

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

2020
139

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 XLVI – 2º semestre de 2019 – N. 139 – Florianópolis – SC – 2020

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

Diretor

Des. João Henrique Blasi – 1º Vice-Presidente

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 591/2020-GP)

Des. João Henrique Blasi – Presidente

Des. Gerson Cherem II

Des. Getúlio Corrêa

Des. Odson Cardoso Filho

Des. Rogério Mariano do Nascimento

Juiz de Direito Bruno Makowiecky Salles

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

21 cm.

Semestral.

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

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

ISSN: 1981-402X.

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

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

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	07
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	27
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	43
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	88
Primeira Vice-Presidência.....	89
Segunda Vice-Presidência.....	100
Terceira Vice-Presidência.....	110
Câmara de Recursos Delegados.....	120
Conselho da Magistratura.....	138
Órgão Especial.....	165
Grupo de Câmaras de Direito Civil.....	216
Primeira Câmara de Direito Civil.....	246
Segunda Câmara de Direito Civil.....	298
Terceira Câmara de Direito Civil.....	326
Quarta Câmara de Direito Civil.....	344
Quinta Câmara de Direito Civil.....	381
Sexta Câmara de Direito Civil.....	405
Sétima Câmara de Direito Civil.....	425
Grupo de Câmaras de Direito Comercial.....	453
Primeira Câmara de Direito Comercial.....	495
Segunda Câmara de Direito Comercial.....	522
Terceira Câmara de Direito Comercial.....	547
Quarta Câmara de Direito Comercial.....	572
Quinta Câmara de Direito Comercial.....	585
Grupo de Câmaras de Direito Público.....	613
Primeira Câmara de Direito Público.....	640

Segunda Câmara de Direito Público.....	673
Terceira Câmara de Direito Público.....	693
Quarta Câmara de Direito Público.....	720
Quinta Câmara de Direito Público.....	758
Primeiro Grupo de Direito Criminal.....	784
Segundo Grupo de Direito Criminal.....	805
Primeira Câmara Criminal.....	829
Segunda Câmara Criminal.....	863
Terceira Câmara Criminal.....	913
Quarta Câmara Criminal.....	932
Quinta Câmara Criminal.....	945
Primeiro Grau.....	997
ARTIGOS.....	1033
DISCURSOS.....	1080
RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....	1096
ÍNDICE NUMÉRICO.....	1117
ÍNDICE POR ASSUNTO.....	1124
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	1134



COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Fevereiro de 2020)

Presidente

Desembargador Ricardo José Roesler

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador João Henrique Blasi

Segundo Vice-Presidente

Desembargador Volnei Celso Tomazini

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador Salim Schead dos Santos

Corregedora-Geral da Justiça

Desembargadora Soraya Nunes Lins

Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial

Desembargador Dinart Francisco Machado

DESEMBARGADORES

Desembargador Pedro Manoel Abreu
Desembargador Cláudio Barreto Dutra
Desembargador Luiz César Medeiros
Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha
Desembargador Fernando Carioni
Desembargador José Antônio Torres Marques
Desembargador Marcus Tulio Sartorato
Desembargadora Salete Silva Sommariva
Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes
Desembargador Salim Schead dos Santos
Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta
Desembargador Cid José Goulart Júnior
Desembargador Jaime Ramos
Desembargador Alexandre D'ivanenko
Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho
Desembargador Sérgio Izidoro Heil
Desembargador José Carlos Carstens Köhler
Desembargador João Henrique Blasi
Desembargador Jorge Luiz de Borba
Desembargadora Rejane Andersen
Desembargador Jânio de Souza Machado
Desembargadora Soraya Nunes Lins
Desembargadora Sônia Maria Schmitz
Desembargador Henry Goy Petry Junior
Desembargador Raulino Jacó Brüning

Desembargador Roberto Lucas Pacheco
Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves
Desembargador João Batista Góes Ulysséa
Desembargador Ronei Danielli
Desembargador Luiz Fernando Boller
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Desembargador Tulio José Moura Pinheiro
Desembargador Carlos Alberto Civinski
Desembargador Ricardo José Roesler
Desembargador Robson Luz Varella
Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo
Desembargadora Denise Volpato
Desembargador Getúlio Corrêa
Desembargador Sebastião César Evangelista
Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Desembargador Carlos Adilson Silva
Desembargador Rogério Mariano do Nascimento
Desembargador Stanley da Silva Braga
Desembargador Altamiro de Oliveira
Desembargador Saul Steil
Desembargador Newton Varella Júnior
Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli
Desembargador Odson Cardoso Filho
Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira
Desembargador José Everaldo Silva
Desembargador Volnei Celso Tomazini
Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Desembargador Júlio César Knoll
Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti
Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli
Desembargadora Cláudia Lambert de Faria
Desembargador Rubens Schulz
Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Desembargador André Carvalho
Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer
Desembargador Jorge Luis Costa Beber
Desembargador Guilherme Nunes Born
Desembargador Luiz Zanelato
Desembargador André Luiz Dacol
Desembargador Jaime Machado Júnior
Desembargador Hélio do Valle Pereira
Desembargador Gerson Cherem li
Desembargador Dinart Francisco Machado
Desembargadora Rosane Portella Wolff
Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski
Desembargador Artur Jenichen Filho
Desembargador Vilson Fontana
Desembargador Luiz Cesar Schweitzer
Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza
Desembargador Norival Acácio Engel
Desembargador Paulo Ricardo Bruschi
Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos
Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo
Desembargador José Agenor de Aragão

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade
Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli
Desembargadora Haidée Denise Grin
Desembargador Selso de Oliveira
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga
Desembargador Carlos Roberto da Silva
Desembargador Osmar Nunes Júnior
Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch
Desembargador José Maurício Lisboa

JUIZES DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU

Juíza de Direito de Segundo Grau Bettina Maria Maresch de Moura

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Desembargador Ricardo José Roesler – Presidente
Desembargador Pedro Manoel Abreu
Desembargador Cláudio Barreto Dutra
Desembargador Luiz César Medeiros
Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha
Desembargador Fernando Carioni
Desembargador Marcus Tulio Sartorato
Desembargadora Salete Silva Sommariva
Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes
Desembargador Salim Schead dos Santos

Desembargadora Maria Do Rocio Luz Santa Ritta
Desembargador Cid José Goulart Júnior
Desembargador Jaime Ramos
Desembargador Alexandre D'ivanenko
Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho
Desembargador Sérgio Izidoro Heil
Desembargador José Carlos Carstens Köhler
Desembargador João Henrique Blasi
Desembargador Jorge Luiz de Borba
Desembargadora Rejane Andersen
Desembargador Jânio de Souza Machado
Desembargadora Soraya Nunes Lins
Desembargadora Sônia Maria Schmitz
Desembargador Henry Goy Petry Junior
Desembargador Raulino Jacó Brüning
Desembargador Roberto Lucas Pacheco
Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves
Desembargador João Batista Góes Ulysséa
Desembargador Ronei Danielli
Desembargador Luiz Fernando Boller
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Desembargador Tulio José Moura Pinheiro
Desembargador Carlos Alberto Civinski
Desembargador Ricardo José Roesler
Desembargador Robson Luz Varela
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo
Desembargadora Denise Volpato
Desembargador Getúlio Corrêa

Desembargador Sebastião César Evangelista
Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Desembargador Carlos Adilson Silva
Desembargador Rogério Mariano do Nascimento
Desembargador Stanley da Silva Braga
Desembargador Altamiro de Oliveira
Desembargador Saul Steil
Desembargador Newton Varella Júnior
Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli
Desembargador Odson Cardoso Filho
Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira
Desembargador José Everaldo Silva
Desembargador Volnei Celso Tomazini
Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva
Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Desembargador Júlio César Knoll
Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti
Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli
Desembargadora Cláudia Lambert de Faria
Desembargador Rubens Schulz
Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Desembargador André Carvalho
Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer
Desembargador Jorge Luis Costa Beber
Desembargador Guilherme Nunes Born
Desembargador Luiz Zanelato
Desembargador André Luiz Dacol
Desembargador Jaime Machado Júnior

Desembargador Hélio do Valle Pereira
Desembargador Gerson Cherem li
Desembargador Dinart Francisco Machado
Desembargadora Rosane Portella Wolff
Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski
Desembargador Artur Jenichen Filho
Desembargador Vilson Fontana
Desembargador Luiz Cesar Schweitzer
Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza
Desembargador Norival Acácio Engel
Desembargador Paulo Ricardo Bruschi
Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos
Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo
Desembargador José Agenor de Aragão
Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade
Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli
Desembargadora Haidée Denise Grin
Desembargador Selso de Oliveira
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga
Desembargador Carlos Roberto da Silva
Desembargador Osmar Nunes Júnior
Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador Ricardo José Roesler – Presidente

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Desembargador Cláudio Barreto Dutra

Desembargador Luiz César Medeiros

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha

Desembargador Fernando Carioni

Desembargador José Antônio Torres Marques

Desembargador Marcus Tulio Sartorato

Desembargador Ricardo Fontes

Desembargador Salim Schead dos Santos

Desembargadora Maria Do Rocio Luz Santa Ritta

Desembargador Jaime Ramos

Desembargador Alexandre D'ivanenko

Desembargador João Henrique Blasi

Desembargadora Soraya Nunes Lins

Desembargador Raulino Jacó Brüning

Desembargador Roberto Lucas Pacheco

Desembargadora Denise Volpato

Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti

Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Desembargador Gerson Cherem li

Desembargador Artur Jenichen Filho

Desembargadora Hildemar Meguzzi de Carvalho

CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS

Desembargador João Henrique Blasi

Desembargador Salim Schead dos Santos

Desembargador Volnei Celso Tomazini

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador Luiz César Medeiros – Presidente

Desembargador Fernando Carioni

Desembargador Marcus Tulio Sartorato

Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Desembargador Raulino Jacó Brüning

Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves

Desembargador João Batista Góes Ulysséa

Desembargadora Denise Volpato

Desembargador Stanley da Silva Braga

Desembargador Saul Steil

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

Desembargador Rubens Schulz

Desembargador André Carvalho

Desembargador Jorge Luis Costa Beber

Desembargador André Luiz Dacol

Desembargador Gerson Cherem li

Desembargadora Rosane Portella Wolff

Desembargador Paulo Ricardo Bruschi
Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos
Desembargador José Agenor de Aragão
Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade
Desembargadora Haidée Denise Grin
Desembargador Selso de Oliveira
Desembargador Carlos Roberto da Silva
Desembargador Osmar Nunes Júnior
Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch
Desembargador José Maurício Lisboa

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Raulino Jacó Brüning
Desembargador Gerson Cherem li – Presidente
Desembargador Paulo Ricardo Bruschi
Desembargador José Maurício Lisboa

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Jorge Luis Costa Beber – Presidente
Desembargador João Batista Góes Ulysséa
Desembargador Rubens Schulz
Desembargadora Rosane Portella Wolff

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Fernando Carioni
Desembargador Marcus Tulio Sartorato – Presidente
Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta
Desembargador Saul Steil

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos – Presidente

Desembargador José Agenor de Aragão

Desembargador Selso de Oliveira

Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Luiz César Medeiros – Presidente

Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes

Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargadora Denise Volpato – Presidente

Desembargador Stanley da Silva Braga

Desembargador André Carvalho

Desembargador André Luiz Dacol

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade

Desembargadora Haidée Denise Grin

Desembargador Carlos Roberto da Silva – Presidente

Desembargador Osmar Nunes Júnior

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Cláudio Barreto Dutra – Presidente

Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha

Desembargador José Antônio Torres Marques

Desembargador Sérgio Izidoro Heil

Desembargador José Carlos Carstens Köhler

Desembargadora Rejane Andersen
Desembargador Jânio de Souza Machado
Desembargadora Soraya Nunes Lins
Desembargador Tulio José Moura Pinheiro
Desembargador Robson Luz Varella
Desembargador Sebastião César Evangelista
Desembargador Rogério Mariano do Nascimento
Desembargador Newton Varella Júnior
Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira
Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli
Desembargador Guilherme Nunes Born
Desembargador Luiz Zanelato
Desembargador Altamiro de Oliveira
Desembargador Jaime Machado Júnior

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Carlos Adilson Silva
Desembargador Rogério Mariano do Nascimento
Desembargador Guilherme Nunes Born – Presidente
Desembargador Luiz Zanelato

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargadora Rejane Andersen – Presidente
Desembargador Robson Luz Varella
Desembargador Altamiro de Oliveira
Desembargador Newton Varella Júnior

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Tulio José Moura Pinheiro – Presidente

Desembargador Sebastião César Evangelista

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

Desembargador Jaime Machado Júnior

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador José Antônio Torres Marques – Presidente

Desembargador Sérgio Izidoro Heil

Desembargador José Carlos Carstens Köhler

Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Cláudio Barreto Dutra – Presidente

Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha

Desembargador Jânio de Souza Machado

Desembargador Roberto Lucas Pacheco

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz – Presidente

Desembargador Cid José Goulart Júnior

Desembargador Jaime Ramos

Desembargador Jorge Luiz de Borba

Desembargadora Sônia Maria Schmitz

Desembargador Ronei Danielli

Desembargador Luiz Fernando Boller

Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli

Desembargador Odson Cardoso Filho

Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

Desembargador Júlio César Knoll

Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti

Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Desembargador Hélio do Valle Pereira

Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

Desembargador Artur Jenichen Filho

Desembargador Vilson Fontana

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Desembargador Jorge Luiz de Borba

Desembargador Luiz Fernando Boller – Presidente

Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

Desembargador Cid José Goulart Júnior

Desembargador Henry Goy Petry Junior

Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto – Presidente

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Jaime Ramos – Presidente

Desembargador Ronei Danielli

Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço

Desembargador Júlio César Knoll

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargadora Sônia Maria Schmitz – Presidente

Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli

Desembargador Odson Cardoso Filho

Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Hélio do Valle Pereira – Presidente

Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

Desembargador Artur Jenichen Filho

Desembargador Vilson Fontana

SEÇÃO CRIMINAL

Desembargadora Salete Silva Sommariva – Presidente

Desembargador Alexandre D'ivanenko

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

Desembargador Paulo Roberto Sartorato

Desembargador Carlos Alberto Civinski

Desembargador Sérgio Antônio Rizelo

Desembargador Getúlio Corrêa

Desembargador Ernani Guetten de Almeida

Desembargador José Everaldo Silva

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer

Desembargador Luiz Cesar Schweitzer

Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

Desembargador Norival Acácio Engel

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva

Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargador Alexandre D'ivanenko
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo – Presidente
Desembargador José Everaldo Silva
Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza
Desembargador Norival Acácio Engel
Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargadora Salete Silva Sommariva
Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho
Desembargador Carlos Alberto Civinski – Presidente
Desembargador Getúlio Corrêa
Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer
Desembargador Luiz Cesar Schweitzer
Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Desembargador Carlos Alberto Civinski – Presidente
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora Salete Silva Sommariva – Presidente

Desembargador Sérgio Antônio Rizelo

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

Desembargador Norival Acácio Engel

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador Getúlio Corrêa

Desembargador Ernani Guetten de Almeida

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo – Presidente

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador Alexandre D'ivanenko – Presidente

Desembargador José Everaldo Silva

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer

Desembargador Luiz Cesar Schweitzer – Presidente

Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Desembargador Salim Schead dos Santos – 3º Vice-Presidente

Desembargador João Henrique Blasi – 1º Vice-Presidente

Desembargadora Soraya Nunes Lins – Corregedora-Geral de Justiça

Desembargador Volnei Celso Tomazini – 2º Vice-Presidente

Desembargador Dinart Francisco Machado – Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial

Desembargador Roberto Lucas Pacheco
Desembargador Carlos Adilson Silva
Desembargador Odson Cardoso Filho
Desembargador Hélio do Valle Pereira
Desembargador Júlio César M. Ferreirade Melo
Desembargador José Agenor de Aragão

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz De Direito Rafael Germer Condé

JUIZES CORREGEDORES

Juiz Corregedor Jaber Farah
Juiz Corregedor Sílvio José Franco
Juiz Corregedor Ruy Fernando Falk
Juiz Corregedor Rafael Maas dos Anjos
Juiz Corregedor Rodrigo Tavares Martins

JUIZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar Claudio Eduardo Regis de Figueiredo E Silva
Juiz Auxiliar Romano José Enzweiler
Juíza Auxiliar Carolina Ranzolin Nerbass Freta

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar Bruno Makowiecky Salles

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Fernanda do Nascimento Muller De Villamartin

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

Rodrigo Granzotto Peron

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

Maurício Walendowsky Sprícigo



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A G .REG. NO HABEAS CORPUS 172.993 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : KONSTANTINOS MEINTANIS

ADV.(A / S) : CHARLES PAMPLONA ZIMMERMANN

AGDO.(A / S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADV.(A / S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Crime ambiental de pesca ilegal (art. 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/1998). 3. Erro de proibição pela impossibilidade de se identificar a espécie dos peixes pelos aparelhos. Inocorrência. Foram acostadas aos autos volumosas evidências de que o agente, além de não instruir a tripulação acerca da normativa do IBAMA em relação à pescada-olhuda, ainda estaria envolvido no planejamento do corte do fio de energia do rastreador do sistema PREPS da embarcação. 4. Pena de multa muito elevada. Inocorrência. A pena de multa referida pela defesa técnica é aquela originariamente imposta à pessoa jurídica, que teve a prescrição da pretensão punitiva reconhecida de ofício pelo Juízo de segunda instância. A multa aplicada ao paciente levou em consideração seu rendimento mensal informado em juízo e o devido equilíbrio entre a finalidade de reprovação do delito e sua condição financeira. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Brasília, Sessão Virtual de 11 a 17 de outubro de 2019.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

A G .REG. NO HABEAS CORPUS 172.993 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : KONSTANTINOS MEINTANIS

ADV.(A / S) : CHARLES PAMPLONA ZIMMERMANN

AGDO.(A / S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADV.(A / S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao writ, uma vez constatada a completa insustentabilidade da alegação de que haveria ocorrido erro de proibição por parte do agente. (eDOC 27)

Nas razões recursais, a defesa aponta afronta ao princípio da colegialidade pelo fato de ter-se adentrado o mérito da impetração. (eDOC 28)

É o relatório.

A G .REG. NO HABEAS CORPUS 172.993 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O agravante traz à baila o argumento de que a decisão que denegou a ordem de habeas corpus teria ferido o princípio da colegialidade, posto que adentrou o mérito. Ocorre que, nos termos do art. 192, caput, do Regimento Interno desta Suprema Corte, o relator pode, desde logo, denegar a ordem, caso a matéria seja objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. Como apontei em minha decisão monocrática, a defesa pretende o reconhecimento de erro de proibição na conduta do agente, de modo que se conceda a ordem para absolvê-lo das imputações.

Todavia, pude discorrer longamente acerca das contradições da defesa técnica ao entrar no mérito da impetração. Em essência, buscava a defesa técnica demonstrar dois pontos: i) inexistência de vínculo entre a conduta do agente e o fato típico; ii) desproporcionalidade da pena de multa imposta.

Em relação ao primeiro ponto, a leitura atenta da sentença de mérito, que analisou minuciosamente as provas acostadas aos autos, revela que a conduta do agente foi previamente ensaiada, de modo que se pudesse lançar sombras ao conjunto de atos que resultaram no crime ambiental ora em exame.

Dentre a série de alegações que foram desmentidas em juízo, destacam-se:

1. a tripulação da embarcação revelou que não fora previamente instruída acerca da proibição normativa de captura de pescada-olhuda, contrariamente ao que sustenta a defesa (eDOC 27, p. 8-11);

2. mesmo que se admita a possibilidade de não se poder reconhecer a pescada-olhuda meramente por aparelhos, a tripulação não procedeu a qualquer método de certificação antes de realizar a captura de mais de 30 Kg da espécie (eDOC 27, p. 11-12);

3. o aparelho rastreador do sistema PREPS foi propositalmente desligado, por meio do corte do fio de energia do aparelho, para que se pudesse ocultar o trajeto percorrido na volta e não se soubesse a rota de destino e o ponto de desembarque (eDOC 27, p. 12-15);

4. o tipo de embarcação utilizado na extração da espécie proibida é exatamente aquele igualmente vedado pela Portaria 43/2007 do IBAMA (eDOC 27, p. 15-16). Quanto ao segundo ponto, a defesa sustenta que o agravante não teria qualquer possibilidade de arcar com as custas da pena de multa imposta, haja vista que o valor ultrapassaria um milhão de reais. (eDOC 1, p. 15-16) A alegação, no entanto, é completamente inverídica, pelas razões que exponho:

1. a pena de multa que se impôs ao réu foi de 40 dias-multa, cada qual com valor equivalente a um quarto do salário-mínimo vigente em outubro de 2013, valor que não se aproxima de um milhão de reais em qualquer hipótese que se imagine (eDOC 6, p. 11);

2. a empresa Florimar Indústria e Comércio de Pescados S.A., originariamente corré, à qual, de fato, foi imposta pena de multa que se aproximaria do valor descrito, teve a prescrição punitiva reconhecida de ofício pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, de sorte que tal multa nem sequer deveria ser objeto de novas deliberações por parte desta Corte (eDOC 8, p. 19).

Nestes termos, repisando o que já pude demonstrar de modo exaustivo na decisão agravada, os argumentos defensivos são completamente insustentáveis, de modo que inexistente qualquer constrangimento, flagrante ilegalidade ou mesmo manifesta injustiça por parte das instâncias precedentes.

Aliás, aproveito o ensejo para prestar minhas homenagens ao Juízo da 1ª Vara Federal de Itajaí/SC e à 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região pela boa condução deste processo, bem como pela análise firme e zelosa das provas colhidas. Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.216.018
SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : BANCO SANTANDER (BRASIL) S. A.

ADV.(A / S) : GABRIELA VITIELLO WINK

ADV.(A / S) : ISABELA BRAGA POMPILIO

AGDO.(A / S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A / S)(ES) : PROCURADOR -GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Constitucional. 3. Instalação de equipamentos de segurança em agências bancárias. Competência legislativa concorrente. Lei Estadual 10.501/1997. 4. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Necessidade de reexame do acervo probatório. Súmulas 279, 280 e 636 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental desprovido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Brasília, Sessão Virtual de 06 a 12 de dezembro de 2019.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.216.018
SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AGTE.(S) : BANCO SANTANDER (BRASIL) S. A.

ADV.(A / S) : GABRIELA VITIELLO WINK

ADV.(A / S) : ISABELA BRAGA POMPILIO

AGDO.(A / S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A / S)(ES) : PROCURADOR -GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de agravo regimental em recurso extraordinário com agravo contra decisão que negou seguimento a recurso, com fundamento na jurisprudência desta Corte. Eis um trecho desse julgado:

“No caso, ressalto que o acórdão recorrido está consonância com a orientação firmada por esta Corte no sentido de que a edição de normas de segurança nas relações de consumo, inclusive em agências bancárias, é matéria legislativa de competência concorrente, o que possibilita a edição de lei municipal ou estadual sobre o tema, respeitadas as diretrizes da legislação federal.

(...)

Cumpra ainda registrar que o Tribunal de origem ao examinar a legislação local aplicável à espécie (Lei Estadual 10.501/97) e o conjunto probatório constante dos autos, consignou que a aludida legislação não ofende o princípio da proporcionalidade. (...)

Assim, verifica-se que a matéria debatida no acórdão recorrido restringe-se ao âmbito da legislação local, de modo que a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, o que inviabiliza o processamento do presente recurso. Além disso, divergir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório. Nesses termos, incidem no caso as Súmulas 280 e 279 do STF.

(...)

Além disso, saliente-se que esta Corte entende não ser cabível a interposição de recurso extraordinário por contrariedade ao princípio da legalidade, quando a verificação da ofensa envolver reapreciação de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo Tribunal a quo (súmula 636 do STF)”. (eDOC 7)

No agravo regimental, sustenta-se que as leis sobre as quais se funda o acórdão recorrido são manifestamente inconstitucionais, pois teriam sido editadas em desrespeito à competência privativa da União, não havendo necessidade em reapreciar interpretação dada a legislação infraconstitucional.

Argumenta-se ainda que a matéria em análise não se restringe ao âmbito de legislação local e que a pretensão do agravante não demanda o reexame de fatos e provas.

Intimada, a parte recorrida não apresentou contrarrazões, conforme certidão constante do eDOC 16.

É o relatório.

A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.216.018 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Inicialmente, verifico que o presente recurso submete-se ao regime jurídico do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista que impugna decisão publicada em data anterior a 17.3.2016.

No agravo regimental, não ficou demonstrado o desacerto da decisão agravada. Verifico que as alegações da parte são impertinentes e decorrem de mero inconformismo com a decisão adotada por este Tribunal, uma vez que o agravante não trouxe argumentos suficientes a infirmá-la, visando apenas à rediscussão da matéria já decidida de acordo com a jurisprudência desta Corte.

Como já demonstrado na decisão ora agravada, a edição de normas de segurança nas relações de consumo, inclusive em agências bancárias, é matéria legislativa de competência concorrente, o que possibilita a edição de lei municipal ou estadual sobre o tema, respeitadas as diretrizes da legislação federal.

Nesse sentido, além dos precedentes citados na decisão impugnada, confirmam-se os seguintes:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM “AGRAVO. CONSTITUCIONAL. AGÊNCIAS BANCÁRIAS. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE SEGURANÇA. RELAÇÕES DE CONSUMO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE VALIDADE DE LEI OU ATO DE GOVERNO LOCAL CONTRA A CONSTITUIÇÃO: SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”. (ARE-AgR 1.195.359, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 16.8.2019)

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE SEGURANÇA. ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS. POSSIBILIDADE. ART. 30, I, DA CF. PRECEDENTES. ART. 5º, XXXVI, DA CF/88. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. É pacífico na jurisprudência do STF o entendimento de que os entes municipais possuem competência para editar lei determinando a instalação de equipamentos de segurança em estabelecimentos bancários, por ser tal questão matéria de interesse local. Exegese do art. 30, I, da Constituição Federal. 2. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AI-AgR 482.212, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 19.6.2013)

Considerando que o acórdão recorrido está consonância com a orientação firmada por esta Corte no que tange à competência legislativa concorrente da matéria, verifica-se que a discussão restringe-se à aplicação de legislação local. Nesse sentido, divergir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, incidindo, no caso, as Súmulas 280 e 279 do STF.

Ademais, uma vez que a matéria recorrida envolve reapreciação de interpretação dada a normas infraconstitucionais, não é cabível a interposição de recurso extraordinário por contrariedade ao princípio da legalidade, nos termos da Súmula 636 do STF.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.003 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES) : FÁBIO DE MAGALHÃES FURLAN

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ARTIGO 57, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, V, VII E VIII, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. HIPÓTESES DE RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR NÃO CONTIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, À SEPARAÇÃO DE PODERES E À SIMETRIA. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO.

1. A lei complementar, conquanto não goze, no ordenamento jurídico nacional, de posição hierárquica superior àquela ocupada pela lei ordinária, pressupõe a adoção de processo legislativo qualificado, cujo quórum para a aprovação demanda maioria absoluta, ex vi do artigo 69 da CRFB.

