termos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O conteúdo do presente acórdão, nos termos do § 2º do art. 201 do Código de Processo Penal, deverá ser comunicado pelo juízo de origem.

Nos termos do § 5º do art. 87 do RITJSC, os dados do presente feito deverão ser incluídos no CNCIAI.

Florianópolis, 4 de abril de 2016.

Newton Varella Júnior

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela ré Antonia Silvana Mendes, insurgindo-se contra a sentença prolatada pela MMA. Juíza de Direito da Vara Criminal da comarca de Biguaçu (fls. 197-208), que, nos autos da ação penal n. 0002003-15.2010.8.24.0007, julgou o feito nos seguintes termos, em sua parte dispositiva:

Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia e, em consequência, CONDENO a ré, Antonia Silvana Mendes, ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e ao pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, conforme fundamentação acima, por infração aos arts. 299, *caput* e 299, parágrafo único (por três vezes), todos do Código Penal. Por outro lado, ABSOLVO-A dos crimes tipificados nos arts. 155, *caput* (por duas vezes); 155, *caput* c/c art. 14, inc. II; art. 304, *caput*, todos do Código Penal, com base no art. 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal.

Isento a acusada das custas processuais diante da solicitação de assistência judiciária (fl. 127).

Fixo em R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais) a remuneração do defensor nomeado (fl. 127).

Comunique-se ao Ministério Público da Comarca de Itapema/SC acerca da presente decisão, para que averigue se a ré condenada nos autos n. 125.01.000919-5 era de fato ALINE FARIAS VALIM ou se tratava-se de ANTONIA SILVANA MENDES.

Comunique-se ao cartório de registro civil do Município de Governador Celso Ramos para que proceda a retificação nas certidões de nascimentos dos infantes Gustavo Farias Valin Duarte (fl. 51), Alessandra Valin Duarte (fl. 52) e Samara Duarte (fl. 53), devendo alterar-se o nome da genitora para Antonia Silvana Mendes, bem como retificar-se os sobrenomes dos mesmos.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se, a acusada e as vítimas pessoalmente.

(fls. 207-208).

Em suas razões, em suma, sustenta que: 1) o crime-meio de falsificação, por ser antefato impunível, deve ser absorvido pelo crime-fim de uso de documento falso; 2) não há necessidade de retificação das certidões de seus filhos, tendo em vista que já promoveu a regularização extrajudicial; e 3) a correta tipificação de sua conduta deve corresponder ao art. 301, § 1º, do Código Penal, uma vez que falsificou uma certidão, a qual automaticamente embasou as de nascimento de seu filhos, sendo estas legítimas.

Pugnou, ao final, pela reforma da sentença nos pontos impugnados.

O Ministério Público, em contrarrazões, pugnou pela manutenção da sentença condenatória (fls. 230-235).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Norival Acácio Engel, opinou pelo desprovimento do Recurso (fls. 241-248).

É o necessário escorço.

VOTO

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso.

No mérito, contudo, não logra provimento.

Considerando que houve parcial absolvição, sem que a Acusação tenha recorrido, transcrevo apenas a parte da narrativa da denúncia que interessa ao julgamento, restrita aos crimes de falsidade ideológica (simples e majorada) e uso de documento falso, *in verbis*:

Quando da apreensão da denunciada ANTONIA SILVANA MENDES, no dia 29 de setembro de 2009, esta, após ser identificada, apresentou documento de identidade n. 3.616.613-8, órgão emissor o Estado de Santa Catarina, (Biguaçu-SC), em nome da vítima Aline Farias Valin (fls. 116), sabendo-se tratar de documento emitido em razão de declaração falsa da que devia ser escrita.

Em razão do uso do documento de RG com declaração falsa, foi procedida investigações para apuração do nome da denunciada, oportunidade em que logrou-se êxito no sentido de identificar esta como sendo ANTONIA SILVANA MENDES (laudo pericial de fls. 106/115).

Assim, em pelo menos quatro oportunidades a denunciada procedeu à declaração falsa da que devia ser escrita em documentos públicos, alterando a verdade de fato juridicamente relevante quais sejam:

No dia 30 de outubro de 2000, na Secretaria do Estado de Segurança Pública, neste Município e Comarca de Biguaçu, quando da solicitação da 2ª Via do Registro Geral em nome de Aline Farias Valin, para tanto, valendo-se da apresentação de certidão de nascimento comprada pelo seu amásio Paulo Borges.

No dia 2 de junho de 1998, quando da lavratura da certidão de nascimento de seu filho Gustavo Farias Valin Duarte, no cartório de registro civil deste Município e Comarca de Biguaçu, alterando, dessa forma, assentamento de registro civil (documento de fls. 51).

No dia 14 de abril de 2003, quando da lavratura da certidão de nascimento de sua filha Alessandra Valin Duarte, no cartório de registro civil do Município de Governador Celso Ramos, nesta Comarca de Biguaçu, alterando, dessa forma, assentamento de registro civil (documento de fls. 52).

E, por fim, no dia 18 de outubro de 2005, quando da lavratura da certidão de nascimento de sua filha Samara Duarte, no cartório de registro civil do Município de Governador Celso Ramos, nesta Comarca de Biguaçu, alterando, dessa forma, assentamento de registro civil (documento de fls. 53).

(fls. III-IV).

Pois bem.

A materialidade e autoria da falsidade ideológica vem positivada nos boletins de ocorrência (fls. 6-7), nas certidões de nascimento (fls. 51-53) e no laudo pericial (fls. 105-116), bem como na prova oral coligida (fls. 26-27, 31-32, 60-61 e 94), especialmente na serena e resoluta confissão da Ré, no inquérito e em juízo (fls. 10-11 e mídia de fl. 173), confirmando que, depois que veio do Rio Grande do Sul sem documentação, pelos idos de 1994-1995, passou a utilizar a carteira de identidade então adquirida pelo seu ex-companheiro, falsificando e usando sua segunda via, bem como falsificando o assentamento de nascimento de seus filhos em nome de pessoa diversa.

Diante disso, na realidade, a celeuma diz respeito à absorção da falsificação ou do uso de documento falso, dada a íntima conexão entre os delitos.

Essa discussão, como sabido, é polêmica, e não é nada nova: para uns, o enfoque deve repousar no falso, sendo o uso mero exaurimento impunível; para outros, diferentemente, o falso é o meio impunível para o fim de uso.

Data venia, contudo, entendo que é esta corrente que deve prevalecer (encabeçada por Guilherme de Souza Nucci e Rogério Greco, por exemplo).

Com efeito, seria um rematado despautério simplesmente reduzir a potencialidade lesiva àquela primeira falsificação quando, no contexto fático, nela segura e inequivocamente não se esgotou; tanto assim é, aliás, que a Acusada utilizou a identidade falsificada por mais de uma década (!), antojando, a mais não poder, que o *falsum* é mero acessório, expediente de que se serviu para, sob a óptica finalística, concretizar as vindouras ofensas à ordem jurídica mediante cada uso do documento contrafeito – típica hipótese de crime progressivo, com a consunção do crime-meio como antefato impunível.

Este caso, contudo, guarda uma certa particularidade.

De fato, é que o referido uso possibilitou a subsequente falsificação do assentamento de nascimento de seus filhos, situação que, à luz do critério da especialidade, porque o dolo aqui é claramente específico, enseja a perfeita subsunção, na modalidade majorada, da falsificação ideológica, prevista no art. 299, parágrafo único, do Código Penal – o que, aliás, só respalda que a lesividade da primeira falsidade foi de longe suplantada.

Se assim é, relativamente à carteira de identidade, é de rigor o reenquadramento da capitulação do crime de falsidade ideológica simples para o delito de uso de documento falso, tipificado no art. 304 do Diploma Repressivo, ficando mantida, em tese, a mesma pena, até porque o preceito secundário do uso remete às cominações da falsidade.

Já no que tange às falsificações do assentamento de registro civil, a seu turno, deve prevalecer a incriminação de cada qual nos termos do art. 299, § 1º, do *Codex* Substantivo, sendo manifestamente improcedente a desclassificação para o crime mais brando do art. 301, § 1º, do mesmo

Digesto, pois é crime próprio inaplicável ao caso, exigindo que o agente exerça função pública.

De ofício, entretanto, observo ilegalidades na dosimetria que merecem *incontinenti* reparo por esta Corte (HC 299.199/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 8-3-2016; HC 335.045/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 23-2-2016; HC 197.226/PB, Rel. Ministro Ericson Maranhão, Sexta Turma, j. 23-2-2016; HC 159.476/TO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 2-2-2016).

É que, com relação às falsidades ideológicas (fls. 206-207), na terceira fase dosimétrica, quando do cálculo da continuidade delitiva por 1/5 (foram três os delitos) sobre o resultado anterior de 1 (um) ano e 2 (dois) meses (já elevado pela causa de aumento), ao invés de ter somado 2 (dois) meses e 24 (vinte e quatro) dias, a Togada arredondou a operação para 3 (três) meses, em franco prejuízo para a Acusada, em procedimento flagrantemente ilegal.

Dessa forma, a pena definitiva fica estabelecida em 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mantidos os 13 (treze) dias-multa fixados.

Em face do concurso material, a pena alça ao patamar de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 23 (vinte e três) dias-multa.

Fica mantido o regime aberto e a substituição por restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária).

A última emenda que deve ser feita, também *ex officio*, diz respeito à data do salário mínimo a ser considerada, haja vista que, tanto para os dias-multa quanto para a prestação pecuniária, foi fixado aquele valor vigente ao tempo do cumprimento da sentença (fl. 207), o que não encontra ressonância, mediante aplicação analógica, na ratio iuris do

art. 49, § 1º, do Código Penal, haja vista que, por ficção jurídica, a pena deve corresponder àquela que seria devida caso aplicada no mesmo dia do cometimento do crime, atraindo, por consequência, a importância do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, inclusive sob pena de encampar interpretação mais desfavorável.

Por postimária, no que se refere à expedição de ofício para retificação dos assentamentos civis (fl. 208), além de inexistir prova da correção extrajudicial, porque a certidão juntada é do próprio nascimento da Denunciada (fl. 227), trata-se de necessária providência anexa que pode ser naturalmente extraída da eficácia declaratória do feito (segundo a teoria quinária das ações de Portes de Miranda), sendo inconcebível e sem qualquer justificativa relevante que as crianças permaneçam, quando isso está comprovado e não padece de qualquer dúvida, sem os sobrenomes de seus pais verdadeiros.

Ante o exposto:

a) dou parcial provimento ao Recurso para, nos termos da fundamentação, reenquadrar a capitulação do crime de falsidade ideológica simples para o delito uso de documento falso, tipificado no art. 304 do Código Penal, mantida, no demais, a dosimetria da pena;

b) de ofício, retificar a pena dos crimes de falsidade ideológica majorada para 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, rebalizando a pena total para 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 23 (vinte e três) dias-multa; e

c) também de ofício, fixar o salário mínimo vigente ao tempo dos fatos para o cálculo dos dias-multa e da prestação pecuniária substitutiva.

É como voto.

***Habeas Corpus* n. 4000915-79.2016.8.24.0000, de Guaramirim**

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. VÍTIMA COM 16 (DEZESSEIS) ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA EM PRIMEIRO GRAU. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO PELA 4ª CÂMARA CRIMINAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO AOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ACUSADO QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. NOVO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE APRISIONAMENTO APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA.

ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE NULIDADES NA FASE INVESTIGATIVA. SUPOSTA INVALIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL QUE, EM REGRA, NÃO CONTAMINA A AÇÃO PENAL. RESPONSABILIDADE PENAL DO ACUSADO QUE FOI RECONHECIDA EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS. PRETENSA ANULAÇÃO DO FEITO. INVIABILIDADE. PREJUDICIALIDADE ANTE O NÃO RECONHECIMENTO NO ACÓRDÃO.

PLEITO DE ANULAÇÃO DO FEITO. ADVOGADA DA VÍTIMA QUE SERIA PROCURADORA MUNICIPAL. SUPOSTA AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA. INOCORRÊNCIA. JUNTADA DE PORTARIA DE NOMEAÇÃO AOS AUTOS. PROFISSIONAL QUE EXERCIA, À ÉPOCA, A FUNÇÃO DE ACESSORA JURÍDICA MUNICIPAL E NÃO PROCURADORA DO ENTE PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 28 E 29 DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE A SER DECRETADA. MATÉRIA NÃO AVENTADA NO RECURSO. NÃO CONHECIMENTO.

REANÁLISE DE PROVA. PEDIDO DE AMPLA REVISÃO FEITO

PELO IMPETRANTE. IMPOSSIBILIDADE NO ÂMBITO DO *HABEAS CORPUS*. EXAME EXAUSTIVO QUE FOI REALIZADO QUANDO DO JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO PENAL. LIMITES COGNITIVOS ESTREITOS DA PRESENTE AÇÃO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

FORMALIDADES EXIGIDAS PARA O OFERECIMENTO DE QUEIXA-CRIME. INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DO CPP. PEÇA QUE PODERÁ SER FEITA POR PROCURADOR COM PODERES ESPECIAIS. DEVER DE CONSTAR NO INSTRUMENTO DO MANDADO O NOME DO QUERELANTE E A MENÇÃO AO FATO CRIMINOSO, SALVO QUANDO TAIS ESCLARECIMENTOS DEPENDEREM DE DILIGÊNCIAS QUE DEVEM SER PREVIAMENTE REQUERIDAS NO JUÍZO CRIMINAL. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA NECESSIDADE DE SE FAZER UMA SÍNTESE DOS FATOS DELITUOSOS. POSICIONAMENTO MAIS RECENTE DO COLEGIADO NO SENTIDO DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRECEITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CPP. QUESTÃO QUE DEVE SER TRATADA COMO NULIDADE RELATIVA. RESSALVA DO POSICIONAMENTO DO RELATOR. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. VÍCIO NÃO ARGUIDO NO PROCESSO DE ORIGEM. OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO.

A jurisprudência desta Corte evoluiu para considerar que certas nulidades são passíveis de preclusão, nas hipóteses em que não arguidas na primeira oportunidade em que a defesa teve para se manifestar nos autos [...] (STJ. HC 285.182/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).

EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. ARGUIÇÃO DE QUE A DECISÃO IMPUGNADA EXARADA EM PRIMEIRO GRAU CARECE DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. *DECISUM* BASEADO EM NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. PRONUNCIAMENTO DO PRETÓRIO EXCELSO PELA COMPATIBILIDADE ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

NECESSIDADE DE CONJUGAÇÃO DO REFERIDO PRINCÍPIO COM A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL PENAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA SEGREGAÇÃO. PRISÃO QUE NÃO ESTÁ ESCORADA EM REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CPP, MAS SIM EM INÍCIO DA EXECUÇÃO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. DENEGAÇÃO. REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR DEFERIDA.

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 4000915-79.2016.8.24.0000, da comarca de Guaramirim 2ª Vara, em que é Impetrante Jose Osni Ronchi e Paciente P. R..

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer em parte e denegar a ordem, com conseqüente revogação da medida liminar. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 9 de junho de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins e dele participaram o Des. Roberto Lucas Pacheco e o Des. Rodrigo Collaço.

Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini. Compareceu à sessão como representante do Ministério Público o Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 13 de junho de 2016.

Desembargador Jorge Schaefer Martins

RELATOR

RELATÓRIO

J. O. R. impetrou *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de P. R., por meio do qual alegou constrangimento ilegal em razão de prisão decretada na Ação Penal n. 0002812-89.2003.8.24.0023, deflagrada para apurar suposto crime de estupro, previsto no art. 213, *caput*, do CP.

De acordo com o impetrante, em face do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no curso do julgamento do HC n. 126.292 pelo STF, no qual por maioria decidiu sobre a possibilidade de determinação de aprisionamento do objeto da ação penal, após decisão condenatória da Segunda Instância, a Exma. Dra. Juíza de Direito determinou, de ofício, o recolhimento do paciente, independentemente do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Inicialmente, afirmou que a vítima, ao registrar BO, enquanto menor púbere, compareceu à delegacia desassistida de representante legal. Por isso, arguiu ser nulo esse Boletim de Ocorrência. Em tempo, mencionou que, nessa ocasião, instaurou-se Termo Circunstanciado e não Inquérito Policial.

Em seguida, referiu que a queixa-crime foi oferecida 40 minutos antes do término do prazo decadencial. Entre os fatos e esse oferecimento, segundo o impetrante, a ofendida tentou obter vantagem em troca de perdão.

Ademais, aduziu que a advogada da querelante, à época, era procuradora municipal, a serviço do Prefeito, o qual supostamente era desafeto político do paciente. Nesse aspecto, arguiu ofensa aos arts. 28, III, e 29, ambos da Lei 8.906/1994.

Além disso, mencionou que dita queixa foi instruída com relatórios apócrifos do Conselho Tutelar, documentos que alegou serem nulos. Conforme o impetrante, essa documentação somente poderia ser

entregue à autoridade judicial pela autoridade policial. A disponibilidade deles a terceiros, segundo ele, prova ingerência do Chefe do Executivo municipal no episódio.

Por tais motivos, disse ser nula a queixa-crime e, bem assim, todo o processo principal.

Mais uma vez, suscitou nulidade por ter a vítima comparecido à delegacia sem assistência de representante legal durante coleta de declarações. Ainda, sustentou que esse depoimento foi colhido por estagiária, amiga íntima da ofendida, indicada pelo Prefeito, desafeto do paciente.

Continuando, redarguiu que, não obstante existência de TC, não foi tentada conciliação ou oferecida transação penal, o que, no entender do impetrante, consistiam em obrigações legais do magistrado.

Embora tenha ressalvado a inviabilidade de discussão do mérito de ação penal em *habeas corpus*, dedicou aproximadamente 40 laudas, das 115 da inicial, a analisar declarações prestadas nas fases extrajudicial e judicial. Ao final dessa explanação, concluiu que a condenação não passou de equívoco do Juízo de origem, havido em razão de acusação movida por divergências políticas.

Além do mais, discorreu sobre qualidades pessoais do paciente, cujo histórico de vida, no sentir do impetrante, incompatibiliza-se tanto com condenação como com segregação antes do trânsito em julgado.

Prosseguindo, insurgiu-se contra posicionamento adotado pelo Supremo no julgamento do HC n. 126.292. Para isso, valeu-se de dispositivos de tratados internacionais, ensinamentos doutrinários e arestos de diferentes Tribunais da Federação. Além dessa argumentação, alegou não ser possível decretação de prisão antes do trânsito em julgado sem os requisitos do art. 312, *caput*, do CPP.

De mesmo modo, ressaltou ser necessária aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse particular, destacou não ser viável aplicar indistintamente orientação adotada no HC n. 126.292, uma vez que não se trata de decisão proferida em sistemática de repercussão geral.

De igual maneira, defendeu que o pronunciamento havido no sobredito HC afronta o art. 283 do CPP. Para finalizar, pediu seja declarada a constitucionalidade desse dispositivo e, por via reflexa, sejam afastados os efeitos da decisão proferida no HC n. 126.292.

Subsidiariamente, se não cassado o decreto prisional, requereu seja permitida prisão domiciliar, até o trânsito em julgado da condenação (fls. 1-115).

Não obstante as alegações feitas na inicial de 115 laudas, o impetrante procedeu à emenda de aludida peça. Novamente, arguiu nulidade da queixa-crime, dessa vez, por suposto vício na procuração outorgada pela querelante à sua advogada. Segundo o impetrante, não basta haver em tal instrumento outorga de poderes para apresentação de queixa-crime, pois há necessidade de descrição dos fatos supostamente delituosos.

Deferida a liminar e expedido o alvará de soltura, as informações foram dispensadas.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini, o qual, em duas laudas, opinou pela perda do objeto em razão do deferimento da medida liminar.

VOTO

A ordem deve ser conhecida em parte e denegada.

Inicialmente, saliento que o paciente foi condenado em primeiro

grau, assim como teve essa condenação mantida quando de julgamento de apelação por esta Câmara, tendo este Relator feito parte do Colegiado. Com efeito, a ementa do acórdão que manteve a condenação, de lavra do Des. José Everaldo Silva, foi assim redigida:

APELAÇÃO CRIMINAL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DE CONJUNÇÃO CARNAL. AUTORIA E MATERIALIDADE PLENAMENTE DEMONSTRADAS. PALAVRAS DA VÍTIMA FIRMES E COERENTES COM TODOS OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS CARREADOS AOS AUTOS. VALIDADE. FRAGILIDADE DA TESE DEFENSIVA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. DECLASSIFICAÇÃO. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (ARTIGO 61 DO DECRETO-LEI N. 3688/41). COMPROVAÇÃO DO REAL INTERESSE DO AGENTE NA SATISFAÇÃO DE SUA LASCÍVIA. PRETENSÃO AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO. *EX OFFICIO*. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR ABSOLUTA IMPOSSIBILIDADE DE RESISTÊNCIA DA VÍTIMA NÃO CARACTERIZADA (ARTIGO 224, “C”, DO CÓDIGO PENAL - REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.015/2009). PROTEÇÃO LEGAL AFASTADA, NÃO OBSTANTE A ROBUSTA COMPROVAÇÃO DE QUE OS ATOS FORAM PRATICADOS EM EXPLÍCITA AFRONTA À NEGATIVA DA VÍTIMA. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DE CONJUNÇÃO CARNAL. RECLASSIFICAÇÃO DO TIPO DE ACORDO COM A NOVA REDAÇÃO DA LEI (ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL - DE ACORDO COM A LEI N. 12.015/2009). REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ADEQUAÇÃO, POR MAIORIA DE VOTOS, VENCIDO ESTE RELATOR, DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO (Apelação Criminal n. 2009.007142-2, de Guaramirim, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 2-5-2013).

Diante disso, não se mostra suficientemente convincente a alegação de possíveis nulidades supostamente ocorridas em inquérito policial ou termo circunstanciado, para o fito de se ver anulado integralmente o processo principal.

Normalmente, nulidades ocorridas durante fase investigativa não contaminam ação penal. Essa premissa ganha mais força quando analisada hipótese em que a responsabilidade do acusado pelo fato criminoso foi reconhecida em primeira e segunda instâncias.

Assim sendo, não parece ter relevância para o fim colimado, a alegação de que há nulidade dos autos originários porque a vítima, enquanto menor púbere, registrou BO e foi ouvida na delegacia quando supostamente encontrava-se desassistida de representante legal. Ora, conforme o próprio impetrante, a queixa-crime foi ajuizada dentro do prazo decadencial. Dessarte, tais irregularidades, se existentes, não necessariamente determinariam a contaminação da fase judicial.

Outrossim, como dito, o paciente obteve decisões contrárias no primeiro e segundo graus de jurisdição. Como resultado, pende sobre ele condenação por estupro, sujeita à análise no STJ, por ter sido interposto recurso especial, o qual, mesmo não admitido, desafiou embargos declaratórios e, diante do insucesso, recurso ao Supremo Tribunal Federal. Diante desse quadro, mesmo que a capitulação inicial dos fatos, feita pelo Delegado de Polícia, tenha implicado na feitura de TC, não vejo como reconhecer nulidade porque não houve, na época, oferecimento de benefícios da Lei 9.099/1995. Em outras palavras, se o paciente foi condenado em primeira e segunda instâncias por estupro, mostra-se inviável pretender seja anulada a ação penal para oferecimento de transação ou suspensão condicional do processo.

Além disso, como anteriormente relatado, o impetrante defende a tese de que a advogada da ofendida, no momento da apresentação de queixa, era Procuradora do Município. Por isso, no entender dele, havia falta de capacidade postulatória. Esse hipotético vício, ainda, no sentir do impetrante, contaminou toda a ação penal.

Por oportuno, transcrevo os arts. 28, III, e 29, ambos do Estatuto da OAB:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

[...]

III – ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

Art. 29. Os Procuradores-Gerais, Advogados-Gerais, Defensores-Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.

Todavia, sem embargo dessa argumentação, denota-se que a portaria de nomeação juntada à inicial transparece que a advogada da vítima foi nomeada assessora jurídica municipal, e não procuradora do município. Realmente, *a priori*, cuidam-se de cargos distintos. Aliás, para admissão no segundo, normalmente, exige-se concurso público, ao passo que a portaria apresentada expressamente prevê que a advogada da ofendida estava sendo nomeada para cargo em comissão. Em vista disso, não está evidente, como asseverado pelo impetrante, a existência de ilegalidade nesse ponto, até porque, conforme aduzido, a Lei 8.906/1994 não prevê de forma expressa impedimentos para assessores jurídicos, fazendo-o tão somente para ocupantes de cargos de direção e procuradores de entes da administração.

Não posso deixar de mencionar, de igual maneira, que este Órgão Colegiado, ao julgar a apelação, não foi instado a se manifestar sobre quaisquer dessas matérias, tampouco reconheceu, de ofício, eventuais nulidades como as ora suscitadas.

Logo, em que pese não seja possível conhecer dos temas na presente ação constitucional, sabidamente de cognição sumária, nada impede que o réu renove tais pleitos em sede de eventual revisão criminal.

No que diz respeito à rediscussão da prova, a ampla avaliação feita pelo impetrante, em princípio, refoge aos limites cognitivos do *habeas corpus*. Não bastasse isso, a apreciação da prova em toda a sua amplitude foi feita quando do julgamento da apelação. Assim, resta evidente que o mesmo Órgão Julgador não pode, no âmbito desta ação constitucional – ou mesmo por força de reapreciação –, reformar decisão que proferiu ao julgar os autos principais, admitindo nova interpretação à prova coligida. Essa questão somente poderia vir a ser analisada em havendo revisão criminal, desde que demonstrada que a sentença condenatória foi contrária à evidência dos autos.

Remanesce para estudo, também, a discussão acerca das formalidades eventualmente exigidas pelo art. 44 do CPP para o oferecimento da queixa-crime, em vista dele dispor que “a queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal”.

Conveniente, igualmente, a reprodução do que consta no instrumento procuratório outorgado à advogada subscritora da queixa-crime, na parte concernente aos poderes que lhe foram atribuídos:

PODERES: de representar o(s) outorgante(s) em juízo ou fora dele, com os mais amplos e ilimitados poderes das cláusulas “ad judicium” e “extra” e mais os especialmente necessários, para onde com esta se apresentar; mover, variar e desistir de quaisquer tipos de ações; confessar; transigir; renunciar; acordar; transacionar em Juízo e fora dele; receber quantias e dar quitação; arrematar ou adjudicar em qualquer praça ou leilão; prestar compromisso de inventariante, assinar termos e partilhas em qualquer inventário; agir como preposto e, finalmente praticar os demais atos que entender necessários sejam, perante qualquer Juízo, Instância ou Tribunal, para a boa defesa dos meus (nossos) interesses, direitos e fiel desempenho deste mandato, podendo inclusive substabelecer os

presentes poderes com ou sem reserva em quem lhe convier. Tudo quanto for feito, praticado e produzido pela procuradora outorgada ou substabelecida haverá bem, firme e valioso.

PODERES ESPECIAIS: Queixa crime junto à Comarca de Guaramirim – SC, contra Paulo Ramos (fl. 187) (grifei).

A doutrina, consoante salientou o eminente Des. Paulo Roberto Sartorato, no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0504788-79.2013.8.24.0008, de Blumenau, assim dispõe sobre o tema:

Acerca do tema, de desnecessidade da minuciosa descrição dos fatos na procuração, colaciona-se entendimento doutrinário de Renato Brasileiro de Lima, a qual entende que “*a menção do fato criminoso no instrumento de mandato, exigida pelo art. 44 do Código de Processo Penal (CPP), cumpre-se pela indicação do artigo de lei no que se baseia a queixa-crime ou pela referência à denominação jurídica do crime. Não há necessidade de se fazer uma síntese dos fatos delituosos*” (*Manual de Processo Penal*. v. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 373). Recurso Em Sentido

Além disso, válida a lição do doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

[...] Desnecessidade de descrição pormenorizada do fato criminoso: basta a menção ao fato delituoso ao qual se refere, prescindindo de fiel e detalhada descrição da imputação. Não é suficiente inserir na procuração, por exemplo, somente ‘para propor ação penal privada contra Fulano pela prática de calúnia.’ Mas é adequado referir-se, resumidamente, ao fato: ‘para propor ação penal privada contra Fulano, pela prática de calúnia, consistente em atribuir ao querelante o cometimento de sonegação fiscal, sabendo-se o inocente, na data e local’ (*Código de Processo Penal comentado*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 160).

Este relator, ao apreciar questão relativa à decadência por descumprimento de formalidade legal, corrigida a destempo, salientou:

RECURSO CRIMINAL. APELAÇÃO. QUEIXA-CRIME. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

PELA DECADÊNCIA. ART. 397 DO CPP. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO REJEITADA. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INEXISTÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. RECURSO CONHECIDO. **AÇÃO PENAL PRIVADA. PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS. ART. 41 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE MENÇÃO AO FATO CRIMINOSO. CORREÇÃO POSTERIOR. DEFICIÊNCIA SANADA FORA DO PRAZO DECADENCIAL DE 6 (SEIS) MESES. ART. 38 DO CPP. OCORRÊNCIA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE.**

CRIME CONTINUADO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. IMPRECIÇÃO DA DATA DA CONDUTA DESCRITA NA QUEIXA-CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DO MOMENTO DA AÇÃO DELITIVA. DECISÃO MANTIDA NA ÍNTEGRA. RECURSO NEGADO (Apelação Criminal n. 2011.083764-5, da comarca de Tubarão) (grifei).

O Supremo Tribunal Federal, igualmente dispôs sobre o tema:

A procuração outorgada pelo ofendido com os poderes da cláusula “ad judicium” e os poderes especiais para o oferecimento da queixa, da qual consta o nome da querelada e a menção do fato criminoso, satisfaz as exigências do art. 44 do C.P.P.: mais não era necessário dizer; a lei não exige ‘narrativa’, ‘descrição’ nem ‘circunstanciação’ do fato típico” (HC n. 72286/PR, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 28.11.1995, DJ. 16.2.1996).

Não menos verdade que esta Quarta Câmara Criminal, em julgamento recente (do qual não participou este relator) flexibilizou as formalidades do art. 44 do CPP. A esse propósito, confira-se o Recurso Criminal n. 2015.050122-3, da Capital, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 17-9-2015, assim ementado:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AÇÃO PENAL PRIVADA. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME. SENTENÇA DE EXTINÇÃO

DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA. DEFICIÊNCIA DA PROCURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PODERES ESPECIAIS OUTORGADOS AO ADVOGADO PARA O PATROCÍNIO DA CAUSA, BEM COMO DE MENÇÃO AO FATO CRIMINOSO (ART. 44 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). DEFICIÊNCIA SANADA FORA DO PRAZO DECADENCIAL DE 6 (SEIS) MESES ESTATUÍDO NO ART. 38 DO ESTATUTO PROCESSUAL PENAL. IRRELEVÂNCIA. VÍCIO QUE PODE SER SUPRIDO ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. EXEGESE DO ART. 569 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. QUERELANTE, ADEMAIS, QUE COMPARECE À AUDIÊNCIA DESIGNADA NOS TERMOS DO ART. 520 E DEMONSTRA INTERESSE NA PERSECUÇÃO CRIMINAL. RECURSO PROVIDO.

E do corpo do acórdão extrai-se:

[...]

Cinge-se o recurso à possibilidade, ou não, de sanar-se o vício de representação - consistente na ausência de procuração com poderes especiais outorgada ao advogado para o patrocínio da causa -, após o término do prazo decadencial de 6 (seis) meses previsto no art. 38 do Código de Processo Penal.

Pelo o que se denota dos autos, os supostos crimes de calúnia e injúria (arts. 138 e 140, ambos do Código Penal) imputados à recorrida teriam se dado em 13.3.2014, enquanto a procuração com poderes específicos de representação, com os requisitos constates do art. 44 do Código de Processo Penal, teria vindo aos autos em 28.11.2014. O vício foi sanado, portanto, transcorridos cerca de 8 (oito) meses.

Pois bem. Acerca do tema não há consenso, seja na doutrina, seja na jurisprudência, havendo posicionamento no sentido de que o vício deve ser sanado dentro do prazo decadencial, como de que pode ser corrigido a qualquer momento no decorrer da ação penal, até a prolação da sentença, mesmo que findo o prazo decadencial.

Isso porque aludido defeito enseja ilegitimidade da representante da

parte, e não ilegitimidade *ad causam*, de tal forma que poderia ser regularizado até a prolação da sentença final, ainda que ultrapassado o prazo decadencial, nos termos dos arts. 568 e 569 do Código de Processo Penal:

“Art. 568. A nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais.

Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.”

A propósito, mudando o que deve ser mudado, o precedente do Supremo Tribunal Federal:

“I. Ação penal privada: crime de calúnia (L. 5.250/67: decadência: C.Pr. Penal, art. 44. 1. O defeito da procuração outorgada pelo querelante ao seu advogado, para propor queixa-crime, sem menção do fato criminoso, constitui hipótese de ilegitimidade do representante da parte, que, a teor do art. 568 C.Pr.Pen., “poderá ser a todo o tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais” (RHC 65.879, Célio Borja); 2. A presença do querelante nas audiências que se seguiram ao recebimento da queixa basta a evidenciar o seu interesse na persecução criminal quanto ao fato objeto da ação penal e, em conseqüência, suprir o defeito da procuração. Precedentes. II. Crime contra a honra: calúnia (L. 5.250/67, art. 20): queixa: aptidão. 1. Queixa que, após a narrativa dos fatos, pede a punição do querelado, o que traduz inequívoco pedido de condenação que, apesar de não repetido na parte final da queixa, não basta a torná-la inepta. 2. Ademais, na ação penal privada, o momento em que se deve pedir a condenação - sob pena de preempção - é nas alegações finais (C.Pr.Penal, art. 60, III, parte final).” (HC 86.994, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.3.2006)

E não destoia desse posicionamento Guilherme de Souza Nucci ao tecer comentário sobre o art. 44 do Código Penal em sua obra: “*irregularidades na procuração podem ser sanadas até a sentença, como preceitua o art. 569*” (in Código de processo penal comentado. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 150).