2. A criação de reserva de lei complementar, com o fito de mitigar a influência das maiorias parlamentares circunstanciais no processo legislativo referente a determinadas matérias, decorre de juízo de ponderação específico realizado pelo texto constitucional, fruto do sopesamento entre o princípio democrático, de um lado, e a previsibilidade e confiabilidade necessárias à adequada normatização de questões de especial relevância econômica, social ou política, de outro.

3. A aprovação de leis complementares depende de mobilização parlamentar mais intensa para a criação de maiorias consolidadas no âmbito do Poder Legislativo, bem como do dispêndio de capital político e institucional que propicie tal articulação, processo esse que nem sempre será factível ou mesmo desejável para a atividade legislativa ordinária, diante da realidade que marca a sociedade brasileira – plural e dinâmica por excelência – e da necessidade de tutela das minorias, que nem sempre contam com representação política expressiva.

4. A ampliação da reserva de lei complementar, para além daquelas hipóteses demandadas no texto constitucional, portanto, restringe indevidamente o arranjo democrático-representativo desenhado pela Constituição Federal, ao permitir que Legislador estadual crie, por meio do exercício do seu poder constituinte decorrente, óbices procedimentais – como é o quórum qualificado – para a discussão de matérias estranhas ao seu interesse ou cujo processo legislativo, pelo seu objeto, deva ser mais célere ou responsivo aos ânimos populares.

5. In casu, são inconstitucionais os dispositivos ora impugnados, que demandam edição de lei complementar para o tratamento (i) do regime jurídico único dos servidores estaduais e diretrizes para a elaboração de planos de carreira; (ii) da organização da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar e do regime jurídico de seus servidores; (iii) da organização do sistema estadual de educação; e (iv) do plebiscito e do referendo – matérias para as quais a Constituição Federal não demandou tal espécie normativa. Precedente: ADI 2872, Relator Min. EROS GRAU, Redator p/ Acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 1º/8/2011, Dje 5/9/2011.

6. Ação direta CONHECIDA e julgado PROCEDENTE o pedido, para declarar inconstitucional o artigo 57, parágrafo único, IV, V, VII e VIII, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conhecer da ação direta e julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 57, parágrafo único, incisos IV, V, VII e VIII, da Constituição do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Brasília, 5 de dezembro de 2019.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

Documento assinado digitalmente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.003 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES) : FÁBIO DE MAGALHÃES FURLAN

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina, tendo por objeto o artigo 57, parágrafo único, IV, V, VII e VIII, da Constituição do Estado de Santa Catarina, de seguinte teor, *in verbis*:

Art. 57 (...)

Parágrafo único. Além de outros casos previstos nesta Constituição, serão complementares as leis que dispuserem sobre:

(...)

IV - regime jurídico único dos servidores estaduais e diretrizes para a elaboração de planos de carreira;

V - organização da Polícia Militar e regime jurídico de seus servidores;

(...) VII - organização do sistema estadual de educação;

VIII - plebiscito e referendo.

Como parâmetro de controle, o requerente indicou os artigos 2º; 25, caput; 34, IV; e 60, § 4º, III, da Constituição Federal e 11, caput, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que dispõem, *in verbis*:

Constituição Federal

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...)

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

Art. 60. (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes;

ADCT

Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Em síntese, o requerente alegou que as Constituições estaduais não poderiam estabelecer disciplina por lei complementar a matérias para as quais não houve a mesma exigência na Constituição Federal, sob pena de ofensa aos princípios da harmonia e independência dos Poderes e da simetria.

Considerando o objeto da presente ação direta e a relevância da matéria versada, determinei fosse aplicado o rito veiculado pelo artigo 12 da Lei federal 9.868/1999 (doc. 4).

A Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina informou que a Emenda Constitucional estadual 33/2003 acrescentou a expressão Corpo de Bombeiros Militar ao inciso V do parágrafo único do artigo 57 da Constituição estadual. No mérito, sustentou a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, aduzindo que a opção pela exigência de lei complementar para disciplinar determinadas matérias seria questão meramente procedimental, passível de inovação pelo poder constituinte decorrente (doc. 8).

O Advogado-Geral da União exarou parecer pela procedência do pedido de mérito, nos termos da seguinte ementa, *in verbis*:

“Processo legislativo. Normas da Constituição do Estado de Santa Catarina. Reserva de matérias à lei complementar. Modelo federal. Matérias cujo disciplinamento deve observar o processo legislativo ordinário. Imposição obrigatória aos Estados-membros. Implicação com o princípio da separação dos Poderes. Precedente desse Supremo Tribunal Federal. Manifestação pela procedência do pedido.” (doc. 11)

O Procurador-Geral da República, por sua vez, manifestou-se no sentido da procedência parcial do pedido de mérito, em parecer assim ementado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 57, parágrafo único, incisos IV, V, VII e VIII, da Constituição do Estado de Santa Catarina. Reserva de lei complementar em matérias para as quais a Constituição da República apenas exige lei ordinária. Regime jurídico e organização de carreiras de servidores públicos civis e militares, plebiscito e referendo. Contrariedade a comandos expressos da Constituição da República que remetem tais matérias à lei ordinária federal e estadual. Organização do sistema estadual de educação. Omissão na CR quanto à espécie normativa apenas vincula o tema à lei ordinária no âmbito federal. Possibilidade de adoção de outro padrão normativo pelos demais entes federativos. Não aplicação do princípio da simetria. Prestígio da autonomia dos entes federados. Parecer pela procedência parcial do pedido.” (doc. 12)

O requerente apresentou aditamento da petição inicial (doc. 16) para a incluir no objeto da ação a redação dada ao inciso V do parágrafo único do artigo 57 da Constituição do Estado de Santa Catarina pela Emenda Constitucional Estadual 33/2003, *in verbis*:

“Art. 57 (...)

Parágrafo único. Além de outros casos previstos nesta Constituição, serão complementares as leis que dispuserem sobre:

(...)

V - organização da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar e regime jurídico de seus servidores;” (grifei)

A Advogada-Geral da União e a Procuradora-Geral da República reiteraram as manifestações anteriores (docs. 18 e 20).

O pedido de aditamento da inicial foi deferido (doc. 21).

É o relatório

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.003 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, Senhores Ministros, Ilustre membro do Ministério Público, Senhores advogados e estudantes presentes.

Assento, de plano, a admissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade em julgamento, eis que ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina, tendo por objeto dispositivos da Constituição do Estado de Santa Catarina, de modo que é inconteste a configuração do requisito da pertinência temática *in casu*.

No mérito, cuida-se de aferir a constitucionalidade de disposições através das quais o poder constituinte decorrente catarinense reservou à lei complementar estadual a disciplina de matérias às quais a Constituição Federal não demandou o emprego de tal espécie normativa.

Nomeadamente, os dispositivos ora impugnados demandam edição de lei complementar para o tratamento (i) do regime jurídico único dos servidores estaduais e diretrizes para a elaboração de planos de carreira; (ii) da organização da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar e do regime jurídico de seus servidores; (iii) da organização do sistema estadual de educação; e (iv) do plebiscito e do referendo.

Noutras palavras, a discussão que se coloca perante esta Corte diz respeito à possibilidade de o poder constituinte decorrente estadual inovar sobre a sistemática do processo legislativo consagrada na Carta Maior, relativamente às hipóteses de reserva de lei complementar.

Como adiantado acima, na visão do requerente, tal expediente conflitaria com a disciplina jurídico-constitucional do processo legislativo e da separação de Poderes. Colaciono o trecho pertinente da inicial, *in verbis*:

“Assim, ao cuidar a Carta Magna da lei complementar, condiciona a sua aprovação a maioria absoluta dos parlamentares (art. 69, CF), por um lado, vedando que matéria reservada a esta espécie normativa seja objeto de leis delegadas (art. 68, CF) ou de medidas provisórias (art. 62, § 1º, III, CF), por outro.

Ou seja, quando a Constituição Federal reserva certa matéria a disciplina de Lei Complementar, limita o Poder legislativo, na sua típica função de criar direito novo, posto estabelecer a maioria absoluta como quórum necessário à sua aprovação, embora preveja (art. 47, CF) maioria simples para a aprovação, tanto das leis delegadas como das leis ordinárias.

Limita também a competência do Chefe do Poder Executivo, na exata medida em que lhe retira a possibilidade de adotar medida provisória ou elaborar leis delegadas em relação à matéria reservada à lei complementar, além de condicionar a aprovação de projetos de sua iniciativa a maiorias absolutas, nem sempre possíveis de serem obtidas.

Portanto, escolha da matéria objeto de lei complementar é constitutiva do próprio princípio da separação de Poderes, influenciando de forma decisiva no relacionamento entre os Poderes, circunstância esta que obriga os Estados-membros, ao editarem as suas respectivas Constituições, adotarem a lei complementar apenas nas matérias onde a Constituição Federal assim procedeu, posto que o contrário importaria na limitação da competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo, em hipóteses onde a Carta da República não o fez. Estar-se-ia aceitando que o legislador estadual atribuisse ao princípio da separação de Poderes conteúdo e dinâmica distintos daqueles estabelecidos pela Carta Magna.

Exatamente o que se deu no Estado de Santa Catarina, onde a Constituição local reservou à disciplina da Lei Complementar, dentre outras, as seguintes matérias:

a. regime jurídico único dos servidores estaduais e diretrizes para a elaboração de carreira (inciso IV do parágrafo único do art. 57 da CE), quando a Constituição Federal, além de reservar ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa das leis que cuidem do regime jurídico dos servidores público (art. 61, § 1º, a' e c'), não exigiu, no caso, a disciplina de tais matérias através de lei complementar;

b. organização da Polícia Militar e regime jurídico de seus servidores (inciso V do parágrafo único do art. 57 da CE), quando a Constituição Federal dispõe que tanto o regime jurídico dos servidores públicos (art. 61, § 1º, a' e c'), como a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública serão disciplinados por lei (§ 7º do art. 144 CF);

c. organização do sistema estadual de educação (inciso VII do parágrafo único do art. 57 da CE), quando a Constituição Federal ao dispor sobre esta exata matéria (art. 211, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, CF), não reservou a sua disciplina à lei complementar;

d. plebiscito e referendo (inciso VIII do parágrafo único do art. 57 da CE), quando a Constituição Federal (art. 14, III), não reservou a disciplina desta matéria a Lei Complementar.

Assim ocorrendo, evidencia-se a inconstitucionalidade dos incisos IV, V, VII e VIII do parágrafo único do art. 57 da Constituição Estadual, na exata medida em que exigem tais dispositivos lei complementar para a disciplina de matérias em relação as quais a Constituição Federal prevê a lei ordinária, agredindo, em decorrência, os princípios da separação, independência e harmonia dos Poderes e da simetria.”

De início, é imperioso destacar a existência de precedente no qual, em situação de todo análoga, o Plenário desta Corte concluiu pela inconstitucionalidade de previsões de Constituição do Estado que ampliavam a reserva de lei complementar. Confira-se:

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ. PREVISÃO DE NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR. PROCESSO LEGISLATIVO. NORMAS QUE VERSAM SOBRE SERVIDOR PÚBLICO. SITUAÇÕES EM QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL EXIGE LEI ORDINÁRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SIMETRIA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I – A inconstitucionalidade dos preceitos impugnados decorre da violação ao princípio da simetria, uma vez que a Constituição do Estado do Piauí exige a edição de Lei Complementar para o tratamento de matérias em relação às quais a Constituição Federal prevê o processo legislativo ordinário. II – A jurisprudência reiterada desta Corte é no sentido de que o Estado-membro, em tema de processo legislativo, deve observância cogente à sistemática ditada pela Constituição Federal. Precedentes. III – Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos III, VII, VIII, IX e X, e do parágrafo único do art. 77 da Constituição do Estado do Piauí.” (ADI 2872, Relator Min. EROS GRAU, Redator(a) p/ Acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 1º/8/2011, DJe 5/9/2011)

Trata-se de entendimento que deve ser mantido no caso concreto, pelos fundamentos que passo a pormenorizar.

Em primeiro lugar, é cediço que a lei complementar, conquanto não goze, no ordenamento jurídico nacional, de posição hierárquica superior àquela ocupada pela lei ordinária (STF, RE 509300 AgR-EDv, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/3/2016, Pleno, DJe 14/6/2016), pressupõe a adoção de processo legislativo qualificado, cujo quórum para a aprovação demanda maioria absoluta, ex vi do artigo 69 da CRFB.

Assim, “enquanto uma lei ordinária pode ser aprovada por manifestação favorável de mais da metade dos presentes nas sessões da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal – maioria simples –, as leis complementares dependem de um envolvimento maior por parte dos membros do Parlamento, que apenas podem aprovar as leis complementares por voto favorável de mais da metade do total dos seus membros” (KOZIKOSKI, Antonio. Comentário ao art. 69 da Constituição Federal in MORAES, Alexandre de et al. Constituição Federal Comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2018). Nas lições da professora Ana Paula de Barcellos, a Constituição Federal dispensou, às leis complementares, propositadamente, um tratamento diferenciado, com o fito de mitigar a influência das maiorias parlamentares circunstanciais no processo legislativo referente a determinadas matérias. A escolha quanto aos temas submetidos a esse maior rigor procedimental, por sua vez, não foi feita a esmo ou descriteriosamente, mas “decorre de um juízo de conveniência do constituinte acerca da importância político-social atribuída a tais matérias e da necessidade de segurança e estabilidade jurídicas” (BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

A aprovação de leis complementares depende de mobilização parlamentar mais intensa para a criação de maiorias consolidadas no âmbito do Poder Legislativo, bem como do dispêndio de capital político e institucional que propicie tal articulação, processo esse que nem sempre será factível ou mesmo desejável para a atividade legislativa ordinária, diante da realidade que marca a sociedade brasileira – plural e dinâmica por excelência – e da necessidade de tutela das minorias, que nem sempre contam com representação política expressiva.