Ainda, desta Corte:

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME. DEFICIÊNCIA NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CPP. VÍCIO QUE PODE SER SUPRIDO ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA, INCLUSIVE DEPOIS DE ESCOADO O PRAZO DECADENCIAL. JUNTADA DE NOVA PROCURAÇÃO ATENDENDO OS DITAMES LEGAIS. DEFICIÊNCIA SANADA. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DO PREVISTO NO ART. 520 DO CPP. RECURSO PROVIDO.” (Recurso Criminal n. 2013.063800-5, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. 16.4.2014)

No mais, bem se sabe que em 17.12.2014 a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Penal n. 737/DF, de relatoria do Ministro Og Fernandes, assentou que os vícios do art. 44 do Código Penal devem ser sanados no prazo decadencial do art. 38 do Código Penal, cuja ementa, no que interessa, possui o seguinte teor:

“CRIMES CONTRA A HONRA. QUEIXA-CRIME. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. LITISPENDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. INÉPCIA. MANDATO COM PODERES ESPECIAIS. AUSÊNCIA. PEÇA ACUSATÓRIA NÃO ASSINADA. PRAZO DECADENCIAL. VÍCIOS NÃO SANADOS. CONDIÇÕES DA AÇÃO. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM*. JUSTA CAUSA. *ANIMUS CALUNIANDI, DIFFAMANDI VEL INJURIANDI*. DOLO. AUSÊNCIA. EXCLUDENTES DE ILICITUDE. EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. REJEIÇÃO.

[...]

A presente peça de acusação, contudo, não resiste ao exame das condições formais de aptidão. Para formulação da queixa-crime, o advogado ou procurador deve juntar o correspondente instrumento de mandato com os poderes especiais. Sem tais poderes, nascerá um vício processual capaz de impedir a deflagração da ação penal, ensejando sua rejeição liminarmente sem a análise do mérito. Inteligência do art. 44 do Código

de Processo Penal. Precedentes. Ainda que se admita que os ditos vícios possam ser sanados, a providência deve ser tomada dentro do prazo decadencial. Precedentes. [...]” (APn 737/DF, rel. Min. Og Fernandes, j. 17.12.2014).

Não obstante, não há como se abarcar referido entendimento, tendo em vista que na ocasião a matéria não foi aprofundada, não houve qualquer debate acerca dos arts. 568 e 569 do Código de Processo Penal e ocorreu mera menção aos arts. 38 e 44 do aludido diploma legal, bem como a outro julgado daquela Corte Superior – que também não analisou à exaustão a problemática e fora inclusive prolatado antes da decisão do Supremo Tribunal Federal já citada. Cita-se excerto, no ponto que interessa:

“[...]”

Importa ressaltar que, ainda que se admitisse que os ditos vícios pudessem ser sanados, há o limite do prazo decadencial. Sobre o tema, mais uma vez a jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A HONRA. QUEIXA-CRIME. AUSÊNCIA DO INSTRUMENTO DE MANDATO. DECADÊNCIA.

I - Tópicos não exteriorizados no acórdão atacado desmerecem exame por ausência do oportuno prequestionamento (Súmulas n.º 282 e 256 - STF).

II - A falha na representação processual do querelante pode ser sanada a qualquer tempo, desde que dentro do prazo decadencial. *In casu*, verifica-se que o instrumento procuratório, sequer foi juntado aos autos.

Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, desprovido. (REsp 531.876/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 31/05/2004, p. 349)

[...]”

Finalmente, há que se refutar a corrente jurisprudencial que assevera que a expressão “a todo tempo” do art. 568 do Código de Processo Penal, quando ocorrer um vício nas exigências do art. 44 do Código de Processo Penal, deve se submeter ao prazo decadencial do art. 38, posto que, *“de outro modo, o querelado seria prejudicado por um atraso do Poder Judiciário a que não deu causa, em benefício do querelante, com evidente extrapolação do poder persecutório que foi a este conferido nesta ação de exclusiva iniciativa privada”* (AgRg no REsp 471.111/RS, rel^a. Min. Jane Silva - Desembargadora Convocada do TJ/MG, j. 19.6.2008); vale lembrar, todavia, que a expressão “a todo tempo”, no que toca à retificação da representação da queixa-crime, já é relativizada pelo art. 569 do Código de Processo Penal, que determina que o saneamento poderá ser feito apenas até a sentença.

Não se olvide, ainda, que *“a presença da querelante na audiência designada na forma do art. 520 do CPP é suficiente para evidenciar o seu interesse na persecução criminal intentada contra os querelados, circunstância que supriu eventual defeito da procuração pelo não atendimento ao disposto no art. 44 do CPP”* (Recurso Criminal n. 2009.044592-6, rel. Des. Torres Marques, j. 24.11.2009); circunstância verificável no presente feito, conforme se infere do Termo de Audiência de fl. 44 dos autos de origem.

3. O voto, portanto, é pelo provimento do recurso para o fim de anular a decisão recorrida e determinar o prosseguimento do feito.

Como visto, não há consenso a respeito do tema, tendo esta Câmara, em seu mais recente julgamento, decidido que a questão deve ser tratada como nulidade relativa. Sendo assim, seguindo essa orientação, ressalvado posicionamento deste Relator, em se tratando de nulidade relativa, sua não arguição no tempo oportuno gera a preclusão.

Sobre o tema já decidiu o Tribunal da Cidadania:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU. VÍCIO NÃO ARGUIDO NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE.

PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

1 - A jurisprudência desta Corte evoluiu para considerar que certas nulidades são passíveis de preclusão, nas hipóteses em que não arguidas na primeira oportunidade em que a defesa teve para se manifestar nos autos.

2 - É assente que a presença do réu na audiência de instrução, conquanto conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa, em observância ao princípio pas de *nullité sans grief*, disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal (HC n. 103.963/SC, Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, *DJe* 3/2/2012) (AgRg no HC 319.635/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, *DJe* 10/09/2015).

3 - A despeito, portanto, das alegações aventadas pelos impetrantes, não há como reconhecer, nesta via estreita do *habeas corpus*, a ocorrência de prejuízo causado ao réu, uma vez que, além de presente na audiência o advogado constituído, nada arguiu acerca do referido vício.

4 - *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 285.182/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, *DJe* 16/05/2016) (grifei).

Portanto, como a questão atinente à falta de descrição dos fatos no instrumento procuratório não foi mencionada no processo de conhecimento, tratando-se, no entender majoritário da Câmara, de nulidade relativa, como o demonstra o precedente antes referenciado, tornando-se inviável a decretação de invalidação de todo o processo, o qual já conta, inclusive, com acórdão confirmatório da condenação, e por consequência, o conhecimento da matéria.

Finalmente, não se vê plausibilidade na arguição de que a

decisão impugnada, exarada pelo juízo de primeiro grau, carece de fundamentação. Efetivamente, baseou-se o *decisum* em nova orientação do STF, o qual, recentemente, pronunciou-se pela compatibilidade entre execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO *DJe*-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

No corpo do acórdão constou a necessidade de conjugação do alcance do princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal que, nas palavras do Min. Teori Zavascki, “deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade”.

Fundamentando sua decisão, o Relator ressaltou que:

[...]

Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Nessa trilha, aliás, há o exemplo recente da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que, em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

7. Não é diferente no cenário internacional. Como observou a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), *“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”*.

[...] é relevante anotar que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou do acórdão recorríveis (art. 117, IV, do CP).

Isso significa que os apelos extremos, além de não serem vocacionados à resolução de questões relacionadas a fatos e provas, não acarretam a interrupção da contagem do prazo prescricional. Assim, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal.

10. Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos

condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos.

[...]

Com tais razões, consagra-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

Portanto, não há ilegalidade alguma na expedição de mandado de prisão, conforme sustentado pelo impetrante, ressaltando-se que, não se está a analisar prisão preventiva, escorada em requisitos do art. 312, *caput*, do CPP. A ordem prisional proferida na origem tem natureza distinta, uma vez que consiste no início da execução de decisão condenatória, após julgamento de recurso pelo segundo grau de jurisdição.

Na linha de pensamento do Supremo, que foi adotada pelo Exma. Dra. Juíza de Direito, de forma nenhuma, no entanto, pode-se afirmar que há ilegalidade manifesta nesse ponto.

Outrossim, não se vislumbra a possibilidade de se afirmar, de antemão, a presença de incongruência entre o julgado do STF e os termos do art. 283 do CPP. Isso porque o acórdão da Suprema Corte entendeu que, julgado recurso de apelação, não seria mais possível discussão sobre questão de fato, o que autorizaria início imediato de cumprimento da pena. Houve, por assim dizer, um novo equacionamento entre o princípio da presunção de inocência e o trânsito em julgado de matéria de fato. Pode ser discutível, mas não se pode dizer tratar-se de um posicionamento equivocado.

Ademais, na hipótese, ao consultar o meio eletrônico, verifico que o recurso especial do paciente não foi admitido na instância *ad quem*, justamente, porque tencionou discutir questão de fato. Nessa conformidade, houve convalidação do juízo realizado por esta Corte, mesmo que de forma precária, pelo STJ.

Segue a ementa:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 244 C/C 224, C, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SUM 7/STJ.

O recurso especial não é cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito dos recursos extraordinários (Súmula 7/STJ e Súmula 279/STF).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1410549/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, *DJe* 20/10/2015).

Atualmente, em consulta ao *site* do STJ, verifica-se que foi interposto recurso extraordinário em face do acórdão transcrito, o qual

foi indeferido liminarmente pela Ministra Laurita Vaz, em 4 de maio de 2016. Contra dita decisão foi protocolada a petição de agravo em recurso extraordinário n. 238203/2016 no dia 30 de maio (https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ca&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201303457632).

Em face do exposto, conhece-se em parte e denega-se a ordem, com consequente revogação da medida liminar.

Apelação Criminal n. 0000001-89.2014.8.24.0053, de Quilombo

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB EFEITO DE ÁLCOOL (ART. 306, CTB). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA.

PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS EVIDENCIADAS PELO TEOR DA PROVA ORAL (CONFISSÃO JUDICIAL, RELATOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A ABORDAGEM E DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA) E DOCUMENTAL (AUTO DE CONSTATAÇÃO DE SINAIS DE EMBRIAGUEZ E DEMAIS REGISTROS DA OCORRÊNCIA). APONTADA AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA ACERCA DA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE OU POR LITRO DE AR ALVEOLAR. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. FATO OCORRIDO APÓS O ADVENTO DA LEI N. 12.760/2012. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 306, §§ 1º E 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. INEXISTÊNCIA DE DANO OU PERIGO DE DANO CONCRETO. PRESCINDIBILIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE CONFIGURADA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORA DATIVA. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DA REMUNERAÇÃO POR CONTA DA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. INVIABILIDADE. VALOR JÁ FIXADO NA SENTENÇA, DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE, O QUAL ABRANGE ATUAÇÃO EM GRAU RECURSAL.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000001-89.2014.8.24.0053, da comarca de Quilombo (Vara Única), em que é apelante Fabiangelo Giesel, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 9 de junho de 2016, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Caberá à autoridade judiciária de primeiro grau, tão logo seja cientificada do teor do presente acórdão, adotar as providências necessárias ao cumprimento da pena, nos termos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Florianópolis, 13 de junho de 2016.

Newton Varella Júnior

RELATOR

RELATÓRIO

Fabiangelo Giesel foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Quilombo, nos autos da Ação Penal n. 053.14.000001-4, à pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, e suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor por 2 (dois) meses, pela prática do crime descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por 1 (uma) restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária.

O réu interpôs apelação criminal, pugnando pela sua absolvição, sob o argumento da ausência de provas seguras e conclusivas acerca da quantidade de álcool por litro de sangue que apresentava no momento do fato, devendo prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*. Sustenta, outrossim, a atipicidade da conduta, porquanto o fato não resultou em dano ou perigo de dano concreto algum. Por fim, pede a fixação de honorários advocatícios à sua defensora.

Contra-arrazoado o apelo, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Gercino Gerson Gomes Neto, opinou pelo conhecimento e não provimento do reclamo.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Narra a denúncia, em síntese, que, no dia 31 de dezembro de 2013, por volta das 20h30min, foi constatado que o apelante estava conduzindo o veículo Chevrolet/Vectra em via pública do município de Quilombo em estado de embriaguez.

Assim, o réu foi denunciado e, ao fim, condenado pelo crime de condução de veículo automotor sob efeito de álcool (art. 306, CTB).

Passa-se, pois, ao exame do apelo.

1. Absolvição

Segundo registra o Auto de Constatação à fl. 33, o apelante foi abordado por agentes policiais no momento do fato apresentando os seguintes sinais e sintomas: hálito alcoólico; vestes desalinhas; fala arrastada; andar cambaleante; fisionomia ruborizada; falta de coordenação motora; falta de equilíbrio; humor instável; necessidade de esforço para manter-se em pé; deprimido; perda do estado de alerta (letargia); diminuição dos reflexos.

Os policiais responsáveis por essa abordagem, Ademir Meira Sagas e Marlus Riedi, foram uníssonos e categóricos, em ambas as fases instrutórias (fls. 34/35 e CD à fl. 95), ao confirmar o teor do referido Auto de Constatação.

E o acusado, que havia exercido o direito ao silêncio na Delegacia (fl. 37), confessou na etapa judicial (CD à fl. 95) não apenas que, naquele dia, havia bebido “whisky com energético e água de coco” desde o meio-dia, mas também que não estava em condições de dirigir quando abordado.

Tem-se, ainda, a testemunha Neudir Marafon, o qual, tanto na Delegacia quanto em Juízo (fl. 36 e CD à fl. 95), relatou que esteve na companhia do apelante naquela tarde e que ele se encontrava “visivelmente embriagado” e sem condições de dirigir, pois havia consumido praticamente uma garrafa de whisky sozinho.

Menciona-se, de mais a mais, o Boletim de Ocorrência às fls. 31/32, o Auto de Retirada de Veículo de Circulação à fl. 46, o Recibo de Recolhimento à fl. 47 e o Auto de Infração à fl. 49, todos corroborando o que extraído das provas acima destacadas.

É certo, cumpre anotar, que não se tem nos autos laudo clínico ou exame pericial, como aponta a defesa, demonstrativo da quantidade de álcool por litro de sangue que o recorrente apresentava no momento do fato.

Ocorre que, com o advento da Lei n. 12.760/2012, a conduta descrita no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, nos exatos termos do disposto no seu § 1º, pode ser comprovada não somente pela “concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar” (inc. I), mas também por “sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora” (inc. II),

sendo que o § 2º é expresso ao prever que “a verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova” – redação, vale frisar, já de acordo com a alteração dada pela Lei n. 12.971/2014, que apenas acrescentou ao texto o teste toxicológico como meio probatório.

A propósito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL E PENAL. [...] EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. (1) FATO POSTERIOR À ALTERAÇÃO NORMATIVA CRISTALIZADA NA LEI N.º 12.760/12. (2) ESTADO DE EMBRIAGUEZ APURADO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. [...]

1. A Lei n.º 12.760/12 modificou o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a fim de dispor ser despcienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora.

2. No caso em apreço, praticado o delito na vigência da última modificação normativa, fato ocorrido em 12.12.2013, torna-se possível apurar o estado de embriaguez da acusada por outros meios de prova em direito admitidos (RHC n. 49.296/RJ. Relatora: Mina. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 4.12.2014).

E tal é situação ora examinada, ou seja, o fato delituoso ocorreu após a edição da Lei n. 12.760/2012 e o teor da prova oral e documental anteriormente mencionada é por demais robusto e seguro para se concluir que o apelante estava efetivamente conduzindo veículo automotor em via pública com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool.

A tese de que a conduta seria atípica, ao fundamento de que “não

ocorreu qualquer sinistro com o veículo que o réu dirigia, assim como não houve qualquer cidadão vitimado”, também não se sustenta, porquanto é sabido que “o delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, sendo suficiente para a sua caracterização que o condutor do veículo esteja com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância entorpecente, dispensada a demonstração da potencialidade lesiva da conduta” (STJ, HC n. 332.954/RS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 3.5.2016).

A jurisprudência desta Corte estadual, aliás, é pacífica nessa linha (a exemplo, cita-se: Primeira Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 0004334-29.2013.8.24.0018. Relator: Des. Carlos Alberto Civinski. Julgada em 31.5.2016; Segunda Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 0000029-50.2014.8.24.0023, Relator: Des. Volnei Celso Tomazini. Julgada em 24.5.2016; Terceira Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 0005249-78.2014.8.24.0039. Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida. Julgada em 17.5.2016; Quarta Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 2015.032160-1. Relator: Des. Rodrigo Collaço. Julgada em 17.9.2015).

Não havendo dúvidas, portanto, de que o fato é típico, e estando bem evidenciadas nos autos a materialidade delitiva e a autoria por parte do acusado, não merece acolhimento o pleito absolutório.

2. Honorários advocatícios

Ressai da sentença que o Magistrado *a quo* estipulou a verba honorária à causídica nomeada para atuar na defesa do recorrente (fls. 80 e 123) no valor de R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais), quantia esta que, considerando o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil vigente à época, cujos parâmetros foram repetidos no atual Código de Processo Civil (art. 85, § 2º), se mostra condizente com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse passo, inviável o pedido de fixação de honorários advocatícios em razão da apresentação das razões recursais, porquanto tal remuneração, nos termos da jurisprudência pacífica do nosso Tribunal de Justiça, “engloba toda a defesa processual do acusado, inclusive a possível interposição e posterior acompanhamento de recurso e apresentação de contrarrazões” (Apelação Criminal n. 2010.085669-7. Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva. Julgada em 2.8.2011).

3. Conclusão

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

PRIMEIRO GRAU
SENTENÇA

Autos n. 0300770-09.2014.8.24.0058

Ação: Ação Popular

Autor: Manolo Rodriguez Del Omo

Réus: Becker Construção Civil Ltda. e outros

Vistos, etc. ...

Manolo Rodriguez Del Olmo intentou a presente ação popular contra **Becker Construção Civil Ltda., Lio Marcos Marin, Antenor Chinato Ribeiro** e o **Estado de Santa Catarina**, sustentando, em síntese: a) o Ministério Público de Santa Catarina, representado pelos requeridos Lio Marcos Marin e Antenor Chinato Ribeiro, e a ré Becker Construção Civil Ltda., celebraram, com dispensa de licitação, contrato para aquisição de imóvel, contíguo à atual sede do mesmo órgão, e concomitante construção de prédio de 22 (vinte e dois) pavimentos, no valor total de R\$ 123.000.000,00 (cento e vinte três milhões de reais); b) tal contratação é irregular pela inviabilidade legal da dispensa de procedimento licitatório, afora ofender outras inúmeras normas e princípios que regem a administração pública, com características absolutas de improbidade, inclusive o pagamento antecipado à sociedade empresária requerida.

Pugnou, alfim: a) a concessão de medida liminar, sem oitiva da parte contrária, com cominação de multa diária na hipótese de descumprimento, para a suspensão de repasses financeiros à requerida Becker Construção Civil Ltda., bem assim para que impedido o início das obras no imóvel, ou sua paralisação; b) a decretação, em grau cautelar, da indisponibilidade

de bens da sociedade construtora, tantos quantos necessários à garantia do que já restou pago; c) a procedência da pretensão para a decretação da invalidade do Contrato n. 006/2013/FERMP, condenando-se os réus, na medida de suas responsabilidades, às perdas e danos ao erário público apuradas no curso da presente ação, incluídas custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas nos autos, até mesmo honorários advocatícios.

A v. interlocutória de fls. 104/171 concedeu as seguintes medidas, *verbis*:

“1) a proibição, até decisão judicial em contrário, de qualquer novo repasse financeiro do MPSC à Becker Construção Civil Ltda. com base no contrato n. 006/2013/FERMP. Na remota hipótese de descumprimento desta determinação, fixo multa, a cada um dos demandados, no valor equivalente ao dobro do valor ilegalmente repassado.

2) a proibição do início (ou imediata paralisação do que eventualmente tiver sido iniciado) das obras no imóvel objeto do contrato n. 006/2013/FERMP. Na remota hipótese de descumprimento desta determinação, fixo multa, a cada um dos demandados, no valor equivalente a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

3) a indisponibilidade dos bens da Becker Construção Civil Ltda., tantos quantos sejam necessários para garantir o que já foi pago (R\$ 30 milhões) pelo MPSC, devendo incidir, primeiro, sobre o próprio imóvel objeto da controvérsia. Para tanto, deverá a il. Sra. Chefe de Cartório oficial ao Registro de Imóveis da Comarca da Capital, aonde registrado o terreno discutido.

4) seja trazida aos autos pelo MPSC cópia de inteiro teor dos autos do processo administrativo n. 2013/023826, no prazo de 15 (quinze) dias. Providencie a il. Sra. Chefe de Cartório. Certificar.

5) seja trazida aos autos pela ALESC cópia de todas as peças e

depoimentos lá existentes em razão da CPI instaurada para investigar fatos conexos a esta demanda. Providencie a il. Sra. Chefe de Cartório. Certificar.

6) a intimação do Representante do Ministério Público local para, como pedido na peça de ingresso, acompanhamento do feito e demais atos previstos em lei, inclusive o ajuizamento de ação ou, se entender, o encaminhamento de peças para apuração da responsabilidade civil por ato de improbidade e responsabilidade criminal dos demandados, nos termos postulados pelo autor-popular.

7) a remessa de cópia de todo o processado, inclusive desta decisão, via ofício, ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, para conhecimento e providências de sua alçada. Providencie a il. Sra. Chefe de Cartório. Certificar.

8) a citação e intimação dos demandados para cumprimento integral da liminar e para que, querendo, apresentem defesa, no prazo legal, cientes dos efeitos da revelia”.

Comunica nos autos, o Estado de Santa Catarina (fls. 188/207), a interposição de recurso de agravo de instrumento, enquanto o e. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no expediente de fls. 237/240, solicita a remessa de cópia integral destes autos, objetivando sua anexação ao Processo n. LCC-14/00289278(REP-1400297459), que tramita naquela Corte de Contas, diligência regular e integralmente atendida (fl. 335).

Na defesa que tempestivamente ofertou, o réu, Estado de Santa Catarina, de início, assomou a ausência de requisitos, na espécie, à instauração da presente *actio*, posto não verificado dano ao erário e à legalidade, bem assim a prática de ato atentatório à moralidade pública, absolutamente essenciais, reafirmou, à configuração da concreta e efetiva prática de atos que afetem o patrimônio público, a lei e, igualmente, a probidade administrativa, elementos autorizadores do ingresso do feito.

E, na sua ótica, depois de citar às avaliações do mercado imobiliário levadas a efeito, recusou qualquer dano, dès que o contrato foi celebrado por soma razoavelmente inferior à estimativa média das três colhidas com vistas à formalização do ajuste em causa.

De igual, rechaçou, no procedimento administrativo, a prática de ato ilícito, imoral e ímprobo, a remeter, pois, a rejeição dos pleitos autorais.

Tocante à dispensa de licitação, alinhou a legitimidade de vários, senão de todos, os fundamentos empregados para aquela decisão administrativa, inclusive o atendimento do contido no art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993, vez que tratou-se da compra de imóvel, aí incluído um edifício, a ser erigido sobre a área negociada. Invocou, no particular, aliás, que o dito dispositivo não especifica o tipo de imóvel que autoriza a dispensa de licitação e se a lei não restringe, não caberia ao intérprete fazê-lo (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

O negócio, de outro tanto, foi realizado em estrita observância da conveniência administrativa, depois de criteriosa pesquisa de mercado e compatibilidade do preço, em atendimento direto ao princípio da economicidade e da impessoalidade, neste último caso pela total ausência de favorecimento ou privilégio à empresa requerida, proprietária da área e detentora do projeto de construção que interessou ao Ministério Público Estadual, especialmente pela localização, preço e conveniência para com as suas necessidades.

Rechaçou a argumentação no que atina à ausência de licitação para intermediação do negócio (corretagem imobiliária), porquanto as despesas, segundo contratado, seriam de exclusiva e integral responsabilidade da empresa vendedora, não sendo visualizado qualquer acréscimo, neste sentido, junto ao preço estipulado.

Em contrário do sustentado na exordial, rebateu a tese de

desobediência ao orçamento e ao plano plurianual do Ministério Público de Santa Catarina, considerando a previsão de recursos destinados à aquisição ou construção da sede do órgão, igualmente uma das diretrizes expostas no planejamento plurianual (2012/2015), sob a denominação de “*Ampliação do Espaço Físico do MPSC*”.

Alinhou, em prosseguindo, não havia necessidade do estabelecimento de cronograma físico-financeiro, sequer de projeto antecedente, posto que não houve a contratação de obra alguma, mas, tão só, a aquisição de imóvel (terreno e edificação), com dispensa de concorrência e, portanto, sem implicação ou vigência do regramento das licitações (Lei 8.666/1993), razão pela qual, também restaria dispensada a observância da regularidade fiscal da outra requerida, esta que, de qualquer forma, estaria regular perante a Fazenda Estadual.

Relativamente à garantia hipotecária e ao pagamento antecipado, insurgiu-se afirmando que, por se tratar de contratação direta, não haveria incidência alguma da exigência contida no art. 56, da Lei de Licitações, daí que a hipoteca convencionada seria o bastante a assegurar a execução do contrato, muito vantajoso aos interesses do Ministério Público a autorizar, portanto e inclusive, a antecipação parcial do pagamento ajustado, sob pena de não se concretizar o negócio.

Ao final, depois de tecer considerações acerca das verbas de sucumbência, pediu pela total improcedência dos pedidos formulados nesta demanda.

Na pasta digital, fls. 346/348, nova comunicação quanto a interposição de recurso de agravo de instrumento, desta feita pela sociedade empresária requerida.

Os réus Lio Marcos Marin e Antenor Chinato Ribeiro ofertaram, igualmente, suas defesas.

Inicialmente, pela ausência de seus essenciais requisitos – lesividade

ao patrimônio público, à moralidade e à probidade – buscam a extinção desta ação (art. 267, VI, CPC/1973).

No mérito, alinharam, praticamente – apenas com divergência de redação, exclusivamente – os mesmos argumentos perflhados pelo Estado de Santa Catarina quando de sua contestação, ou seja, da ausência de irregularidades no procedimento de dispensa de licitação, promovido em obediência, estrita, dos ditames da conveniência e interesses da administração pública, com atendimento, integral, dos princípios que regem a espécie de negócio celebrado – contratação direta –, mesmo porque não haveria qualquer impedimento legal à aquisição, pelo Ministério Público Estadual, de imóvel na planta, notadamente em razão das garantias exigidas, do preço inferior à média de mercado, bem assim em consideração à impossibilidade de aquisição, direta, da área, ou mesmo sua desapropriação, em face os percalços verificados em cada qual daqueles procedimentos.

Pleitearam, em derradeiro, a rejeição desta *actio popularis*.

De sua vez, a empresa construtora demandada em sua peça de resistência aduziu, preliminarmente, a *falta de interesse de agir*, considerando que o aqui questionado já é objeto de análise junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no Conselho Superior do Ministério Público e, ainda, na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, órgãos de fiscalização, a ensejar, portanto, a extinção do feito, com supedâneo do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil/1973.

Quanto à matéria de fundo, após breve histórico, asseverou que a decisão liminar aqui concedida restou parcialmente reformada (TJSC. AI n. 2014.048523-2, Des. José Everaldo Silva), com autorização para o andamento das obras iniciadas (TJSC. AI n. 2014.078216-7, Des. Luiz Zanelato) e que, em contrário do suscitado, não havia “acerto anterior”

à assinatura do contrato entre ela e o Ministério Público Estadual, tendo as negociações não sido breves, como apontado e, muito menos, restou privilegiada na opção adotada.

Aduziu ter ofertado, pela primeira vez, o imóvel ao Ministério Público Estadual em setembro de 2012, e, somente após vencidas todas as exigências dos órgãos ambientais e municipais, assim como judicialmente homologado acordo em ação civil pública contra si intentada, foram retomadas as negociações.

E mais, partiu a exordial de premissa não verdadeira, posto não se tratar da realização de obra pública, mas de negócio de compra de imóvel pronto e finalizado, de forma que inaplicável, à hipótese, os procedimentos e as disposições da Lei de Licitações, a legitimar, portanto, a dispensa de licitação formalizada após o integral atendimento das prescrições que lhe são exigidas na legislação de regência.

Prosseguiu afirmando, ainda, a sua capacidade técnica e financeira, sua regularidade fiscal, a legitimidade da garantia hipotecária e as possibilidades contratadas a tal fim, bem como a total regularidade de todo o procedimento na contratação celebrada entre as partes, que, em resumo, observou todo o regramento que lhe é indispensável, a autorizar, portanto, a rejeição dos pedidos exordiais.

Redarguindo as defesas ofertadas, o demandante ratificou seus argumentos iniciais, acrescentando, ainda, que o imóvel, quatro meses antes da venda, por R\$ 38.000.000,00 (trinta e oito milhões de reais), ao Ministério Público Estadual, fora adquirido, pela empresa ré, dos antigos proprietários, pela quantia aproximada de dez milhões de reais, a demonstrar, em sua conclusão, o superfaturamento praticado no negócio, em evidente e inescandível prejuízo ao erário.

Manifestação do *Parquet* às fls. 3.285/3.327.

Os demandados, Ministério Público Estadual e Becker Construção

Civil Ltda., protocolizaram pedido de liberação da primeira das parcelas ajustadas no negócio, consoante expressado em decisão do e. Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do recurso de agravo de instrumento (autos n. 2014.048523-2).

É o breve relatório.

DECIDO:

O feito comporta julgamento antecipado (art. 355, I, CPC), posto que a matéria agitada é exclusivamente de direito, não havendo a necessidade da produção de outras provas, que não a documental, esta, aliás, exaustivamente exercida pelas partes, como facilmente pode ser inferido da pasta digital, que já conta com quase quatro mil páginas.

Rejeito, de início, o pedido para a extinção desta demanda, com espeque no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil/1973, formulado pelos réus Lio Marcos Marin e Antenor Chinato Ribeiro, por ausência de requisitos essenciais à sua propositura, quais sejam, lesividade ao patrimônio público, ou a legislação, a moralidade ou a probidade.

Trata-se de questão reservada à apreciação do mérito e que não possui qualquer relação com os pressupostos processuais ou as condições da ação, estes que, consigne-se, “(...) *são verdadeiras questões prejudiciais de ordem processual e que, por isso mesmo, não se podem confundir com o mérito da causa, já que nada têm a ver com a justiça ou injustiça do pedido ou com a existência ou inexistência do direito material controvertido entre os litigantes*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 47).

A argumentação receberá a análise devida por ocasião da apreciação do mérito da pretensão perflhada nestes autos.

E, de igual, não vinga a preliminar, sustentada pela ré Becker Construção Civil Ltda., da *falta de interesse de agir*, em face de todos os questionamentos aqui deduzidos já estarem sob análise do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no Conselho Superior do Ministério Público e, ainda, na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, órgãos de fiscalização, por excelência.

Com efeito, a atribuição fiscalizatória administrativa e funcional não afeta ou exclui, absolutamente, aliás, nem poderia, a competência da intervenção e análise jurisdicional da questão, mesmo porque, na hipótese por óbvio, há penalidades que somente o Estado-Juiz pode, e deve, sancionar, respeitado o *due process of law*.

Ignora, a nomeada ré, que não se pode, em nenhuma ocasião, subtrair ou substituir, do Judiciário, a sua atuação e atribuição constitucional.

De meritis, indispensável, antes, seja reconhecido que refogem à discussão aqui instalada, as questões atinentes a necessidade de ampliação das instalações da sede atual do Ministério Público Estadual e, igualmente, as vantagens decorrentes da localização desse novo espaço, valendo anotar, no ponto, que a argumentação, do autor popular, de que outra região – não tão custosa aos cofres públicos – poderia ter sido escolhida, com inúmeras outras vantagens (menor preço, facilidade de estacionamento, melhor acesso, etc.), é inconvincente, considerando que esta opção – construir ao lado da atual sede ou iniciar novo e total empreendimento em local mais distante do aglomerado central da Capital Catarinense – está inserida, ainda que com limites, na discricionariedade do poder público, em a qual inclui-se, como se sabe, a conveniência administrativa, tudo, nada obstante, adstrito ao interesse público, finalidade maior de todo e qualquer ato da Administração Pública. Reedito, o questionamento suscitado é bastante subjetivo, mesmo porque outra localização, v.g. mais distante, poderia, eventualmente, suscitar outras discussões, como a dificuldade de uso do transporte público, ou,

ainda, a distância entre as duas sedes do mesmo órgão – se mantido o uso daquela central, por exemplo –, a dificultar o fluxo de pessoas, servidores, documentos, etc. O que convinha analisar, efetivamente – sem olvidar-se, como lembrou o próprio requerente, que a sede da Procuradoria Geral de Justiça, afora servidores e operadores do direito, não possui perfil mais elástico de atendimento público, que é realizado, amiúde e genericamente, pelos Promotores de Justiça em suas instalações nos Fóruns Estaduais – é qual das opções representaria menor dispêndio dos sempre escassos recursos públicos, sem se perder de vista as finalidades do imóvel, suas especificações e as necessidades do Ministério Público Estadual, sem que ignorado, advirto novamente, o interesse público, que é o que efetivamente comanda a atuação do administrador público.

Igualmente também não cogito avaliar sobre dolo e fraude pelos envolvidos, desvio de recursos públicos ou outra conduta material de improbidade (percepção de vantagem ilícita), porquanto, já na peça vestibular, excluiu-se qualquer acusação nesse sentido, ou seja, a prática administrativa reputada por ilegítima não teria como objeto mediato a obtenção, por quem quer que seja, de qualquer vantagem advinda do negócio concretizado.

O *punctum saliens*, aqui, é a possibilidade da dispensa de licitação, notadamente em consideração ao que envolvido na negociação celebrada entre as partes, qual seja, a compra de um terreno, contíguo à atual sede da Procuradoria Geral de Justiça do Estado e, concomitantemente, de um prédio a ser naquele erigido, com as especificações definidas pelo *Parquet* Estadual.

E mesmo que eu tenha, antes, delimitado a controvérsia a ser dirimida neste provimento, devo transcrever, por inteiro praticamente, o r. *decisum* liminar proferido nestes autos, que esgotou quase todos os argumentos perfilhados nos autos, da lavra do insigne Dr. Romano José Enzweiler, digno e culto Juiz Titular da 1.^a Vara local, reconhecido

pelo brilhantismo no exercício da judicatura e da academia, pela conduta ilibada, proba e honorável que mantém como Magistrado e cidadão, a quem peço todas as vênias para adotá-lo como razão de decidir, *verbis*:

“3. A *actio popularis* na Constituição Federal e na Lei de Regência - observância dos requisitos extrínsecos

A ação popular possui reconhecida sua singular importância em sede constitucional, com expressa previsão no artigo 5.º, inciso LXXIII, da Carta Maior, assim redigido:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Igual redação vem apresentada pela lei específica, que disciplina a ação popular (Lei n. 4.717/1965, artigo 1.º), valendo lembrar que legitimado ativo é qualquer cidadão brasileiro, entendido como tal aquele portador de título eleitoral válido e ativo, requisitos esses preenchidos pelo autor, como se vê da documentação acostada (f. 91/92).

4. Da colocação do tema

Apresenta o autor-popular no item 2 de sua peça o que denomina de ‘o fato’ dizendo, no que pertine ao momento, que a sede do Ministério Público de Santa Catarina – MPSC – localiza-se no número 1.750 da rua Bocaiúva, no centro de Florianópolis, esquina com Av. Othon Gama D’Eça (o local é conhecido como Edifício Casa do Barão).

Afirma ele que, consoante parecer jurídico que lastreou a decisão no Processo Administrativo 2013/023826, firmado pelo Promotor de Justiça Assessor, Dr. Abel Antunes de Mello, ‘o órgão ministerial há muito já estava carente do aumento de sua própria estrutura quando,

sem maiores explicações, chegou ao mesmo uma **proposta comercial** lavrada pela Becker Construção Civil Ltda., onde esta ofertava ao MPSC o terreno contíguo àquele onde atualmente está a sede do órgão' (grifo no original).

De acordo com o autor, pelo que se vê das 'informações veiculadas pelo MPSC no sítio eletrônico na internet, 'houve a oferta de venda de um prédio que seria construído no terreno ao lado da atual sede, possibilitando a interligação dos dois prédios e formando um único centro administrativo, o que muito facilitará as rotinas administrativas, a logística, economia e segurança, manutenção e infraestrutura, além de evitar a necessidade de constantes deslocamentos entre dois prédios distantes'.

Logo após, assevera ele que 'uma denominada 'Comissão de Estudos para a Expansão da Estrutura Física do MPSC' teria se reunido para discutir a referida proposta e teria lavrado uma contraproposta, apresentando-a à referida construtora, que teria aceito as condições do órgão ministerial, o que motivou a Coordenadoria de Operações Administrativas a **lavrar uma minuta contratual** e submetê-la à Assessoria Jurídica da Procuradoria Geral de Justiça, com questionamentos quanto à possibilidade de celebrar o negócio com dispensa da licitação fundada no inciso X do art. 24 da lei de regência' (grifo no original).

5. Das incontornáveis inconsistências, irregularidades e ilegalidades do negócio em análise, na leitura autoral. Considerações, observações, conclusões parciais e encaminhamento do Juízo.

Após o introito acima, conclui o autor-popular que, 'como se vê do relato do referido parecer, **o negócio jurídico já chegou tabulado ao órgão de assessoramento da PGJ**, onde deveria ter recebido um parecer pela mais absoluta impossibilidade da realização do negócio, o que não ocorreu, como se verá adiante' (sem grifo no original).

5.1. *E prossegue ele: ‘A minuta do contrato que teria vindo ao órgão de assessoramento jurídico da PGJ está acostada e dela se vê, logo de início, que há uma incompatibilidade entre o objeto lá referido e sua descrição’(sem grifo no original).*

Na cláusula primeira do contrato, de fato, está escrito que seu objeto é a aquisição de prédio comercial. O parágrafo único da mesma cláusula primeira e, bem assim, o inteiro teor do Anexo III, porém, indicam que o negócio não é a aquisição de prédio comercial, mas de obra a ser ainda erigida, de prédio comercial a ser construído pela demandada Becker Construção Civil Ltda., com recursos públicos repassados pelo MPSC.

*Acrescente-se, ainda, que no mesmo parágrafo único desta cláusula primeira (‘Do Objeto’), consta que ‘o prédio comercial a ser construído (...) não possui até a presente data, **incorporação registrada** no 1.º Ofício do RI de Florianópolis/SC, devido a alterações internas sugeridas pelo COMPRADOR, sendo que tão logo estejam estabelecidas todas as mudanças, caberá ao VENDEDOR providenciar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a **incorporação devida e apresentá-la ao COMPRADOR**’ (sem grifos no original).*

Ao que tudo indica, o negócio realizado pelos demandados o foi também, ao menos em parte, sob a égide da lei das incorporações, o que será, ao depois, objeto de análise pelo Juízo.

5.2. *‘Logo’, adverte o autor, ‘que fique claro, não estamos diante da hipótese prevalente de compra de imóvel, mas sim diante de um contrato de obra pública, ademais, vultosa, onde a aquisição do imóvel representa, segundo dados do próprio réu, menos de 30% do valor da operação’.*

Com efeito, parece mesmo ser este o caso dos autos, o que será melhor analisado na sequência.

5.3. A contratada, revela o autor, já recebeu R\$ 30 milhões sem ter construído absolutamente nada, e receberá outros 4 (quatro) pagamentos anuais de aproximadamente R\$ 23 milhões (nos meses de dezembro dos anos de 2014/2015/2016 e 2017), totalizando a fantástica soma de R\$ 123.419.930,00’.

Diz ainda o autor: *‘Para se ter uma ideia da temeridade que representa o Contrato 006/2013/FERMP basta pensar que a contratada ainda não elevou nenhum pavimento da obra e já **ganhou mais de R\$ 1 milhão na aplicação da primeira parcela** recebida em dezembro de 2013. É inimaginável que o órgão público que figura como o legitimado natural à propositura de ações de improbidade se permita tamanha ilegalidade’.*

Os fatos, é de se sublinhar, apresentam-se adequadamente documentados pelo autor-popular. Vale referir, igualmente, que o terreno é de propriedade da construtora ré, e não do MPSC, tendo este apenas a hipoteca do imóvel. Portanto, não há dizer que o desembolso inicial foi para pagamento do terreno, como se poderia supor.

5.4. A ‘garantia’ ofertada (hipoteca), sublinha o autor-popular, ‘é absolutamente insuficiente, já que o valor do imóvel, segundo as avaliações feitas, não ultrapassa os R\$ 38 milhões, e dentro de cinco meses a contratada já terá recebido mais de R\$ 53 milhões, restando insuficiente a caução’.

O raciocínio autoral apresenta-se parcialmente equivocado, no ponto.

É que a cláusula segunda do contrato, que trata do ‘preço e da garantia’ prevê, em seu § 2.º, como ‘caução’, ‘se necessário, o acréscimo de hipotecas sobre outros imóveis, ou reavaliação do terreno hipotecado com a construção em andamento, para cobrir o valor total das antecipações do pagamento (...)’.

Há aí porém, já se adianta, possíveis problemas, além do levantado pelo autor-popular.

Primeiro, caberia perguntar: as hipotecas a serem realizadas, ‘se necessário’, incidirão sobre quais imóveis da construtora? Possui ela [a construtora-ré] patrimônio para sustentar a caução do ‘se necessário’? Há levantamento da idoneidade da empresa construtora? Possui ela regularidade fiscal como, aliás, é exigido de qualquer contratante do poder público?

Pelo que se vê do processado, e a prova se mostra em princípio sólida neste sentido, possui a construtora-ré, em seu desfavor, ajuizadas incontáveis demandas, inclusive de natureza tributária, o que desidrata a ‘caução’ ofertada pois evidencia a ausência de regularidade fiscal da construtora. E isso apenas no que se refere às demandas ajuizadas na Justiça Estadual, sem contar eventuais demandas que tramitam na Justiça Federal e Trabalhista, esta sabidamente privilegiada em relação aos demais credores. Além disso, em nenhum momento do contrato ou do parecer ou do sítio do MPSC constam os bens, livres e desembaraçados, de propriedade da construtora-ré aptos a servirem como eventual garantia hipotecária complementar.

Segundo, e ainda perguntando: há previsão legal para tal tipo de ‘caução’, ou prevê a lei das licitações (integral e inafastavelmente incidente no caso, mesmo que, por hipótese, se admitisse tratar-se mesmo de dispensa do certame) os casos de garantia/caução?

Esta segunda objeção será logo adiante enfrentada.

Terceiro, não se afigura correto antecipe o órgão ministerial o valor à construtora e que esse mesmo valor (dinheiro público), ou apenas parte dele, é que sirva de garantia do cumprimento contratual. No final, o que transparece do contrato, ao menos em linha de princípio, repisa-se, é que a garantia se dá sobre o valor adiantado pelo próprio erário e, portanto, de garantia não se cuida.

5.5. *Em sequência, refere o autor que, de acordo com a ‘cláusula décima do contrato aqui atacado, o primeiro recebimento do objeto contratual está programado para depois do pagamento da última parcela, provavelmente 27 dias após a contratada ter recebido o último pagamento de R\$ 23 milhões, portanto, a Becker Construção Civil Ltda. receberá mais de R\$ 123 milhões entre dezembro de 2013 e dezembro de 2017, **não sendo obrigada a nenhuma medição parcial de obra neste interregno**, tendo como obrigação somente aquela que se dá ao final, na entrega da obra, **depois** de ter recebido a integralidade dos pagamentos (grifos no original). E arremata, no tópico: ‘(...) é certo que a Becker Construtora Civil Ltda. é uma litigante contumaz, já que se vê no eSAJ que a construtora é parte em 38 processos judiciais só na Justiça Estadual, **figurando no polo passivo** em 28 destas ações. A empresa é demandada por supostos vícios construtivos, por suposto dano ambiental, por descumprimento de contratos e **tem 9 execuções fiscais** ajuizadas pelos Municípios de Florianópolis, Joinville e Içara’ (grifos no original). Ao depois, refere: ‘(...) **não há, no contrato aqui atacado (Contrato 006/2013/FERMP), qualquer dispositivo pactual que obrigue a contratada a prestar contas dos milionários recursos recebidos durante a execução contratual**’ (sem grifos no original).*

De se verificar que há uma ação civil pública ajuizada em face da construtora-ré e ações nas quais figura a construtora-ré como demandada em que se discute, dentre outras matérias, a ‘nunciação de obra nova’, ‘prestação de serviços’, ‘vícios de construção’, ‘espécies de contratos’, ‘promessa de compra e venda’, ‘compra e venda’, ‘revisão de contrato’, ‘outras medidas provisionais’, ‘repetição do indébito’ etc.

*E conclui o autor-popular: **‘sem a regularidade fiscal a construtora não poderia ter sido contratada’.***

De efeito, também aqui assiste razão ao autor-popular pois, pelo que se lê do contrato n. 006/2013/FERMP, inexistente cláusula

prevendo o circuito 'execução-medição-pagamento', típico de contratos administrativos desta natureza.

Ao invés, consta da cláusula décima segunda ('Da Fiscalização') a previsão genérica do 'direito' de o MPSC, a 'qualquer tempo e por qualquer pretexto' 'fiscalizar o objeto' do contrato. E no parágrafo único está previsto: 'A fiscalização será substanciada em relatório de vistoria, a fim de verificar o cumprimento das especificações constantes do Memorial Descritivo'.

O memorial descritivo, que se encontra anexo, evidentemente não prevê cronograma de desembolso (execução-medição-pagamento) baseado na execução da obra. O 'cronograma de pagamentos' tabulado na cláusula segunda (letras 'A' a 'E') do contrato não supre a lacuna, não preenche o requisito legal, pois ali, como advertido pelo autor-popular, não há qualquer previsão de medição para pagamento.

Numa palavra, inexistente no contrato cronograma físico-financeiro.

Além disso, como já referido nesta decisão, a construtora contratada possui inúmeras ações judiciais em seu desfavor (e isso sem contar eventuais demandas trabalhistas e na Justiça Federal), inclusive uma ação civil pública o que, portanto, lhe retira, em linha de princípio, o direito de contar com certidão de regularidade fiscal e, assim, em tese, de participar de certame licitatório (mesmo que por dispensa de licitação, como deflui do contrato e do parecer que lhe sustenta).

Porém, o tópico 'dispensa de licitação' será a tempo e modo analisado nesta interlocutória.

5.6. Prossegue o autor-popular: 'Outro ponto que se afigura obscuro é quanto à participação de três empresas do ramo imobiliário, referidas no item 'X' da cláusula décima terceira, que impõe à contratada o pagamento de 'eventual corretagem', o que implicará um desembolso (6% do valor do negócio) de aproximadamente R\$ 2,28 milhões. 'É dito pelo

réu que a construtora contratada enviou proposta para vender ao MPSC o imóvel em questão, pois bem, a sociedade precisa saber se tais propostas chegaram aos gestores do MPSC através de profissionais da corretagem ou não. Em caso positivo, é preciso saber quem são esses profissionais, que vantagem auferiram com o negócio jurídico administrativo em questão e se a vantagem auferida se deu com respeito ao princípio da igualdade dos administrados e com obediência ao princípio da melhor proposta ao ente público, (...). (...) mesmo que fosse possível a dispensa de licitação para compra do imóvel, isto não significaria ausência de procedimento competitivo quanto à corretagem imobiliária (...).

O item X da cláusula décima terceira estabelece, como responsabilidade do VENDEDOR (construtora-ré), o pagamento integral de eventual corretagem às empresas envolvidas na intermediação (...).

Neste ponto, que poderá eventualmente ser melhor analisado quando da instrução e da sentença, parece não haver integral razão o autor-popular, pois no contrato ficou estabelecido que o pagamento de eventual corretagem ficará por conta da empresa-vendedora, a construtora Becker.

Pode-se argumentar, entretanto, que, de fato, também aqui desrespeitado o necessário processo licitatório e, ainda, que o valor da corretagem será, ao fim e ao cabo, suportado pelo comprador, MPSC, ou seja, pelo erário, pois que estará embutida a corretagem, certamente, no preço final da transação.

Repita-se, portanto, que não se utilizará este argumento como fundamento da decisão liminar, pois o tema deverá ser aprofundado oportunamente.

5.7. No que respeita ao núcleo do debate – dispensa da licitação – diz o autor-popular: ‘Com fulcro na dispensa de licitação referida o Contrato 006/2013/FERMP foi celebrado e assinado pelo

Subprocurador-Geral de Justiça e pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. Lio Marcos Marin, isto no dia seguinte àquele em que foi lavrado o parecer jurídico, ou seja, 12/12/2013. O autor não tem notícia de que tenham sido cumpridas, pelo MPSC, as demais exigências do art. 26 da Lei Geral das Licitações (...)' (sem grifos no original).

Ao depois, afirma o autor-popular: 'A conduta da construtora contratada, do órgão contratante e dos gestores que o representam se afiguram **ilícitas, ímprobas e ruinosas ao erário público estadual, (...)**'. 'Se um prefeito municipal' assim agisse, 'certamente que a Promotoria de Justiça competente teria ingressado com a ação de improbidade com pedido de indisponibilidade de bens, além da ação penal pela prática do crime do art. 89 da mesma lei'.

Manuseando o contrato e o parecer que o fundamenta, em nenhum local, salvo engano, se identifica menção ao cumprimento do disposto no artigo 26, da Lei n. 8.666/93, que assim vem redigido:

Art. 26. *As dispensas previstas nos §§ 2.o e 4.o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8.o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único.* O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço. IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Violado, ao que parece, o princípio da 'eficácia dos atos' mas,

claro, poderão os demandados, quando de suas respostas, provar documentalmente o cumprimento do disposto no artigo 26 da Lei das Licitações.

5.8. Desfila o autor-popular, em sequência, extenso rol de princípios, regras e normas, constitucionais e administrativas malferidos, em sua percepção, pelos demandados com a contratação levada a efeito.

*5.8.1. O primeiro dos princípios violados, na leitura do autor-popular, é o da **economicidade**.*

*Diz o postulante que ‘o MPSC considera que tirar sua sede do centro de Florianópolis poderia **comprometer seu relacionamento institucional e com a população. O argumento é imprestável**’.*

*(...) Se estivéssemos diante de um órgão do INSS, de um mercado público, de uma rodoviária ou de uma biblioteca pública, aí sim, poder-se-ia arguir que a distância dos aglomerados urbanos trouxesse ‘dificuldades para o relacionamento com a população em geral’, mas em se tratando da sede estadual do Ministério Público, chega a ser risível o argumento de que a instalação distanciada do centro traria prejuízo ao relacionamento com a população. Quanto ao alegado prejuízo institucional inexistente, do contrário, não poderia a sede do Governo do Estado estar instalada na Rodovia SC 401! Em tempos de processo eletrônico e da própria descentralização dos órgãos do Poder Judiciário, a presença dos membros do MPSC se faz cada vez menos exigida no Centro da Capital. Portanto, **não vale o argumento de que o MPSC precisaria necessariamente estar instalado no metro quadrado mais caro da Capital**’ (sem grifos no original).*

(...) Ao contrário, a exigência de implantar uma nova sede na área central, a despeito do alto valor do metro quadrado no Centro de Florianópolis, isto sim agride o princípio da economicidade’ (sem grifos no original).

E comenta o autor-popular acerca das alternativas legais postas à disposição do MPSC: ‘Deve-se considerar, ainda, que a desapropriação é a modalidade aquisitiva de imóveis por excelência da Administração Pública. Logo, a compra restaria para quando da desapropriação fosse, por algum motivo técnico ou jurídico, desaconselhável’.

Entende ele, também, que ferido o princípio da economicidade ao querer o MPSC construir em área nobre e valorizada, 180 vagas de garagem, gabinetes de 60 m² e dotar o prédio de heliponto.

Arremata destacando que ‘cotejar um ato impugnado com uma norma-princípio é, do ponto de vista jurisdicional, o mesmo que cotejar o ato com uma norma-regra’, concluindo, pois, que não se está, com isso, adentrando no mérito administrativo, fundamentando o argumento no artigo 37, da Carta Maior.

Deveras, o não desprezível princípio da economicidade deve, sim, ser levado em conta quando das opções dos administradores públicos, principalmente quando em jogo milhões de reais do erário. Não se trata de termo bizantino ou argumento retórico.

Vem ele expressamente previsto na Constituição Federal, e não se localiza no artigo 37, ao contrário do afirmado pelo autor-popular, mas encontra previsão no artigo 70, assim redigido:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

O argumento autoral não se mostra central, epicêntrico, fundamental ao deferimento da liminar buscada, mas deve ser parcialmente aproveitado.

Não se revela, à largada, frontalmente ofensivo ao princípio da economicidade contenha a edificação sede do MPSC 180 vagas de garagem, gabinetes de 60 m² e conte o prédio com heliponto.

Se assim fosse, muitos administradores públicos teriam transgredido, só por isso, o princípio da economicidade, inclusive Tribunais do país inteiro.

Logo se percebe que a leitura adequada do Texto Maior impõe cuidados para não se vulgarizar o conteúdo normativo do artigo 70 (economicidade), penalizando administradores que optem por garantir conforto e segurança aos servidores e agentes do Estado.

Também seria impensável construir-se prédio com 22 andares, no centro da Capital do Estado, sem estacionamento para os veículos que por ali irão circular, o que possivelmente deve ser vedado por norma municipal.

*Todavia, se a escolha administrativa se deu, como se pode inferir do parecer jurídico que embasou todo o negócio, também porque a instalação da sede do MPSC distanciada do centro da cidade traria prejuízo ao relacionamento com a população, aí sim, agredido se mostra o princípio em comento, até porque de se aplicar a **‘teoria dos motivos determinantes’**, largamente aceita na doutrina e jurisprudência, inclusive do Excelso Pretório (até mesmo quanto aos efeitos vinculantes do fundamento da sentença, e não apenas ao seu dispositivo – **(teoria da transcendência)**).*

Nesse sentido assiste razão ao autor-popular, afigurando-se desproporcional gastar-se elevada soma de recursos para ‘manter estreito relacionamento com a população’.

Mas, deve-se repisar, em que pese também importante, não é este o ponto nodal da questão nem seria ele bastante para, isoladamente, sustentar o deferimento liminar buscado pelo autor-popular nem,

tampouco, seria suficiente para nulificar o negócio havido entre os demandados.

5.8.2. Afirma o autor-popular terem os demandados violado, com seu ato, igualmente, os princípios retores da impessoalidade e da isonomia.

Nas palavras do postulante, ‘Transparece do parecer jurídico que fundamentou o contrato em questão que o MPSC sempre teve interesse na aquisição do imóvel contíguo à sede atual, tanto que o ato faz a defesa da implantação da nova sede no vizinho endereço arguindo economia de transporte, ligação entre os dois edifícios etc. Justamente por isso fica difícil acreditar na versão oficial segundo a qual a Becker Construção Civil Ltda. teria enviado uma proposta de negócio ao MPSC. Para que isso fosse verdadeiro a referida construtora teria de ‘adivinhar’ que o MPSC tinha uma necessidade que poderia ser suprida justamente com a aquisição daquele imóvel e, ademais, com a posterior construção de um edifício funcional no local, o que coincidentemente parece ser justamente a especialidade da referida construtora’ (sem grifos no original).

E prossegue: ‘No site da construtora contratada há uma referência a um empreendimento que estaria ‘em lançamento’ denominado Becker Empresarial (doc. 07 e 08) que estaria localizado justamente na rua Bocaiúva. Uma breve olhada na idealização da fachada e tem-se a certeza que se trata do edifício que o MPSC quer ver construído para si, inclusive com a ‘Casa Rosa’ à frente, restaurada e integrada ao novo projeto arquitetônico’ (sem grifo no original).

Diz, ao depois: ‘Some-se a isto o fato de que a Becker Construtora Civil Ltda. não era a proprietária do imóvel almejado pelo MPSC, como se vê da certidão anexa (doc. 09). O imóvel em questão, com área de 2.365 m², resta individualizado em matrícula imobiliária (n.

477), aberta em 01/04/1976 no 1.º RI de Imóveis da Capital' (grifo no original). E resume a cadeia dominial: 'Como se demonstra pelos vários registros e averbações, o imóvel há muito era objeto de condomínio de vários proprietários. Na data de 09/05/2013 seguiram-se algumas averbações regularizadoras e em 14 e 15/05/2013 foram levadas a registro as escrituras de permuta pelas quais a Becker Construção Civil Ltda. adquiriu 80% do imóvel em questão (como dá certeza a AV-39/477). Quinze dias após, em 31/07/2013, referida construtora levou a registro outras duas escrituras de permuta, vindo a adquirir o restante do imóvel, passando a ser a proprietária de 100% do mesmo (segundo a AV-45/477)'.

'Portanto', acrescenta, 'construtora especializada em edifícios funcionais adquire o imóvel em questão, projeta a construção de um edifício funcional no referido terreno denominado Becker Empresarial, edifício este que é adotado pelo órgão ministerial como sendo o edifício adequado a servir de sua nova sede e, na sequência, apenas algumas semanas após, o MPSC contrata a aquisição do imóvel e a construção do 'Becker Empresarial' para si mesmo, tudo isso SEM LICITAÇÃO'.

E fulmina o autor-popular: 'Ora, não sei como isto parece a V. Exa., mas para o autor fica a evidência de um acerto anterior e de que o MPSC não escolheu convenientemente apenas o imóvel contíguo ao seu, mas escolheu também a empresa que faria ali uma obra pública de R\$ 85 milhões (com dinheiro público pago adiantado) e, tudo isso, diga-se mais uma vez, sem licitação! Ou V. Exa. acha que a construtora contratada adquiriu o imóvel na incerteza quanto ao negócio com o MPSC?'.

Logo após, explicita o autor-popular: 'Mesmo que se admita, apenas por hipótese, a incidência do inciso X do art. 24 da Lei de Licitações, e que por isso pudesse o MPSC comprar sem licitação o imóvel, ele NUNCA

poderia ter escolhido a construtora sem prévio procedimento licitatório'. 'A escolha da construtora, que ocorreu faticamente e se deu antes da compra do imóvel, como restará demonstrado na instrução, viola o princípio da impessoalidade'.

*No que respeita à violação do princípio da isonomia, refere o autor que o ato impugnado se deu em 'detrimento de todas as outras construtoras que deteriam condições jurídicas, fiscais, técnicas e econômicas para realizar o mesmo escopo construtivo, condições estas que a Becker Construção Civil Ltda. **não ostenta**, já que como assumido no parecer jurídico referido, a construtora não detém regularidade fiscal e, considerando o volume de processos contra ela ajuizados e considerando que a construtora depende que o MPSC lhe pague antecipadamente a obra, é provável que a contratada também não possa ostentar a qualificação econômica necessária à execução de tão vultoso objeto, o que se presume relativamente, é claro'.*

Com efeito, parecem indicar a ordem cronológica como encadeados os eventos, as provas e indícios até aqui apresentados que, de fato, malferidos restaram os princípios da impessoalidade e da isonomia.

Foram lidos atentamente todos os argumentos e provas trazidos aos autos, merecendo destaque a matrícula n. 477 do 1.º Ofício de RI de Florianópolis, o qual contém 15 folhas.

A matrícula deste terreno foi aberta, decorrente de registro anterior, em 1.º/04/1976. Alguns registros e averbações ocorreram entre os anos de 1976-2013 (envolvendo espólio, partilha, tombamento, doação com reserva de usufruto, certidão de casamento, inventário e partilha).

Os movimentos que densificam a versão autoral se deram em três momentos: 1.º) em maio/2013 (mais especificamente entre os dias 09 e 15) ocorreram 20 (vinte) eventos na matrícula do imóvel (registros,

averbações), visando claramente sua regularização e unificação (para pertencer a um só titular ; 2.º) no dia 31 de julho/2013, após mais 4 (quatro) movimentos na matrícula do imóvel (3 registros e 1 averbação), consolidou-se a propriedade do terreno, fazendo-se constar na AV-45/477 que 'a segunda adquirente, Becker Construção Civil Ltda., passou a ser proprietária de 100% do imóvel desta matrícula'; 3.º) em 28 novembro de 2013 uma dívida foi quitada e houve o cancelamento da cláusula resolutiva e, logo após, isto em 16/12/2013 foi realizado o R-47/477, com a escritura pública de hipoteca datada de 12/12/2013, figurando como credor o MPSC.

Algumas hipóteses se descortinam.

Podem ser confirmadas as ilações do autor-popular no sentido de que as negociações entre a construtora-ré e o MPSC começaram, de fato, antes do devido (quando dos movimentos na matrícula do imóvel (maio/2013), ou em julho/2013, quando a Becker Construção Civil Ltda. passou a ser proprietária de 100% do imóvel).

Por outro lado, pode estar equivocada a percepção do autor-popular e, neste caso, as negociações somente ocorreram como afirmado pelo MPSC nos documentos por ele apresentados ao público (contrato, parecer pela dispensa de licitação, matrícula do imóvel).

Mas, nesta última hipótese, deve-se lembrar que o imóvel (terreno) encontrava-se 'apto' a ser negociado apenas em 28/11/2013 (5.ª feira), pois só então restou averbada a quitação de dívida pendente. Antes disso, repise-se, nenhum negócio poderia ter sido entabulado entre a Becker Construção Civil Ltda. e o MPSC.

Tendo-se por equivocada a percepção autoral, em 10 (dez) dias úteis [entre 28/11/2013 (quando 'apto' o terreno a negociações) e 12/12/2013 (data da assinatura do contrato e registro da hipoteca) medeiam 14 (quatorze) dias, sendo apenas 10 úteis], então, segundo se pode inferir

logicamente do que consta do parecer jurídico firmado pelo Promotor de Justiça Assessor, Dr. Abel Antunes de Mello:

1) houve a proposta comercial da construtora (sim, pois não poderia ela oferecer antes o bem, porque não desembaraçado e livre),

2) tal proposta foi apresentada e aprovada pela Comissão de Estudos para Expansão da Estrutura Física do MPSC,

3) ‘houve contraproposta que foi aceita pela construtora, elaborada de acordo com as possibilidades orçamentárias deste Órgão Público’,

4) depois de ‘cumpridos os trâmites de praxe, a Coordenadoria de Operações Administrativas (COAD), por intermédio de ofício n. 047/2013/COAD/FERMP’ encaminhou a minuta contratual bem como a documentação,

5) houve resposta aos questionamentos atinentes à aquisição do referido edifício (SIC?!) por dispensa de licitação,

6) foi confeccionado o parecer jurídico já referido, em 14 laudas contendo farta e minuciosa pesquisa para tentar justificar a dispensa de licitação,

7) o parecer foi acolhido pelo Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos,

8) no dia imediatamente seguinte foi firmado pelos demandados o Contrato n. 006/2013/FERMP, com dispensa de licitação n. 005/2013/FERMP, contrato este contendo 9 (nove) laudas, 22 cláusulas, cronograma de pagamentos, 3 anexos, sendo um deles (o Anexo III) o ‘Memorial Descritivo e Especificações do Imóvel’, este contendo 24 laudas descrevendo todos os materiais a serem utilizados no prédio para atender às necessidades do MPSC, e tudo isso lido e aprovado pelas Comissões, Coordenadoria e pelo parecerista.

Dessarte, res ipsa loquitur, restando aparentemente comprovado pelo autor-popular terem sido inobservados pelos demandados, também, os princípios da impessoalidade e da isonomia.

5.8.3. Nessa toada, negrita o autor-popular a inaplicabilidade do inciso X do artigo 24 da Lei das Licitações à contratação de obra pública, afirmando que o contido no parecer jurídico que supedaneou a decisão concretizada no contrato discutido ‘é um completo absurdo’.

Lembra, com acerto, que a ‘licitação é a regra’ e, portanto como tal deve ser vista e tratada pelo Administrador Público. As raras hipóteses de contratação direta vêm explicitadas na própria lei de regência: inexigibilidade (art. 25) e dispensa (art. 24, em mais de 30 hipóteses).

*Depois, anota existirem 4 (quatro) condições legais para que ocorra a dispensa de licitação, limitando-se o parecer jurídico do MPSC a admitir apenas 3 (três) das 4 (quatro) condições estabelecidas. E arremata: **‘Vê-se que o nobre parecerista deixou de considerar a necessidade de que o objeto do contrato administrativo seja ‘para a compra ou locação de imóvel’. A omissão é impressionante; se não é maldosa, é um tremendo descuido’.***

Continua o autor-popular: ‘Data vênia, não dá para pegar um dispositivo que autoriza a dispensa de licitação para “compra e locação de imóvel” e usá-lo para a hipótese de uma milionária obra pública! É fato que ¼ do valor do contrato diz respeito à aquisição do imóvel, mas a maior parte diz respeito à obra pública e não dá para dispensar a licitação neste caso’. E conclui: ‘(...) ainda que pudéssemos admitir a aplicação da dispensa do inciso X do art. 24, ainda assim a dispensa dar-se-ia unicamente quanto à aquisição do imóvel [terreno, acrescentamos], mas NUNCA para a construção de um novo edifício, que representa mais de 70% do valor do contrato’.

Compulsando os autos, há indícios de que razão inteira assista ao

argumento autoral. Não consta que a dispensa de licitação se possa dar fora das hipóteses legais, e a lei de regência prevê, como exceção inclusive, apenas os casos de dispensa de certame quanto à compra e locação, jamais quando de obra pública, como no caso aparentemente se dá.

5.8.4. Destaca o autor-popular, na mesma esteira, ser inaplicável a Lei de Incorporação para a Execução de Obra Pública por Empreitada. Refere, então, que ‘para tentar contornar a inaplicabilidade do inciso X do art. 24 da LLCA à execução de obra pública e para dar uma resposta às parcas e tímidas notícias divulgadas sobre o caso, o MPSC divulgou no sítio eletrônico da internet uma nota onde alega que ‘comprou tanto o terreno quanto o prédio que está construído nele, da mesma forma que um cidadão compra um apartamento na planta’ (grifo no original).

Com isso, diz o autor, quer fazer crer o MPSC que ao caso se aplica a legislação respeitante à incorporação imobiliária, ‘onde a construção se dá sob o regime de empreitada, consoante arts. 48 e 55 da Lei de Incorporação Imobiliária (Lei 4.591/64)’. ‘De fato, se olharmos atentamente o contrato aqui atacado, veremos que não obstante a presença de cláusulas típicas de contrato administrativo, o núcleo do contrato denota que o mesmo é uma avença de construção de edificação por condomínio, objeto de incorporação imobiliária, tanto que é previsto, na cláusula décima, o prazo de entrega exigido no § 2.º do art. 48 da LI, e na cláusula segunda é prevista uma garantia hipotecária que funciona como patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação, como exigido no art. 30A e 30B da mesma lei’. ‘Isso demonstra que o negócio foi ‘desenhado’ pela construtora, que certamente está acostumada à realização de negócios com esta formatação, e dá indícios de que a minuta foi, ao menos em parte, redigida pela contratada, o que viola a primeira parte do art. 60 da LLCA’.

‘A ilegalidade aqui é flagrante, pois a contratação de obra pública sob o regime de empreitada é regulada por norma específica, ...’. ‘A lei especial, que é a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93), considera como obra ‘toda construção, reforma, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta’, sendo que a execução indireta também é alvo de definição legislativa’. ‘Como se vê do grifo acima [que trata da empreitada integral, prevista no art. 6.º e no art. 10 da lei], a empreitada integral tem previsão específica na LLCA e não pode ser regulada por norma cujos destinatários são os entes privados’.

‘Cotejado o contrato com os dispositivos acima, o que se vê é que o MPSC deveria ter colocado em curso um contrato administrativo de obra pública, precedido de licitação, nos moldes da LLCA e não contratado uma construção por incorporação imobiliária, nos moldes da Lei 4.591/64’.

E conclui, no ponto: ‘Portanto, é imprestável o argumento do MPSC segundo o qual o órgão público adquiriu o bem à moda do ‘imóvel na planta’, como se fosse um cidadão, até porque o órgão de gestão do MPSC não é um ‘cidadão’ e não pode se comportar como tal’.

Ao depois, lembra corretamente o autor-popular: ‘O regime jurídico aplicável aos órgãos de gestão do MPSC não é o regime geral, mas o Regime Jurídico Administrativo ...’.

Anota, na sequência: ‘O que o MPSC está dizendo a toda a sociedade catarinense é que é lícito aos agentes públicos fazer o que eles tiverem vontade, desde que estejam certos de que com isto o interesse público será realizado finalisticamente’.

E conclui: ‘O argumento do ‘imóvel na planta’ é um total absurdo e custa acreditar que tal entendimento tenha saído da cúpula do órgão ministerial catarinense’.

Traz o autor-popular à apreciação, também, caso assemelhado havido no âmbito federal, no qual se deu manifestação do órgão de controle interno, com base em decisões do TCU (Decisão n. 589/1997/ Plenário e Decisão 231/1996), demonstrando o ‘quão incabível é a compra ‘na planta’ por parte de órgãos públicos’.

Deveras, os argumentos autorais se apresentam sólidos, não havendo aparente e plausível justificativa para a dispensa de licitação levada a efeito pelo MPSC. Nem é possível confundir institutos e mesclar leis para daí inferir ser possível a dispensa do certame quando se trata, no caso, de obra pública.

5.8.5. Noutro tópico, obvia o autor popular ser ilegal a ausência de projetos e custos unitários planilhados.

Em definitivo, afirma o autor que uma vez completamente descumprido pelo MPSC o que determina a Lei das Licitações, também violado foi o § 1.º do art. 7.º da LLCA o qual determina a ‘obrigação do ente público realizar obras públicas – mesmo nas hipóteses de dispensa – na cadência de um procedimento sequenciado’. E sua inobservância ‘redunda em duas outras faltas ainda mais graves, que são a ausência de projeto básico e dos projetos executivos e a ausência de custos unitários devidamente orçados em planilhas, como exigido nos incisos I e II do § 2.º da lei.