Destarte, face à natureza residual da disciplina por lei ordinária na sistemática constitucional vigente, impende reconhecer que, mesmo diante dos casos em que a Constituição Federal deixou de indicar de forma explícita a lei ordinária como a espécie normativa cabível, não é dado aos Estados-membros imporem essa procedimentalização mais gravosa.

Noutros termos, a incidência de reserva de lei complementar decorre de juízo de ponderação específico realizado pelo próprio texto constitucional, fruto do sopesamento entre o princípio democrático, de um lado, e a previsibilidade e confiabilidade necessárias à adequada normatização de determinadas questões de especial relevância econômica, social ou política, de outro.

Daí dizer-se não ser possível presumir a exigência de lei complementar regulamentadora, quando ausente expressa menção constitucional, consoante já afirmado por esta Corte na ADI 789: “[s]ó cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente

reclamada a sua edição por norma constitucional explícita” (ADI 789, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/5/1994, DJ 19/12/1994). À lei ordinária, conseqüentemente, é ressalvada a disciplina infraconstitucional dos assuntos remanescentes, para além daqueles casos em que a própria Carta Maior impõe a sua incidência (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 912).

Não se trata, portanto, de fazer incidir acriticamente o princípio da simetria, cujo teor não pode ser interpretado ampliativamente, sob pena de afronta à autonomia dos Estados, mercê da necessidade de resguardar a criatividade e o experimentalismo que devem ser marca de uma verdadeira federação. Como bem apontado pelo Min. Cezar Peluso em seu voto na ADI 4298-MC, in verbis:

“(…) não é lícito, senão contrário à concepção federativa, jungir os Estados-membros, sob o título vinculante da regra da simetria, a normas ou princípios da Constituição da República cuja inaplicabilidade ou inobservância local não implique contradições teóricas incompatíveis com a coerência sistemática do ordenamento jurídico, com severos inconvenientes políticos ou graves dificuldades práticas de qualquer ordem, nem com outra causa capaz de perturbar o equilíbrio dos poderes ou a unidade nacional. A invocação da regra da simetria não pode, em síntese, ser produto de uma decisão arbitrária ou imotivada do intérprete.” (ADI 4298 MC, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 7/10/2009, DJe 27/11/2009)

Thiago Magalhães Pires, em estudo específico sobre o tema do poder constituinte decorrente, no qual tece críticas ao princípio da simetria, sustenta que “[e]m vez de pensar se há ou não uma exigência de simetria em tese, o que se deve verificar, em cada situação, é se a decisão política tomada por um ente periférico, no sentido de copiar a União ou diferenciar-se dela, viola alguma disposição constitucional. E aqui são apenas duas as preocupações que se devem ter: (a) O Estado, o Distrito Federal ou o Município, conforme o caso, dispõe de competência para normatizar na matéria? (b) Se a resposta for positiva, a decisão tomada por ele viola alguma norma procedimental ou material da Carta Federal? ” (PIRES, Thiago Magalhães. O poder constituinte decorrente no Brasil: entre a Constituição e o Supremo Tribunal Federal. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 295-314, jan. /mar. 2018).

A aplicação dos standards acima propostos pelo autor leva ao mesmo resultado ora propugnado, mormente em relação ao segundo dos critérios elencados.

A tentativa de ampliar as situações em que exigível a reserva de lei complementar restringe indevidamente o arranjo democráticorepresentativo desenhado pela Constituição Federal, ao permitir que Legislador estadual crie, por meio do exercício do seu poder constituinte decorrente, óbices procedimentais – como é o quórum qualificado – para a discussão de matérias estranhas ao seu interesse ou cujo processo legislativo, pelo seu objeto, deva ser mais célere ou responsivo aos ânimos populares. Exemplo dessa circunstância indesejável pode ser verificado claramente no caso sub examine, em que o artigo 57, VIII, da Constituição do Estado de Santa Catarina pretendeu sujeitar as disciplinas relativas ao plebiscito e ao referendo – institutos essenciais à concretização da democracia – à mencionada reserva de lei complementar.

Ex positis, CONHEÇO da presente ação e julgo PROCEDENTE o pedido para declarar inconstitucional o artigo 57, parágrafo único, IV, V, VII e VIII, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRG NO HABEAS CORPUS Nº 522.090 - SC (2019/0209536-9)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGRAVADO : ADEMIR ALVES DA SILVA

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA em face da decisão (fls. 111-117), que concedeu o habeas corpus para reconhecer o direito do agravante à remição de 104 dias, em razão de sua aprovação parcial no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA.

Sustenta que a decisão agravada laborou em equívoco, pois entendeu que a base de cálculo a ser considerada para o cômputo da remição no caso de aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos é de 1.600 horas (fl. 130).

Aduz que 1.600 horas seria a carga horária total na espécie, e os 50% dessa carga, ou seja, 800 horas seria a hipótese de aprovação total no ENCCEJA, já que o art. 126, § 1º, da Lei de Execução Penal, prevê o computo de 1 (um) dia de pena para cada 12 (doze) horas de estudo. Assim, dividindo-se 800 horas por 12, tem-se o resultado de 66 (sessenta e seis) dias remidos, em caso de aprovação integral – todas as matérias – no ENCCEJA (fl. 132).

Requer, seja reconsiderada a decisão ou a apreciação do recurso pelo Colegiado competente, para que seja provido o agravo para denegar o writ, restabelecendo-se a decisão das instâncias ordinárias.

É o relatório.

AGRG NO HABEAS CORPUS Nº 522.090 - SC (2019/0209536-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão agravada foi assim proferida (fls. 111-117): Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de ADEMIR ALVES DA SILVA, em face de acórdão do

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA assim ementado (fl. 62): AGRADO EM EXECUÇÃO PENAL – APENADO QUE PRESTA O EXAMENACIONAL PARA CERTIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIAS DE JOVENS E ADULTOS (ENCCEJA) – HOMOLOGAÇÃO DE REMIÇÃO ATINENTE AO PERÍODO DE ESTUDO INFORMAL – APROVAÇÃO EM QUATRO ÁREAS DE CONHECIMENTO – BASE DE CÁLCULO EM OBSERVÂNCIA AO PARÂMETRO DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) DA CARGA HORÁRIA LEGALMENTE PREVISTA – RESOLUÇÃO N. 44/2013 DO CNJ – PEQUENA READEQUAÇÃO AO PERCENTUAL PREVISTO – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Consta dos autos que o Juízo das Execuções proferiu decisão declarando remidos apenas 52 dias da pena do paciente, em razão da sua aprovação parcial no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA (fls. 23-24).

Interposto agravo em execução penal, o Tribunal local negou-lhe provimento. Daí o presente writ, em que a impetrante sustenta, em síntese, que o paciente obteve aprovação parcial no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) relativo ao ensino fundamental, havendo sido aprovado em 4 dos 5 campos de conhecimento avaliados no exame (fl. 8). Salienta que, em virtude disso, deveria ser reconhecida a remição de 104 dias de sua pena, nos termos da Recomendação n. 44/2013 do CNJ (fl. 9). Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para reconhecer o direito do paciente à remição de 104 dias de sua pena, em razão da sua aprovação no ENCCEJA.

A liminar foi indeferida (fls. 72-73).

As informações foram prestadas (fls. 76-102).

O Ministério Público Federal ofertou parecer, manifestando-se pela denegação do habeas corpus (fls. 104-106).

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, o ponto nodal de impetração diz respeito à remição de dias de pena em virtude da aprovação parcial na prova do ENCCEJA, requerendo-se a concessão da remição de 104 dias.

O Tribunal de origem negou provimento ao agravo em execução defensivo, com base nos seguintes fundamentos (fls. 64-66):

O recurso merece parcial provimento.

Depreende-se dos autos que o reeducando fora agraciado na origem com 52 (cinquenta e dois) dias de

remição por ter prestado o Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos – ENCCEJA e alcançado quatro áreas de conhecimento (p. 354/355 do recurso). Para uma melhor elucidação dos fatos, convém trazer à baila os fundamentos da decisão que conferiu ao apenado os dias remidos em sua pena:

O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 44/2013, que dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo, com base no caráter ressocializador da pena.

“Art. 1º, IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no §5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio”. Sendo assim, subtraindo a fração de 50% (cinquenta por cento) do quantum de 1600 (mil e seiscentas) horas mencionadas na Recomendação nº 44/2013 do CNJ, conclui-se que o apenado aferiria 800 (oitocentas) horas a remir, que consistiria em 66 (sessenta e seis) dias remidos; ou seja, tem-se que cada área de conhecimento em que o reeducando tenha sua aprovação este é agraciado com 13 (treze) dias de remição.

Assim, conforme se infere da movimentação do processo de execução penal, verifica-se que no interstício do resgate da pena privativa de liberdade que lhe fora imposta, o reeducando, embora não estudando de forma oficial no interior da unidade prisional, o fez por conta própria e fora aprovado em quatro áreas de conhecimento exigidas no ENCCEJA.

Nesse contexto, cumpre destacar o que determina o art. 126 da Lei de Execuções Penais: Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1.º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; [...]. No mais, os pressupostos necessários para o cômputo de remições atinentes à participação e posterior aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos estão previstos da Resolução n. 44/2013 editada pelo Conselho Nacional de Justiça, senão vejamos: [...] Art. 1.º - Recomendar aos Tribunais que: [...] IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n.

7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio. [...]. E, da leitura da citada norma legal, tem-se que a base de cálculo traz como parâmetro 50% (cinquenta por cento) da carga horária

definida para cada nível de ensino, fixando de maneira expressa tanto as horas correspondentes ao ensino fundamental (1.600) quanto as relacionadas ao ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio (1.200).

Desse modo, tomando-se por base que o apenado não realizava estudo de maneira formal, restando aprovado em quatro áreas de conhecimento do Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos, faz jus à remição de 53 (cinquenta e três) dias, uma vez que opera-se a divisão de 1.600 horas pelo total de áreas avaliadas pelo ENCCEJA, o que equivale a 320 (trezentos e vinte horas).

Com efeito, ao se considerar que o apenado foi aprovado em quatro áreas de conhecimento, multiplica-se 320 por quatro, totalizando 1.280 horas, as quais devem ser divididas por 12 (doze), conforme preceitua o inciso I do § 1º do art. 126 da LEP, totalizando 106 (cento e seis) dias que, todavia, devem ser computados para fins de remição em 50% (cinquenta por cento), isto é, 53 (cinquenta e três) dias remidos da pena.

[...] Destarte, em razão da matemática operada, conclui-se que o reeducando tem direito à remição de 53 (cinquenta e três) dias do total da pena.

À vista do exposto, o voto é no sentido de dar parcial provimento ao recurso.

É consabido que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 44/2013, conferindo interpretação extensiva ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que possibilita a denominada remição da pena em decorrência do estudo, pelo condenado recolhido em regime fechado ou semiaberto.

Referida ampliação foi corroborada pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que já se manifestou no sentido de que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, **sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal** (REsp 744.032/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 5/6/2006)

Na mesma linha, firmou esta Corte posicionamento segundo o qual, sendo um dos objetivos da Lei de Execução Penal, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva do mencionado dispositivo impõe-se nessas circunstâncias, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade (AgRg no HC 323.766/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 09/10/2015).

Especificamente quanto ao tema, decidiu recentemente a Quinta Turma, nos autos do HC 382.780, que a aprovação (...) no ENEM (...) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena. No voto condutor, complementou o Relator, em. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94163, Relator Ministro CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 divulgado em 22/10/2009, publicado em 23/10/2009, ement. vol. - 02379-04 PP-00851). E finalizou assinalando que a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade. Referido julgado recebeu a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CNJ. APROVAÇÃO NO ENEM. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FRATERNIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Esta Corte possui orientação no sentido de que “a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal” (REsp n. 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006).

3. No caso, a aprovação da paciente no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme o art. 126 da LEP e Recomendação nº 44/2013 do CNJ.

4. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

5. Com efeito, a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça, decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade

6. Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas “Regras de Mandela”, aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

7. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, para reconhecer o direito da paciente à remição da pena pela aprovação no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio).

O ato normativo em comento – Rec. n. 44/2013/CNJ – recomenda que:

I - para fins de remição pelo estudo (Lei nº 12.433/2011), sejam valoradas e consideradas as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação nas prisões, tais como as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outras, conquanto integradas ao projeto político-pedagógico (PPP) da unidade ou do sistema prisional local e sejam oferecidas por instituição devidamente autorizada ou conveniada com o poder público para esse fim;

II - para serem reconhecidos como atividades de caráter complementar e, assim, possibilitar a remição pelo estudo, os projetos desenvolvidos pelas autoridades competentes podem conter, sempre que possível:

- a) disposições a respeito do tipo de modalidade de oferta (presencial ou a distância);
- b) indicação da instituição responsável por sua execução e dos educadores e/ou tutores, que acompanharão as atividades desenvolvidas;
- c) fixação dos objetivos a serem perseguidos;
- d) referenciais teóricos e metodológicos a serem observados;
- e) carga horária a ser ministrada e respectivo conteúdo programático;
- f) forma de realização dos processos avaliativos;

III - considerem, para fins de remição pelo estudo, o número de horas correspondente à efetiva participação

do apenado nas atividades educacionais, independentemente de aproveitamento, exceto, neste último aspecto (aproveitamento), quando o condenado for autorizado a estudar fora do estabelecimento penal (LEP, art. 129, § 1º), ocasião em que terá de comprovar, mensalmente, por meio de autoridade educacional competente, tanto a frequência, como o aproveitamento escolar.

IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio;

[...] (com destaques)

A Sexta Turma deste STJ também já se manifestou especificamente sobre o tema nos autos do HC n. 376.324/PR, no qual, em seu voto condutor, assinalou a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relatora do feito, que, *considerando como base de cálculo 50% da carga horária definida legalmente para o ensino médio (2.400 horas), ou seja, 1.200 horas, divide-se o total de horas por 12, encontrando-se um resultado parcial de 100 dias que, acrescido de 1/3 (um terço), perfaz um total de 133 dias a serem remidos*

Referido julgado foi assim ementado:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. APROVAÇÃO NO ENEM. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEP. POSSIBILIDADE. RECOMENDAÇÃO 44/2013 DO CNJ. UTILIZAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A norma inserta no art. 126 da Lei de Execução Penal visa, essencialmente, à ressocialização do sentenciado, por meio do incentivo ao estudo e ao trabalho, atividades que agregam valores necessários à sua melhor reintegração na sociedade. Nesse contexto, uma interpretação mais ampla do art. 126 da Lei de Execução Penal, no caso, com a adoção da Recomendação n.º 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, atende aos princípios que norteiam a Lei de Execução Penal.

2. Ordem concedida para reconhecer o direito da paciente à remição de 133 dias, em razão de sua aprovação no ENEM. (HC 376.324/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017)

Diante disso, pode-se notar que a aprovação total no ENCCEJA, ou seja, nas 5 áreas do conhecimento que a compõe, daria direito à remição de 133 dias (1.600 horas divididas por 12, que corresponde a 26 dias pela aprovação em cada uma das disciplinas). No entanto, considerando-se que o paciente obteve aprovação em 4 das 5 áreas do conhecimento avaliadas, faz jus à remição de 104 dias.

Evidenciado, portanto, o constrangimento ilegal, há de ser concedida a ordem pretendida no presente

Ante o exposto, concedo o habeas corpus para reconhecer o direito do paciente à remição de 104 dias, em razão de sua aprovação parcial no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos - ENCCEJA.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Acerca da matéria, não se desconhece o entendimento de alguns Ministros desta Turma no sentido de que, em caso de aprovação no ENEM ou no ENCCEJA, o Juiz deverá considerar 50% de 1.200 horas para o ensino médio, e 50% de 1.600 horas para ensino fundamental, por concluir que, *aos estudantes maiores de idade aplica-se a Resolução nº 3, do Conselho Nacional de Educação, [...] a qual institui diretrizes específicas para o Programa de Educação de Jovens e Adultos, com idade mínima de 18 anos completos, com duração menor do ensino médio* (AgRg no HC 424.532/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/8/2018, DJe 13/8/2018)

No entanto, mantenho o entendimento in bonam partem adotado pela Quinta Turma e pela maioria dos julgados da Sexta Turma desta Corte no sentido de que, ao apontar as 1.600 horas para o ensino fundamental e 1.200 horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio, a Recomendação 44/2013 do CNJ está se referindo ao índice de 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino, com base no qual serão calculados os dias a serem remidos. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE REMIÇÃO POR ESTUDOS. APROVAÇÃO NO ENEM. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO. REINTEGRAÇÃO SOCIAL. FORMA DE CÁLCULO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

1. Quando a Resolução CNJ n. 44/2013 menciona a carga horária de 1.600 horas para o ensino fundamental e 1.200 horas para o ensino médio, refere-se ao percentual de 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino. Considerando como base de cálculo 50% da carga horária definida legalmente para o ensino médio, ou seja, 1.200 horas, deve-se dividir esse total por 12, encontrando-se o resultado de 100 dias de remição em caso de aprovação em todos os campos de conhecimento do Enem.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 446.932/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 30/08/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA PELA APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM). ART. 126 DA LEP. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CNJ. BASE DE CÁLCULO. ARTS. 24, I, E 35 DA LEI 9.394/1996. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O art. 126 da Lei de Execução Penal determina que o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena

2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento e tem admitido a possibilidade de abreviação da reprimenda em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, como resultado de uma interpretação analógica in bonam partem da norma inserta no art. 126 da LEP. De outro lado, a Recomendação n. 44/2013 do CNJ indica aos Tribunais a possibilidade de remição por aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Verifica-se, portanto,

que o objetivo deste conjunto de regras acerca da remição da pena por aproveitamento dos estudos é o de incentivar os apenados aos estudos, bem como sua readaptação ao convívio social

3. Considerando como base de cálculo 50% da carga horária definida legalmente para o ensino médio, ou seja, 1.200 horas, deve-se dividir esse total por doze, encontrando-se o resultado de 100 dias de remição em caso de aprovação em todos os campos de conhecimento do ENEM. Serão devidos, portanto, 20 dias de remição para cada uma das cinco áreas de conhecimento.

4. In casu, como o agravado obteve aprovação integral, ou seja, nas cinco áreas de conhecimento, a remição deve corresponder a 100 dias com os acréscimos legalmente permitidos. Interpretação dos arts. 24, I, e 35 da Lei n. 9.394/1996. Precedentes

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 447.375/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 4/4/2019, DJe 10/4/2019.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. REMIÇÃO DA PENA. APROVAÇÃO NO ENEM. INCENTIVO AO ESTUDO. CARÁTER DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PENA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - LEP. POSSIBILIDADE. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. UTILIZAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça - STJ tem admitido que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado encorajando, inclusive, como no caso concreto, seu estudo por conta própria e consequente aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal, nos termos da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, buscando, primordialmente, a readaptação do apenado ao convívio social. Precedentes

2. A Resolução CNJ n. 44/2013 menciona a carga horária de 1.600 horas para o ensino fundamental, e 1.200 horas para o ensino médio, que se refere ao percentual de 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino. Considerando como base de cálculo 50% da carga horária definida legalmente para o ensino médio, ou seja, 1.200 horas, deve-se dividir esse total por 12, encontrando-se o resultado de 100 dias de remição em caso de aprovação em todos os campos de conhecimento do ENEM.

Na hipótese, como o paciente obteve aprovação em duas áreas de conhecimento do ENEM, a remição deve corresponder à 40 dias.

3. Agravo desprovido. (AgRg no HC 464.410/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 8/11/2018.)

Assim, considerando que o agravante não apresentou elemento capaz de alterar a conclusão do julgado, mantenho o posicionamento firmado na decisão agravada. Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.

RECLAMAÇÃO Nº 24.074 - SC (2015/0071769-4)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECLAMANTE : ÉRICA LOURENÇO DE LIMA FERREIRA

ADVOGADO : TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - DF011498

RECLAMADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES. : ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA

HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de reclamação proposta por **ÉRICA LOURENÇO DE LIMA FERREIRA**, com fundamento nos arts. 105, I, *f*, da Constituição da República, 13 da Lei n. 8.038/1990 e 187 do Regimento Interno desta Corte, em face da decisão administrativa prolatada pelo Pleno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para a garantia da autoridade do acórdão prolatado no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.875/SC, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ERRO MATERIAL NA CONTAGEM DOS VOTOS DA PRELIMINAR DE SUSPENSÃO DO PROCESSO DE VITALICIAMENTO ATÉ JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL. PROSSEGUIMENTO DO PROCEDIMENTO E POSTERIOR EXONERAÇÃO. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

1.No presente mandamus não se discute a autonomia das instâncias penal e administrativa, matéria já decidida no RMS 10.810/SC.

Discute-se a existência ou não de ilegalidade diante do erro material incontroverso na proclamação do resultado sobre o sobrestamento do procedimento administrativo de vitaliciamento enquanto não definida a persecução penal.

2.A não suspensão do procedimento, descumprindo-se a vontade majoritária dos senhores Desembargadores, resultou em evidente e prejudicial erro material em desfavor da recorrente.

3.O erro material, como regra, não preclui e não deve contaminar os atos jurídicos se não gera prejuízo à parte. Não foi o que ocorreu na espécie, conforme bem demonstrado no voto do Relator originário.

Recurso provido para anular o procedimento de não vitaliciamento e a consequente exoneração da recorrente, impondo-se o seu regresso com as consequências jurídicas daí oriundas.

(RMS 31.875/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 12/05/2011)

Alega a Reclamante que, após o julgamento do Processo Administrativo n. 1996.003176-6 (reautuado 2015.001977-5 1) pelo Órgão Especial daquela Corte, embora tenha sido reintegrada provisoriamente como juíza substituta, não foi resguardado o seu direito de adequação da situação funcional, nos termos do acórdão exarado no Mandado de Segurança n. 31.875/SC, o qual teria determinado a sua reintegração com a adoção das consequências jurídicas daí oriundas.

Afirma que, ao invés de ter sido reintegrada com a retroação de todos os efeitos jurídicos contados à data da prática do ato coator nulificado, a Corte local, por maioria, deixou de vitaliciá-la, computando sua antiguidade apenas a partir de 02.10.2013, conforme demonstra a Portaria GP n. 146, de 09 de abril de 2014, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Acompanharam a inicial os documentos de fls. 18/1.180e. Indeferi a tutela de urgência requerida na inicial (fls.1.612/1.614e).

O Estado de Santa Catarina apresentou contestação, pugnando pela inadmissão do pedido de aditamento à inicial para a obtenção de efeitos patrimoniais e, no mérito, requer a improcedência da reclamação.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls.

1.640/1.643e, opinando pela procedência da Reclamação.

É o relatório.

RECLAMAÇÃO Nº 24.074 - SC (2015/0071769-4)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECLAMANTE: ÉRICA LOURENÇO DE LIMA FERREIRA

ADVOGADO : TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - DF011498

RECLAMADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES: ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DESCUMPRIMENTO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE

SEGURANÇA N. 31.875/SC. ACÓRDÃO QUE ANULOU A SESSÃO DE NÃO VITALICIAMENTO E DETERMINOU O RESTABELECIMENTO DA SITUAÇÃO NA QUAL ESTARIA A MAGISTRADA, NÃO FOSSE O VÍCIO DETECTADO. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

I- Cuida-se de reclamação constitucional proposta para a garantia da autoridade do acórdão prolatado no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.875/SC, no qual esta Corte anulou o procedimento de não vitaliciamento, e, por consequência, a exoneração da magistrada, impondo-se a sua reintegração, com os efeitos jurídicos daí oriundos.

II- A análise do acórdão cujo descumprimento se aponta revela que esta Corte, além de reconhecer a nulidade da sessão que indeferiu a suspensão do processo de vitaliciamento, esgotou a discussão sobre o direito ao próprio vitaliciamento, determinando-se o restabelecimento da situação na qual estaria a magistrada, não fosse o vício ocorrido na sessão anulada.

III- Tendo sido afastada a única causa do não vitaliciamento, a consequência lógica de tal decisão aponta para seu implemento a partir 17.09.1997, data da sessão que assim concluiu, porquanto o raciocínio desenvolvido no acórdão cujo descumprimento se aponta deixa claro que a magistrada teria sido vitaliciada caso existisse o processo criminal contra ela.

IV- Reclamação julgada procedente.

RECLAMAÇÃO Nº 24.074 - SC (2015/0071769-4)

RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA

RECLAMANTE: ÉRICA LOURENÇO DE LIMAFERREIRA

ADVOGADO: TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) - DF011498

RECLAMADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES: ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA

HELENA COSTA (Relatora):

A Reclamação, prevista no art. 105, I, *f*, da Constituição da República, bem como no art. 988 do Código de Processo Civil de 2015 (redação da Lei n. 13.256/2016), constitui expediente destinado à preservação de sua competência (inciso I), a garantir a autoridade das decisões do Superior Tribunal de Justiça (inciso II) e à observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de

demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (inciso IV e § 4º).

No caso, a reclamação foi proposta visando garantir autoridade do acórdão proferido pela 1ª Turma desta Corte no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.875/SC, no qual este colegiado reconheceu a nulidade do procedimento de não vitaliciamento da ora Reclamante, diante da contagem equivocada dos votos em relação à preliminar de suspensão do processo administrativo, determinando seu imediato retorno à magistratura.

A insurgência ora apresentada volta-se contra o marco do vitaliciamento atribuído pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, qual seja, 02.10.2013, data em que aquela Corte, administrativamente, no intuito de cumprir a decisão proferida no RMS n. 31.875/SC, reapreciou o procedimento de vitaliciamento da magistrada, e não 17.09.1997, data da sessão anulada por este Superior Tribunal de Justiça.

Do voto condutor do acórdão tido por descumprido, proferido pelo Sr. Ministro Luiz Fux, extraem-se os seguintes excertos:

Se esta diante do caso em que a magistrada, por ter cometida suposta infração criminal antes do ingresso no quadro na magistratura, foi submetida a processo de vitaliciamento, sendo que no julgamento do mesmo ocorreu erro material na certidão em que se votou no sentido de aguardar o julgamento processo crime, para após votar-se o mérito do vitaliciamento. Superada a questão foi analisado o mérito e negado o vitaliciamento da magistrada, sendo esta julgada pelo juízo comum pela infração penal cometida.

(...)

A análise do prejuízo consiste em que foi superada a questão das preliminares foi analisado o mérito do recurso, tendo a magistrada negada sua vitaliciedade e, por consequência, julgada a infração penal pelo juízo comum, perdendo o foro por prerrogativa de função.