*Para reforçar seu argumento, anota o postulante que ‘tanto é verdadeiro que a obra pública será realizada **sem os projetos**, que consta da pág. 15/35 do Anexo III do Contrato 006/2013 FERMP, uma lista de 17 projetos e a menção de que ‘todos os projetos serão elaborados por profissionais habilitados e especializados e serão submetidos à análise do comprador para verificação do atendimento das necessidades da instituição’, lembrando que a ‘matéria é de trato diuturno no TCE’. Transcreve, bem por isso, várias decisões daquela Corte (TCE – RLA*

10/00708508, 05/06/2010 e 17/05/2011 – o TCE considera ‘grave infração’ realizar obra pública sem os projetos aprovados pela autoridade e sem os custos unitários em planilhas). Traz à análise prejudgado daquela Corte de Contas (TCE 810) e julgado referente à ausência de projeto em obra pública (TCE – AOR 05/03975249, 27/10/2009 e TCE – RPJ 06/00528057, 04/09/2007).

Acrescenta ele, ainda: ‘E não se diga que os projetos e custos unitários não se aplicam aos casos de dispensa de licitação, pois o § 9.º do art. 7.º diz textualmente que ‘o disposto neste artigo aplica-se, também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação’. ‘Um procedimento de dispensa de licitação para a realização de uma obra pública de R\$ 85 milhões sem projeto executivo e sem planilha de custos unitários, todos devidamente aprovados em etapas sucessivas, é ilegalidade que fulmina o procedimento e o contrato com base nele realizado’.

Aqui também parece assistir razão ao autor-popular, até porque, uma vez violados pelos demandados os outros princípios e regras acima enfrentados, com indevido afastamento da licitação, tudo o mais resta igualmente contaminado.

5.8.6. Mais adiante, indica o autor haver ‘ilegalidade da garantia contratual’.

Nas palavras do postulante, ‘outra irregularidade diz respeito à garantia, pois enquanto a LLCA prevê a caução em dinheiro ou título da dívida pública, o seguro-garantia ou a fiança bancária como garantia nas contratações de obras, a cláusula segunda do contrato aqui atacado pactuou com a construtora a caução hipotecária’. ‘...exigir uma garantia não se trata de uma opção quando o contratado deva executar uma obra pública e especialmente quando a execução demandará 4 anos e mais de R\$ 123 milhões em pagamentos adiantados’.

Este ponto já foi parcialmente abordado nesta decisão (v. item 5.4, acima), mas é preciso sublinhar que encontra o argumento aparente fundamento em lei.

5.8.7 e 5.8.8. *Na continuação, levanta o requerente a ‘ilegal duração do contrato’ e a ‘violação das regras de direito financeiro’.*

Neste item, destaca o autor que malferido o disposto na LLCA, porque a duração dos contratos administrativos resta limitada ao crédito orçamentário, que é anual, exceção feita àqueles projetos previstos no PPA – Plano Plurianual, cuja matriz é constitucional. Acontece que o PPA 2012-2015, diz o postulante, contido no anexo único da Lei n. 15.722/2011 possui apenas as seguintes rubricas para fazer frente às despesas de capital: 1) elemento 0910 - 006561 – ampliação do espaço físico do MPSC – R\$ 33.750.000,00 e 2) elemento 011114 – aquisição, construção ou ampliação de espaços físicos do MPSC – R\$ 48.000.000,00.

Logo, conclui ele, ‘o MPSC sequer conta com a despesa da nova sede no PPA, o que o exclui da exceção do inciso I do art. 57 da LLCA, tornando obrigatória a execução da obra num único exercício, ...’.

Corolário lógico, ‘é que a nova sede do MPSC não está prevista entre as despesas de capital da entidade para o PPA de 2012 a 2015, pois que se trata de despesa de capital. Ora, sabemos que é constitucionalmente vedado o início de projeto sem sua prévia inclusão no orçamento anual (art. 167, I, CF), e o mesmo Texto Constitucional proíbe a execução de obra para mais de um exercício se ela não estiver prevista no PPA’, o que também contraria o exposto na LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 16).

Aqui também, e mais uma vez, indicam os documentos que aparentemente possui razão o autor-popular.

Em consulta na data de ontem, 16/7/2014, ao sítio da Secretaria de Estado da Fazenda (endereço <http://www.sef.sc.gov.br/relatorios/>

dior/ppa-2012-2015-por-unidade-or%C3%A7ament%C3%A1ria-adm-direta-indireta-e-poderes), constata-se que para o ano de 2013 nenhuma previsão orçamentária havia para realizar a despesa constante do contrato. O valor de quase R\$ 34 milhões é destinado apenas para aquisição de imóvel, e isto no ano de 2012! Quanto ao valor de R\$ 48 milhões apontado pelo autor, não pode ele se referir ao contato em testilha, pois seu início se deu em 2012 com término em 2015, e os valores anuais também seriam claramente insuficientes para suportar a despesa indicada no contato.

Portanto, ao menos documental e aparentemente, não havia previsão orçamentária (PPA/LOA) e, pois, violados, ao que parece, os preceitos de direito financeiro invocados.

Todavia, estas questões não se mostram nucleares agora, para análise da liminar, e poderão ser melhor apreciadas com a resposta dos réus.

5.8.9. Sinaliza o autor-popular a ‘ilegal indicação de marcas’, com isso querendo dizer que o anexo III (Memorial Descritivo) do contrato indica, ao arrempio da LLCA (art. 15), quais as marcas de materiais que serão empregadas (e escolhidas) na sede do MPSC.

Tem-se que o item, não desimportante, é decorrência e está igualmente contido no próprio conceito de dispensa de licitação, acima enfrentado.

De qualquer sorte, verificando o anexo III do contrato constata-se, de fato, a indicação nominal das marcas de vários produtos a serem empregados na obra pública, o que parece contrariar a lei de regência.

5.8.10. Destaca o autor-popular, depois, a ‘ilegal antecipação de pagamentos’, pois que expressamente vedada pelo art. 65, inc. II, letra ‘c’ da LLCA, o que encontra conforto na interpretação dada ao tema pelo TCE/SC, como se vê da decisão TCE – SLC – 06/00531864, de

17/12/2007 e do próprio TCU, decisão TCU – AC – 1189-08/09-1, sessão 24/03/2009.

*Afirma o postulante: ‘Diz o parecerista, ainda, a antecipação de pagamento requereria a garantia dos valores antecipados e que isto ocorreria no caso concreto, em face da garantia hipotecária. O argumento **beira o ridículo**, já que o imóvel [terreno] comprovadamente vale uns R\$ 35 milhões e o total de recursos antecipados baterá a casa dos R\$ 123 milhões, sendo absolutamente insuficiente’.*

Este aspecto também já se encontra parcialmente abordado nesta decisão (item 5.3), mas de se negritar, pelo todo já exposto, que as antecipações de pagamento, ao que parece e em linha de princípio, efetivamente ofendem a ordem jurídica e em especial a lei licitatória e dos contratos administrativos.

5.8.11. Após, destaca o autor a ‘violação do princípio da moralidade’, em face da inclusão, no contrato atacado, do item ‘X’ da ‘obscura’ (palavras do autor) cláusula décima terceira, a qual impõe à contratada o pagamento de ‘eventual’ corretagem, no valor aproximado de R\$ 2,28 milhões.

Sublinha o autor que em hipótese alguma poderia ser dispensada a licitação para o pagamento de tal despesa, o que se encontra também abordado no item 5.6, desta interlocutória” [todos os grifos do original].

E ainda que nada mais de fundamento precisasse ser acrescido, com o mesmo respeito antes debitado, colho excerto da decisão proferida pelo ilustre Des. Luiz Zanelato, do colendo Tribunal de Justiça do Estado, quando da apreciação liminar do recurso de agravo de instrumento interposto pela requerida Becker Construção Civil Ltda. (processo n. 2014.078216-7), que bem equaciona a discussão trazida ao feito, especificamente no que se relaciona ao procedimento para dispensa de licitação – ponto nodal, como já dito alhures – e a espécie de contratação celebrada, que, igualmente, comporta transcrição *ipsis litteris*:

“[...] à margem da discussão da regularidade fiscal e da saúde financeira da agravante, fato é que, nesta etapa de análise superficial do litígio, não transparece lícito o procedimento adotado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina – MPSC [grifei] no intuito de assegurar a aquisição de imóvel para sua sede.

Não se trata, no momento, de considerar verídicos todos os apontamentos do autor popular no sentido de que houve dolo dos envolvidos em fraudar procedimento licitatório e obter qualquer vantagem ilícita. Mas, o que se reconhece, prima facie, é que a cúpula do MPSC, no afã de obter imóvel que lhe interessava, adotou procedimento que se não compatibiliza por completo às hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24, X, da Lei n. 8.666, que contém a seguinte redação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

X – para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; [grifo do original]

Do dispositivo em comento, intui-se, claramente, que a dispensa de licitação exige a constatação de uma série de circunstâncias que, cumulativas, devem caracterizar o negócio jurídico entabulado, sendo elas: a) que o imóvel adquirido atenda às finalidades precípuas da administração, sendo essencial ao desempenho da atividade fim do órgão adquirente; b) que sua localização e instalações sejam tão adequadas às necessidades do ente que demonstrem ser o imóvel o único desta natureza, se comparado às demais possibilidades de que dispõe o órgão; c) a existência de avaliação prévia indicando estar o preço de aquisição compatível com o valor de mercado.

Ocorre que conquanto as partes envolvidas no contrato tenham se esforçado em demonstrar configuradas tais características, não é sobre elas que se assenta a decisão do juízo de primeiro grau, objeto do presente recurso.

Já, há tempo, é notório o interesse da Administração Pública em adquirir o imóvel objeto do contrato, devido às facilidades inerentes à sua localização estrategicamente privilegiada, vizinha à atual sede do parquet, parecendo certo que as novas instalações destinadas à Procuradoria de Justiça de Santa Catarina e seus órgãos de assessoria se amoldam ao atendimento das finalidades precípua do respectivo órgão.

*Por sua vez, as avaliações apresentadas apontam que a negociação poderia estar de acordo com o valor de mercado atribuído ao empreendimento após a respectiva conclusão, **embora precise ser sopesado que a edificação está sendo realizada com o dinheiro pago pelo erário público.** [grifei]*

Poderia se questionar, por ora, se o projeto original de edifício idealizado pela Becker Construção Civil Ltda. realmente atendia às necessidades de instalação do Ministério Público, como preconiza o dispositivo legal em destaque, ao que se obteria a resposta negativa já que a própria Administração contratante efetuou alterações no projeto com vista a promover sua devida adequação. Certo que, neste prisma, o questionamento restou superado, pois se as futuras instalações, de plano, não atenderiam a necessidade do órgão, agora atenderão, deixando-se tal circunstância, portanto, para análise em tópico que será, mais à frente, tema de apreciação.

Isto porque, o cerne da controvérsia paira na própria natureza do contrato firmado entre o MPSC e construtora, no que tange à definição de compra de imóvel em contraponto ao conceito de execução de obra pública.

A respeito, traz-se à baila as definições contidas na Lei n. 8.666/93, que disciplina a matéria:

Art. 6.º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – Obra – toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação realizada por execução direta ou indireta;

[...]

III – Compra – toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

[...]

VIII – Execução indireta – a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

[...]

e) empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada; [grifos do original]

Analisado o contrato entabulado entre as partes (fls. 199-2106, Anexo 1 de 5), que registra a compra e venda de imóvel, constituído de terreno e edifício a ser entregue ponto em momento futuro, bem como aferidas as circunstâncias que permeiam o negócio, pode se fazer algumas constatações no que concerne a seu enquadramento nas citadas definições legais:

Por meio do pacto, o Ministério Público de Santa Catarina adquire terreno e edifício, este, à época, não existente e sequer iniciado

(Cláusula Primeira), a ser construído segundo as diretrizes, necessidades, e modificações efetuadas pela Administração no projeto original, e que inclusive acarretaram o aumento do valor inicialmente previsto para a 'aquisição', à semelhança de um projeto fornecido mesmo pela Administração Pública para a execução indireta.

O pacto assegura ao Ministério Público a prerrogativa de fiscalizar a execução da obra no intuito de conferir a regularidade de seu andamento e a adequação às especificações descritas pelo contratante no projeto (Cláusula Décima Segunda), exatamente como se a Administração Pública estivesse fiscalizando a execução de uma obra por ele contratada.

O contrato prevê o adiantamento de valores pela Instituição Pública, composto de diversos pagamentos com data definida, anteriores à entrega do prédio, valores utilizados para financiar o empreendimento e dos quais depende a construtora para a continuidade da construção, como alegado na própria peça recursal, prática inerente ao contrato de empreitada. [grifos do original]

Ora, o que se percebe, assim, das características do contrato firmado, é que, excluída a aquisição do terreno, está-se diante de verdadeira contratação de execução indireta de obra pública por empreitada integral, e não compra e venda na planta como querem fazer crer os contratantes.

Desta sorte, em se tratando de execução de obra pública, não poderia ter o Ministério Público renegado a contratação por meio de processo licitatório, somente sendo cabível a dispensa de licitação para a aquisição do terreno objeto da demanda, na medida em que este, sim, atende aos ditames do art. 24, X, da Lei n. 8.666/93, sem esquecer-se, outrossim, que o terreno poderia ter sido adquirido, igualmente, por meio de desapropriação em vista do interesse público, mediante a competente indenização paga ao

proprietário, seguida da superveniente deflagração de licitação para execução da obra.

Aliás, de se destacar que as próprias tratativas entre a Becker Construção Civil Ltda. e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, acerca do referido empreendimento, iniciarse já em 17-09-2012 (fl. 11), antes mesmo da aquisição do terreno pela construtora, demonstrando a ausência de isenção do ente público em tais negociações, porquanto desatendeu aos princípios da impessoalidade e da isonomia, privilegiando a agravante em detrimento de possíveis concorrentes. [grifei]

Ademais, preciso frisar que a modalidade de compra e venda de imóvel na planta é dada somente aos particulares, uma vez que o desconto que recebem na aquisição do bem, referente à especulação imobiliária que recai sobre o prédio pronto, é devida justamente por sua participação no financiamento de parte da obra, salvando as construtoras do custo do capital envolvido em financiamentos contratados com instituições financeiras.

Nunca é demais lembrar que, enquanto ao particular é dado fazer o que a lei não proíbe, à Administração Pública é dado somente agir de acordo com o que a lei preceitua (princípio da legalidade), ressaltando-se que, malgrado a atividade dos Bancos Públicos de desenvolvimento/fomento à economia, não cabe à Administração Pública aqui representado pelo Órgão Ministerial, na gestão do erário, financiar o desenvolvimento de atividade econômica privada”.

Mais adiante, finaliza o v. provimento:

“[...] em que pese não tratar especificamente da compra de imóvel, mas da locação na modalidade ‘built-to-suit’, também conhecida como ‘locação sob medida’, o Tribunal de Contas da União, em consulta formulada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (TC

046.489/2012-6 – Plenário), entendeu pela regularidade/aplicabilidade da dispensa de licitação prevista no art. 24, X, da Lei n. 8.666/93, às contratações de locação sob medida de imóvel a ser construído/reformado de acordo com parâmetros mínimos estabelecidos por órgão ou entidade de Administração Pública, desde que a Administração demonstre claramente: a) que as necessidades de instalação e de localização condicionem a escolha de determinando imóvel, e que o imóvel até então, em uso não atende mais ao interesse público e não comporta readequação; b) a inexistência de imóveis disponíveis do âmbito da Administração Pública do mesmo ente federativo a que pertence a instituição; c) a compatibilidade do preço exigido com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; d) que o contrato represente economia de escala a ponto de não ofender o princípio do parcelamento do objeto, previsto no art. 23, § 1.º, e no art. 15, IV, da Lei n. 8.666/93; e desde que não haja o adiantamento, pela Administração, dos valores despendidos com a construção.

Aplicado tal entendimento à operação de aquisição de imóvel, fica evidente, assim, que, um dos pontos principais que não se permite nesta modalidade dispensa de licitação, prevista no art. 24, X, da Lei n. 8.666/93, é o Poder Público financiar a construção do prédio adquirido, sob pena de nítida descaracterização da simples operação de compra e venda. Pois, do contrário, ainda que sob a gestão da construtora, havendo o financiamento público de construção de edifício destinado à Administração, sob a fiscalização e segundo as diretrizes e especificações criadas pelo Ministério Público em relação ao projeto, estar-se-ia diante de nítida execução de obra pública, que demanda, por certo, procedimento licitatório, conforme já amplamente elucidado em momento anterior.

Sabe-se, pois, que não basta a simples leitura das cláusulas do contrato quando é o princípio da primazia da realidade que irá

indicar o verdadeiro negócio pactuado, denunciado a ocorrência ou não de um negócio simulado e irregular, oculto sob uma roupagem jurídica diversa, de aparente legalidade.

Não importa, no caso, que o contrato não explicita a vinculação dos pagamentos realizados pelo Ministério Público com as etapas de construção do empreendimento, se, o que se extrai da realidade fática, é que são esses pagamentos que disponibilizam o capital necessário à construção do prédio, fato este reconhecido pela própria Becker Construção Civil (fl. 32). [grifei]

[...] irregular a contratação, é de se negar o pretendido efeito suspensivo no que tange à continuidade do Contrato n. 006/2013/FERMP, e principalmente no que tange ao adiantamento de pagamento pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, mesmo a despeito de outras garantias propostas pela construtora no presente recurso, porquanto estas não tem o condão de elidir a irregularidade do contrato e, a par disto, apresentem um aspecto perigoso, do fato consumado, que deve ser evitado [grifei].

Ressalta-se, se, realmente, como sustenta a agravante Becker Construção Civil Ltda. em suas razões, está-se diante de contrato de compra e venda de imóvel finalizado (fls. 21 e 22), e não de obra (empreitada), por motivos óbvios, não haverá dano à recorrente em se negar o pagamento antecipado pelo ente público, não se podendo vincular o pagamento das prestações avençadas à continuidade do empreendimento, pois, a contrário senso, o Erário Público estaria financiado a obra privada promovida pela construtora à custo zero de capital, com reflexo na aferição do preço de compra do imóvel” [grifei].

Dessumo, pois, sob qualquer ângulo em que visualizada a questão, o negócio realizado – dispensa de licitação para aquisição de terreno

e edificação de prédio – desde seu limiar já contrariava a legislação de regência (Lei 8.666/1993), seja pela inadmissibilidade da sua concretização sem o procedimento licitatório – pelo menos em relação à edificação – como pela roupagem com que travestido para dar-lhe ares de legalidade, dêis que, em verdade, a contratação da construção a ser erigida sobre a área, fácil concluir da simples leitura do seu instrumento formalizador, possui natureza de “*contratação de execução indireta de obra pública por empreitada integral*”, ou seja, não se está diante de negócio, puro, de compra e venda de “*imóvel na planta*”, como insiste-se em afirmar nos autos.

Com efeito, e mesmo que se admitisse a compra de “*imóvel na planta*”, lembro que a hipótese de dispensa de licitação não a especifica como possibilidade. E não se pode enquadrar aquela opção no conceito de *imóvel inacabado ou não pronto*, simplesmente porque não existia – e ainda está em seus primeiros passos – quando da concretização do negócio. A construção, sequer iniciada, impedia, inclusive, qualquer análise acerca de sua utilidade em face às necessidades do *comprador*, que, por isso, ficou adstrito a um projeto ou projeção da edificação, o que é inadequado à afirmação de atender às finalidades e necessidades da Administração Pública, mormente quando não estipulado, no ajuste, qualquer forma de fiscalização da sua execução, como na espécie.

Interpretando o dispositivo (art. 24, X, Lei 8.666/1993), Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. Ed., Dialética: 2005, p. 250) enfatiza que “*A ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse sob tutela estatal ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado. As características do imóvel (tais como localização, dimensão, edificação, destinação etc.) são relevantes, de modo que a Administração não tem outra escolha. Quando a Administração necessita de imóvel para destinação peculiar ou com localização determinada, não se torna possível a*

competição entre particulares. Ou a Administração localiza o imóvel que se presta a atender seus interesses ou não ou encontra. Na primeira hipótese, cabe-lhe adquirir (ou locar) o imóvel localizado; na segunda, é impossível a locação ou aquisição. A aquisição ou locação de imóvel destinado a utilizado específica ou em localização determinada acarreta inviabilidade de competição. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação e o caso sujeita-se ao disposto no art. 25”.

Quer dizer, a licitação é a regra, comportando exceções muito específicas, dentre as quais não está inserida a aquisição de construção (prédio) ainda não erigido—obra futura—, repito, seja pelo comprometimento de recursos públicos e os riscos advindos de tal espécie de negócio, como pela desnaturação do contrato administrativo apropriado à hipótese, que, reedito, nada mais é do que de execução indireta de obra pública, por empreitada. E, tanto assim, que afora o projeto estrutural originário, os acabamentos (janelas com isolamento térmico e acústico, revestimentos com pastilhas de porcelana, pisos, pinturas, azulejos, forros, jardinagem, pavimentação de calçadas, luminárias, cabeamentos, bancadas de pias, vasos sanitários etc.), os equipamentos (catracas de acesso, cisternas, cancelas, monitoramento por circuito fechado, alarmes, gerador elétrico etc.), auditório, etc., tudo o mais, são exigências ditas *básicas* do órgão contratante, conforme consta expressamente no documento de fls. 645/648, a demonstrar, nitidamente, portanto, a natureza do ajuste, valendo dizer que quem adquire *imóvel na planta* com heliponto, não possui essa margem de manobra e exigência conferida ao Ministério Público Estadual, que, inclusive malferindo os princípios da impessoalidade e isonomia, como consta do memorial anexo ao contrato, escolheu as marcas das fechaduras das portas (*IMAB, ALTERO, LOCKWELL, LA FONTE, PADO* ou *PAPAIZ*), do revestimento cerâmico (*PORTOBELO, PORTINARI, ELIANE, CEUSA, CECRISA* ou *ITAGRES*) e até da argamassa colante e do rejunte a serem empregados, assim como das tintas, metais sanitários (*DOCOL* ou *DECA*) e dos 3 (três) elevadores a serem instalados no prédio.

Sobreleva anotar – a confirmar ainda mais a desnaturação do negócio que se afirma – foram especificadas diretrizes de construção e fiscalização no andamento e estágios da obra, até mesmo para análise técnica da qualidade de materiais empregados, no caso de alguma dúvida no particular, arcando a construtora com os respectivos custos, sempre que assim exigido for, pelo *comprador*. A única sentida ausência no ajuste – e que não poderia ser ignorado, mas sintomaticamente assim o foi – é do cronograma de execução de cada etapa da obra, essencial para o acompanhamento, fiscalização e, obviamente, o pagamento, este, na espécie, ajustado em parcelas anuais, sem qualquer vinculação com o estágio da edificação, exceto a última (entrega do *habite-se*, das *chaves*, *averbação* e da *escritura de compra e venda*). Aos pagamentos anuais (denominados de *antecipação de pagamento*), pelo que se colhe do instrumento formalizador do negócio, exigiu-se, exclusivamente, a apresentação, pela construtora, de *recibo e apresentação de garantias legais* (?), repito, sem qualquer vinculação com o estágio da construção.

As exigências e diretrizes convencionadas, aliás, fazem denotar um outro aspecto que pulveriza a argumentação de que o imóvel era adequado às necessidades do órgão público comprador. Com efeito, pelo nível das chamadas *exigências básicas* do Ministério Público Estadual, efetivamente, o prédio não atendia as suas expectativas e necessidades, de maneira que as adequações exigidas é que o tornaram apto. Noutras palavras, provocou-se a adequação do imóvel para a satisfação das necessidades estatais, requisito essencial – que deve ser precedente, por óbvio –, como já se disse, à dispensa do procedimento licitatório, não canso de relembrar, a regra na Administração Pública.

Exsurge facilmente, então, o que se contratou, em verdade, foi a execução, indireta, de obra pública.

In casu, curial afirmar que a localização – área central e ao lado da atual sede do Ministério Público Estadual – foram os quesitos condutores

da opção da Administração Pública. Logo, e porque, inexplicavelmente, não se quis optar pela expropriação da área – instrumento legítimo, lícito e à disposição quando verificar-se a necessidade e utilidade pública – promoveu-se a negociação com a proprietária do imóvel, direcionando-lhe, com a dispensa da licitação – fórmula utilizada, gizo, para dar ares de legalidade ao ajustado – a construção do prédio, atividade, aparentemente, vinculada à concretização da compra, ou seja, a área somente seria vendida, ao Ministério Público Estadual, concedida, à vendedora, a edificação do prédio, até porque já havia, antes, projeto privado regularmente aprovado com esse fim (Becker Empresarial). Contudo, “*não há como justificar que estando subordinada a realizar interesses indisponíveis e a obedecer ao princípio da isonomia, a Administração efetive contratação abusiva*” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. Ed. Dialética: 2005, p. 234) ou, de qualquer forma, se submeta à vontade abusiva do particular – como, parece, ocorreu na espécie – dê-se que, já disse anteriormente, dispõe-se do instrumento da expropriação, que seria absolutamente viável – quanto ao terreno –, possibilitando, assim e em segunda fase, o procedimento licitatório para a edificação, com todas as nuances e exigências das importantes atividades desenvolvidas pelo Órgão Ministerial Estadual.

Saliento, de outro tanto, a aquisição da área, assim como da própria construção certamente já era *decisão tomada* ou *fato consumado*, pela Comissão Especial de Estudo para Expansão da Estrutura Física do Ministério Público, mais um evento caracterizador da quebra do princípio da impessoalidade e, conseqüentemente, da moralidade pública.

Veja-se que na reunião de 31/10/2012 (fl. 1.084) foi mencionada a proposta (terreno e edifício), ao custo de R\$ 99.629.682,50 (noventa e nove milhões, seiscentos e vinte e nove mil, seiscentos e oitenta e dois reais e cinquenta centavos), tendo o respectivo projeto sido encaminhado a *COENG* (órgão interno do MPSC) para análise e contraproposta,

bem assim para a observação da estrutura e finalidade da instituição pública; em nova reunião (5/4/2013 – fl. 1.093), descartadas outras propostas, aquelas da empresa requerida e da construtora Beco Castelo permaneceram consideradas pela viabilidade. Contudo, mais adiante, e no mesmo ato, manifestaram os componentes daquela comissão, capitaneados pelo requerido Antenor Chinato Ribeiro, o *grande interesse institucional* na oferta da empresa Becker; no mesmo mês de abril (fl. 1.097), em novo encontro, a comissão apresentou 3 (três) propostas, dentre as quais aquela da requerida, registrando-se, contudo, a necessidade de que fosse aguardada a solução de uma ação civil pública – que envolvia a área situada ao lado da atual sede da Procuradoria Geral de Justiça do Estado – cuja audiência de reconciliação estava pautada para o mês seguinte (maio/2013). Na mesma ocasião, deliberou-se pela adequação orçamentária, com previsão para a aquisição de imóvel na ordem de R\$ 120.000.000,00 (cento e vinte milhões de reais); em 8/8/2013 (fl. 1.101), registrou, a dita comissão, em ata, no item 3.6 (fl. 1.105), a pendência, ainda, da ação civil pública, com a previsão “*de que nas próximas semanas todas as licenças ambientais sejam emitidas. Já está previsto no orçamento de recursos para a compra do terreno*” (*sic*); no item 7.4, da ata de fl. 1.116 (reunião de setembro/2013), nova referência é feita ao terreno da Rua Bocaiúva, ainda se aguardando maiores informações por conta da emissão de relatório do órgão ambiental estadual; às fl. 1.119, em reunião realizada em outubro de 2013, consta (item 6 – Terreno Rua Bocaiúva (Casa Rosa)), então – o que já era esperado – os entraves ambientais já haviam sido ultrapassados, a empresa requerida receberia a documentação necessária e “*a previsão é que, até o final de 2013, seja firmado o contrato de compra*”; no mesmo mês de outubro, nova reunião e informação aos participantes a respeito (fl. 1.122), no sentido de que se aguardavam, unicamente, as “*providências judiciais, manifestação do Promotor de Justiça, que tratam do acordo entre a Construtora e o MP*”; finalmente, em novembro de 2013 (fl. 1.125), registrou-se, mais

uma vez – e desnecessariamente afirmo, já que não mais pairava dúvida alguma qual das propostas foi acatada – sobre o *recebimento* de proposta da Construtora Becker, para a venda de seu empreendimento comercial situado ao lado da sede da Procuradoria-Geral de Justiça, a ser erigido no terreno da *Rua Bocaiúva (Casa Rosa)*.

Desta cronologia, extrai-se, com tranquilidade, a conclusão anterior, ou seja, a opção pela proposta da construtora ré já era *fato consumado*, pelo menos desde abril de 2013, tendo o Ministério Público Estadual, unicamente, aguardado fossem superados os entraves (ação civil pública, principalmente, que contou, inclusive, com expediente encaminhado por um dos réus ao órgão do *Parquet* promovente da demanda) com licenciamentos, aprovações, etc. e a adequação de seu orçamento, aliás, quase na soma total do empreendimento.

A partir da transposição daquelas *dificuldades* – que o Ministério Público Estadual aguardou, pacientemente, serem vencidas, apesar da sua necessidade de expansão física – em menos de 90 (noventa) dias restou finalizada a negociação, com o pagamento da primeira das parcelas, em nítida e destacada demonstração, primeiro, de que o empreendimento da demandada já havia sido o escolhido e, em segundo lugar, que os atos administrativos subsequentes foram todos formalizados com a opção já consumada, objetivando, unicamente, e então, dar aparência formal de legitimidade à aquisição muito tempo antes concretizada.

Inviável, como já dito alhures, a dispensa de licitação formulada, que, deve-se registrar, em razão, principalmente, do volume da despesa – mais de cem milhões de reais – foi solucionada em prazo, diga-se assim, bastante exíguo, considerando que o despacho no processo administrativo aprovando a aquisição e a respectiva minuta do contrato, com modificação sugerida na cláusula 18.^a proferido em 11/12/2013, foi acolhido pelo requerido Antenor Chinato Ribeiro naquela mesma data, firmando-se, o instrumento, no dia seguinte, em 12/12/2013

(fls.967/1016), em cuja ocasião também foi requisitado o empenho (fl. 1.017), formalizado naquele mesmo dia, assim como a escritura pública de hipoteca (fls. 1.020/1023), a demonstrar, sem qualquer dúvida, o elevado grau de aodamento de todos os envolvidos, apesar da gigantesca soma de dinheiro público implicada na operação.

E na impossibilidade da contratação direta, com abusiva e ilegítima dispensa do certamente licitatório, da edificação do prédio que serviria às necessidades do *Parquet* Estadual, forçoso reconhecer, por corolário lógico e indissociável, a ineficácia e invalidade do negócio celebrado pela via do Contrato 006/2013/FERMP, desde seu nascedouro, por afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade (art. 37, XXI, CF), com indiscutível repercussão ao patrimônio público, este último, em contrário do alegado, afetado sim, dê que a não licitação – com o concomitante direcionamento à construtora requerida – impediu a livre concorrência de outras empresas, em igualdade de condições, à execução do projeto de construção daquele elevado porte, o que implicaria, com certeza absoluta, na redução dos custos da obra, ou seja, direta economia de recursos públicos, sem olvidar-se, também, a apresentação de concorrentes com melhor condição técnica/tecnológica e econômica, em garantia, sempre, do interesse público.

Nesse diapasão, isto é, tratando-se de contratação ineficaz, dispensáveis outras considerações quanto aos demais fundamentos perfilhados na exordial, na medida em que, por óbvio, todos os procedimentos administrativos seguintes estão igualmente contaminados do vício original, inclusive o antecipado pagamento realizado, na quantia de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), cumprindo, desta feita, sejam declarados todos nulos, restabelecendo-se o *statu quo ante*, com a restituição da elevada soma aos cofres públicos, sob pena da perpetuação – pelo fato já consumado – do prejuízo ao erário.

Colho dizer, ainda, que esse pagamento antecipado, da apreciável soma anteriormente indicada, não só foi irregular por se estar quitando

uma obra sequer iniciada – abro um parêntesis para afirmar que, por outro lado, se tal quantia foi destinada ao pagamento pelo terreno, efetivamente houve superfaturamento, na medida em que poucos meses antes, a área toda fora adquirida, pela empresa requerida, por cerca de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e não há especulação imobiliária que justifique ou sustente, em tão pouco tempo (menos de 6 meses), o acréscimo de mais de 200% (duzentos por cento) no preço – como, mais que evidente e já foi objeto de constatação pelo Des. Luiz Zanelato, do colendo Tribunal de Justiça de Justiça – transcrevi acima – tratou, o Ministério Público Estadual, de *financiar* a construção, a custo zero para a empresa demandada, com o recurso público antecipado e empenhado na mesma data da assinatura do instrumento formalizador do ilegítimo ajuste. As parcelas seguintes, anuais, de igual, também financiariam o empreendimento da ré construtora, reitero, sem nenhuma remuneração do capital público empregado, contudo.

Ouso, novamente, transcrever trecho, bastante pertinente, da decisão prolatada por aquele eminente Julgador, que, apreciando os embargos declaratórios opostos à decisão que proferiu no recurso de agravo de instrumento interposto pela empresa demandada, alinhou:

“Na espécie, o que se verifica é que não restou caracterizado o alegado erro material, na medida em que os supostos equívocos e incoerências apontadas pelo embargante referem-se, na verdade, a divergências interpretativas acerca da caracterização do contrato objeto da demanda, bem como distinções entre o entendimento esposado por este relator e aquele que o recorrente interpreta como adequado ao caso.

Neste sentido, o embargante afirma não há que se falar em financiamento das obras pelo MP, pois ‘os valores previstos em contrato não são adiantados e nem tampouco estão vinculados às etapas de construção do edifício’ (fl. 860), ao passo que ‘a agravante em nenhum momento afirmou depender dos pagamentos adiantados para viabilizar a continuidade da obra’ (fl. 862).

Sustenta, ainda, que o 'o pacto estabelece o pagamento das parcelas sempre após a constatação da evolução da obra, o que demonstra cabalmente que a Agravante primeira executa a construção às suas expensas para, somente após a emissão de laudo técnico pelo MPSC informando o desenvolvimento da obra autorizar a liberação de uma nova parcela contratada' (fl. 861).