Subjaz, que os atos anteriores ao ingresso na magistratura, máxime, após a aprovação em concurso, posse no cargo e início de vitaliciamento, não podem interferir na referida fase precedente da investidura definitiva, posto viola o princípio da confiança legítima, a boa-fé do concursado e a segurança jurídica.

Os atos impeditivos ao ingresso na carreira, devem ser apurados em procedimento prévio porquanto o vitaliciamento afere-se pelos atos praticados após o ingresso no cargo e visa verificar a aptidão para o exercício do mesmo.

In casu, o ato que se aponta como hábil a impedir o vitaliciamento é anterior ao ingresso na carreira e poderia impedir a candidata de participar do certame mas jamais servir de base para o não vitaliciamento de juíza concursada que, no iter de sua carreira embrionária foi destinatária de encômios pela excelência de sua atuação profissional.

(...)

A decisão nula que conjura da carreira, magistrada em cujo processo de vitaliciamento nenhuma falha restou cometida, ao revés, propiciou-lhes destaques, inclusive do relator de seu estágio, não perpassa pelo princípio do respeito à dignidade humana, centro de gravidade de todo o universo jurídico, e que o ilumina e se configura em super-princípio na novel era do pós-positivismo.

Reconhecida a nulidade do pronunciamento desfavorável à suspensão do processo de vitaliciamento,

impunha-se sustar a marcha do mesmo e aguardar o desenrolar dos feitos prejudiciais nas esferas de competência inderrogável. A continuação dos procedimentos gerou nulidade com prejuízo, sendo certo que é cláusula pétrea constitucional a obediência ao princípio do devido processo legal na esfera penal e administrativa.

O Princípio da Causa Madura permite entrever, *in casu*, que no próprio processo de vitaliciamento seria aprovada a candidata concursada ora impetrada pelas próprias razões expostas pelo Relator de seu estágio, o que revela a injustiça do quadro atual.

Outrossim, a medida confirmatória do não vitaliciamento adotada sem obediência ao devido processo legal, posto não obedecido o quórum da Lei Orgânica da Magistratura, conspiram em favor da concessão do writ.

(...)

Consectariamente, afastada a decadência da impetração do presente mandamus e verificada a incompetência absoluta da condenação penal prescrita, proferida por juízo absolutamente incompetente, o que impede nova incoação estatal, agora pela prescrição da pena *in abstracto*, impõe-se acolher o writ, parcialmente, para nulificar a decisão de não vitaliciamento, ressaltando-se as vias penais para nulificação da decisão criminal ora apreciada *incidenter tantum*.

Recurso Ordinário provido para anular o procedimento de não vitaliciamento e a consequente exoneração da recorrente, impondo-se o seu regresso como efeito acessório e consectário. (fls. 85/87e, destaques meus).

Como visto, na declaração de nulidade do procedimento de vitaliciamento afastou-se a única causa da sua rejeição, ao considerar-se ilegal a utilização de conduta praticada pela magistrada antes do ingresso na carreira – consistente na falsificação de um laudo pericial em processo criminal no qual havia atuado como advogada – como fundamento da recusa em vitaliciá-la.

Opostos embargos declaratórios pelo Estado de Santa Catarina, suscitando a existência de julgamento *extra petita* e de inovação recursal quanto ao pedido de retorno da Recorrente à magistratura já devidamente vitaliciada, o então Relator, Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, sucessor do Sr. Ministro Luiz Fux, rejeitou-os, consignando que o cotejo entre a peça recursal e o acórdão tido por descumprido não revelava nenhum vício.

Concluiu-se, portanto, que o reconhecimento do prejuízo decorrente da mencionada contagem equivocada dos votos impõe o restabelecimento da mesma situação em que estaria a magistrada, não fosse o vício ocorrido naquela sessão do Tribunal Pleno da Corte catarinense em 17.09.1997.

Após o trânsito em julgado do acórdão apontado como descumprido, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, visando cumprir o provimento judicial desta Corte, desarquivou o processo administrativo de vitaliciamento (n. 1996.003176-6) e realizou novo julgamento, em 06.12.2013, vitaliciando a Juíza Érica Lourenço de Lima Ferreira, mediante acórdão cujos fundamentos foram resumidos na seguinte ementa:

MAGISTRADA. REPRESENTAÇÃO. VITALICIAMENTO NEGADO APÓS PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DECISÃO REFORMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

DECLARAÇÃO DE NULIDADE AO ENTENDIMENTO DE QUE ERA DE RIGOR QUE SE AGUARDASSE O DESFECHO DA AÇÃO PENAL NA QUAL A JUÍZA FIGURAVA COMO RÉ E QUE, NADA OBSTANTE TER SIDO JULGADA PROCEDENTE, ACABOU POR SER DECLARADA PRESCRITA PELA CORTE INFRACONSTITUCIONAL. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AO ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE PROVEU O RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REJEIÇÃO. DESPACHO DO PRESIDENTE DESTA CORTE QUE DETERMINOU O IMEDIATO REINGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA CATARINENSE, BEM COMO QUE SE AGUARDASSE O JULGAMENTO DOS SEGUNDOS ACLARATÓRIOS PROTOCOLADOS PELO ESTADO DE SANTA CATARINA. VOTO PRELIMINAR PELO SOBRESTAMENTO DO PROCESSO DE VITALICIAMENTO. ENTENDIMENTO NÃO ALBERGADO PELA MAIORIA. JULGAMENTO IMEDIATO DO FEITO, COM A CONSEQÜENTE ANÁLISE DA MATÉRIA DE FUNDO.

Hipótese em que a Juíza Substituta teve negado o seu vitaliciamento pelo Órgão Especial, em procedimento instaurado em conformidade com a Resolução TJ n. 1/1996-TJ e em decisão que acabou por ser anulada posteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça, ao entendimento de que era de rigor que se aguardasse o desfecho da ação penal contra ela ajuizada em decorrência dos mesmos fatos que ensejaram a representação proposta pela Corregedoria-Geral da Justiça.

Diante da rejeição dos embargos de declaração opostos pelo Estado de Santa Catarina contra o aresto proferido no recurso em mandado de segurança, determinou o Presidente desta Casa de Justiça que a Magistrada retornasse à função judicante, assim como que se aguardasse o julgamento dos segundos aclaratórios manejados por aquele ente estatal, ainda não apreciados pela Corte infraconstitucional. Daí o voto preliminar pela suspensão do julgamento, em razão da “possibilidade de modificação do que foi julgado, não se podendo falar em coisa julgada” (www.lex.com.br/doutrina 23327422).

Posicionamento, entretanto, que não foi acolhido pela douta maioria, a impor o exame do mérito.

MÉRITO. AUSÊNCIA DE ÓBICE AO RECONHECIMENTO DO VITALICIAMENTO.

O artigo 27, § 1o, da Lei Complementar n. 267/2006 prevê que “o processo administrativo instaurado contra juiz substituto suspende o prazo de vitaliciamento, que prosseguirá com o trânsito em julgado da decisão”.

A Loman, por sua vez, dispõe, em seu artigo 17, § 2o, que, “antes de decorrido o biênio do estágio, e desde que seja apresentada proposta do Tribunal ao Chefe do Poder Executivo, para o ato de exoneração, o Juiz Substituto ficará automaticamente afastado de suas funções e perderá o direito à vitaliciedade, ainda que o ato de exoneração seja assinado após o decurso daquele período” (redação anterior à Constituição Federal de 1988).

O Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*, já assentou que a proposta de exoneração do magistrado, desde que anterior ao término do estágio probatório, enseja a suspensão do vitaliciamento, mesmo que a conclusão do respectivo procedimento ocorra após o transcurso do biênio (RMS n. 14.998-MT, rei. Min. Felix Fischer).

Transposto esse arcabouço legal e jurisprudencial para o caso vertente, verifica-se que o decurso do prazo de dois anos não dá azo ao vitaliciamento automático, muito embora a Juíza conte, atualmente, 2 (dois) anos de efetivo exercício na Magistratura.

Com efeito, instaurou-se investigação disciplinar/punitiva, com regular tramitação, a qual culminou até mesmo com a sua exoneração.

Logo, conquanto esse julgado tenha sido anulado pelo Superior Tribunal de Justiça, a questão, até a data deste julgamento, estava em aberto, o que implica, destarte, na prorrogação do prazo bienal.

Quanto ao mérito, a decisão da Corte Superior consignou expressamente que o “vitaliciamento afere-se

pelos atos praticados após o ingresso no cargo”, de sorte que a situação jurídica atual é consequência direta do resultado do julgamento do RMS n. 31.875/SC, aliada à circunstância de que, tirante os fatos que ensejaram a exoneração - os quais, nos termos do voto condutor, não podem ser considerados, porque anteriores ao ingresso na carreira - e nada havendo de novo em desfavor da Magistrada, em razão do reconhecimento da prescrição punitiva no âmbito penal, é imperativo que se declare o seu vitaliciamento. Consta da respectiva ementa:

“1. Os atos anteriores ao ingresso da magistratura, máxime, após a aprovação em concurso, posse no cargo e início de vitaliciamento, não podem interferir na referida fase precedente da investidura definitiva, posto violam o princípio da confiança legítima, a boa-fé do concursado e a segurança jurídica.

2. Os atos impeditivos ao ingresso na carreira, devem ser apurados em procedimento prévio porquanto o vitaliciamento afere-se pelos atos praticados após o ingresso no cargo e visa verificar a aptidão para o exercício do mesmo.

3. In casu, o ato que se aponta como hábil a impedir o vitaliciamento é anterior ao ingresso na carreira e poderia impedir a candidata de participar do certame, mas jamais servir de base para o não vitaliciamento de juíza concursada que, no iter de sua carreira embrionária foi destinatária de encômios pela excelência de sua atuação profissional”. (fls. 1.577/1.595e)

Na sequência, a ora Reclamante apresentou, junto à Corte de origem, requerimento postulando sua reclassificação na carreira com simetria ao quadro de antiguidade do concurso no qual ingressou na magistratura, em 1994, bem como para que fosse considerada vitaliciada a partir da declaração de nulidade da sua exoneração, tendo o Pleno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina indeferido o pleito em 26.08.2015, sob os seguintes fundamentos:

Da transcrição do julgado que a requerente busca o cumprimento tem-se a determinação de seu regresso ao cargo em que se encontrava antes do procedimento declarado nulo, ou seja, juíza substituta.

A Portaria GP n. 295, de 27 de maio de 2013 restabeleceu “os efeitos da Portaria GP n. 090, de 18 de março de 1996, que relatou a Juíza Substituta Não Vitalícia Érica Lourenço de Lima Ferreira Althoff (mat. 5888), na 35ª circunscrição judiciária, com sede na comarca de São Lourenço do Oeste” (fl. 209).

A par disso, na sessão ordinária deste Tribunal Pleno, em 2 de outubro de 2013, ficou deliberado que o vitaliciamento não seria considerado como preenchido de forma automática após decurso do biênio e ficou consignado, de modo expresso que, quando do processo administrativo, a Requerente ainda não contava com dois anos de efetivo exercício. Ainda, na mesma deliberação, mereceram destaque alguns marcos temporais, dentre as quais as seguintes datas: 15 de julho de 1994 (posse da magistrada), 21 de julho de 1994 (início do efetivo exercício no cargo, com efeitos a partir de 1º de agosto daquele ano), 24 de maio de 1996 (afastamento in concreto do cargo), 19 de maio de 1998 (exoneração) e 29 de maio de 2013 (efeitos da relotação na 27ª Circunscrição Judiciária de Canoinhas). Além disso, por maioria, ficou decidido o vitaliciamento da ora requerente (fls. 1419/1439 - volume 3/5).

Desta decisão não houve pedido de esclarecimento e ela transitou em julgado em 15 de abril de 2014 (fl. 1445 volume 3/5 dos referidos autos).

Por isto, na falta de oportuno questionamento da parte interessada, o conteúdo do voto que conduziu o

juízo ora referido e a leitura da degravação (fls. 1357/1393 - volume 3/5) permitem concluir que o vitaliciamento da requerente é de ser considerado a partir daquela sessão deste Colegiado, ou seja, 2 de outubro de 2013.

Resta, portanto, analisar o pedido de reclassificação e enquadramento da requerente na carreira em paridade com os colegas que ingressaram no mesmo concurso público.

Considerado o vitaliciamento da requerente na data ora mencionada, inviável seu enquadramento em vaga destinada à entrância especial, mesmo pelo critério da antiguidade ante a falta de interstício mínimo e as disposições contidas nos artigos 50, 54, 55 e 58 da Lei Complementar 367/2006 (Estatuto da Magistratura Catarinense) e 80, § 1º, IV, da LOMAN.

Esta solução está em consonância com a interpretação feita em casos como o presente.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal entende:

O Tribunal de Justiça não dispõe de poder discricionário para dispensar ou não o requisito do interstício para remoção e promoção de juizes, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional da impessoalidade (Mandado de Segurança n. 27.704, do Distrito Federal, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 5.8.2014).

Aliás, não é possível presumir que a requerente teria optado em ascender na carreira caso tivesse trabalhado durante todo o interregno em que ficou afastada, principalmente porque há magistrados que optam por permanecer em determinadas comarcas em prol da família ou de outros interesses pessoais, por vezes até mesmo na condição de juiz substituto vitalício.

Guardadas as devidas proporções, o Superior Tribunal de Justiça já ponderou:

a se considerar, *ad argumentandum tantum*, que a questão da antiguidade na carreira fosse consequência natural da sentença que se reconheceu aos recorridos o direito de participar do concurso, é certo que, em caso tal, essa sentença, quanto ao ponto, não poderia gerar efeitos prejudiciais à esfera jurídica de quem não foi parte na demanda (Recurso em Mandado de Segurança n. 34.032/RS, Rei. Min. Teori Albino Zavascki, j. 28.2.2012).

Ademais, para o acolhimento da insurgência é impossível a contagem de tempo de serviço irreal ou fictício”, bem como não cabe “ao tribunal presumir efeitos retroativos (ex tunc) não consignados na decisão judicial”, como assentado pelo Des. Raulino Jacó Bruning em precedente deste Tribunal Pleno (Processo Administrativo n. 2014.022725-2, j. 19.11.2014).

Todavia, ainda que se entendesse pelo vitaliciamento em data anterior, inviável concluir, ao contrário do sustentado no requerimento em exame que a decisão do STJ tenha determinado sua inserção na carreira da magistratura na posição ora pretendida. Isso porque, assentado que o efeito acessório e consectário diria com o regresso ao cargo, no status que ocupava antes. (fls. 1.880/1.883e)

Em síntese, a Corte catarinense rejeitou o pedido de alteração da data do vitaliciamento da Reclamante e o seu consequente reenquadramento na carreira, sob o fundamento de não ser possível presumir que a magistrada teria optado em ser promovida caso tivesse trabalhado durante todo o período do afastamento. Destacou, ainda, ser inviável a contagem de tempo de serviço ou, bem como, a pressuposição de efeitos retroativos não consignados na decisão judicial.

A Reclamante, por sua vez, sustenta que, após o trânsito em julgado do RMS 31.875/SC, ao invés de ter sido reintegrada com a retroação de todos os efeitos jurídicos contados à data da prática do ato

coator invalidado, a Corte catarinense, por maioria, deixou de vitaliciá-la, ao computar sua antiguidade a partir de 02.10.2013, quando o correto seria de 17.09.1997, data de seu não vitaliciamento.

Defende que a reintegração “deve contemplá-la como se Magistrada jamais tivesse deixado de ser, afinal, teve toda sua carreira maculada por ato arbitrário, ilegal e abusivo. (...) Ora, entende-se por efeito correto da reintegração plena a ‘simetria ao quadro de antiguidade do concurso público no qual ingressou na carreira’, isto é, respeitando ao quadro de antiguidade dos Magistrados e a colocação da Juíza ainda em 1994” (fls. 8/9e).

Assiste razão à Reclamante.

A análise do acórdão proferido pelo Sr. Ministro Luiz Fux no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.875/SC, na condição de Relator originário, revela que esta Corte, além de reconhecer a nulidade na sessão que indeferiu a suspensão do processo de vitaliciamento, esgotou a discussão sobre o próprio vitaliciamento, ao registrar a impossibilidade de se utilizar o processo criminal derivado de fato anterior ao ingresso na magistratura para negar o vitaliciamento, inclusive consignando que “o

Princípio da Causa Madura permite entrever, *in casu*, que no próprio processo de vitaliciamento seria aprovada a candidata concursada ora [impetrante] pelas próprias razões expostas pelo Relator de seu estágio, o que revela a injustiça do quadro atual” (fl. 85e).

Assim, tendo sido afastada a única causa do não vitaliciamento, a consequência lógica de tal decisão aponta para seu implemento a partir da sessão anulada, porquanto o raciocínio desenvolvido no acórdão tido por descumprido deixa claro que a magistrada teria sido vitaliciada caso existisse o processo criminal contra ela.

A corroborar tal conclusão, a rejeição dos embargos declaratórios opostos pelo Estado de Santa Catarina – nos quais, conforme consignado anteriormente, foi suscitada a existência de julgamento *extra petita* e de inovação recursal quanto ao pedido de retorno da então recorrente à magistratura já devidamente vitaliciada – oportunidade em que o Relator, Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, afastou o alegado vício, concluindo que o cotejo entre o recurso ordinário e o acórdão então embargado evidenciava que a prestação jurisdicional havia sido proferida nos termos do pedido.

Portanto, para o exato cumprimento do acórdão proferido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.875/SC impõe-se que a Reclamante seja considerada vitaliciada desde 17.09.1997, data da sessão que rejeitou indevidamente seu vitaliciamento, a qual restou anulada.

Posto isso, **JULGO PROCEDENTE** a Reclamação, para cassar a decisão reclamada e determinar que outra decisão seja proferida, considerando-se o vitaliciamento da Reclamante a partir de 17.09.1997, com todos os consectários funcionais e financeiros daí advindos.

É o voto

RECURSO ESPECIAL Nº 1.656.322 - SC (2017/0041330-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : JOSE LUIZ RODRIGUES CARLOS

ADVOGADO : RENATO BOABAID - DEFENSOR DATIVO - SC026371

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES. : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL CONSELHO FEDERAL - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS : MARCELO LAVOCAT GALVÃO - DF010958

RAUL RIBEIRO DA FONSECA FILHO - RO000555

OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JÚNIOR - DF016275

FERNANDO AUGUSTO HENRIQUES FERNANDES - RJ108329

RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO - DF019979

CLAUDIO DEMCZUK DE ALENCAR - DF024725

BRUNO DIAS CÂNDIDO - MG116775

ROBERTO CHARLES DE MENEZES DIAS - MA007823

FRANCIMEIRE HERMOSINA DE BRITO - DF037576

BRUNO MATIAS LOPES - DF031490

BRUNA REGINA DA SILVA DADÁ - DF042981

PRISCILLA LISBOA PEREIRA - DF039915

ALEXANDRE PONTES ALVES - ES020504

ANA KAROLINA SOUSA DE CARVALHO NUNES - MA011829

ADRIANE CRISTINE CABRAL MAGALHÃES - AM005373

VERENA DE FREITAS SOUZA - DF032753

INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - “AMICUS CURIAE”

INTERES. : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SANTA CATARINA - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS : CYNTHIA DA ROSA MELIM - SC013056

MIRELLE ARAGAO DUARTE JACOB - SC018683

SOC. de ADV. : ARAGÃO & MELIM - CONSULTORIA JURÍDICA

INTERES. : ASSOCIACAO DOS ADVOGADOS CRIMINALISTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS : HÉLIO RUBENS BRASIL - SC013041

INTERES. : ESTADO DO ACRE - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTERES. : ESTADO DE ALAGOAS - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS

INTERES. : ESTADO DO AMAPÁ - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ

INTERES. : ESTADO DO AMAZONAS - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTERES. : ESTADO DO ESPIRITO SANTO - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTERES. : ESTADO DO MARANHÃO - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO

INTERES. : ESTADO DE MATO GROSSO - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTERES. : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTERES. : ESTADO DO PARÁ - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTERES. : ESTADO DA PARAÍBA - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DA PARAÍBA

INTERES. : ESTADO DO PARANÁ - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES. : ESTADO DE PERNAMBUCO - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO

INTERES. : ESTADO DO PIAUÍ - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTERES. : ESTADO DO RIO DE JANEIRO - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO JANEIRO

INTERES. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - “AMICUS CURIAE

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERES. : ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTERES. : ESTADO DE RONDÔNIA - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

INTERES. : ESTADO DE SANTA CATARINA - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES. : ESTADO DE SERGIPE - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SERGIPE

INTERES. : ESTADO DO TOCANTINS - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS

INTERES. : DISTRITO FEDERAL - “AMICUS CURIAE”

PROCURADOR : PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTERES. : INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SANTA CATARINA - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADO : ADRIANO TAVARES DA SILVA E OUTRO(S) - SC025660

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOSÉ LUIZ RODRIGUES CARLOS interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas

“a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento ao recurso de apelação lá interposto e fixou, a títulos de honorários advocatícios, valor em consonância com o art. 20, § 4º, do CPC/1973 atual art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC/2015.

Em suas razões, o recorrente sustenta que o acórdão recorrido negou vigência ao art. 22, §§1º e 2º, da Lei n. 8.906/2004 (Estatuto da OAB), bem como divergiu da jurisprudência desta Corte e de outros tribunais, na medida em que fixou honorários, para o defensor dativo nomeado, com a finalidade de defender os interesses de hipossuficientes, em observância ao Documento: 90095513 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 3 de 39 Superior Tribunal de Justiça CPC/2015. Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou, às fls. 221-224, pelo conhecimento e pelo provimento parcial do recurso, a fim de que o Tribunal de origem arbitrasse os honorários advocatícios devidos ao defensor dativo de acordo com os valores mínimos estabelecidos pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de Santa Catarina.

Submetido o recurso especial à Terceira Seção, em 25/10/2017, foi acolhida a proposta de sua afetação ao rito dos recursos repetitivos, conjuntamente com o REsp n. 1.665.033/SC, de sorte a definir tese sobre a obrigatoriedade ou não de serem observados, em feitos criminais, os valores assentados na tabela organizada pelo respectivo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados como verba advocatícia devida a advogados dativos.

Em virtude da decisão exarada pela Terceira Seção, em

30/10/2017 determinei o seguinte (fls. 263-264):

- a) o sobrestamento apenas dos recursos especiais interpostos, bem como aqueles recursos que já foram decididos, mas que ainda pendem de agravo regimental ou embargos de declaração, exclusivamente no que tange à discussão sobre honorários advocatícios, nada obstando o prosseguimento dos feitos relativamente à questão penal subjacente, evitando-se, com isso, prejuízos ao andamento das ações penais, a despeito da previsão contida no art. 1.037, II, do CPC;
- b) a devolução ao Tribunal de origem apenas dos recursos especiais em tramitação nesta Corte que não foram distribuídos ou, ainda que distribuídos, não tiveram nenhuma decisão (monocrática ou colegiada) sobre o mérito da questão, nos termos do art. 256-L do RISTJ;
- c) o registro do recurso, nos termos dos arts. 121-A, § 2º e 256-I, parágrafo único, ambos do RISTJ;
- d) sejam solicitadas informações à OAB/SC, nos termos do art. 256-J do RISTJ, sobre os critérios de elaboração da tabela de honorários referenciais divulgada por aquela entidade representativa;
- e) seja solicitada a participação do Conselho Federal da OAB, na condição de amicus curiae, a fim de que possa fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos), por escrito, à solução de causa revestida de especial relevância, facultando-lhe a possibilidade de sustentação oral, nos termos do art. 138, caput e § 2º, do CPC, no prazo de 15 dias após devida intimação;
- f) seja solicitada a participação da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, na condição de amicus

curiae, a fim de que possa fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos), por escrito, à solução de causa revestida de especial relevância, facultando-lhe a possibilidade de sustentação oral, nos termos do art. 138, caput e § 2º, do CPC, no prazo de 30 dias após devida intimação;

g) a abertura do prazo de 15 dias para que eventuais interessados possam pleitear habilitação como amicus curiae;

h) o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal, depois de cumpridas todas as diligências, pelo prazo de 15 dias, nos termos do art. 256-M do RISTJ.

Em 22/5/2018, **deferiu o ingresso** no feito, às fls. 1.121-1.122, como amicus curiae, da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina/Acrimesc; da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina; do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil/CFOAB; dos seguintes estados: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, Sergipe, Tocantins, Distrito Federal e da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina; do Instituto dos Advogados de Santa Catarina; da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina.

O **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB**, às fls. 277-331, destaca, de início, que “o advogado nomeado pelo Juízo não pode declinar do encargo, obrigando-se a exercer a função e dever estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, sob pena de infração disciplinar, nos termos do art. 34, XII da Lei Federal n. 8.906/94, portanto, justa se faz a fixação de remuneração nos parâmetros condignos com a atividade prestada” (fl. 282).

Assinala que:

[...] na prática, a interpretação dada à norma por grande parte dos magistrados acabava por autorizar a penalização de advogados por meio da fixação irrisória, aviltante ou nula dos honorários, sendo esta última expressamente vedada pelo texto constitucional” (fl. 285). Assim, “nada mais adequado que a previsão de quantia a ser paga aos profissionais da advocacia seja estipulada pelos representantes da classe, que, por sua vez, são conhecedores das dificuldades diárias pelas quais passam os causídicos e, por isso, possuem condições de estimar valores que correspondam à realização do trabalho efetivado pelo profissional (fl. 286).

Aduz que “a OAB/Santa Catarina elaborou profundo estudo acerca do tema, além de ter realizado consulta direta aos advogados do Estado acerca do cenário atual que permeia o exercício profissional, o que significa dizer que a elaboração da tabela de honorários foi precedida de amplo empenho, análise e pesquisa por parte dos dirigentes da Entidade” (fl. 287). Por isso, “mostra-se descabido que o magistrado ignore a existência de valores estipulados pela OAB, desconsiderando a determinação legal contida no art. 22, §1º, que trata de forma específica acerca da remuneração dos advogados dativos” (fl. 287).

Defende que:

[...] a interpretação correta da norma significa tão somente que a justeza da remuneração deverá respeitar o direito à remuneração digna do advogado, cuja atuação é primordial e merece ser valorizada de forma

adequada. Entendimento diverso afeta não somente a classe, mas toda a sociedade e o próprio equilíbrio necessário ao Estado Democrático de Direito, considerando que o advogado desempenha papel essencial na defesa dos direitos e liberdades fundamentais de seus representados (fl. 287).