Todavia, a embargante, além de distorcer o verdadeiro espírito do contrato, na expectativa de simular uma roupagem de legalidade, quando o negócio jurídico entabulado é verdadeiramente ilegal, tenta, com o fim de desconstituir a decisão embargada, desdizer aquilo que consignou na própria inicial do recurso.

Restou claro o adiantamento de pagamentos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina quando, mesmo antes de iniciada qualquer atividade referente ao empreendimento contratado, houve a transferência de R\$ 30 milhões em favor da agravante, bem como existe previsão contratual da realização de vários pagamentos antes da entrega da obra concluída.

No mais, conquanto a Becker Construção Civil Ltda. intente caracterizar o pacto como compra e venda, além da previsão contratual já citada na decisão embargada, a própria agravante em sua peça recursal reconheceu que:

vê-se que restou amplamente assegurado ao MPSC a prévia constatação do estágio da obra, para somente após, concordando com o levantamento realizado por seus profissionais especializados, e diante do rigoroso cumprimento do entabulado, liberar nova parcela do preço ao Vendedor.

Nesta senda, antes do pagamento das parcelas previstas em contrato, o imóvel será reavaliado, levando-se em conta os acréscimos efetivamente realizados pela Agravante e a conformidade com o memorial descritivo e especificações do imóvel (fl. 29).

Por conseguinte, o próprio repasse de recursos pelo MP mediante as medições da obra apontam nítidas características de empreitada.

Outrossim, embora argumente que em momento algum alegou depender dos repasses da Administração Pública para dar andamento à obra, não é o que se extrai do exposto no corpo do agravo de instrumento, como se observa:

[...] ora, não há como negar-se que existe para todo o empresário um planejamento financeiro visando fazer frente ao cronograma do empreendimento em construção, até a sua entrega ao comprador e que, a par da total escassez dos recursos previstos, outra fonte de recursos, não prevista, precisará ser direcionada a tal mister, provocando o desequilíbrio das atividades empresariais, antes perfeitamente programadas. Não é por outra razão, frisa-se, que é fato usual no mercado dos empreendimentos imobiliários a previsão do recebimento de parte da comercialização no transcorrer da própria obra, com a venda antecipada de unidades, o que corresponderia ao pagamento fracionado na situação que ora se apresenta.

Nesta senda, acaso mantida a decisão – o que não se acredita, haja vista todo o fundamentado, em especial a ausência absoluta de risco ao erário – a Agravante, a fim de superar a dificuldade não prevista, precisaria dispor de recursos destinados a outros empreendimentos em curso ou em fase lançamento, atitude esta que não se pode exigir do construtor, posto que evidentemente prejudicial e desprovida de qualquer razoabilidade ou legalidade (fl. 38, grifou-se)

[...] Da mesma forma, a proibição de repasse dos valores contratuais, em especial a parcela que venderá no dia 19/12/2014, data próxima, causará danos de difícil reparação à Agravante, consoante minuciosamente demonstrado.

Conforme dito, a Recorrente, ao deixar de receber valores contratados, ficará refém da obra em andamento, pois não poderá dispor do imóvel hipotecado – e indisponível – bem como poderá sofrer danos decorrentes da inexigível reestruturação financeira pela qual precisará passar para fazer frente aos empreendimentos em andamento. (fl. 47, grifou-se)

[...] *Requer a Vossas Excelências:*

[...] a.2 – A continuidade do pagamento à Agravante, das parcelas estipuladas no Contrato n. 006/2013/FERMP, em especial a parcela com vencimento em 19/12/2014, diante da evidente aplicação dos valores na obra [...] (fl. 48, grifou-se)

Ora, se o(s) pagamento(s) adiantado(s) realizado(s) pelo Poder Público (diga-se de passagem, a custo zero de capital) tem sido empregado(s) diretamente pela construtora na realização da obra, sendo prejudicial a proibição de adiantamento porquanto terá a agravante de passar por reestruturação financeira, passível de atingir até obras diversas, resta mais que evidente que é o dinheiro público que tem custeado a obra, o que constitui financiamento, ao contrário do que argumenta a embargante” [grifos do original].

À primeira ilegalidade praticada – dispensa de licitação em desobediência ao preceito legal (art. 24, X, Lei 8.666/1993) que a capitula –, que já é mais que suficiente, repito, à declaração de ineficácia do negócio celebrado, somou-se, considerando a roupagem dada à contratação, outra evidente irregularidade, qual seja, o pagamento antecipado do preço do imóvel, sem a mínima vinculação com o estágio da obra – as parcelas seriam anuais e, tão só, exigíveis, nas respectivas datas, depois da apresentação de um *recibo* e análise das garantias oferecidas – em temerária conduta administrativa/contratual, absolutamente fora dos padrões mínimos de segurança exigíveis à hipótese. Em suma, como

antes acenado, o Ministério Público Estadual financiava, sem nenhuma remuneração pelos recursos disponibilizados, a edificação que ele próprio adquiria, antecipando verba pública que era empregada na compra de materiais, equipamentos e pagamento da mão de obra que executava a construção.

É conduta que não se coaduna, absolutamente, com a finalidade precípua da Administração Pública. Muito pelo contrário, revela, isto sim, a intenção manifesta da execução de obra pública, por empreitada, sem a necessidade, nada obstante, da observância dos procedimentos licitatórios e dos princípios constitucionais a eles inerentes, com clara motivação de direcionamento à empresa requerida, proprietária da área vizinha a atual sede do Ministério Público Estadual, como condição *sine qua non* à perfectibilização da venda.

Anoto, porque incompreensível, o Ministério Público Estadual adquiriu a propriedade – o terreno e o projeto de construção – e não recebeu a escritura pública inerente ao imóvel, o qual permanece, ainda, na propriedade e domínio da construtora requerida, que a ofereceu em garantia hipotecária, ao seu próprio comprador, para que liberado o pagamento da primeira das parcelas ajustadas. Isto é, a garantia ofertada pela empresa requerida já não mais lhe pertencia, porquanto transferida, via contrato pelo menos, ao *Parquet* Estadual, a significar, portanto, dita quitação foi realizada sem nenhuma garantia, porquanto o bem imóvel – área de terras, matrícula imobiliária 477, do Registro de Imóveis (1.º Ofício) da comarca de Florianópolis – ainda que não formalmente, já havia sido alienado.

Os vícios do contrato em voga, vislumbra-se, são muitos e evidentes, saltando aos olhos as ilegalidades praticadas, a partir de sua formalização inicial, o que, reafirmo mais uma vez, já se mostra suficiente ao reconhecimento da ineficácia, por inteiro, do ajuste celebrado com a participação, direta, de todos os demandados. Representam elas, as

irregularidades, ainda, afetação direta à moralidade pública – travestir o negócio para evitar o procedimento licitatório – é outro prejuízo concreto que não se pode ignorar, em especial por partir de autoridade pública que, precipuamente, deve zelar pela licitude, legitimidade e moralidade da Administração Pública.

Não custa lembrar que *“A contratação direta não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes”* (MARÇAL, ob. cit., p. 228), situação, aqui, nada obstante, muito longe de ser observada.

O acatado doutrinador, noutra passagem, alinha (p. 229):

“A contratação direta não autoriza atuação arbitrária da Administração. No que toca com o princípio da isonomia, isso significa que todos os particulares deverão ser considerados em plano de igualdade. Ao escolher um sujeito específico e com ele contratar, a decisão administrativa deverá ser razoável e fundar-se em critérios compatíveis com a isonomia”.

Por razões absolutamente desconhecidas, todavia – ainda que, ratifico, pareça ter sido uma imposição do negócio pela proprietária da área escolhida –, a dispensa de licitação foi estendida, indevidamente não canso de repetir, à edificação do prédio – o que não se justificava, em absoluto –, alijando, assim, outros eventuais particulares interessados, em conduta que não se coaduna, portanto, no asseguramento do interesse público, olímpicamente ignorado por todos os envolvidos, ou, como antes perfilhado, no mínimo, *“em atuação arbitrária da Administração”*.

Ensina Hely Lopes Meirelles que *“a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o Administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter competência legal para praticá-lo; deverá obedecer à forma legal para sua realização; e deverá atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o interesse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo”* (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 121).

Registro, aliás, como já dito nestes autos, qualquer mandatário/administrador municipal que se arvorasse à realização de negócio da espécie, com os mesmos artifícios empregados – dispensa de licitação para compra de *“imóvel na planta”*, com pagamentos antecipados e sem garantia válida –, sofreria, de imediato, toda a sorte de interposições judiciais, *recomendações*, etc., pelo implacável órgão ministerial da correspondente jurisdição, posto a evidente ilegalidade da prática, seja pela insegurança ao erário, como pelo inescandível financiamento, com recursos públicos, da construção, com as exigências e modificações no projeto originário, inclusive, do comprador, o Ministério Público Estadual.

No que concerne à ausência de prejuízo material – aqui presente, como já antes afirmei, pela não concorrência de outras empresas em regular certame de licitação – vale registrar que o Supremo Tribunal Federal, em recente julgado de relatoria do Min. Dias Toffoli (ARE n. 824781, j. 28/8/2015), atribuiu repercussão geral ao entendimento de que não é necessária a comprovação de prejuízo material aos cofres públicos como condição para a propositura da ação popular, de modo a tornar plenamente possível o seu manejo, obviando a averiguação de afronta à moralidade administrativa e aos patrimônios cultural e histórico.

Confira-se, a respeito, ainda:

“AÇÃO POPULAR. ABERTURA DE CONTA EM NOME DE PARTICULAR PARA MOVIMENTAR RECURSOS PÚBLICOS. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 5º, INC. LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. As premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não cabem ser apreciadas nesta instância extraordinária à vista dos limites do apelo, que não admite o exame de fatos e provas e nem, tampouco, o de legislação infraconstitucional. Recurso não conhecido” (STF. RE n. 170768/SP, Min. Ilmar Galvão, j. 26/3/1999).

O Superior Tribunal de Justiça quanto ao mesmo tema, pontificou:

“[...]

1. A Constituição da República vigente, em seu art. 5º, inc. LXXIII, inserindo no âmbito de uma democracia de cunho representativo eminentemente indireto um instituto próprio de democracias representativas diretas, prevê que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Tal dispositivo deixa claro que a ação popular, também, é cabível com vistas a anular atos lesivos à moralidade administrativa.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 170.768/SP, pacificou ser ausente a contrariedade ao art. 5º, LXXIII, da Lei Maior por entender que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos.

3. No presente caso, o ato impugnado consiste na pré-qualificação da concorrência para concessão da exploração da Ponte Presidente Costa e Silva (Rio-Niterói) realizada em 1993, ao passo que o art. 4º, III, c, a Lei n. 4.717/65 registra como nulos os atos relativos à concorrência administrativa processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.

4. O art. 4º, III, c, a Lei n. 4.717/65 registra como nulos os atos relativos à concorrência administrativa processada em condições que impliquem a limitação das possibilidades normais de competição. Assim, mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também o patrimônio moral e cívico da administração.

5. Nesse contexto, não há que se cogitar em lesão somente quando da celebração do contrato de concessão e, pois, em ausência de interesse processual.

6. Recurso especial não provido” (REsp n. 849297/DF, Min. Mauro Campbell Marques, j. 02/10/2012).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. LESIVIDADE À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCINDIBILIDADE DE

DANO MATERIAL. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO.

1. *Cuida-se de ação popular proposta contra a Caixa Econômica Federal e outros com o objetivo de declarar a nulidade de procedimento licitatório instaurado pela empresa pública, mediante a modalidade de concorrência pública, para contratação de serviço especializado de tratamento dos documentos coletados em caixa rápido e malotes de clientes. Os autores sustentaram que a terceirização desses serviços implicará na quebra do sigilo intrinsecamente ligada à atividade-fim do serviço bancário, que deve guarnecer o sigilo bancário de seus clientes.*

2. *O Juízo singular extinguiu a ação popular, sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, ao fundamento de que os autores, na propositura dessa ação constitucional, deveriam comprovar a lesividade ao patrimônio público.*

3. *O Tribunal regional deu provimento à remessa oficial e ao recurso do Ministério Público Federal para determinar que o Juízo singular prosseguisse no julgamento do feito e expedisse ofício à Caixa Econômica Federal para verificar se a contratação dos serviços questionados persistiam ou tinham sido sucedidos por outro processo licitatório. A Corte regional entendeu que havia plausibilidade de lesão ao Erário e à moralidade administrativa pela narrativa trazida na inicial. Por conseguinte, autorizou o prosseguimento do feito e determinou a realização de diligências, tendo em vista o transcurso de mais de sete anos entre o ajuizamento da ação e a prolação da sentença.*

4. *A jurisprudência deste Tribunal Superior perfilha orientação de que a ação popular é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público. Precedentes: REsp 474.475/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 9/9/2008, DJe 6/10/2008; e AgRg no*

Resp 774.932/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/3/2007, DJ 22/3/2007.

5. O recurso especial, conforme delimitação de competência estabelecida pelo art. 105, III, da Carta Magna de 1988, destina-se a uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional federal, razão pela qual é defeso em seu bojo o exame de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento. Precedentes: AgRg no REsp 827.734/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14/9/2010, DJe 22/9/2010; Edcl no AgRg no Ag 1.127.696/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19/11/2009, DJe 30/11/2009; e EDcl nos EDcls no REsp 1.051.773/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 09/2/2009.

6. *Agravo regimental não provido*” (AgRg/Dcl/REsp n. 1096020/SP, Min. Benedito Gonçalves, j. 21/10/2010).

Em suma, concluo: I. o Ministério Público Estadual, tencionando, por necessidade, o aumento da área física da sede da Procuradoria-Geral de Justiça, em Florianópolis, optou pela aquisição e edificação de prédio, ao lado de seu atual endereço; II. nesse objetivo, com atuação direta e concreta dos réus que conduziam a administração da instituição, de forma ilegítima por contrariar a legislação de regência (Lei 8.666/1993), promoveu-se ao procedimento de dispensa de licitação – que até era cabível, exclusivamente em relação ao terreno, por suas peculiaridades – extensiva à edificação da obra física, em evidente burla aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade pública e com evidenciado prejuízo ao erário, pela ausência de concorrência de outros interessados na execução da construção; III. maquiando-se todo o procedimento, formalizou-se ajuste com natureza de “*contratação de execução indireta de obra pública por empreitada integral*”, ou seja, sem nenhuma característica de negócio, puro, de compra e venda de “*imóvel na planta*”, esta última igualmente não permitida pela lei; IV. ordenou-se o pagamento

da quantia de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), à construtora ré, de forma antecipada – não havia, na ocasião, uma única porcentagem da edificação em andamento – e sem garantias, dêz que o imóvel ofertado é o próprio terreno, *compromissado à venda ao Parquet* Estadual; V. os pagamentos anuais, ajustados, possuem nítidas características de financiamento, sem nenhuma remuneração, da edificação/obra, mesmo porque não se estabeleceu nenhum cronograma e vinculação com suas etapas de conclusão, aos respectivos desembolsos; VI. a impossibilidade da dispensa de licitação, na espécie, conduz à ineficácia do negócio, desde a assinatura do respectivo instrumento, exigindo a restituição da parcela antecipada, devidamente atualizada, restabelecendo-se as partes ao *statu quo ante*; VII. o malferimento a princípios básicos do procedimento licitatório ou sua dispensa são indelévels, notadamente porque a opção de compra já, muito antes de sua formalização, havia sido internamente consumada, o que conduz à conclusão de que a conduta dos requeridos, por tudo isso, atentou contra o interesse público, que deve nortear as ações de todo e qualquer Administrador Público, por afetar a legalidade, a moralidade pública e ocasionar prejuízo aos cofres públicos.

Hely Lopes Meirelles, quanto à ação popular e seus requisitos, assinala:

“O primeiro requisito para o ajuizamento da ação popular é o de que o autor seja cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos civis e políticos, requisito, esse, que se traduz na qualidade de eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física) munido de seu título eleitoral poderá propor ação popular, sem o quê será carecedor dela [...].

O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública. Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na

sua formação ou no seu objeto [...]. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, ‘a’ e ‘e’).

O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular.

Sem estes três requisitos – condição de eleitor, ilegalidade e lesividade –, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular” (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 33. ed. São Paulo Malheiros: 2010, p. 171/173).

Em como se colhe da vasta fundamentação anteriormente esposada, na espécie, restam amplamente presentes todos aqueles 3 (três) requisitos a ensejar, portanto, a invalidação do ato ilegal, causador de lesividade ao patrimônio público, à administração e à moralidade pública (art. 2º, letras b e c, Lei 4.717/1965); sem olvidar-se, trata-se, em verdade, de ato nulo, daí que os efeitos dessa declaração de ineficácia retroagem *ex tunc*, tudo retornando ao *statu quo ante* (*quod nullum este nullum effectum producit*).

Da procedência da pretensão – invalidação do ato (Contrato 006/2013/FERMP) – exsurge, então, a responsabilização daqueles que

lhe deram causa e, em concomitância, omissiva ou comissivamente, causaram os danos igualmente presentes, nesse caso, especialmente, as perdas e danos ao erário, até porque como observa José Afonso da Silva (apud Ação Popular, de Rodolfo de Camargo Mancuso. 5. Ed., Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 262), “*a só desconstituição do ato impugnado não bastaria para a satisfação da vera finalidade da ação popular, sendo necessário que, ao decreto de nulidade, se siga a condenação dirigida ao(s) responsável(is): ‘O ato inválido, por lesivo, constitui ilícito gerador de prejuízo, e justifica a atribuição da natureza condenatória reparadora à sentença que acolhe o pedido do autor. Não fosse assim, a defesa do patrimônio público não se comporia, e não se obteria a finalidade precípua da ação popular, como instrumento de controle de atos do poder público ou equiparados, no que respeita à moralidade administrativa’*”.

Luís de Loreto, invocando Carnellutti, já afirmara que ‘a ação constitutiva está acumulada com uma ação condenatória’. [...] No ponto, J. M. Othon Sidou: ‘Classificando-se como constitutiva-condenatória, a sentença de ação popular não só decreta a invalidade do ato impugnado, como condena ao pagamento de perdas e danos os responsáveis e os beneficiários do dito ato’”.

A responsabilidade dos réus Lio Marcos Marin, na ocasião Procurador-Geral de Justiça e Antenor Chinato Ribeiro, o Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos, decorre, automaticamente, do exercício daquelas atribuições, e, pois, na condição de ordenadores primários do ato e firmatários do instrumento que formalizou a ilegítima negociação e o subsequente pagamento, antecipado, da quantia de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), extraída do orçamento do Ministério Público Estadual, para transferência à outra ré, Becker Construção Civil Ltda., denominada vendedora e, portanto, a direta beneficiária do ato ilegal e ineficaz, na medida em que vendeu área de

sua propriedade e foi aquinhoadada com a construção, sem concorrência com outras empresas, do edifício sede da instituição pública adquirente, obtendo, ainda, recursos mais que suficientes à edificação, de forma antecipada e absolutamente descompromissada com as etapas da obra.

Cumpra a estes demandados, dessarte, solidariamente, reconstituir o patrimônio público lesado, notadamente porque o só desfazimento do negócio não haverá de recompor o erário, pela antecipação, reitero, da alta soma antes mencionada, que deverá ser monetariamente atualizada antes de sua restituição, restabelecendo-se, então e na sequência, as partes, ao estado anterior à da concretização do ajuste em causa, afora outros prejuízos decorrentes da malfadada contratação.

Arcação, ainda, os requeridos – afora o Estado de Santa Catarina, que na condição de beneficiário desta decisão não pode ser considerado sucumbente – com as despesas processuais, aí incluídos os honorários advocatícios.

A doutrina, nesse ponto, de Yussef Said Cahali:

“A responsabilidade pelos encargos advocatícios na ação popular não é informada pela regra da sucumbência, mas pelo princípio do interesse; conforme insistentemente realçado pela doutrina e jurisprudência, o autor popular não postula em juízo o reconhecimento de um seu direito subjetivo, próprio, mas a prevalência do interesse da coletividade lesada, e a benefício dela” (Honorários Advocatícios. 2. ed. São Paulo: RT, p. 741, 1990).

Por último, anoto que os demais questionamentos, pelo autor popular, em relação ao procedimento administrativo que conduziu à contratação objurgada, não carecem de maior consideração ou fundamentação, dès que a ineficácia e invalidade do ato, a partir de seu nascedouro, dispensa outras tergiversações.

Em relação à aprovação, pelo colendo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no que atina ao mesmo negócio aqui invalidado,

saliente que por não estar, o poder jurisdicional, vinculado aquelas veneráveis decisões administrativas, incogitável, automaticamente, o reconhecimento da legitimação do ato administrativo e não prejudica a análise judicial no particular, se provocado a tanto o Estado-Juiz.

Cito, nesta direção, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“APROVAÇÃO DE PARTE DAS CONTAS NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA.

‘Como órgão técnico que é, o Tribunal de Contas emite decisões eminentemente administrativas, sem traços de definitividade capazes de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.’ (Apelação Cível n. 2006.040457-4, de Armazém, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 13-10-2009). [...]” (TJSC. AC n. 2011.024237-2, de Capivari de Baixo, Des. Cid Goulart, j. 11/2/2014).

“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVO RETIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.[...]DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NÃO AFASTA A TUTELA JURISDICIONAL. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE OS PEDIDOS DE CONDENAÇÃO. DECISÃO REFORMADA. ATO ÍMPROBO COMPROVADO. [...]” (TJSC. AC n. 2012.067654-5, de Capivari de Baixo, Des. Júlio César Knoll, j. 13/6/2013).

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...] APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS QUE POSSUI REFLEXOS APENAS EM RELAÇÃO À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. PRELIMINARES RECHAÇADAS. [...]” (TJSC. AC n. 2011.088244-4, de Porto União, Des. Jorge Luiz de Borba, j. 16/4/2013).

À vista do exposto, o mais que dos autos consta e o direito

aplicável à espécie, julgo procedente a presente ação popular intentada por **Manolo Rodriguez Del Olmo contra Becker Construção Civil Ltda., Lio Marcos Marin, Antenor Chinato Ribeiro e o Estado de Santa Catarina** para, via de consequência:

1. desconstituir, com fundamento no art. 2º, letras b, c e e, da Lei 4.717/1965, porque nulo, inválido e ineficaz, para todos os devidos e legais efeitos, o Contrato 006/2013/FERMP, que formalizou a compra e construção nele descritas, desde a data de sua assinatura, inclusive, determinando, nestas condições, a restituição, ao erário, da quantia de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), antecipada à ré Becker Construção Civil Ltda., devidamente atualizada até seu efetivo recolhimento aos cofres públicos;

2. condenar os requeridos, exceto o Estado de Santa Catarina – o direto beneficiário da presente decisão –, solidariamente, à reparação de todos os danos causados aos cofres públicos (art. 11, Lei 4.717/1965), acaso a só invalidação do ato, com a devolução dos recursos públicos antecipados, não seja o suficiente à recomposição dos prejuízos decorrentes, o que deverá ser apurado, posteriormente, em liquidação de sentença;

3. suspender, *incontinenti*, a obra/edificação objeto da causa e do referido negócio, determinando sua paralisação no estágio atual, devidamente descrito e consoante o Parecer Técnico de fls. 3.735/3.750 (27,05%), sob pena da incidência de multa, a cada qual dos demandados, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);

4. sustar, de igual imediatamente – quer dizer, da publicação desta decisão –, todo e qualquer outro pagamento, de quaisquer espécies e origem, por conta da obra e do contrato aqui reconhecido como nulo e declarado ineficaz; e

5. manter a indisponibilidade dos bens da requerida Becker Construção Civil Ltda., na quantia do que já foi a ela quitado (R\$ 30.000.000,00 [trinta milhões de reais]), incidindo, primeiro, sobre o

próprio imóvel do negócio ora declarado sem efeitos, oficiando-se, desde já, ao Cartório do Registro de Imóveis respectivo, da comarca da Capital, para que anotada a presente decisão.

Condeno os réus (art. 12, Lei 4.717/1965), solidariamente, de igual com exceção do Estado de Santa Catarina, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que arbitro em 10% (dez por cento) do valor a ser restituído aos cofres públicos (parcela antecipada), consoante antes determinado neste dispositivo (art. 85, § 2º, CPC) e que representa, no momento, o conteúdo econômico da pretensão perfilhada nos autos.

Em face da entrega da prestação jurisdicional, com a publicação desta decisão, concomitantemente encerrou-se a atividade jurisdicional deste Primeiro Grau de Jurisdição, razão porque deixo de apreciar o pedido de liberação da quantia judicialmente depositada, pelo Ministério Público Estadual, objetivando a quitação da segunda das parcelas do ajuste, sem olvidar-se, ainda, seria absolutamente contraditório e ilegítimo autorizar, a construtora requerida ora condenada, ao levantamento de qualquer soma, após o reconhecimento da ineficácia e invalidade do contrato administrativo, objeto da presente *actio*.

Custas *ex lege*.

P. R. I.

São Bento do Sul, 14 de junho de 2016.

Edson Luiz de Oliveira

Juiz de Direito

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE

Lei 11.419/2006, art. 1º, § 2º, III, a

ARTIGOS

A FUNÇÃO EXTRAFISCAL DOS TRIBUTOS COMO FORMA ALTERNATIVA PARA AUXILIAR E FOMENTAR O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Sérgio Roberto Baasch Luz⁴⁷

Jamil Cherem Garcia⁴⁸

RESUMO

Após longos anos de debate e de uma produção legiferante de normas ambientais das mais diversas espécies, verifica-se que os avanços em relação à proteção ambiental carecem da criação de instrumentos mais eficazes ao combate desse mal. Diante da imperiosa necessidade de se criarem ferramentas hábeis a frear a destruição ambiental, demonstra-se a possibilidade de se utilizar da extrafiscalidade das normas tributárias como ferramenta capaz de induzir e direcionar os comportamentos dos agentes que se utilizam dos recursos não renováveis, e assim obter deles atitudes ecologicamente responsáveis e conscientes. O presente estudo demonstra, por meio de pesquisa eminentemente bibliográfica, que a utilização das normas tributárias, notadamente a partir da sua função extrafiscal, pode auxiliar o poder público e a coletividade no intento de fomentar o desenvolvimento sustentável e resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, citando-se, com base em exemplos extraídos da doutrina, alguns dos tipos de tributos que podem ser utilizados para esse fim. Palavras-chave: 1. Meio ambiente. 2. Tributos. 3. Direito tributário ambiental. 4. Desenvolvimento sustentável. 5. Extrafiscalidade.

47 Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

48 Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Santa Catarina. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera. Especialista em Administração Pública e Gerência de Cidades pela Faculdade de Tecnologia Internacional – Fatec.

1. INTRODUÇÃO

A população urbana cresce diariamente, e a Administração Pública não consegue acompanhar e oferecer *pari passu* a necessária estrutura para esse crescimento; assim, a qualidade de vida encontra-se diariamente ameaçada, e o meio ambiente, por sua vez, paga a conta de um crescimento irresponsável e desordenado.

Entre os principais temas das agendas dos países por todo o mundo está o desafio de conseguir implementar o desenvolvimento e o crescimento de forma sustentável. Esse tem sido atualmente o cerne da preocupação de grande parte dos governantes e da população mundial.

Diante de tais constatações, faz-se imperativo que medidas de urgência sejam tomadas no sentido de auxiliar o desenvolvimento sustentável.

Após longos anos de intenso debate e de produção diversificada de espécies normativas para proteger o meio ambiente, propôs-se a utilização de um instrumento de intervenção econômica e social capaz de atingir tal fim.

Surgia, então, a possibilidade de a tributação figurar como ferramenta para auxiliar o poder público, em todas as esferas da Federação, no intento de fomentar o desenvolvimento sustentável. A utilização desse mecanismo para o caso ora proposto, todavia, ver-se-á, tem função distinta daquela a que normalmente se destina, cuja finalidade é meramente arrecadatória; visa, de outra banda, atingir o comportamento tanto dos particulares como dos segmentos empresariais e governamentais, induzindo-os, por meio da imposição da exação, à adoção de comportamentos que se coadunam com o desenvolvimento consciente e ecologicamente equilibrado, em detrimento de políticas que objetivam somente o desenvolvimento a qualquer custo, como se o meio ambiente fosse inesgotável. Isso é o que se denomina de função extrafiscal dos tributos.

Entretanto, não é só pela imposição da exação que o Administrador Público pode incentivar o desenvolvimento aliado à sustentabilidade; os benefícios fiscais também servem de incentivo para tal intento.

Para comprovar a possibilidade de se utilizar das normas tributárias como instrumento fomentador de boas práticas para realizar o desenvolvimento consciente e ecologicamente correto, o presente trabalho faz inicialmente uma breve exposição a respeito da importância hodierna do bem meio ambiente, e o *status* de direito transindividual que acabou por atingir.

A ideia de desenvolvimento sustentável é imprescindível para a elucidação deste estudo, portanto, de um breve apanhado de lições doutrinárias, é traçada a acepção para essa locução.

Em seguida, faz-se uma exposição a respeito do caráter extrafiscal dos tributos e apresenta-se a forma como esse expediente pode ser empregado em prol da proteção do meio ambiente.

Para concluir, são apresentados alguns exemplos práticos de tributos que podem auxiliar na promoção do desenvolvimento sustentável.

2. MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com o passar dos anos, dos séculos, o direito lapida-se, amolda-se, modifica-se, movimenta-se, em decorrência preponderantemente do dinamismo das relações presentes no seio da sociedade. Assim, em virtude das mudanças provocadas pela dinâmica das relações sociais, direitos podem adquirir supremacia em detrimento de outros direitos.

Atualmente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem despontado como um novo direito, um direito de terceira geração, ou, ainda, um direito de interesse difuso, de titularidade coletiva.

Bobbio (2004, p. 84) prenunciou a característica do direito ao meio ambiente como direito do homem quando afirmou estar surgindo, através dos movimentos ecológicos, um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, em que as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e na justificação dos direitos do homem.

O filósofo Bobbio erigiu ainda o direito de viver num ambiente equilibrado e sadio, como o mais importante dos direitos de terceira geração:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. (BOBBIO, 2004, p. 25).

No país, a proteção ao meio ambiente foi guindada ao seu patamar mais elevado com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, por meio do seu artigo 225, proclamou que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Segundo Emin et al. (2005, p. 135), a característica metaindividual desse direito fica muito clara quando, no *caput* do artigo 225, o legislador fez uso da expressão “todos” para designar o sujeito desse direito.

Saliba (2005, p. 44) festeja o advento da Constituição da República de 1988 por entender que o preceptivo do prefalado artigo 225 reconheceu que o bem ambiental não se insere nas categorias de bem público nem de bem privado, uma vez que transcende o indivíduo sem constituir interesse público, tratando-se, em verdade, de um interesse transindividual.

A ilação, portanto, é que da regra estampada no artigo 225 da Carta Magna brota o bem fundamental meio ambiente, cuja característica primordial é a de transcender a particularidade dos indivíduos, uma vez que a “todos” foi outorgado esse direito, e que ainda tem como marca indelével a tutela da vida em todas as suas formas.

Para Machado (2005), o meio ambiente está umbilicalmente ligado à qualidade de vida e à saúde dos seres humanos, pois não basta viver ou conservar a vida, é preciso que os elementos do ambiente em que se vive ofereçam aos indivíduos boas condições para a sua formação e vivência.

Em reforço, reproduz-se o pensar de Saliba (2005, p. 103):

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma garantia reconhecida constitucionalmente, é sem sombra de dúvida alguma um Direito fundamental que deve ser amplamente prestado para a manutenção da dignidade da pessoa humana, considerada aqui em seu sentido difuso.

Destarte, por ser o desenvolvimento econômico essencial à manutenção da vida humana, assim como o bem ambiental também o é, o desafio então é conjugar, de forma sustentável, o progresso econômico sem descurar da proteção à dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente, pois, como visto, o bem ambiental está intimamente ligado à condição do ser humano.

3. ACEPÇÃO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Como é cediço, os recursos naturais não são inesgotáveis, assim como também é sabido que gerações futuras habitarão o mesmo espaço que hoje habitamos, o Planeta Terra. Diante desse fato, é imprescindível que a utilização dos recursos não renováveis aconteça de forma consciente, ressaltando-se, entretanto, que a estagnação do desenvolvimento é também prejudicial, pois é necessário prover os meios de subsistência da grande massa populacional que habita o planeta.

É preciso, portanto, estabelecer a harmonia entre o desenvolvimento e a preservação ambiental.

Da dicotomia entre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente surge a necessidade de se construir um novo modelo desenvolvimentista, denominado de desenvolvimento sustentável, cuja aceção faz-se imprescindível para a compreensão do presente estudo.

A aceção ora proposta tem início no princípio do desenvolvimento sustentável, o qual se encontra cristalizado no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, mais precisamente na parte que impõe “[...] ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo [meio ambiente] e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Nessa vereda, Fiorillo (2005) ressalta a substancialidade do princípio reportado, salientando que o desenvolvimento é sem sombra de dúvida importante para a sociedade, porém, segundo o autor, parâmetros hão de ser traçados para que esse desenvolvimento não empurre o planeta para o caos ambiental, isto é, desenvolvimento e preservação ambiental devem coexistir, de modo que um não anule o outro.

Ponderosos, nesse propósito, os ensinamentos de Freitas (2011, p. 40-41):

Trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.

Do relatório denominado Nosso Futuro Comum, produzido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1991, p. 46), é possível extrair o conceito de desenvolvimento sustentável, “aquele

que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem suas próprias necessidades”.

Vê-se, pois, que a intenção não é extirpar a sociedade do desenvolvimento, mas fazê-lo caminhar paralelamente com a preservação ambiental, evitando, assim, o risco de privar as futuras gerações do acesso aos recursos naturais, pois a estagnação do desenvolvimento é tão prejudicial quanto a degradação ambiental.

4. A EXTRAFISCALIDADE DOS TRIBUTOS COMO FORMA DE AUXILIAR E FOMENTAR O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Sabe-se que o Estado, na sua mais ampla acepção, tem o dever de regular as relações da vida em sociedade, seja evitando e solucionando conflitos, seja promovendo e gerindo políticas públicas de desenvolvimento e de infraestrutura, o que, certamente, só é viabilizado mediante a disponibilidade de recursos.

Diante da necessidade de auferir recursos para a efetivação dessas atividades, a tributação despontou como meio financeiro imprescindível à viabilidade da atuação estatal.

Para tanto, a Carta Magna do Brasil, no seu artigo 145 e incisos, garantiu:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. (BRASIL, 1988).

Bottallo (2002, p. 57), ao discorrer sobre as funções do tributo, vaticina:

Dentro do sistema da economia de mercado, eles são, na verdade, os mais importantes meios de que as pessoas políticas dispõem para obter os recursos de que necessitam. Esta função arrecadatória é a que se convencionou denominar fiscalidade.

Domingues (2007, p. 47) perfilha esse entendimento ao afirmar, em resumo, que a imposição tradicional tem como finalidade exclusiva a arrecadação de recursos financeiros para prover o custeio dos serviços públicos.

Não obstante os tributos, a rigor, possuam função eminentemente arrecadatória, cuja finalidade é a de financiar as atividades acima reportadas, paralelamente ao plano da fiscalidade, tem-se admitido a função extrafiscal dos tributos.

Carvalho bem resume a possibilidade de os tributos ostentarem tanto o caráter fiscal como o extrafiscal:

Há tributos que se prestam, admiravelmente, para a introdução de expedientes extrafiscais. Outros, no entanto, inclinam-se mais ao setor da fiscalidade. Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre o outro. (CARVALHO, 2012, p. 291).

A extrafiscalidade brota quando, ao manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, o ente público responsável pela imposição da exação almeja atingir objetivos distintos dos meramente arrecadatórios, ou seja, a partir da análise da legislação de regência de um tributo, imprimem-se traços no sentido de prestigiar certos

acontecimentos de relevo social, como, por exemplo, quando o legislador dispensa tratamento menos gravoso ao contribuinte com vistas a obter um comportamento direcionado (CARVALHO, 2012, p. 290).

Modé (2007, p. 70) trata a extrafiscalidade como “mecanismo de indução”, através do qual o Estado conduz os agentes econômicos a um comportamento que na sua visão é desejável, utilizando, para tanto, os instrumentos de intervenção em consonância com as leis que regem o funcionamento dos mercados.

Shoueri (2005, p. 235) adverte que, em meio às ferramentas que possui à disposição para atingir tal preceito, dispõe o constituinte da opção de inserir na lei tributária normas de indução que incentivem ou desestimulem o comportamento desejado.

Dentro desse contexto, pode-se afirmar que os instrumentos tributários para fins não arrecadatórios são utilizados com o escopo de modelar o comportamento do contribuinte e, assim, direcioná-lo à realização de comportamentos ou práticas que representem benefícios à sociedade.

Entretanto, não é só pela imposição da exação que o legislador pode compelir o contribuinte a adotar condutas que entenda adequadas; a sutileza de conceder benefícios fiscais também serve de incentivo para tal intento.

Nesse desiderato, percuientes as lições de Carrazza (2011, p. 754) quando assinala que:

há muito se percebeu que a lei tributária é melhor obedecida quando, em lugar de determinar condutas, vale-se do meio mais sutil de influenciá-las, outorgando aos contribuintes subvenções, isenções, créditos presumidos, bonificações etc. Com tal artifício, as pessoas ficam com a sensação de que são livres para conduzir seus negócios, e tendem a fazer o que delas a Nação espera.

Visto no que consiste e como se dá o instituto da extrafiscalidade, passa-se à análise da sua aplicação no âmbito ambiental, suas formas de implementação, finalidades e sugestões pertinentes à utilização desse instrumento como forma de controlar o comportamento humano ante o meio ambiente.

A extrafiscalidade no que tange à matéria ambiental pode, de acordo com Costa (2005, p. 321), ser efetivada “mediante a instituição e graduação de tributos, a concessão de isenções e outros incentivos fiscais, como a possibilidade de dedução de despesas efetuadas pelos contribuintes referentes a recursos empregados na preservação do meio ambiente”.

Peixoto (2002, p. 490), por sua vez, entende que a tributação ambiental pode ser conceituada como “o emprego de instrumentos tributários para orientar o comportamento dos contribuintes a proteção do meio ambiente, bem como para gerar os recursos necessários a prestação de serviços públicos de natureza ambiental”.

Já para Domingues (2007, p. 288), a tributação ambiental caracteriza-se pelo seu caráter regulatório ou extrafiscal, que deve ser considerado instrumento de política ambiental, indutora de comportamentos ambientalmente amistosos.

Amatucci (apud SCHOUERI, 2005, p. 252-253), visando exemplificar o vasto campo de oportunidades de emprego de normas tributárias indutoras em matéria ambiental, traça uma linha cronológica da produção de um bem e mostra que essas normas podem ser inseridas tanto no aspecto material da hipótese de incidência do tributo quanto em outros momentos. Um dos exemplos citados pelo autor refere-se à tributação do próprio ciclo produtivo, o que, segundo ele, conduziria os produtores a empregarem tecnologias menos poluidoras.

Amatucci defende, ademais, a tributação gradativa em relação aos

bens cujo uso provoque danos ambientais. Nesse desiderato, o autor lança mão ainda da utilização dos tributos gradativos com base no descarte dos produtos. Ressalta, nessa extensão, a possibilidade de se tributarem de forma diferenciada os produtos cuja eliminação possa causar danos ao meio ambiente, como, por exemplo, os que não são biodegradáveis. Por fim, referindo-se ao instituto do incentivo fiscal, propugna o favorecimento da produção com a isenção de impostos sobre operações relativas à produção ou circulação de bens que auxiliem no combate à degradação ambiental, tais como os filtros antipoluentes.

A utilização da tributação da forma como pretendida por Amatucci encontra o necessário esteio no artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal, que, entre os princípios a serem observados pela atividade econômica, elegeu “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (BRASIL, 1988).

Ao tratar da questão, Domingues (2007, p. 51) apregoa que o contribuinte deve ser tributado na medida em que busca atenuar os níveis de agressão ao meio ambiente e ressalta que a progressividade tributária constitui ferramenta indispensável nessa missão extrafiscal.

A seletividade também é muito valiosa para atingir esse desiderato, pois, quando se trata da extrafiscalidade tributária na defesa do meio ambiente, esse expediente pode ser utilizado, por exemplo, para aplicar diferentes alíquotas ao tributo incidente sobre produtos industrializados, sopesando-se, para tanto, a finalidade a que se destina o produto e a durabilidade, bem como os recursos e os meios empregados na fabricação. Nessa linha, o legislador tem-se valido largamente, no campo tributário, da alíquota zero, que, a bem da verdade, gera os mesmos efeitos da isenção tributária, uma vez que impossibilita o surgimento de obrigação da mesma natureza (BOTTALLO, 2002, p. 63-64).

Nunes (2005, p. 120) bem sintetiza o objetivo que se almeja com a tributação ambiental:

A ação tributária ativa a que ora se alude é o incremento e cobrança de tributos que visem inibir os avanços da produção sobre o meio ambiente sem controle adequado, os quais têm gerado um quadro desolador de destruição e desigualdade social, já que os ganhos da produção não conseguem ser repartidos de modo justo dentro das regras inerentes ao mercado. As perdas sociais com um meio ambiente poluído, por sua vez, são repartidas entre todos.

Em arremate, infere-se que a nobre e, por que não dizer, eficaz intenção do constituinte em introduzir no ordenamento tributário brasileiro normas extrafiscais que induzam, na sua abrangente aplicação, o contribuinte a se comportar e manter uma salutar relação entre a sua atividade econômica e o meio ambiente, pode, em breve espaço de tempo, surtir efeitos benéficos ao meio ambiente. Em outras palavras, isso significa que as normas indutoras também podem ser utilizadas como instrumento capaz de alcançar o almejado direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido pelo artigo 225 da Constituição Federal.

5. EXEMPLOS DE TRIBUTOS QUE PODEM SER UTILIZADOS NO AUXÍLIO E NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

No intento de fazer o desenvolvimento econômico caminhar paralelamente com a preservação ambiental, surge então a possibilidade de a tributação figurar como ferramenta para auxiliar o poder público em todas as esferas da Federação, e assim propiciar e fomentar o desenvolvimento sustentável. Nesses casos, no entanto, a sua função seria diversa da forma normalmente utilizada – mero instrumento arrecadatório. Por meio da sua função extrafiscal, os tributos podem

ser usados como meio para atingir o comportamento tanto dos particulares como dos segmentos empresariais e governamentais, induzindo-os, por meio da imposição da exação – ou isentando-os da sua cobrança –, à adoção de comportamentos que se coadunam com o desenvolvimento consciente e ecologicamente equilibrado, em detrimento de práticas que objetivem somente o desenvolvimento a qualquer custo.

Previamente estabelecido o conceito de desenvolvimento sustentável e delineada a possibilidade de se fazer uso da extrafiscalidade das normas tributárias para induzir os agentes que exploram os recursos naturais a adotarem comportamentos ecologicamente conscientes, passa-se então a citar exemplos práticos de tributos que eminentemente vovem-se para esse fim, o de tutelar e proteger o meio ambiente.

Antes, contudo, faz-se mister apresentar o princípio do poluidor-pagador, cujo significado para a pesquisa em testilha é imprescindível, não por ser um tipo de preceito jurídico que auxilie na qualificação de um pretense cidadão como contribuinte ambiental, mas exatamente pelo fato de ser um instrumento dentro do campo econômico que pode auxiliar sobremaneira na tutela ambiental, considerando inclusive, para tanto, a utilização das normas de direito tributário (SALIBA, 2005, p. 236).

Princípio de origem econômica surgiu para intervir e regular a degradação descomensurada, ao atribuir ou imputar aos agentes poluidores a responsabilidade de integrar o valor das medidas de proteção ambiental nos seus custos de produção (DOMINGUES, 2007, p. 25).

Cumprе salientar, ademais, que o princípio vertente tem o intuito não só de impor um ônus pela degradação gerada, mas principalmente fazer com que o agressor pague pela usurpação de um bem de titularidade difusa, pois não é justo que um indivíduo, ou até mesmo um grupo de indivíduos, se aproprie de um bem coletivo, dele usufrua os lucros e deixe que a reparação ou os ônus da degradação sejam sustentados pela coletividade (ANTUNES, 2005).

Afirma-se, portanto, que o objetivo a ser alcançado por meio do princípio do poluidor-pagador não é o de permitir a degradação ou a poluição mediante uma paga, tampouco buscar compensação aos danos causados, mas, sim, prevenir e reparar o dano, fazendo com que os agressores assumam esse ônus.

Segundo Domingues (2007, p. 31), juridicamente, o princípio do poluidor-pagador concretiza-se tanto pelo licenciamento administrativo, da imposição de multas, da determinação de limpeza ou recuperação ambiental, como também pela imposição de tributos, ponto este que interessa ao estudo em apreço.

Pois bem. Visto que o princípio do poluidor-pagador pode ser concretizado inclusive pela cobrança de tributos, calha trazer à baila alguns exemplos de tributos que no seu bojo buscam proteger o meio ambiente.

Importa destacar previamente a opinião de Ferraz no que se refere à política fiscal ambientalmente orientada no Brasil:

A melhor opção para uma política fiscal ambientalmente orientada é a adoção de tributos que internalizem o custo ambiental dos produtos, com necessária vinculação do produto da arrecadação a essa tarefa.

Sua flexibilidade, própria de um instrumento de mercado, tem a virtude de ser tão ágil quanto qualquer evento econômico, sendo portanto adequada ao tratamento de uma questão econômica.

Sua permanência, por compor o preço, tem a efetividade que a regulação e fiscalização não tem (FERRAZ, 2005, p. 351).

Primeiramente, abordam-se as taxas, que, como cediço, têm o seu fato gerador no exercício regular do poder de polícia, ou na utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição – art. 77 do CTN (BRASIL, 1966).

Em matéria de direito tributário ambiental, as taxas podem ser exigidas em função da atividade de fiscalização ambiental assim como pela prestação obrigatória de serviços de caráter ambiental (FERRAZ, 2005, p. 351).

Apesar das dificuldades em editar leis para criar taxas ambientais, dado que muitas das vezes a espécie tributária em questão ostenta feições de impostos, o Distrito de Fernando de Noronha vem com sucesso cobrando taxa de preservação ambiental desde 1989, por meio da Lei n. 10.430, com alterações promovidas pela Lei n. 11.305/1995 (FERREIRA; FIORILLO, 2009, p. 122). Neste caso, os valores cobrados, progressivos, referem-se aos dias de permanência do turista/visitante no arquipélago.

Consoante as disposições legais, a aludida taxa é destinada a garantir a manutenção das condições ambientais e ecológicas, incidindo sobre o trânsito e a permanência de pessoas na área de abrangência do Distrito, e tem como fato gerador a utilização, efetiva ou potencial, por parte dos visitantes, da infraestrutura física implantada no arquipélago e do acesso e fruição do patrimônio natural e histórico (FERREIRA; FIORILLO, 2009, p. 123).

Esse é um exemplo de utilização de espécie tributária para a promoção do desenvolvimento sustentável do turismo.

Por sua vez, sabe-se que a contribuição de melhoria é uma espécie do gênero tributo (artigo 5º do CTN), cuja característica principal é a cobrança em razão de obra pública da qual resulte valoração de imóvel (BRASIL, 1966).

A contribuição de melhoria, segundo ensina Ferraz, também é passível de ser utilizada em prol do meio ambiente e, conseqüentemente, do fomento ao desenvolvimento sustentável:

O Poder Público, ao decidir criar áreas de preservação ambiental, como praças, parques e reservas, particularmente junto a aglomerações

urbanas: a) avaliaria a área e suas redondezas, como manda a lei relativa à contribuição de melhoria; b) exigiria a contribuição correspondente à valorização dos imóveis circunvizinhos à área de preservação (obra pública); c) indenizaria o proprietário do imóvel sobre o qual a preservação obrigatória, pelo valor real do imóvel, com os recursos advindos dessa arrecadação; d) teria condições de arcar com novas desapropriações semelhantes. Também a *utilização da contribuição de melhoria como tributo ambientalmente orientado traz possibilidades infundáveis*. Não se trata aqui de induzir comportamentos mas de *viabilizar economicamente, e com justiça fiscal, a efetivação de políticas públicas ambientais*. (FERRAZ, 2005, p. 351-352).

Utilizando-se dessa espécie tributária, o administrador público pode promover, inclusive com a participação financeira dos contribuintes que, em razão das obras de melhoria, auferiram a valorização dos seus imóveis, o desenvolvimento ordenado da cidade, o que também se traduz na preservação do meio ambiente urbanístico.

Ainda a respeito do meio ambiente urbanístico, calha tratar da aplicação do IPTU, que, consoante dicção do artigo 32 do Código Tributário Nacional, é o imposto de competência dos Municípios, que recai sobre a propriedade predial e territorial urbana e tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, localizado na zona urbana do Município (BRASIL, 1966).

No desiderato de fazer com que a propriedade urbana cumpra adequadamente a sua função social, estabeleceu o legislador constituinte nos artigos 156, § 1º, inciso II, e 182, § 4º, inciso II, da Constituição Federal:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182,

§ 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

[...]

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

[...]

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo [...]. (BRASIL, 1988).

Segundo Saliba (2005, p. 292), o IPTU também serve para tutelar o meio ambiente no que diz respeito à função social da propriedade, quando a Constituição da República autoriza a fixação de alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel. Para o autor, isso é um claro exemplo de que esse imposto pode ser utilizado de maneira interventiva para auxiliar no desenvolvimento da política urbana, já que o efetivo exercício da função social da cidade é que vai garantir o bem-estar dos seus municípios.

Peixoto, reconhecendo a possibilidade de se utilizar do caráter extrafiscal do tributo em comento para incentivar o desenvolvimento saudável do meio ambiente urbanístico, afirma:

A função social da propriedade urbana, além de atender as exigências constantes em lei municipal que tenha instituído o “Plano Diretor”, deverá ter aproveitamento racional e adequado, inclusive quanto aos recursos naturais e preservação do meio ambiente assegurando assim, o bem-estar de todos. (PEIXOTO, 2002, p. 200).

Logo, a inobservância dos aspectos que condizem com o cumprimento da função social da propriedade urbana autoriza o poder público a aplicar a progressividade das alíquotas do IPTU em desfavor do proprietário ou possuidor que se mantiver inerte em realizar esse fim.

O ITR, outro tributo cujo fato gerador recai sobre a propriedade, há muito vem sendo utilizado no sentido de preservar o meio ambiente. Ferreira e Fiorillo (2009, p. 114) fazem alusão à aplicação desse tributo da forma como proposto na Lei n. 9.393/1996, cujas disposições permitem a exclusão da base de cálculo do referido imposto das áreas de floresta nativa ou ainda das áreas consideradas pela legislação como de preservação permanente.

A aplicação do ISS para o fim em questão, conforme defende Saliba (2005, p. 292), deve contar com a imposição de alíquotas reduzidas quando os serviços prestados estiverem ligados ao meio ambiente, dando o autor como exemplo o ecoturismo.

Na seara de incidência do IPI, extrai-se da regra insculpida no artigo 153, § 3º, inciso I, da Constituição Federal que as suas alíquotas poderão ser diferenciadas conforme a essencialidade dos produtos – seletividade (BRASIL, 1988).

Para Carrazza (2011, p. 756), ao estabelecer esse critério de diferenciação, o legislador ordinário poderia, nos casos de incidência do IPI, fixar alíquotas maiores para os produtos supérfluos, enquanto para os produtos industrializados que ostentam essencialidade e que aliam ao seu processo de fabricação tecnologias ecologicamente corretas a tributação deveria ao menos ser aplicada com alíquotas mínimas, senão com isenção.

O critério de seletividade, de igual sorte, também pode ser aplicado ao ICMS, conforme propugna Saliba (2005, p. 290), dada a semelhança entre os tributos. Nesse caso, a circulação de mercadorias que não sejam consideradas supérfluas e que no seu processo de fabricação utilizaram mecanismos ecologicamente corretos deveriam ser taxadas com alíquotas reduzidas.

Ferreira e Fiorillo (2009, p. 115-117) perfilham esse entendimento e admitem que o ICMS é tributo próprio ao fomento de atividades voltadas à preservação do meio ambiente natural. Porém, dão mais ênfase ao ICMS Ecológico ou Ambiental. Em linhas gerais, explica-se no que consiste o ICMS Ecológico: como sabido, nos termos do art. 158, inciso IV e parágrafo único, e inciso I e II, da Constituição Federal, os Estados devem repassar aos Municípios parte dos valores arrecadados com o ICMS. Esse repasse sofreria alteração para maior na medida em que os Municípios comprovassem a existência ou criação de unidades de conservação ambientais, reservas ecológicas, parques estaduais, mananciais de abastecimento, coleta seletiva de lixo, saneamento ambiental, preservação do patrimônio histórico local, entre outros.

No que diz respeito à tributação ambientalmente orientada com aplicação no âmbito do imposto de renda, a legislação pertinente autoriza o abatimento de determinados investimentos, no caso aqueles considerados como de interesse social, tal como o reflorestamento, justamente com o fito de estimular a formação de reservas florestais no Brasil (CARVALHO, 2012, p. 291).

Esses são alguns dos exemplos de tributos aplicados em prol do meio ambiente, porém o rol não se exaure aqui; as normas estão postas, logo cabe ao legislador usar da criatividade para reinterpretá-las e aplicá-las na propositura de práticas que importem, ao menos, em solução de parte da equação desenvolvimento econômico em compasso com a proteção do meio ambiente equilibrado.

CONCLUSÕES

A proposição do presente estudo é demonstrar que, diante da premente necessidade de resguardar e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, é necessário criar novos instrumentos para tal intento.

Após expor a opinião de alguns doutrinadores no sentido de caracterizar o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como direito fundamental, procurou-se comprovar, então, que a tributação, principalmente pela sua função extrafiscal, pode servir como ferramenta para auxiliar o poder público na finalidade de fomentar o desenvolvimento sustentável.

Por conseguinte, verificou-se que a extrafiscalidade é um instrumento eficaz nesse intento, pois, aplicada de maneira inteligente, é capaz de induzir o comportamento dos agentes para condutas ambientalmente responsáveis.

Como visto, o que se pretende com a tributação ambiental, notadamente em razão da plena aplicação do princípio do poluidor-pagador, é, além de conduzir o poluidor a um comportamento não gravoso ou menos gravoso ao meio ambiente, contemplar, outrossim, por meio da redução de alíquotas ou incentivos fiscais, aqueles que adotem condutas ambientalmente responsáveis, como, por exemplo, beneficiando os particulares que fazem o uso da propriedade urbana atendendo à sua função social ou da propriedade rural preservando áreas nativas; ou incentivando os produtores que utilizem tecnologias ecologicamente corretas no fabrico; ou até mesmo o poder público, como é o caso dos Municípios, que gozam do benefício de auferir porções maiores da receita do ICMS Ecológico ao promoverem a proteção de áreas verdes ou implementarem políticas para o desenvolvimento sustentável. Em contrapartida, evidentemente, oneram-se aqueles que possuem comportamentos indesejados.

Calha frisar, por fim, que os exemplos de tributos aplicados em prol do meio ambiente não se exaurem naqueles expostos no trabalho em apreço; as normas tributárias estão postas, e cabe ao legislador usar da criatividade para reinterpretá-las e aplicá-las com o escopo de atingir práticas que importem, ao menos, em solução de parte da equação desenvolvimento econômico *versus* proteção do meio ambiente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Fundamentos do IPI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Senado Federal, Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei nº 5,172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 out. 1966.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E

DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COSTA, Regina Helena. Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 312-332.

DOMINGUES, José Marcos. **Direito tributário e meio ambiente**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

EMIN, Raquel Milene Balogh; HAONAT, Ângela Issa; NAPOLITANO, Ângela Aparecida. A cidade como um bem ambiental e o desenvolvimento sustentável. **Revista de Direitos Difusos**, São Paulo, ADCOAS, v. 29, p. 133-151, jan. 2005.

FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 333-353.

FERREIRA, Renata Marques; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito ambiental tributário**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2007.

NUNES, Cleucio Santos. **Direito tributário e meio ambiente**. São

Paulo: Dialética, 2005.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães. **IPTU, aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2002.

SALIBA, Ricardo Berzosa. **Fundamentos do direito tributário ambiental.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras em matéria ambiental. *In*: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 235-256.

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR NELSON SCHAEFER MARTINS NA SESSÃO SOLENE DE POSSE DOS DIRIGENTES DO PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA PARA O BIÊNIO 2016-2018:

“Boa tarde a todos. Saúdo a presença das autoridades aqui presentes. Em 1839 foi proclamada por Garibaldi e Canabarro a República Juliana com sede em Laguna e adesão de Lages, a qual perdurou até 15 de novembro daquele ano, e, por ser uma extensão da Revolução Farroupilha (1835-1845), iniciada na província vizinha onde se instalara a República Rio-Grandense (1836-1845) com esta formou uma confederação. Os laços históricos, culturais, sociais e econômicos que unem os Estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul hoje estreitam-se um pouco mais. Assume a presidência do Tribunal o porto alegreense José Antonio Torres Marques, que desde o início da década de 1980 atua como magistrado em nosso Estado com vínculos especialmente profundos em Lages e em São Miguel D’Oeste. Nos albores do séc. XX era do planalto que partiam os desbravadores ao Oeste e ao Extremo Oeste, região colonizada por gaúchos das etnias italiana, alemã e polonesa que, movidos por espírito empreendedor, contribuíram para a construção de uma nova sociedade. Na atualidade, a grande região Oeste de Santa Catarina é uma das principais responsáveis pelo equilíbrio econômico do Estado graças a sua pujante agroindústria. Por estas razões Torres Marques, gaúcho de coração catarinense e alma tricolor, não teve dificuldades de adaptar-se àquele ambiente e por isto mesmo, por sua afabilidade, simplicidade, objetividade e disponibilidade para o trabalho conquistou amigos por onde julgou. Assumem ainda os novos dirigentes, magistrados de carreira, todos catarinenses, Alexandre d’Ivanenko, de Itajaí, Ricardo da Luz Fontes e Sergio Izidoro Heil de Florianópolis, Jaime Ramos de Lages e Salim Schead dos Santos de Criciúma. Recebi o comando do Tribunal de Justiça de Santa Catarina das mãos de Cláudio Dutra em 31 de janeiro

de 2014 com as contas em dia e dinheiro em caixa, resultado de uma gestão eficiente e sóbria. Em observância ao preceito democrático que preconiza pela alternância, nesta data conclui-se outro ciclo e inicia-se uma nova etapa do Judiciário catarinense. A complexa e difícil missão outorgada por meus prezados colegas na eleição do final de 2013, pode ser enfrentada e quiçá satisfatoriamente realizada, graças especialmente ao apoio dos desembargadores e juízes que, além de me emprestarem lealdade e solidariedade, jamais deixaram de atender aos desafios e deveres derivados de suas responsabilidades institucionais, pessoais e profissionais. Foram dois anos de administração compartilhada em que as grandes decisões foram reiteradas e habitualmente submetidas ao crivo do debate democrático e participativo. Mesmo que o Estado de Santa Catarina tenha sido o último a ser afetado pela crise e bem depois das demais unidades da federação, mercê da gestão administrativo-financeira qualificada de seu Governo, as turbulências provocadas pelo delicado quadro econômico nacional refletiram no desempenho de nossas empresas e na arrecadação com a conseqüente redução dos valores de repasses de duodécimos o que exigiu da nossa parte medidas austeras e enérgicas especialmente a partir do segundo semestre de 2015. Vários obstáculos foram superados, outros contornados e todos que doravante surgirem serão, em melhor medida, enfrentados e vencidos pela nova direção do Tribunal, comandada pelo Des. José Antônio Torres Marques, magistrado que alia competência técnica com experiência, homem público que tempera coragem com decisão e profissional que atua com humanidade e firmeza. Na companhia de Alexandre d'Ivanenko, Ricardo Fontes, Sergio Heil, Jaime Ramos e Salim Schead encontrará apoio, forças e energia para atravessar o biênio com temperança, responsabilidade e segurança rumo aos melhores e mais caros objetivos da Sociedade, do Judiciário e da magistratura. Os colegas Torres Marques, Luiz César Medeiros, Sônia Schmitz, Cláudio Helfenstein e Ricardo Fontes, que comigo compuseram a cúpula diretiva do Poder Judiciário, ratificaram

suas virtudes ao mostrarem integridade nas ações, moderação no pensamento, prudência nas ideias, sabedoria nas decisões e integridade no relacionamento pessoal. Ao Des. Luiz César Medeiros, permito-me um especial destaque. A sintonia que marcou a convivência entre a Corregedoria e a Presidência e suas respectivas equipes de juízes, teve por resultado o ambiente de harmonia, transigência, diálogo e entendimento permanente. No exercício da Presidência do Tribunal procurei ver as coisas antigas com um olhar novo mas os meus olhos estavam igualmente novos para ver as coisas novas (Louis Pauwels e Jacques Bergier). Para ver as coisas novas fui orientado e inspirado por magistrados do mais alto padrão, elogiáveis por suas inegáveis qualidades que, nas áreas estratégicas do Poder Judiciário realizaram trabalhos admiráveis. Refiro-me a Ricardo Roesler, coordenador do núcleo de comunicação institucional, Rodrigo Tolentino Colaço, conselheiro político, Ronei Danielli, coordenador do Programa de Enfrentamento de Processos, Salete Sommariva, coordenadora da CEPEVID, Jaime Ramos, coordenador dos programas de conciliação e juizados especiais, Sergio Heil, coordenador dos programas de proteção à infância e adolescência, João Henrique Blasi, coordenador de planejamento estratégico, Jorge Schaefer Martins, coordenador da área de tecnologia da informação, Pedro Manoel Abreu, diretor da Academia Judicial, Cid Goulart, coordenador da área de segurança de magistrados e servidores, Lédio Rosa de Andrade, coordenador do programa Lar Legal, Carlos Alberto Civinski e Joel Figueira do FRJ, Moacyr Moraes Filho e Ernani Guetten do SIDEJUD, Antonio Monteiro Rocha, coordenador de engenharia. Registro ainda a gratidão e o reconhecimento aos servidores Cleverson Oliveira, Ronei Vilmar Baron, Ricardo Lentz, Herlei José Cantú, Etor Zorzi, Rafael Giorgio, Raphael Jacques, Ricardo França, Ricardo Figueira e João Anfilóquio Machado, que foram exemplares durante todo o período com repetidas demonstrações de competência, qualidade profissional, dedicação e talento a revelar o acerto nas escolhas de seus nomes para as

atividades desempenhadas. Estes profissionais, experientes servidores, servem de exemplo a toda a categoria que atenta a seus deveres e comprometida com os objetivos da instituição e da sociedade, haverá de corresponder à convocação que a nova administração do tribunal fará no sentido de melhor qualidade e maior produtividade. O Procurador do Estado Ezequiel Pires sob a orientação do Procurador-Geral do Estado, Dr. João dos Passos Martins, realizou trabalho de inestimável valor na defesa judicial dos interesses do Poder Judiciário de Santa Catarina. O Chefe da Casa Militar Coronel Atair Derner e o Delegado Ison Silva, sob a supervisão dos Des. Cid Goulart e Altamiro de Oliveira lograram com eficiência solucionar as questões e problemas na área de segurança institucional. O jornalista Angelo Medeiros, assessor de imprensa e sua equipe, sob a orientação do Des. Ricardo Roesler e contribuição de Rodrigo Collaço, deram ensejo à divulgação das ações, realizações e políticas do Poder Judiciário a contribuir para a melhor interlocução com os órgãos de imprensa e sociedade. Neste esforço tivemos a parceria de Ademir Arnon, Presidente da Associação Catarinense de Imprensa, de Miguel Ângelo Golobi, da Associação dos Jornais do Interior de Santa Catarina, ADJORI, dos principais órgãos de imprensa do Estado como o grupo RIC – Record presidido pelo empresário Mario Gonzaga Petrelli o grupo RBS, cujo diretor institucional e jurídico é o sempre magistrado desembargador e Ministro Paulo Gallotti. Os juizes auxiliares Vitoraldo Bridi, André Happke, Silvio Franco e Marcelo Pizolati (Coordenador de Magistrados), indispensáveis nas suas funções, técnicos na avaliação dos diversos temas, diplomáticos no relacionamento, políticos na execução das diretrizes, éticos em seus procedimentos, revelaram-se leais aos objetivos do Poder Judiciário, fiéis aos seus princípios e eficientes em suas atividades a contribuir para a harmonia interna, a boa comunicação entre os diversos segmentos do Tribunal e do primeiro grau e com as demais instituições oficiais do Estado. A qualificada equipe de servidores da Presidência, trabalhou incansavelmente em todo o período no intuito

de atender as demandas internas e as frequentes exigências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça. Por todos refiro os nomes de Luiza Dalpasquale e Julie Mazon. Agradeço ao Governador do Estado João Raimundo Colombo pela lealdade no relacionamento com o Tribunal de Justiça e pela confiança depositada em meu nome a permitir que no ano de 2014 por um mês e 15 dias ocupasse na interinidade a chefia do Poder Executivo, experiência das mais gratificantes, desafiadoras de toda minha vida pública. Os Secretários de Estado Antonio Gavazoni, Nelson Serpa, Ada de Luca e Cesar Grubba que mais próximos estiveram das questões do Poder Judiciário foram imprescindíveis para a concretização de diversas de nossas políticas públicas. Ao Presidente da ALESC, deputado Gelson Merísio, o reconhecimento pela contribuição à melhoria e aprimoramento do Judiciário catarinense no debate, discussão, aprimoramento e aprovação de projetos de lei de interesse da nossa instituição que já mostram suas repercussões nas nossas atividades. Seu engajamento nos programas de adoção tardia e Lar Legal foram imprescindíveis para o avanço nestas iniciativas. Ao Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil no período, Tullo Cavallazzi, o agradecimento pela disponibilidade para o entendimento e estabelecimento de um canal permanente de diálogo a ensejar aproximação ainda maior entre as instituições e classes profissionais. Ao Professor Paulo Marcondes Brincas recém empossado e sua diretoria manifesto a convicção de que este clima de compreensão mútua será ainda maior no próximo biênio. Aos Procuradores Gerais de Justiça no biênio Lio Marcos Marin e Sandro José Neis, o registro acerca do estreitamento de laços e permanente aproximação entre as instituições e da excelente interlocução que intensificou-se nos momentos de crise e dificuldades que juntos enfrentamos. Aos Presidentes do Tribunal de Contas do Estado nos últimos dois anos conselheiros Salomão Ribas, Julio Garcia e Luiz Roberto Herbst a nossa manifestação de respeito e admiração. Ao Ministro Ricardo Lewandowski Presidente do Supremo e

do CNJ, nossa gratidão pelo destaque que conferiu ao nosso Poder Judiciário. O Ministro Francisco Falcão, na condição de Corregedor Nacional da Justiça e Presidente do STJ sempre fez questão de apontar o nosso Tribunal como um dos mais destacados no cenário brasileiro. O Ministro Jorge Mussi (cuja administração democrática na Presidência revelou-se propícia à aproximação e unidade com juízes de 1º e 2º grau), o Ministro Marco Aurelio Buzzi e o desembargador Newton Trisotto que no STJ sempre estiveram atentos aos interesses do judiciário e da magistratura catarinense e assumiram o papel de embaixadores do nosso estado junto aos Tribunais Superiores. As justiças federal e do trabalho, nas pessoas do Presidente do TRT, Des. Gracio Ricardo Barboza Petrone e Jairo Gilberto Schefer, Diretor do Foro, nossas parceiras na missão de prestar a jurisdição, nosso reconhecimento e aplauso pelo reconhecido trabalho em favor da sociedade catarinense. Os Prefeitos dos municípios catarinenses, e permitam-me aqui referir por todos até mesmo por razões de amizade e afetividade, César Souza Jr. de Florianópolis, Napoleão Bernardes de Blumenau, Udo Döeller de Joinville, Olávio Falchetti de Tubarão, José Cláudio Caramori de Chapecó e Edegar Giordani de Faxinal dos Guedes, foram parceiros do judiciário de primeiro e segundo grau e colaboraram para a realização de diversos projetos institucionais. O Dr. Glauco Corte e toda a diretoria da Federação das Indústrias de Santa Catarina estiveram ombreados com os juízes e desembargadores e muito contribuíram para a concretização de nossos esforços notadamente na área da infância e juventude com o projeto novos caminhos. Ao Des. Pedro Marcondes Bittencourt, Presidente do TJMG e do Conselho dos Tribunais, antigo Colégio de Presidentes, os nossos cumprimentos, a nossa confiança de que saberá por suas reconhecidas qualidades de liderança e criatividade conduzir a Justiça Estadual às posições de destaque e protagonismo merecidos. Os desembargadores e desembargadores substitutos de Santa Catarina, graças às suas atividades jurisdicionais produtivas e inovadoras, haverão de contribuir para a

legitimidade dos pleitos da magistratura e tribunais estaduais. Por fim, ao colega Odson Cardoso, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses, aos juizes de primeiro grau, dirijo-me com a mensagem de respeito, admiração e gratidão pela resistência, coragem e dedicação. Nossos magistrados encontram-se dentre os mais produtivos do país fruto de comprometimento e consciência. Dispomos de uma magistratura altamente qualificada e capacitada e em termos percentuais contamos com o maior número de juizes com mestrado e doutorado no Brasil. A estes juizes, relembro, que sois o Sal da Terra, a Luz e o Fermento: sal para o sabor da decisão justa, luz contra as trevas da injustiça e da improbidade, fermento para o crescimento e desenvolvimento da sociedade. Que a Luz do Judiciário catarinense continue, por seus magistrados, a resplandecer e iluminar os destinos de homens e mulheres do nosso Estado”.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR TORRES MARQUES, PRESIDENTE EMPOSSADO PARA O BIÊNIO 2016-2018:

“Encontro no trecho da música de Violeta Parra “gracias a la vida que me ha dado tanto” o resumo do sentimento que me domina nesta ocasião. É com felicidade que assumo a Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. A essência da administração que se inicia pode ser sintetizada nos alicerces da união, do respeito, da valorização, da dedicação, do desprendimento, da celeridade, da reestruturação, da visão empresarial e da responsabilidade. A união enseja o fortalecimento da Justiça. Aproximar os integrantes da carreira da judicatura constitui relevante meta da gestão. A atividade judicante é una, e o incentivo a uma maior coesão entre seus membros tende a aprimorar a resposta aos jurisdicionados. Essa aliança será estendida à promoção de políticas em parceria com a Corregedoria-Geral da Justiça, órgão cuja função primordial é a de orientar e apoiar juízes, servidores, notários e oficiais do registro público, além de exercer, secundariamente, a fiscalização das atividades judicial e extrajudicial. Unir os serventuários da Justiça revela-se outro importante mecanismo para que o labor desempenhado reflita positivamente na qualidade da atividade-fim do Poder Judiciário. O respeito refere-se aos cidadãos, aos magistrados, aos servidores e às leis. Neste biênio, a gestão primará pelo respeito em seu sentido mais amplo, não só no que tange ao tratamento dispensado nos atendimentos, mas, sobretudo, às iniciativas a serem implementadas. A isonomia, nesse contexto, é digna de menção. O tratamento igualitário, com ações transparentes, é fundamental para a confiança transmitida pela Justiça e receberá a devida atenção. A valorização de magistrados e servidores é essencial para a entrega da prestação jurisdicional adequada, porquanto o reconhecimento daqueles que desenvolvem papéis absolutamente indispensáveis resulta na execução das atividades de forma mais célere e

eficiente em proveito da sociedade. Sob esse enfoque, a concessão de uma remuneração justa, sem a necessidade de compensação mediante auxílios e gratificações, constitui uma das diretrizes da gestão, sobretudo no tocante ao reconhecimento pelo tempo de serviço, à reposição inflacionária, em observância à Constituição Federal, e a um olhar especial quanto aos aposentados, merecedores de zelo e gratidão pelos anos de dedicação. Outra forma de assegurar a valorização é a utilização da meritocracia como instrumento para a garantia da qualidade do exercício laboral desenvolvido. Ademais, os recursos financeiros referentes à capacitação de magistrados e servidores serão mantidos, aspecto que conta com o amparo da Academia Judicial, que encontra na propagação de conhecimentos e no aprimoramento da formação profissional os seus principais objetivos. Dedicação é o grande compromisso da nova administração, que terá como norte o incessante trabalho, com o empenho de muito esforço para a concretização dos objetivos traçados para estes dois anos e para o aperfeiçoamento de uma Justiça da qual os catarinenses possam orgulhar-se. Desprendimento para compreender que administrar não é uma tarefa solitária; requer auxílio, diálogo, compartilhamento de ideias. O desprendimento é a virtude que possibilita o crescimento advindo da aceitação, mais que a mera tolerância, de pontos de vista diversos. Estou convencido de que o encaminhamento de propostas e sugestões, especialmente por parte dos colegas da magistratura, a caracterizar uma administração conjunta e participativa, e a abertura de um amplo canal de comunicação para a abordagem de assuntos de relevo facilitarão a execução do planejamento formulado para este biênio. Esse vínculo harmonioso também será mantido com o Ministério Público e com a Ordem dos Advogados do Brasil, instituições imprescindíveis para o funcionamento da Justiça, por meio das quais os cidadãos podem ter acesso à prestação jurisdicional e ao cumprimento dos ditames das leis. A celeridade consiste em diretriz das mais importantes para o período 2016/2018. A solução de conflitos com a maior brevidade possível, nos

dois graus de jurisdição, coaduna-se com as expectativas da população. Para cumpri-las, serão implementados projetos já existentes e criados novos mecanismos para afastar progressivamente a morosidade ainda presente na Justiça, além de serem mantidas as iniciativas que se mostraram eficientes. Nesse aspecto, particular atenção será destinada aos recursos repetitivos, aos feitos de maior impacto social, bem como às novidades introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil. Ainda com o foco de acelerar a resposta aos jurisdicionados, impende anotar a intenção de majorar os investimentos em ferramentas tecnológicas capazes de contribuir para esse objetivo. A reestruturação surge por necessidade de adaptação à nova realidade orçamentária. A estrutura administrativa do Poder Judiciário catarinense será reorganizada com vistas à intensificação da eficiência da resposta estatal concernente aos feitos de primeira e segunda instâncias. Como expressão do realinhamento estrutural e para agilizar a tomada de decisões e o rápido andamento dos pleitos oriundos das comarcas, será implementada a Secretaria-Geral do Tribunal de Justiça, órgão vinculado à Presidência, que, sob a condução de um Juiz Auxiliar, terá a incumbência de coordenar as atividades administrativas e exercer o juízo de conveniência e oportunidade nas matérias afetas ao primeiro grau de jurisdição. A reordenação administrativa também será procedida por meio da remodelagem das funções e atribuições do corpo funcional, em consonância com as necessidades institucionais e com o atual interesse público, que reclama austeridade e comedimento no emprego de recursos financeiros. Em suma, adotaremos medidas voltadas à redução dos entraves burocráticos para que nossos magistrados e servidores possam dedicar maior tempo à análise dos processos judiciais, com a diminuição do tempo de tramitação. Quanto à visão empresarial, seus elementos substanciais devem ser incorporados. A administração pública gerencial traz interessantes benefícios ao buscar inspiração na gestão de empresas. A incidência de fórmulas administrativas provenientes do setor privado, com as devidas adaptações, visto que ostentam interesses

e objetivos organizacionais diversos, afigura-se medida construtiva de planejamento e de controle. Sob esse prisma, o biênio será marcado pela captação do espírito da óptica empresarial e das técnicas aplicáveis ao âmbito público para a otimização de resultados. A derradeira viga na qual estão assentados os pontos principais das estratégias diretivas diz respeito à responsabilidade, que está intimamente ligada ao fato de que não se pode ignorar os tempos de crise. O Poder Judiciário catarinense sofre, inevitavelmente, impacto do alarmante cenário econômico nacional. A consciência sobre o momento enfrentado é justamente o que exige um novo olhar da administração, uma forma diferente de gerir, e a nova gestão trabalhará sob essa perspectiva. É salutar consignar, todavia, que a difícil conjuntura financeira não é justificativa para estagnação. Nosso desafio traduz-se em fornecer, de modo responsável e prudente, as ferramentas necessárias para o desenvolvimento do Judiciário de Santa Catarina, com uma postura de inovação e com atuação proativa. O tema permite o registro da força desta Casa de Justiça no cumprimento de sua missão. O Poder Judiciário catarinense ocupa posição privilegiada entre os Tribunais de Justiça de médio porte do país. Para continuar a fazer jus a esse renome, trabalharemos por um Tribunal que atenda às nossas necessidades. Consoante o ensinamento do Desembargador Federal aposentado Vladimir Passos de Freitas, é preciso “ter presente que administrar significa assumir uma escolha e um risco e que aquele que nada arrisca passará o tempo do seu mandato em atividades rotineiras, limitando-se ao fim por colocar um retrato na galeria de fotografias, passando à história sem ter dado qualquer contribuição à sociedade, ao Poder Judiciário, ao Brasil”. As circunstâncias atuais representam, sem dúvida, um desafio maior no que tange ao progresso de índices, mas o novo corpo diretivo assume com determinação e comprometimento suficientes para alcançar esse fim. Terei a honra de dividir a direção deste Tribunal com os Excelentíssimos Desembargadores Alexandre d’Ivanenko, 1º Vice-Presidente, Ricardo Orofino da Luz Fontes,

Corregedor-Geral da Justiça, Sérgio Izidoro Heil, 2º Vice-Presidente, Jaime Ramos, 3º Vice-Presidente, e Salim Schead dos Santos, Vice-Corregedor-Geral da Justiça, colegas que, da mesma forma que eu, guardam a intenção de dignificar a responsabilidade que nos foi confiada. A unidade de nossas forças e de nosso labor certamente será convertida em avanços para nossa Justiça. Conquanto difícil a tarefa de comandar o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, encaro como um compromisso gratificante, porque fortemente conectado à efetivação de direitos. A missão precípua da magistratura, que é justamente essa, muito me orgulha. A alegria da ocasião autoriza breves e especiais agradecimentos. Aos familiares que já partiram, presto homenagem nas pessoas de meu avô, o General Torres, e de meu pai, o tabelião Marques, a quem devo grande parte do meu aprendizado nesta vida. À minha mãe, Elma, minha gratidão pela educação e pelo incentivo de sempre. À minha esposa, Ana, a quem sou grato pelo apoio e compreensão, principalmente quanto ao tempo e dedicação que me exige a judicatura. Pelos mesmos motivos, agradeço ao meu filho Eduardo, nascido em Lages, a princesa da Serra, e ao meu filho Antônio, nascido na Ilha de Santa Catarina, que tanto orgulho me proporcionam. Aos meus familiares e amigos que me honram com suas presenças, o meu carinho. Seguindo o pensamento de Salomão, peço a Deus que me conceda a sabedoria e a inteligência para conduzir o Judiciário catarinense no biênio que se inicia. Que seja iluminada a nossa trajetória. Muito obrigado!”

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR FERNANDO CARIONI NA SESSÃO SOLENE DE POSSE DO NOVO DESEMBARGADOR, O EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU SAUL STEIL:

“Desembargador Saul Steil. Neste momento ímpar em que tenho a satisfação e a honra de saudá-lo, permita-me compartilhar da vossa alegria e parabenizá-lo, assim como aos seus familiares, assim o faço, também, em nome dos nossos insignes pares do Tribunal de Justiça deste Estado de Santa Catarina. Hoje, elevado ao patamar de tão nobre e dignificante missão, que por indelegável mérito lhe foi outorgada por esta Corte, oportuno asseverar que o reconhecimento que dignifica a vida, ascende-se por degraus que Vossa Excelência galhardamente conquistou, para servir aos sublimes ideais da Justiça. A Justiça que diuturnamente proclamamos neste egrégio Tribunal, agora, com a efetivação do vosso ágil e aguerrido espírito, impávida determinação e manifesta capacidade, crescerá em agilidade e amplitude e será reforçada a imparcialidade que sempre norteou vossos atos na constante busca pela garantia dos direitos de cidadania. A presença e a participação de Vossa Excelência, neste Tribunal, engrandecerá e ajudará a enriquecer a Justiça, sustentando, por certo, a harmonia e o equilíbrio entre a moral e o direito. A nação brasileira não aceita mais, não tolera mais o desequilíbrio da Justiça Social quando o privilégio é a favor de uma casta, partido, sexo, facção ou grupo, reunido em detrimento dos demais, prática que denota nada mais que um resíduo de barbárie violadora da justiça. Ela não quer ser mais iludida, não aceita mais corruptos ocupando cargos públicos. Não tolera a miséria que toma conta de nossa população. Não quer ver seus direitos transformados em conflitos para serem solucionados em conciliações fictícias, estimuladoras dos descumprimentos de obrigações. Não quer se sentir insegura. Não quer impor aos seus filhos, nascidos em berço menos abastado, ou privados de formação moral paterna, somente a opção de morrer

calado ou delinquir, despojados de oportunidade digna de socialização. A população brasileira quer ver reconhecidos seus direitos de maneira célere e eficaz, pondo fim as decisões que, pelo transcurso do tempo, assumem ares de impunidade. O Brasil passou a vivenciar um período excepcional de sua história nesses últimos anos, tantas são as denúncias contra aqueles que burlam as leis, atos estes que não tem fim, pois a cada dia novas e novas denúncias campeiam os noticiários da imprensa escrita, falada e televisada, provocando a equivocada impressão de que a delinquência sobrepujou o sistema normativo pátrio, permitindo que o sentimento de descrédito nas instituições seja impregnado na população brasileira. O último pilar em que ainda se apoiam para ver reestabelecida a verdade, a ética e a moralidade no exercício de cargos públicos, é a exemplar punição de todos aqueles que corromperam e corrompem por seus atos as leis brasileiras, com severas e exemplares reprimendas pelo Poder Judiciário Brasileiro, respeitando-se o amplo direito de defesa. A solidariedade, a coesão de um povo, o apoio da opinião pública, da sociedade civil organizada, das entidades representativas, dos vários segmentos sociais, são da maior importância para fortificar o elo de conexão aos interesses e aos ideais que compartilhamos, expurgando a complacência nociva e a perseguição, as mais imorais das injustiças. Raro e inexplicável o despertar da simpatia, aflorando mais forte a que assenta na comunidade de ideias. É nessa comunidade de ideias que os membros da Terceira Câmara de Direito Civil, composta pelo Exmo. Des. Marcos Túlio Sartorato e pela Exma. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, da qual me honra participar, lhe congratulam, lhe aplaudem e agradecem pelo convívio harmonioso e o engrandecimento que tivemos pela sua cultura jurídica e metodologia de trabalho, na árdua missão de julgar, cooperando com julgamentos céleres e eficazes, atendendo aos justos anseios dos jurisdicionados catarinenses. Muito mais há o que se falar, Desembargador Saul Steil. Mas não há por que negarmos aos corações otimistas o formoso privilégio de augurarem um advento de

paz e harmonia a toda a população brasileira. Por oportuno, nobres Desembargadores, Senhoras e Senhores, a moral, a ética e principalmente a honradez da palavra não são retórica demagógica, elas são velhas, multisseculares, fundamentos civilizadores, já estão apergaminhadas em quatro virtudes: Prudência, Temperança, Coragem e Justiça, que para os Socráticos – redundava em uma só virtude: SABEDORIA. E, confiante na vossa sabedoria, amigo Desembargador Saul Steil, é que o recebemos, e mais uma vez, lhe rendemos homenagem, assim como a todos os seus familiares. Parabéns Desembargador Saul Steil – Seja Bem-Vindo”.

DISCURSO DE POSSE DO JUIZ DE DIREITO SAUL STEIL NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA:

“Até este momento sempre tive forças para superar as adversidades de minha existência. Chego a este estágio de minha vida, muito bem de saúde e em plena paz espiritual. Só por estar aqui e agora, penso ser hora de agradecer. Agradecer, agradecer e muito e também a muitos. Em primeiro e acima de tudo, a DEUS o grande arquiteto do universo por ter me dado o dom da vida, por ter me dado o dom de caminhar. Caminhar em busca do horizonte e nesta caminhada, contigo eu quero contar. Contar sim, porque me deste à vida e a ela devo glorificar minha existência. Naveguei em águas turvas, cruzei mar revolto e enfrentei tempestades mas nunca me deixas-te faltar o brilho da água limpa, o remanso da encosta e a luz da calmaria e com ela continuo a caminhar. Obrigado meu DEUS pela caminhada e te peço, te imploro, caminhe comigo. É que enquanto caminho, estou vivo e enquanto eu viver quero te dignificar. Obrigado. Obrigado meu DEUS. Ainda que eu tenha buscado caminhar em águas claras e calmas; ainda que eu tenha tido forças para superar os obstáculos desta caminhada, nesta sofri. Sofri com a perda de meus pais, aos quais, ainda que postumamente homenageio neste momento. João Francisco e Argentina, meus saudosos pais, ainda que não os tenho em carne e osso, tenho certeza que no plano espiritual o sorriso resplandece em suas faces. Sou feliz porque faço parte deste sorriso mais, deixe-me caminhar, ajudem-me, abençoe-se. Obrigado Pai. Obrigado mãe. Em nossa caminhada, se o horizonte não chega, certamente passamos por momentos inesquecíveis. Momentos que por terem existido, devemos agradecer. E em agradecendo, Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Carioni, ouvi atentamente sua manifestação. Falando em nome do colegiado, Vossa excelência proferiu palavras à minha pessoa que se não são fruto da representação que lhe foi conferida, certamente é fruto da amizade, da bondade, da fidalguia e grandeza da pessoa que é o amigo.

Muito obrigado desembargador Fernando Carioni pela lisonjeosa recepção. Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras e Excelentíssimos Senhores Desembargadores. Vossas excelências que outrora por aqui debutaram, sabem como me sinto. Sabem o quão significa este momento em nossas existências. Senhores e Senhoras. É um misto de emoção, coroação e alegria que traz consigo muita preocupação e certeza. Emoção porquanto a esta passagem de minha caminhada vejo-me prestigiado com a presença de pessoas que de há muito, se não caminharam comigo, por certo me estimularam, me impulsionaram e me incentivavam na busca de um objetivo, na consecução de um sonho. Por falar em sonho, ainda que seja um fato extremamente íntimo e por dizer somente a minha pessoa, mas que por refletir o amor que sempre dediquei a judicatura e ao sacerdócio da magistratura a quem me entreguei, peço a todos e especialmente aos jovens que ouçam: caçula de um total de 12 irmãos nasci na maternidade Chiquinha Galotti, no vizinho município de Tijucas. Após o nascimento, fui levado para o então distrito de São João Batista, mais tarde elevada a categoria de município, onde passei minha infância, adolescência e início de minha juventude. Ainda quando criança, em determinada época, pelo Doutor Juiz de Direito da Comarca de Tijucas, cuja competência territorial abrangia o município em que vivia, foi designado data para a realização do Júri de certa pessoa. Tratava-se pessoa conhecida da sociedade local. Propagava-se no contexto social a notícia da data do julgamento. Aqueles que eram partidários a absolvição afirmavam: Que a morte foi em legítima defesa. Outros diziam: Mas era necessário matar? Não tinha outra solução. Uns perguntavam: porque não foram convidados os jurados do município? Outros respondiam. O juiz é sábio, a justiça é livre e independente. Mas o que tem a ver uma criança com a designação da data do Julgamento popular? É que aquelas palavras, Juiz, Júri, Jurado, absolvição e legítima defesa ficaram armazenadas na minha memória. E, inocente e ingênua, aquela criança continuava sua caminhada. Ainda na adolescência comecei a trabalhar no

cartório de registro civil e títulos de documentos da sede da comarca de São João Batista onde sob a supervisão da titular, minha irmã, Jacira Steil, elaborava todas as atividades cartorárias. Considerando que a cartorária respondia pelo cartório eleitoral, tive a oportunidade de, na prática, aprender matérias relativas à justiça especializada. Em decorrência do trabalho desenvolvido ora levava processos de habilitação de casamento para a manifestação do Ministério Público, ora levava títulos eleitorais para ser assinados pelo juiz. Posteriormente fui convidado para trabalhar no Cartório do Crime, Cível e Anexo da Comarca de São João Batista. Além das atividades cartorárias era o datilografo das audiências. E parece-me que os ventos sopraram a meu favor. Se os valores auferidos não satisfaziam eu sabia que era o quanto possível e tinha certeza que o conhecimento adquirido não tinha preço. Senhores. Mestres. Doutores. Minhas Primeiras Linhas de Direito processual não foram do professor Moacir Amaral Santos, mas sim a prática diária de atos processuais no Cartório do Crime Cível e Anexos da Comarca de São João Batista. Sem perceber já estava ao lado do doutor Juiz de Direito. Legítima defesa, júri, jurado, juiz, absolvição, foram desmistificados. Passei a conhecer grandes personalidades do mundo jurídico. Percebi logo a necessidade de estudar e estar atento a tudo que fazia, sempre procurando adquirir conhecimentos. Ainda na adolescência a primeira grande tempestade desabou. Irmãos, amigos e conhecidos partiram, mas a mais triste das despedidas foi a daquela que me gerou, criou e educou. Jovem, saindo da adolescência sentia-me órfão daquela que quando criança corrigia diariamente meus deveres de escola, daquela que tomava minhas leituras e me mostrou o caminho do sucesso. O do conhecimento. A tempestade não foi passageira isto porque a perda de um dos sustentáculos da família nunca será suprida. O tempo ameniza a dor, mas não leva ao esquecimento. Restava-me buscar na dor a fé e a crença na educação e ensinamentos maternos que me duram sustentação e equilíbrios para enfrentar a dura realidade da vida. Completada maioridade e após terminar o estudo médio sabia que

deveria partir. Partir em busca de conhecimento, em busca da minha liberdade, da minha independência. Como consequência de atuar em cartório judicial, lia diariamente o diário de justiça e em certo dia vi e li o edital de abertura de concurso público para o cargo de oficial de justiça da 1ª. Vara cível da comarca da capital. Duvida pairou na minha cabeça. O exercício do cargo é eminentemente extra cartorário e como consequência iria me distanciar das atividades cartorárias. De outro lado, sabia que os valores a serem auferidos era o necessário não só para a minha subsistência, mais me dariam condições de custear o ônus do curso superior. Sabia também que afastados das funções práticas, em decorrência do cargo certamente iria conhecer muitas pessoas, muitas autoridades e no mínimo, grandes nomes do judiciário. Decidido, parti em busca de um sonho. Inscrevi-me no concurso. A matéria previamente divulgada em edital público já era do meu conhecimento. Ainda assim, era necessário muito estudo. Mesmo sem cursar faculdade de direito, já lia o código de processo civil e era necessário decorar as matérias referentes ao exercício do cargo de oficial de justiça. Mesmo antes da divulgação do resultado do certame público, após a realização das provas mostrava-me confiante. Vou ter condições de me sustentar, pagar a faculdade de direito. Primeiro passo para a concretização de um sonho. Inicia-se uma preparação individual. A final um jovem chega do interior, da pacata cidade para a capital. O que vem fazer, o que pretende. Os atos inerentes a função eu sabia e mesmo já conhecendo a capital não sabia e não conhecia os belos recantos desta ilha maravilhosa. Sabia que cada dia diligências, cada diligência, um aprendizado. Preparada a documentação necessária, quando vim entregá-la ao setor de documentação do Tribunal de Justiça, ao me apresentar e saber da intenção, a responsável pelo setor olhou-me e disse. Mas tu queres mesmo ser oficial de justiça. A missão é muito perigosa. Tu és tão novinho. Não queres trabalhar aqui no Tribunal? Em resposta eu disse-lhe: A senhora não se preocupe eu não vou incomodar, eu quero fazer concurso para juiz de direito. Jovens. Mesmo

antes do curso de direito eu já dizia eu quero eu posso. Eu serei juiz de direito. Batistenses aqui presentes. Quando deixei de lado a indústria calçadista, quando deixei de estar ao lado de minha irmã, seguramente eu sabia o que queria. Não obstante os dedicados esforços de meus professores de outrora, eu sabia que era necessário mais. Se eu tivesse a compreensão e aceitado orientação, certamente meus caminhos não seriam tão tortuosos, minha cruz não teria sido tão penosa, mas aprendi com meus pais que todos nos temos uma cruz a carregar. Cada um que pegue a sua põe-na sobre os ombros e a carregue. Cruz arrastando, pesa mais. De outro lado, eu sabia que no exercício da profissão iria estar em contato com as mais respeitadas personalidades catarinenses. O que eu não sabia era que iria conhecer pessoas tão maravilhosas. O que eu não sabia é que iria desfrutar da proximidade, da ajuda e simpatia de pessoas de tanta respeitabilidade e credibilidade social. Foi assim que conhecia pessoas do mundo artístico; da imprensa, do executivo e do legislativo, quer nas esferas municipal, estadual e federal. Muitas foram as pessoas que me ensinaram, me incentivaram. Muitas delas não mais existentes no plano terrestre. Vem o ensino Superior. Vem a Universidade de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina – UDESC, onde iniciei meu primeiro curso superior e posteriormente a FEPEVI – Fundação de Ensino do Vale do Itajaí, onde concluí o Curso de Estudos Sociais e Direito. Na consecução de um sonho, a conclusão do curso de direito passou a ser coisa do passado. Iniciava uma preparação para uma dedicação ao direito. Como vou estudar. Como elaborar um plano de estudos. Preciso de ajuda de profissionais. A esta altura, já conhecido no mundo jurídico florianopolitano em razão do cargo desenvolvido, impulso, incentivo e ajuda não me faltaram. Objetivo traçado lancei-me aos estudos. Cursei a Escola Superior da Magistratura e focado num objetivo, anos e anos de estudo se passaram. Chegamos então ao dia 26 de maio de 1990. Excelentíssimo Senhor Ministro Jorge Mussi. Certamente este foi mais um dia na sua existência; mas na minha vida foi

o dia da glória. O dia do sucesso com a realização de um sonho e nele, vossa excelência faz parte. É que a Comissão Examinadora de Concurso, publicou em data de 22/06/1990, o edital nº 35/90, através do qual foram mencionados os candidatos aptos à realização da prova oral ao cargo de Juiz Substituto do Estado de Santa Catarina convocando-os para a realização da mesma, marcada para início às 07:30 horas daquele dia. A comissão examinadora tinha como Presidente o saudoso Desembargador Aloisio de Almeida Gonçalves, o qual, na prova oral interpelava direito processual penal. Faziam parte da Comissão Examinadora os saudosos desembargadores Mário Batista e Rubens Odilon Córdova, os quais indagavam sobre direito penal e direito comercial. Vossa Excelência Ministro Jorge, à época respeitado advogado criminalista, representava juntamente com o doutor Woltair Menegotto a Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Santa Catarina, cada um indagando sobre direito constitucional e processo civil respectivamente. Até pela pontuação atingida nas fases anteriores, sabia que àquele era o grande dia. O dia da realização de um sonho. É que cheguei à prova oral para o concurso de magistrado com 2,5 pontos além da média necessária para a aprovação. Bastava responder as indagações feitas. Confiei no meu estudo, na minha dedicação e preparação. Mais uma vez a experiência da vida mostrava que minha mãe estava certa. O caminho da sabedoria é o estudo. A vida me ensinou que o estudo valeu a pena. Diante daquilo que ouvi de cada um dos examinadores após suas indagações, tinha a certeza da concretização de um sonho. Tinha a certeza que estaria entre os primeiros dos classificados no concurso. A resposta a dedicação, ao empenho e obstinação veio com a publicação do Edital nº 39/90, que divulgava o nome dos aprovados no concurso para o cargo de Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, onde meu nome aparecia como 2º colocado. Valeu a perseverança. Prevaleceu a fé e a crença. Eu consegui. Jovens aqui presentes. Jovens que me assistem neste momento. Gustavo Santos Souza, meu enteado. Se esta história de

vida não posse servir-lhe de exemplo ou ainda que esta história não sirva para lhe incentivar, certamente me dá sustentação e me habilita a dizer-lhes. Sonhe. Sonhe e sonhe alto, todo o sonho é um ideal que pode e deve ser concretizado. Concretize o seu. Eu concretizei o meu. Passei a pertencer a Associação dos Magistrados Catarinense, entidade que agrega uma das mais respeitadas magistraturas brasileiras. Não é novidade no cenário jurídico nacional que Santa Catarina possui uma das magistraturas, tecnicamente mais bem preparada do país agregando grande quantidade de magistrados com formação acadêmica em mestrado, doutorado e inclusive pós-doutorado. Aquele caminho do conhecimento orientado por minha mãe, não terminou com a realização de um sonho. Não pelo contrário, a judicatura exige um aprimorado desenvolvimento cultural e jurídico-intelectual constante. E é por esta razão que devemos estar diariamente conectados com as aspirações sociais, como forma de melhor aplicação do direito. Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras e Exmos. Srs. Desembargadores. Na última sessão ordinária e no apagar das luzes do ano de 2015, vossas excelências, por unanimidade referendaram meu para integrar a corte. É evidente que a aprovação unanime deixa qualquer mortal lisonjeado, mas o que me deixou feliz e até certo momento, tomado pela emoção, foi quando, promulgado o resultado da votação, suspensa a sessão para os cumprimentos, observei no semblante de cada um dos integrantes daquela sessão o sorriso estampado, a satisfação e alegria. O bom astral, a alegria e sorrisos contagiaram o ambiente. Foi assim, numa sessão tranquila, alegre e feliz que fui elevado ao Cargo de Desembargador do Estado de Santa Catarina. Não integro somente a um tribunal. Mas a uma das mais respeitadas cortes de Justiça na nação brasileira. Homens de outrora, muitos deles aqui presentes colaboraram e coadjuvaram para enaltecer o nome do Judiciário Catarinense no contexto nacional, nome este que é tão bem mantido por Vossas Excelências. A admiração e o respeito pelo trabalho até aqui desenvolvido por estes grandes arquitetos do direito estadual e

nacional. Preocupa-me em dar sequencia a tão belo trabalho que teve como consequência o reconhecimento de que o Judiciário Catarinense é um dos mais respeitados desta nação. Tenho preocupação, mas não temo. Não temo porque, desde que passei a integrar esta corte, na qualidade de Juiz Substituto de 2º grau, inicialmente na Câmara Regional Especial de Chapecó, encontrei o respaldo responsável e amigo de grandes membros deste Tribunal todos comprometidos, não só com a arte de interpretar a lei, mas de fazer justiça. Encontrei dedicação, respeito e orientação. Aqui na sede da Corte, nos diversos órgãos fracionários em que atuei sempre encontrei a palavra sincera e amiga de homens dedicados à causa do direito e empenhados na melhor aplicação da lei, como forma de justiça. Encontrei na corte, verdadeiros mestres, doutores; pessoas dotadas de aprimorado conhecimento. Mas nunca encontrei a imposição da sabedoria, pelo contrário. Encontrei pessoas que me ouviram, orientaram e aconselharam, lapidando meus conhecimentos. Integrando uma corte que tem como membros pessoas tão dedicadas e empenhadas na aplicação do direito, posso afirmar, e tenham a certeza, excelências, sociedade catarinense, enquanto Deus me der saúde, estarei pronto para auxiliar nos trabalhos visando a aplicação do direito como forma de consecução da paz social. Quero de público agradecer ao presidente da Terceira Câmara de Direito Civil desta Corte Desembargador Fernando Carioni e aos membros efetivos, o Desembargador Marcus Túlio Sartorato e a Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Rita, não só pelos ensinamentos ministrados, mas porque, imbuídos no sentimento de respeito aos trabalhos desenvolvidos no tribunal e em respeito ao jurisdicionado, cidadão catarinense, me autorizavam a coadjuvar com os demais órgãos fracionários de julgamento desta corte. Aos Excelentíssimos Senhores Desembargadores presidentes e componentes dos demais órgãos fracionários em que atuei, meus agradecimentos, não só pelo respeito, mas acima de tudo pelas orientações e ensinamentos ministrados. Seria injusto e inconsequente terminar minha manifestação sem dedicar-

me às pessoas que mais me tocam. Tive a felicidade de ser pai de duas maravilhosas pessoas. Susana Stefani e Natália Steil. Desde seus primeiros dias de vida, procurei ser pai. Sempre procurei proporcionar-lhes o melhor e agora sinto-me realizado. Isto porque hoje profissionais liberais cada uma inserida no mercado de trabalho são pessoas felizes e com conhecimento que extrapolam as fronteiras do território nacional. Obrigado filhas, orgulho-me de vocês. Caçula da família sempre teve a atenção dos irmãos que de uma forma ou de outra me preparavam para enfrentar as adversidades da vida. Meus irmãos Dalcio, Clara, Vilson, Carmem, Ester, Osvani, Joceli e José e em memória Sueli e Ivo. Meu agradecimento especial a você Jacira. Além de irmã, titular de cartório extrajudicial, soube me valorizar e ensinar as lides cartorárias. Foi lá, no cartório de Registro Civil, títulos e documentos da Comarca de São João Batista, onde tudo começou. Onde o sonho de criança tomava feição para tornar-se realidade. Obrigado meus irmãos e como agradecimento divido como vocês este honroso momento. Não poderia deixar de agradecer a você de Adriana dos Santos. Pessoa com quem convivo. Não estou a falar somente de uma jovem, bela e elegante; mas de uma mãe, caprichosa, atenciosa e dedicada. De uma pessoa que entendendo as adversidades da vida, deu-me atenção, carinho e amor, mostrando-me o caminho do respeito, da gratidão e dedicação. Mulher que não é possessiva, não é dona, mas que enquanto vive procura me fazer feliz. Contigo, também quero continuar a caminhar. Caminhar enfrentando as tristezas e decepções para que juntos possamos ser felizes. Obrigado Adriana pela adorável companhia. Ao Gu (Gustavo Santos) filho da Adriana, jovem estudioso respeitoso e amigo. Jovem que vivendo no mundo totalmente diferente daquele em que cresci e me fiz homem sabe compreender e ouvir e ao que percebo, põe-se no caminho do bem, do certo e do justo. Gu, te agradeço pelo respeito, carinho e dedicação. Além dos familiares e pessoas que nos acolhem no lar diariamente, no sacerdócio da magistratura, nós juízes contamos com a colaboração dos abnegados

funcionários. E é em nome da Senhora Silvia Fogaça Muller, técnica judiciária que durante mais de uma década esteve ao meu lado, inclusive aqui na corte de Justiça, na qualidade de Secretária Jurídica, me deu tranquilidade e certeza do bom trabalho desenvolvido e que por opção e escolha pessoal, pediu para retornar à sua terra natal, onde encontra-se trabalhando. Em seu nome Silvia saúdo todos os funcionários da justiça. Quero agradecer na pessoa da Senhora Lori de Oliveira, todos os funcionários de gabinete, minha equipe de trabalho, pelo empenho, dedicação, pelo amor à causa do direito. Obrigado não só aos atuais membros da equipe de trabalho, mas a todos aqueles que me emprestaram o seu labor, a vontade do saber e distribuir justiça. Meu reconhecimento e também agradecimentos ao Coral da Associação dos Magistrados que abrilhanta este evento. No arremate, volto minhas preces a DEUS, suplicando-lhe que estenda seus braços sobre cada um de nós, e em especial a cada um dos membros desta corte para que possamos com a aplicação na aplicação da lei, levarmos ao cidadão catarinense a paz, como fruto do direito. A todos, muito, muitíssimo obrigado e que DEUS os abençoe. Obrigado”.

RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz

Av. Padre João Smedt, 1667 – Centro

CEP: 89830-000 – Abelardo Luz

Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta

Av. Anchieta, 722 – Centro

CEP: 89970-000 – Anchieta

Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n – Centro

CEP: 88590-000 – Anita Garibaldi

Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 – Centro

CEP: 89245-000 – Araquari

Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá

Rua Cel. João Fernandes, 195 – Centro

CEP: 88900-000 – Araranguá

Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém

Rua Luiz Gonzaga Westrupp, 85 – Centro

CEP: 88740-000 – Armazém

Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra

Rua Benjamin Constant, 1097 – Centro

CEP: 89138-000 – Ascurra

Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú

Av. das Flores, s/n – Bairro dos Estados
CEP: 88339-900 – Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1810

Fórum da Comarca de Balneário Piçarras

Rua Eulálio da Trindade, 26 – Centro
CEP: 88380-000 – Balneário Piçarras
Telefone: (47) 3347-4007

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1003 – Centro
CEP: 88390-000 – Barra Velha
Telefone: (47) 3446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu

Rua Rio Branco, 29 – Centro
CEP: 88160-000 – Biguaçu
Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau

Rua Zenaide Santos de Souza, 363 – Bairro da Velha
CEP: 89036-260 – Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

Fórum Universitário da Comarca de Blumenau

Praça Victor Konder, 01 – Centro
CEP: 89010-150 – Blumenau
Telefone: (47) 3321-7217

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 – Centro
CEP: 88680-000 – Bom Retiro
Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Praça Padre Roer, 118 – Centro
 CEP: 88750-000 – Braço do Norte
 Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, 55 – Centro
 CEP: 88350-051 – Brusque
 Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador

Rua Conselheiro Mafra, 790 – Centro
 CEP: 89500-000 – Caçador
 Telefone: (49) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú

Rua São Paulo, 1275 – Areias
 CEP: 88345-662 – Camboriú
 Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul

Rua Major Teodósio Furtado, 30 – Centro
 CEP: 88580-000 – Campo Belo do Sul
 Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê

Rua Maranhão, 865 – Centro
 CEP: 89980-000 – Campo Erê
 Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos

Praça Lauro Müller, 121 – Centro
 CEP: 89620-000 – Campos Novos
 Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas

Rua Vidal Ramos, 650 – Centro

CEP: 89460-000 – Canoinhas

Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal

Rua Carmelo Zoccoli, 133 – Centro

CEP: 89665-000 – Capinzal

Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Foro Central)

Av. Governador Gustavo Richard, 434 – Centro

CEP: 88010-290 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6500

Fórum Bancário da Comarca da Capital

Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira – Centro

CEP: 88020-120 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5700

Fórum Desembargador Eduardo Luz

Rua José da Costa Moellmann, 197 – Centro

CEP: 88020-170 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6900

Fórum Distrital do Continente

Rua São José, 300 – Balneário/Estreito

CEP: 88075-310 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5100

Fórum Distrital do Norte da Ilha

Rua Desembargador Vitor Lima, 183 – UFSC

CEP: 88040-400 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5000

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 – Centro

CEP: 88745-000 – Capivari de Baixo

Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas

Rua Almirante Tamandaré, 2776 – Centro

CEP: 89670-000 – Catanduvas

Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D – Passo dos Fortes

CEP: 89805-900 – Chapecó

Telefone: (49) 3321-4000

Fórum da Comarca de Concórdia

Rua Travessa Silvio Roman, 45 – Nossa Senhora da Saleté

CEP: 89700-000 – Concórdia

Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas

Rua Minas Gerais, 586 – Centro

CEP: 89840-000 – Coronel Freitas

Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto

Av. Vitória Régia, 254 – Pro-Flor

CEP: 88535-000 – Correia Pinto

Telefone: (49) 3243-6320

Fórum da Comarca de Criciúma

Av. Santos Dumont, s/n – Milanesi

CEP: 88804-500 – Criciúma

Telefone: (48) 3431-5201

Fórum da Comarca de Cunha Porá

Rua Benjamin Constant, 832 – Centro

CEP: 89890-000 – Cunha Porá

Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibaanos

Rua Antônio Rossa, 241 – Centro

CEP: 89520-000 – Curitibaanos

Telefone: (49) 3245-4500

Fórum da Comarca de Descanso

Rua Thomaz Koproski, 615 – Centro

CEP: 89910-000 – Descanso

Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira

Av. Washington Luís, 670 – Centro

CEP: 89950-000 – Dionísio Cerqueira

Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 – Santa Izabel

CEP: 88850-000 – Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitibaanos, 375 – Centro

CEP: 89580-000 – Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba

Rua Santa Rita, 100 – Centro

CEP: 88495-000 – Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva

Av. Celso Ramos, 1226 – Centro

CEP: 89248-000 – Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n – Sete de Setembro

CEP: 89110-000 – Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim

Rua João Sotter Correa, 300 – Amizade

CEP: 89270-000 – Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval d’Oeste

Rua Nereu Ramos, 388 – Centro

CEP: 89610-000 – Herval d’Oeste

Telefone: (49) 3551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama

Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 – Centro

CEP: 89140-000 – Ibirama

Telefone: (47) 3357-8000

Fórum da Comarca de Içara

Rua Salete Scotti dos Santos, 150 – Jardim Elizabete

CEP: 88820-000 – Içara

Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí

Av. Governador Celso Ramos, 388 – Centro

CEP: 88770-000 – Imaruí

Telefone: (48) 3643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba

Rua Ernani Contrin, 643 – Centro

CEP: 88780-000 – Imbituba

Telefone: (48) 3355-8000

Fórum da Comarca de Indaial

Rua Tiradentes, 111 – Centro

CEP: 89130-000 – Indaial

Telefone: (47) 3281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim

Rua Bento Gonçalves, 143 – Centro

CEP: 89790-000 – Ipumirim

Telefone: (49) 3438-3300

Fórum da Comarca de Itá

Rua 11, Q. 13-A, Praça dos Expedicionários, 500 – Pioneiros

CEP: 89760-000 – Itá

Telefone: (49) 3458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis

Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 – Centro

CEP: 89340-000 – Itaiópolis

Telefone: (47) 3652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí

Rua Uruguai, 222 – Centro

CEP: 88302-901 – Itajaí

Telefone: (47) 3341-9300

Fórum da Comarca de Itapema

Rua 700, 270 – Várzea

CEP: 88220-000 – Itapema

Telefone: (47) 3268-8800

Fórum da Comarca de Itapiranga

Rua São José, 10 – Centro
 CEP: 89896-000 – Itapiranga
 Telefone: (49) 3678-8400

Fórum da Comarca de Itapoá

Rua Mariana Michels Borges, 776 – Itapema do Norte
 CEP: 89249-000 – Itapoá
 Telefone: (47) 3443-8000

Fórum da Comarca de Ituporanga

Rua Vereador Joaquim Boing, s/n – Centro
 CEP: 88400-000 – Ituporanga
 Telefone: (47) 3533-8100

Fórum da Comarca de Jaguaruna

Rua Nestor Horácio Luiz, s/n – Cristo Rei
 CEP: 88715-000 – Jaguaruna
 Telefone: (48) 3624-8000

Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 – Vila Nova
 CEP: 89259-300 – Jaraguá do Sul
 Telefone: (47) 3275-7200

Fórum da Comarca de Joaçaba

Rua Salgado Filho, 160 – Centro
 CEP: 89600-000 – Joaçaba
 Telefone: (49) 3551-4100

Fórum da Comarca de Joinville

Rua Hermann August Lepper, 980 – Saguazu
 CEP: 89221-902 – Joinville
 Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages

Rua Belisário Ramos, 3650 – Centro

CEP: 88502-905 – Lages

Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna

Rua Arcângelo Bianchini, 69 – Centro

CEP: 88790-000 – Laguna

Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller

Rua Pedro Raimundo, 15 – Centro

CEP: 88880-000 – Lauro Müller

Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis

Rua Waldir Ortigari, 45 – Centro

CEP: 89515-000 – Lebon Régis

Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra

Av. Cel. José Severiano Maia, 863 – Centro

CEP: 89300-000 – Mafra

Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha

Av. Anita Garibaldi, 1181 – Centro

CEP: 89874-000 – Maravilha

Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Meleiro

Rua José Mezari, 281 – Jardim Itália

CEP: 88920-000 – Meleiro

Telefone: (48) 3537-8300

Fórum da Comarca de Modelo

Rua Presidente Vargas, 20 – Centro

CEP: 89872-000 – Modelo

Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondai

Rua Waldemar Ernesto Glufke, 71 – Centro

CEP: 89893-000 – Mondai

Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 – Centro

CEP: 88375-000 – Navegantes

Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans

Rua Rui Barbosa, 320 – Centro

CEP: 88870-000 – Orleans

Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa

Rua Balduino Westphal, 444 – Poco Rico

CEP: 88540-000 – Otacílio Costa

Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça

Rua Hilza Terezinha Pagani, 409 – Pagani

CEP: 88132-256 – Palhoça

Telefone: (48) 3287-5500

Fórum da Comarca de Palmitos

Rua Padre Manoel da Nóbrega, 67 – Centro

CEP: 89887-000 – Palmitos

Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 – Centro

CEP: 89370-000 – Papanduva

Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho

Av. Recife, 1750 – Santo Antônio

CEP: 89870-000 – Pinhalzinho

Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode

Rua XV de Novembro, 700 – Centro

CEP: 89107-000 – Pomerode

Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Ponte Serrada

Rua 3 de Maio, 460 – Centro

CEP: 89683-000 – Ponte Serrada

Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo

Rua Maurílio Manoel da Silva, 252 – Perequê

CEP: 88210-000 – Porto Belo

Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União

Rua Voluntários da Pátria, 365 – Centro

CEP: 89400-000 – Porto União

Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio

Rua Curt Hering, 14 – Centro

CEP: 89150-000 – Presidente Getúlio

Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo

Rua Presidente Juscelino, 703 – Centro

CEP: 89850-000 – Quilombo

Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo

Rua 29 de Dezembro, 34 – Centro

CEP: 89198-000 – Rio do Campo

Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste

Rua XV de Novembro, 1.570 – Centro

CEP: 89180-000 – Rio do Oeste

Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul

Rua Dom Bosco, 820 – Jardim América

CEP: 89160-000 – Rio do Sul

Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho

Rua Carlos Hantschel, 425 – Bela Vista

CEP: 89295-000 – Rio Negrinho

Telefone: (47) 3646-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília

Rua XV de Novembro, s/n – Centro

CEP: 89540-000 – Santa Cecília

Telefone: (49) 3244-6505

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul

Rua Raul José dos Santos, 120 – Centro

CEP: 89965-000 – Santa Rosa do Sul

Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz

Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 – Centro

CEP: 88140-000 – Santo Amaro da Imperatriz

Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul

Av. São Bento, 401 – Rio Negro

CEP: 89287-355 – São Bento do Sul

Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos

Rua La Salle, 243 – Centro

CEP: 89885-000 – São Carlos

Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos

Rua Brasil, 285 – Centro

CEP: 89835-000 – São Domingos

Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul

Rua Coronel Oliveira, 289 – Centro

CEP: 89240-000 – São Francisco do Sul

Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista

Rua Otaviano Dadam, 201 – Centro

CEP: 88240-000 – São João Batista

Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim

Rua Domingos Martorano, 302 – Centro

CEP: 88600-000 – São Joaquim

Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José

Rua Domingos André Zanini, 380 – Barreiros

CEP: 88117-200 – São José

Telefone: (48) 3287-5200

Fórum da Comarca de São José do Cedro

Rua Padre Aurélio, 235 – Centro

CEP: 89930-000 – São José do Cedro

Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste

Rua Dom Pedro II, 966 – Centro

CEP: 89990-000 – São Lourenço do Oeste

Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste

Rua Marcílio Dias, 2070 – Centro

CEP: 89900-000 – São Miguel do Oeste

Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara

Rua do Comércio, 171 – Centro

CEP: 89770-000 – Seara

Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio

Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 – Centro

CEP: 88960-000 – Sombrio

Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió

Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 – Centro

CEP: 89190-000 – Taió

Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará

Rua Luís Menoncin, 10 – Centro

CEP: 89642-000 – Tangará

Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas

Rua Florianópolis, 130 – Centro

CEP: 88200-000 – Tijucas

Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó

Av. Getúlio Vargas, 736 – Centro

CEP: 89120-000 – Timbó

Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central

Rua Emílio Graubner, 300 – Vila Nova

CEP: 89176-000 – Trombudo Central

Telefone: (47) 3544-8101

Fórum da Comarca de Tubarão

Rua Wenceslau Braz, 560 – Vila Moema

CEP: 88705-901 – Tubarão

Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo

Rua Raul Manfredi, 520 – Cidade Alta

CEP: 88930-000 – Turvo

Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici

Rua Nereu Ramos, n. 200 – Centro

CEP: 88650-000 – Urubici

Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga

Rua Barão do Rio Branco, 115 – Centro

CEP: 88840-000 – Urussanga

Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira

Av. Manoel Roque, 268 – Alvorada

CEP: 89560-000 – Videira

Telefone: (49) 3533-4700

Fórum da Comarca de Xanxerê

Rua Victor Konder, 898 – Centro

CEP: 89820-000 – Xanxerê

Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim

Rua Rui Barbosa, 385 – Centro

CEP: 89825-000 – Xaxim

Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

9143625-71.2015.8.24.0000 – Tribunal de Justiça.....150

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2014.049447-5 – Caçador.....397

0158548-61.2015.8.24.0000 – Capital.....454

2015.058937-5 – Joinville.....513

2015.029950-0 – Biguaçu.....664

2014.088726-1 – Trombudo Central.....671

2016.015371-9 – Itaiópolis.....699

2015.059271-2 – Otacílio Costa.....746

2015.004689-9 – Balneário Camboriú.....752

0128929-86.2015.8.24.0000.....770

2015.071206-0 – Gaspar.....802

2015.071828-2 – Itapoá.....895

2015.026808-6 – Joinville.....868

2014.084616-2 – Xaxim.....880

0136325-51.2014.8.24.0000 – Xaxim.....1000

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2016.000864-1/0001.00 – São Francisco do Sul.....158

2015.079983-5/0001.00 – Urubici.....164

2016.004290-4/0001.00 – Criciúma.....175

AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL

1.549.809 – Distrito Federal.....94

AGRAVO REGIMENTAL

5.491 – Distrito Federal.....66

APELAÇÕES

2014.072124-8 – Itá.....175

2013.040688-6 – São Miguel do Oeste.....189

2012.004498-2 – São Miguel do Oeste.....221

2012.041482-8 – Itapiranga.....280

0600252-34.2014.8.24.0061 – São Francisco do Sul.....310

2014.058723-7 – Joinville.....350

2011.059169-1 – São José.....361

2010.085041-3 – Capital.....373

2014.057503-6 – Capital.....428

2011.008106-6 – Trombudo Central.....441

2015.094453-3 – Blumenau.....461

2012.084714-4 – Joinville.....483

2012.060477-1 – Joinville.....498

2014.084409-6 – Capital.....519

0002046-20.2000.8.24.0033 – Itajaí.....525

2013.009210-6 – Herval D’Oeste.....545

2013.084018-1 – Rio do Sul.....552

0000585-41.2013.8.24.0135 – Navegantes.....	601
2013.044878-1 – Campos Novos.....	609
0501136-89.2013.8.24.0061 – São Francisco do Sul.....	623
2015.074563-6 – Catanduvas.....	713
2012.064899-3 – Forquilha.....	681
2010.003031-0 – Araranguá.....	692
2011.061860-5 – Itajaí.....	722
2011.019578-1 – Correia Pinto.....	731
2016.001346-0 – Criciúma.....	776
0600727-80.2014.8.24.0031 – Indaial.....	784
2016.023707-7 – Capital – Bancário.....	789
0002958-59.2014.8.24.0022 – Curitiba.....	814
0008270-35.2008.8.24.0019 – Concórdia.....	892
0003377-86.2013.8.24.0031 – Indaial.....	918
0500056-78.2013.8.24.0065 – São José do Cedro.....	944
0026529-47.2009.8.24.0018 – Chapecó.....	950
2013.070033-7 – Chapecó.....	950
0026529-47.2009.8.24.0018 – Chapecó.....	950
2011.001768-3 – Dionísio Cerqueira.....	962
2015.056033-7 – Itapiranga.....	975
0315091-57.2014.8.24.0023 – Capital.....	982
2014.057639-9 – Concórdia.....	989

2014.081637-2 – Joaçaba.....	1006
0001034-20.2011.8.24.0086 – Otacílio Costa.....	1091
0015609-43.2011.8.24.0018 – Chapecó.....	1095
0008071-66.2010.8.24.0011 – Brusque.....	1163
0002498-63.2012.8.24.0080 – Xanxerê.....	1151
0806372-81.2014.8.24.0038 – Joinville.....	1167
0000464-22.2014.8.24.0056 – Santa Cecília.....	1271
0138666-16.2015.8.24.0000 (2015.040614-3) – Jaguaruna.....	1276
0002003-15.2010.8.24.0007 – Biguaçu.....	1273
0000001-89.2014.8.24.0053 – Quilombo.....	1315

AÇÃO RESCISÓRIA

2015.021394-0 – Chapecó.....	694
0215227-86.2012.8.24.0000 – Criciúma.....	839

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA

21.315 – Distrito Federal.....	89
--------------------------------	----

EMBARGOS INFRINGENTES

0141843-85.2015.8.24.0000 – Xaxim.....	288
0119987-65.2015.8.24.0000 – Capital.....	330
2015.042334-5 – Joinville.....	658

EXTRADIÇÃO

1.397 – Distrito Federal.....	69
-------------------------------	----

HABEAS CORPUS

129.696 – São Paulo.....	62
338840 – Santa Catarina.....	105
4000304-29.2016.8.24.0000 – Sombrio.....	1112
4002195-85.2016.8.24.0000 – Capital.....	1195
4001937-75.2016.8.24.0000 – Jaraguá do Sul.....	1204
4000915-79.2016.8.24.0000 – Guaramirim.....	1252

MANDADO DE SEGURANÇA

9157765-13.2015.8.24.0000 – Tribunal de Justiça.....	827
0144913-13.2015.8.24.0000 – Capital.....	844

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS

2016.900017-0 – Tribunal de Justiça.....	136
--	-----

PETIÇÃO

9141148-75.2015.8.24.0000 – Tribunal de Justiça.....	141
--	-----

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0000722-94.2014.8.24.0003 – de Anita Garibaldi.....	1213
---	------

RECURSO ESPECIAL

1555004 – Santa Catarina.....	116
-------------------------------	-----

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

778889 – Pernambuco.....	25
--------------------------	----

REVISÃO CRIMINAL

4001100-20.2016.8.24.0000 – Blumenau.....1024
0155329-40.2015.8.24.0000 – Laguna.....1035
0156943-80.2015.8.24.0000 – Capital.....1051
0142107-05.2015.8.24.0000 – Modelo.....1069

SENTENÇA

0300770-09.2014.8.24.0058 – São Bento do Sul.....1282

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

2015.095180-6 – Joinville.....127

SUSPENSÃO DE LIMINAR

4002090-11.2016.8.24.0000 – Blumenau.....131

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA	880, 918, 1000
AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO	746
AÇÃO MONITÓRIA	784
AÇÃO POPULAR	1282
ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO	
Culpa exclusiva do consumidor.....	361
Imprudência caracterizada.....	221, 361
ACIDENTE SOFRIDO POR MENOR IMPÚBERE EM EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL	288
AMBIENTAL — PARCELAMENTO DE SOLO URBANO	868
ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO — VÍCIO DE CONSENTIMENTO — IMPROCEDÊNCIA	441
ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO POR VÍCIO DE CONSENTIMENTO	699
AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO — FALHA TÉCNICA NA GRAVAÇÃO DOS DEPOIMENTOS — ANULAÇÃO	1271
ARTIGO	
A função extrafiscal dos tributos como forma alternativa para auxiliar e fomentar o desenvolvimento sustentável.....	1351

BLOQUEIO DO SALDO DO FGTS — DÍVIDA DE NATUREZA PATRIMONIAL — IMPENHORABILIDADE.....513

CANCELAMENTO PARCIAL DE USUFRUTO — MAIOR INCAPAZ — PRETENSÃO DE LOTEAMENTO DO IMÓVEL — NECESSIDADE E VANTAGEM NÃO DEMONSTRADAS.....545

CHEQUE ADMINISTRATIVO.....776

CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO.....802

CÓDIGO CIVIL

Art. 113.....397, 483

Art. 114.....483

Art. 186.....361, 461, 601

Art. 206, § 3º.....350

Art. 275.....1006

Art. 283.....1006

Art. 389.....397

Art. 421.....483

At. 422.....483

Art. 447.....609

Art. 475.....	483
Art. 476.....	483
Art. 797.....	189
Art. 798.....	189
Art. 927.....	361
Art. 948, inciso II.....	310
Art. 1378.....	330
Art. 1379.....	330
Art. 1.635, inciso III.....	175
Art. 1.638, incisos I e II.....	175
Art. 1.750.....	545
Art. 1.790.....	552
Art. 1.829.....	552
Art. 2.028.....	350

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Aplicabilidade.....	397
Inaplicabilidade.....	310, 373

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI FEDERAL N. 5.869/1973)

Art. 112, parágrafo único.....	802
Art. 333, inciso I.....	601
Art. 460, parágrafo único.....	713
Art. 515, § 3º.....	789
Art. 600.....	692
Art. 649, inciso IV.....	513
Art. 791, inciso III.....	513

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI FEDERAL N. 13.105/2015)

Art. 85, <i>caput</i>	373
Art. 85, § 2º.....	373
Art. 85, § 11.....	373
Art. 373, inciso I.....	519
Art. 491, inciso I e §§ 1º e 2º.....	498
Art. 492, parágrafo único.....	713
Art. 947, § 3º.....	814
Art. 1.013, §§ 1º e 3º, inciso III.....	441

Art. 1.013, §4º.....	373
----------------------	-----

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 121, § 2º, inciso IV.....	1213
--------------------------------	------

Art. 156.....	1095
---------------	------

Art. 159.....	1123
---------------	------

Art. 172, § 3º.....	164
---------------------	-----

Art. 473.....	158
---------------	-----

Art. 557, § 1º.....	94
---------------------	----

CÓDIGO PENAL

Art. 16.....	105
--------------	-----

Art. 53.....	116
--------------	-----

Art. 62, inciso IV.....	1035
-------------------------	------

Art. 115.....	62
---------------	----

Art. 116, parágrafo único.....	69
--------------------------------	----

Art. 117, inciso VI.....	69
--------------------------	----

Art, 157, § 3º, <i>in fine</i>	1167
--------------------------------------	------

Art. 181, inciso II.....	1082
--------------------------	------

Art. 206.....	1112
Art. 208.....	1112
Art. 217-A, <i>caput</i>	1035
Art. 226, inciso I.....	1035
Art. 304.....	1276
Art. 342, § 1º.....	1112
Art. 357, <i>caput</i> e parágrafo único.....	1151
COISA JULGADA.....	350
COMPETÊNCIA.....	141
COMPRA E VENDA — DAÇÃO EM PAGAMENTO — INSTRUMENTO PARTICULAR NÃO REGISTRADO NO CARTÓRIO.....	454
CONCURSO PÚBLICO.....	844, 982
CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
Art. 5º, <i>caput</i>	525
Art. 5º, inciso XXXVI.....	525
Art. 5º, inciso XXXV.....	789
Art. 5º, inciso LV.....	789

Art. 5º, inciso LXXIV.....	789
Art. 5, inciso X.....	461
Art. 5º, inciso LV.....	519
Art. 7º, inciso XVIII.....	25
Art. 37, § 6º.....	892, 950
Art. 225, § 3º.....	310, 623, 1123
Art. 226, § 5º.....	25
Art. 226, § 6º.....	525
Art. 227.....	25, 175
CORRUPÇÃO PASSIVA — CONDOTA ATÍPICA.....	1069
CRIME AMBIENTAL — POLUIÇÃO SONORA.....	1163
CRIME DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO.....	1151
DANO AMBIENTAL — TEORIA DO RISCO INTEGRAL.....	623
DANOS MORAIS	
Configuração.....	461, 950
Dano Presumido.....	623
Não Configuração.....	428, 601

Redução da Verba Indenizatória.....	623
Danos Materiais — Configuração.....	428
Dano Material e Moral.....	221
DECADÊNCIA PREVIDENCIÁRIA — INOCORRÊNCIA.....	373
DEFENSORIA PÚBLICA.....	789
DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	175
DETRAÇÃO.....	69
DIREITO INTERTEMPORAL.....	350
DISCURSOS	
Discurso proferido pelo Desembargador Nelson Schaefer Martins na sessão solene de posse dos dirigentes do Poder Judiciário de Santa Catarina para o biênio 2016-2018.....	1377
Discurso proferido pelo Desembargador Torres Marques, Presidente Empossado para o biênio 2016-2018.....	1384
Discurso proferido pelo Desembargador Fernando Carioni na sessão solene de posse do novo Desembargador, o Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito de Segundo Grau Saul Steil.....	1389
Discurso de posse do Juiz de Direito Saul Steil no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça De Santa Catarina.....	1392

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL — DESCUMPRIMENTO DE ACORDO.....	513
DOAÇÃO INOFICIOSA.....	441
DUPLICATA MERCANTIL — ANULAÇÃO.....	731
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.....	89
EMBARGOS INFRINGENTES.....	658
ESTUPRO DE VULNERÁVEL — AGRAVANTE — AFASTAMENTO.....	1035
EXTRADIÇÃO.....	69
FALSO TESTEMUNHO QUALIFICADO — ATIPICIDADE DA CONDUTA.....	1112
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS — ENCEFALOPATIA EPILÉPTICA — SÍNDROME DE WEST — INDICAÇÃO DO USO DE CANABIDIOL CBD HEMP OIL.....	895
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS	
Advogado-professor — Instituição de Ensino.....	975
Condenação.....	498, 722
Majoração — Impossibilidade.....	310
Inversão do Ônus Sucumbencial.....	609
Sucumbência.....	373

Sucumbência recíproca.....	428, 731
INDENIZAÇÃO	
Minoração — Impossibilidade.....	310
Possibilidade de apuração em liquidação de sentença.....	498
ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.....	752
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	880
INDUZIMENTO AO SUICÍDIO.....	601
INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS — SUSPENSÃO DO PROCESSO.....	513
INTEMPESTIVIDADE.....	164
INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE TOXICÔMANO.....	141
INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE <i>POST MORTEM</i> — IMPROCEDÊNCIA.....	525
ISENÇÃO — INOCORRÊNCIA — PARENTE POR AFINIDADE..	1082
JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.....	519
JUSTIÇA GRATUITA — COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA.....	221
LATROCÍNIO.....	1167

LEI COMPLEMENTAR N. 101/2000 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL)

Art. 19.....827

Art. 20.....827

Art. 23, § 3º.....827

Art. 66.....827

LEILÃO ELETRÔNICO.....136**LEI FEDERAL N. 6.015/1973 (LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS)**

Art. 167, inciso I.....664

LEI FEDERAL N. 6.938/1991

Art. 14, § 1º.....623

LEI FEDERAL N. 8.069/1990 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE)

Art. 3º.....175

Art. 244-A.....1035

LEI FEDERAL N. 8.078/1990 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR)

Art. 2º.....397

Art. 3º, § 1º.....	397
Art. 12, §3º.....	361
Art. 28.....	397
Art. 28, § 5º.....	397
LEI FEDERAL N. 8.213/1991	
Art. 103, <i>caput</i>	373
LEI FEDERAL N. 8.437/1992	
Art. 4º.....	127, 131
LEI FEDERAL N. 9.503/1997 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO)	
Art. 28.....	288
Art. 34.....	288
Art. 306.....	1213, 1275
LEI FEDERAL N. 9.605/1998)	
Art. 54, <i>caput</i>	1123
LEI FEDERAL N. 9.656/98	
Art. 10, § 2º.....	461
Art. 30, §§ 1º e 3º.....	461

Art. 35.....	461
LEI FEDERAL N. 9.782/1999	
Art. 8º.....	116
LEI FEDERAL N. 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO)	
Art. 3º.....	545
LEI FEDERAL N. 11.101/2005 (LEI DE FALÊNCIAS)	
Art. 6º, § 4º.....	746
Art. 49, § 3º.....	746
LEI FEDERAL N. 11.343/2006 (TRÁFICO DE DROGAS)	
Art. 33, <i>caput</i>	1051
LEI FEDERAL N. 13.097/2015	
Art. 54, inciso IV.....	664
LEILOEIROS.....	136
LIBERDADE DE EXPRESSÃO — CRÍTICAS À FIGURA POLÍTICA DE PREFEITO MUNICIPAL — DANO MORAL NÃO DEMONSTRADO.....	280
LICENÇA-PARENTAL — EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA GESTANTE.....	25

NOTA PROMISSÓRIA.....	789
NULIDADE DE CITAÇÃO — INOCORRÊNCIA.....	1195
NULIDADE PROCESSUAL — PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE TELEFONE CELULAR APREENDIDO — POSSIBILIDADE....	1204
OMISSÃO — DEVER DE VIGILÂNCIA DO MUNICÍPIO.....	892
PATERNIDADE BIOLÓGICA — EXUMAÇÃO CADAVÉRICA — RESULTADONEGATIVO.....	525
PENHORA.....	671
PETIÇÃO DE HERANÇA — CABIMENTO.....	552
PLANO DE SAÚDE — MANUTENÇÃO DE DEPENDENTES NO CASO DE MORTE DO TITULAR — PRAZO.....	461
PENA — POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO.....	1051
PRECLUSÃO CONSUMATIVA.....	158
PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.....	373, 789
PRESCRIÇÃO.....	62
PREVIDENCIÁRIO — AUXÍLIO-ACIDENTE.....	962
PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE — OFENSA — INEXISTÊNCIA.....	94
PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	150

PROJETO “LAR LEGAL” — REGULARIZAÇÃO DO DOMÍNIO DE BEM IMÓVEL.....	814
REDUÇÃO — IMOSSIBILIDADE — APLICAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL.....	1095
REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO.....	944
RESCISÃO DE CONTRATO VERBAL DE PERMUTA DE IMÓVEL — INADIMPLEMENTO.....	483
RESCISÓRIA.....	644, 839
RESPONSABILIDADE CIVIL	
Objetiva e Solidária.....	310, 428
Objetiva.....	623, 776
Solidária.....	1006
REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO.....	770
ROUBO	
Causa de aumento de pena — automóvel subtraído e transportado para outro Estado.....	94
Desistência Voluntária.....	94
Arrependimento Eficaz.....	94
SEGURO DE VIDA EMPRESARIAL — SUICÍDIO.....	189

SEGURO EMPRESARIAL — CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE TELEFONES CELULARES — IMPOSSIBILIDADE — DEVER DE RESSARCIMENTO.....	498
SENTENÇA CONDICIONAL — NULIDADE.....	713
SERVIDÃO DE TRÂNSITO.....	330
SOCIOAFETIVIDADE — VÍNCULO NÃO COMPROVADO....	525
SUBPRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ.....	483
SÚMULAS — STJ	
n. 54.....	950
n. 61.....	189
n. 291.....	373
n. 362.....	950
n. 427.....	373
n. 479.....	776
n. 538.....	789
SÚMULAS — STF	
n. 105.....	189
n. 343.....	839

n. 335.....	802
n. 387.....	789
n. 421.....	69
n. 546.....	944
n. 719.....	1051
n. 722.....	150
SÚMULAS VINCULANTES — STF	
n. 46.....	150
TRIBUTÁRIO	
Produto importado.....	116
Cosmético.....	116
UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA — RECONHECIMENTO POST MORTEM — PROCEDÊNCIA.....	
	552
USO DE MARCA — EMPRESAS QUE ATUAM EM RAMOS COMERCIAIS DIFERENTES.....	
	722
VÍCIO OCULTO EM BEM MÓVEL.....	609

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko.....	131
Altamiro de Oliveira.....	681, 692, 699
Antônio do Rêgo Monteiro Rocha.....	601
Artur Jenichen Filho.....	164, 170, 350, 373
Carlos Adilson Silva.....	855, 868, 880
Carlos Alberto Civinski.....	1095, 1112
Cláudia Lambert de Faria.....	158
Cláudio Valdyr Helfenstein.....	658, 671, 713
Denise Volpato.....	609, 623
Dias Toffoli.....	62, 66
Diva Malerbi.....	89
Domingos Paludo.....	361
Edson Luiz de Oliveira.....	1345
Eládio Torret Rocha.....	141, 519
Fernando Carioni.....	1386
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto.....	950
Getúlio Corrêa.....	1035, 1051
Gilberto Gomes de Oliveira.....	454
Gilmar Mendes.....	66
Henry Goy Petry Junior.....	525, 552
Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....	189, 280
Jaime Ramos.....	1006
Jânio de Souza Machado.....	784, 789
João Batista Góes Ulysséa.....	428
João Henrique Blasi.....	814, 944
Joel Dias Figueira Júnior.....	513
Jorge Luis Costa Beber.....	441
Jorge Henrique Schaefer Martins.....	1252
José Antônio Torres Marques.....	127, 1384
José Carlos Carstens Köhler.....	752

José Inacio Schaefer.....	770, 776
Júlio César Knoll.....	962
Júlio César Machado Ferreira de Melo.....	483
Luiz Antônio Zanini Fornerolli.....	219
Luiz Cézar Medeiros.....	545
Luiz Felipe Schuch.....	221
Luiz Fernando Boller.....	892
Marcus Túlio Sartorato.....	288, 310, 461
Maria Thereza de Assis Moura.....	94, 101
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	1024, 1204, 1213, 1231
Napoleão Nunes Maia Filho.....	116
Nelson Juliano Schaefer Martins.....	1377
Newton Trisotto.....	330
Newton Varella Júnior.....	1243, 1275
Paulo Ricardo Bruschi.....	989
Paulo Roberto Sartorato.....	1091
Pedro Manoel Abreu.....	978
Ricardo José Roesler.....	136, 839, 844
Roberto Barroso.....	25
Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço.....	1236
Rogério Mariano do Nascimento.....	664
Ronaldo Moritz Martins da Silva.....	644
Ronei Danielli.....	975
Rubens Schulz.....	175
Salete Silva Sommariva.....	1069, 1195
Saul Steil.....	1392
Sebastião César Evangelista.....	397
Sérgio Izidoro Heil.....	150
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	827, 918, 1351
Soraya Nunes Lins.....	802

Stanley da Silva Braga.....	498
Tulio José Moura Pinheiro.....	722, 731, 746
Volnei Celso Tomazini.....	1123, 1151, 1167

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Comissão Permanente de Jurisprudência

Seleção e definição de conteúdo

1ª Vice-Presidência

Gerenciamento, formatação de conteúdo e formulação de índices

Diretoria de Documentação e Informações

Revisão gramatical

Diretoria de Infraestrutura – Divisão de Artes Gráficas

Projeto gráfico, editoração eletrônica, impressão e acabamento