Os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, Sergipe, Tocantins, Distrito Federal e a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, às fls. 357-366, argumentam que os honorários são custeados integralmente pelas Fazendas Públicas, o que representaria, a título argumentativo, os seguintes aspectos (fl. 359):

II) [...] os valores despendidos pelos Estados a esse título têm se mostrado bastante elevados, descolados da realidade do mercado da advocacia privada e pública, e revelando-se como uma contraprestação desproporcional diante do trabalho usualmente realizado nos casos concretos. A título elucidativo, no Estado de São Paulo, um Habeas Corpus no horário de plantão foi recentemente tabelado pela Seccional da Ordem no valor de R\$15.792,00, valor este que, pela atual jurisprudência do e. STJ, deve ser considerado como valor mínimo!; III) [...] não há qualquer limite remuneratório para os defensores dativos. A remuneração pode facilmente exceder o teto remuneratório, a depender do número de processos em que atuem. Tal fato subverte o regime público de remuneração, a despeito de se tratarem os advogados dativos de agentes públicos, na qualidade de particulares em colaboração com a Administração Pública; IV) [...] as resoluções dos Conselhos Seccionais da OAB que dispõem sobre a tabela de honorários advocatícios são elaboradas sem que haja qualquer consulta, participação, contribuição ou concurso do Poder Público. Em nenhum momento o Estado é chamado a contribuir na formação do conteúdo normativo a ser editado, de modo que se revela injustificável que possa tal instrumento normativo produzir efeitos vinculantes sobre o Judiciário ou o Poder Público de modo geral, impactando ilegal e negativamente as despesas públicas; V) [...] no Estado de Santa Catarina, o impacto estimado ao Erário, caso prevaleça a imposição dos valores “mínimos” fixados na Tabela da OAB-SC apenas para os processos em curso, será da ordem de R\$ 25 milhões; VI) [...] a destinação de elevados valores devidos a advogados dativos, calculados com base na tabela de honorários da Seccional da OAB, representa relevante óbice à expansão institucional e administrativa da Defensoria Pública no âmbito dos entes estaduais. O modelo remuneratório implementado pela jurisprudência do e. STJ onera os Estados de forma que o impossibilita de cumprir com suficiência sua missão de desenvolver o órgão constitucionalmente vocacionado à promoção dos direitos dos hipossuficientes.

A **Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina**, às fls. 401-847, indica, preliminarmente, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º, do art. 22 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/1994). Isso porque “é prerrogativa da Defensoria Pública sua autogestão, e se é sua função institucional precípua a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, compete-lhe a escolha de como e de que forma que seus serviços serão desempenhados, planejando seus custos, seu alcance etc., de acordo com o orçamento disponível” (fl. 410) e que “o art. 22 do Estatuto da OAB transfere as responsabilidades inerentes ao membro da Defensoria Pública de forma completamente inconstitucional” (fl. 411).

Assinala, ainda, que (fl. 413):

Nesta toada, Excelências, há de se ressaltar, a Defensoria Pública ainda encontra severas resistências no Estado de Santa Catarina e dificilmente irá avançar se restar estabelecido um valor exorbitante a ser pago pelo Estado diretamente aos advogados, eis que esses certamente não vão querer perder os valores que lhe seriam destinados fazendo de tudo para valer o pacto mencionado pelo Min. Joaquim Barbosa. Interessante notar a tabela em anexo em que a Defensoria Pública faz um comparativo entre as remunerações dos atos quando pagos pela tabela da OAB, pelo antigo sistema declarado inconstitucional, pelo sistema da Defensoria Pública paulista e pela justiça federal. Como se pode ver, as diferenças são gritantes. A título de exemplo, a defesa em processo sob o rito do júri pode custar, na tabela da OAB catarinense, R\$ 35.500. Já os valores da antiga tabela imporiam ao estado o custo de R\$ 3.337,60 e em São Paulo atingiria o máximo de R\$ 1.650. Já a defesa em procedimento ordinário custaria ao Estado de Santa Catarina o montante de 7.500 reais de acordo com a tabela da OAB. Já no antigo sistema da defensoria dativa, o valor a ser pago seria de R\$ 1.251,60. Em São Paulo, o valor seria de R\$ 1.012,24 e, na Justiça Federal, R\$ 536,83. Assim, ao referendar que se pague um alto valor aos advogados dativos, com base no art. 22, § 1º e § 2º, da CRFB, haverá verdadeira violação do art. 98, § 1º, da CRFB pelo fato do orçamento do Estado de Santa Catarina não ser destinado ao que o constituinte deseja: Defensoria Pública em todas unidades jurisdicionais. Não bastasse todas estas argumentações fundamentadas nas Emendas Constitucionais, é necessário trazer à baila a inconstitucionalidade perante o texto constitucional originário, qual seja, a violação ao art. 24, 1º, § 2º, § 3º e § 4º da CRFB que deixa claro que a compete concorrentemente à União e aos Estados legislares concorrentemente sobre assistência jurídica.

Sustenta, sob distinta angulação (fls. 417-418):

[...] a Lei nº 4.320/64 incorpora o princípio no seu art. 5º: “a Lei de Orçamento não consignará dotações globais para atender indiferentemente as despesas (...)”. O art. 15 da referida Lei exige também um nível mínimo de detalhamento: “(...) a discriminação da despesa far-se-á, no mínimo, por elementos (...)” (fl. 468) e que “as receitas e as despesas devem ser previstas de forma discriminada, de tal forma que se possa saber, pormenorizadamente, as origens dos recursos e sua aplicação. Como regra clássica, tem o objetivo de facilitar a função de acompanhamento e controle do gasto público, pois inibe a concessão de pagamentos genéricos que propiciam demasiada flexibilidade e arbítrio ao Poder Executivo, dando mais segurança ao contribuinte e aos órgãos de fiscalização.

Assere que (fl. 427):

[...] a existência da Resolução nº 305 do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o cadastro e a nomeação de profissionais e o pagamento de honorários a advogados dativos, curadores, peritos, tradutores e intérpretes, em casos de assistência judiciária gratuita, no âmbito da Justiça Federal e da jurisdição federal delegada e dá outras providências, não tem a participação da Ordem dos Advogados, isto é, a Justiça Federal, gestora dos recursos destinados ao pagamento dos advogados nomeados na esfera federal, tal qual a Defensoria Pública o é no Estado de Santa Catarina (Lei Complementar 684/2016) regulamentou a questão sem a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, o que vem sendo aplicado sem qualquer intercorrência da esfera federal.

Subsidiariamente, a Defensoria Pública defende que (fl. 430):

[...] a atividade desenvolvida pelo advogado nomeado para suprir o déficit da Defensoria Pública não se confunde com a atividade privada desenvolvida nos escritórios e à disposição daqueles que possuem condições de arcar com os valores de mercado. Nesse sentido, os valores constantes na tabela OAB seguem uma lógica de mercado e é o instrumento que busca assegurar condições mínimas de negociação com clientes, garantindo transparência para ambas as partes.

Aduz que “o marco normativo em relação à remuneração dos advogados dativos deve ser a antiga tabela prevista no Anexo Único da Lei Complementar 155/1997, ao menos até o advento da Lei Complementar 684/2016, que atribuiu à Defensoria Pública a responsabilidade para a gestão dos recursos destinados aos advogados nomeados e ao Defensor Público-Geral a fixação da remuneração devida, conforme dito alhures” (fl. 431).

Os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, Sergipe, Tocantins, Distrito Federal e a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, às fls. 849-873, acrescentam, ainda, o argumento de que “quando a lei determina ao juiz a obrigatoriedade de observância dos valores mínimos estabelecidos pela tabela da Seccional da OAB, o fez expressamente no § 2º do art. 22 do Estatuto da OAB, que disciplina o arbitramento dos honorários, não dos advogados dativos (disciplinado no § 1º), mas sim dos advogados contratados pelas partes, em regime privado, nos casos em que não haja prévia estipulação” (fl. 852).

A **Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina**, às fls. 892-1.048, destaca a importância do tema para a advocacia brasileira, sobretudo porque os honorários devem remunerar adequadamente o trabalho prestado e não podem representar um completo desprestígio a parte.

Salienta que “a informação utilizada pela DPE não está atualizada: a OAB/SP definiu, para atuação no plenário do júri, o valor de R\$ 24.177,61, potencialmente duplicável se o advogado atuar também nos procedimentos preparatórios (itens 13.12 e 13.13 da tabela paulista)” (fls. 896-897) e que “não é verdade que a tabela catarinense estabelece o patamar de R\$ 35 mil reais; basta analisar a tabela (item 9 da seção de Direito Penal) para verificar que o valor é, na verdade, de R\$ 25 mil” (fl. 897).

No particular, obtempera que “o cenário não é caótico, nem está desvinculado da realidade nacional. Os valores previstos na tabela de honorários da OAB/SC estão muito longe de serem os mais altos do país, e são absolutamente condizentes com a realidade do advogado médio brasileiro” (fl. 897).

Afirma que “a submissão institucional que é proposta pela DPE é totalmente descabida. Recorde-se: a instituição pretende afastar a aplicação do art. 22, § 1º, do EAOAB (que é lei federal!), submetendo os advogados catarinenses à tabela de honorários instituída, por meio de ato regimental, pelo Defensor-Público Geral” (fl. 902). Assinala um ato regimental não poderá jamais derrogar lei federal.

Assere, em relação as teses subsidiárias da Defensoria Pública, que todas elas estariam baseadas em uma premissa: “retirar da OAB/SC sua autonomia institucional para definir a tabela remuneratória da categoria profissional” (fl. 904). Sustenta, no ponto, o seguinte (fls. 904-905):

Perceba-se que essas três teses são subsidiárias porque seguem a proposta elencada acima, de que a tabela de honorários seja substituída por mero ato regimental do Defensor Público Geral. Nem a própria DPE parece acreditar com muita firmeza nessa tese, dada sua presteza em sugerir alternativas.

73. A primeira referência é ao Fundo de Acesso à Justiça, criado pela lei complementar estadual n. 684/16. De acordo com a tese da DPE/SC, seria de sua exclusiva responsabilidade a gestão do Fundo e da remuneração de todo o serviço equivalente ao de prestação de assistência judiciária a hipossuficiente.

74. Na verdade, a DPE pretende reaviver a tabela de honorários que vigorava na época em que a assistência judiciária em Santa Catarina era integralmente prestada através do modelo de defensoria dativa – o que causa espanto, já que a instituição bradou insistentemente contra o modelo em diversos momentos do passado.

75. Incidem aqui todos os argumentos expostos acima. O óbice do EAOAB é intransponível, pois se trata de lei federal amplamente recepcionada pela moderna ordem constitucional. O convênio firmado à época da defensoria dativa refletia a realidade daquela época, e não pode ser aplicado hoje – até porque está revogado, para suscitar também argumento estritamente formal.

76. Quanto à tabela de honorários firmada entre a OAB/SC e o TRF4, se está de frente a realidade distinta, não aplicável ao caso destes autos, e decididamente impossível de ser aplicada por analogia. Aquele caso conta com suas peculiaridades e deverá ser discutido no local e forma adequados, não se cogitando de que o entendimento contra legem adotado pelo TRF4 venha a vincular este e. STJ.

77. Da mesma forma, a tabela de honorários fixada especificamente para audiências de custódia reflete apenas a realidade daquele ato processual, rotineiramente simples e curto, e não pode servir de base para que se extrapole regulamentação de toda a realidade dos honorários advocatícios de Santa Catarina.

O Estado de Santa Catarina, às fls. 1.094-1.114, junta aos autos cópia do parecer apresentado pelo acórdão proferido pela Procuradoria-Geral da República, no ARE n. 1.056.610/SC, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, no qual é defendida a inconstitucionalidade do art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB).

O Ministério Público Federal, às fls. 1.226-1.232, manifesta-se, em parecer conclusivo, pelo provimento do recurso, porquanto “ao entender que a fixação dos honorários advocatícios do defensor dativo é feita de acordo com a discricionariedade do magistrado, o acórdão estadual negou vigência ao art. 22, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.906/94” (fl. 1.232).

Aberta a sessão de julgamento, em 12 de dezembro de 2018, manifestaram-se o recorrente, Dr. Renato Boabaid, o Instituto dos Advogados de Santa Catarina, pelo Dr. Adriano Tavares da Silva, como *amicus curiae*, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina, pela Dra. Cyntia da Rosa Melim, também como *amicus curiae*, e, ainda, o representante da Procuradoria do Estado de Santa Catarina, Dr. Fernando Filgueiras.

Após a manifestação do representante do Ministério Público Federal, Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, este julgador, tendo em vista o teor das sustentações orais, pediu vista regimental dos autos, para mais acurado exame da matéria, na forma do art. do Regimento Interno do STJ.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.656.322 - SC (2017/0041330-0)**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE DEFENSOR DATIVO INDICADO PARA ATUAR EM PROCESSO PENAL. SUPERAÇÃO JURISPRUDENCIAL (OVERRULING). NECESSIDADE. VALORES PREVISTOS NA TABELA DA OAB. CRITÉRIOS PARA PRODUÇÃO DAS TABELAS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 22, § 1º E 2º, DO ESTATUTO CONSENTÂNEA COM AS CARACTERÍSTICAS DA ATUAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO DA TABELA PRODUZIDA PELAS SECCIONAIS. TESES FIXADAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É possível, e mesmo aconselhável, submeter o precedente a permanente reavaliação e, eventualmente, modificar-lhe os contornos, por meio de alguma peculiaridade que o distinga (distinguishing), ou que o leve a sua superação total (overruling) ou parcial (overturning), de modo a imprimir plasticidade ao Direito, ante as demandas da sociedade e o dinamismo do sistema jurídico.
2. O entendimento da Terceira Seção do STJ sobre a fixação dos honorários de defensor dativo demanda uma nova compreensão – a exemplo do que já ocorre nas duas outras Seções da Corte –, sobretudo para que se possa imprimir consistência e racionalidade sistêmica ao ordenamento, fincadas na relevante necessidade de definição de critérios mais isonômicos e razoáveis de fixação dos honorários, os quais, fundamentais para dar concretude ao acesso de todos à justiça e para conferir dignidade ao exercício da Advocacia, devem buscar a menor onerosidade possível aos cofres públicos.
3. Se a prestação de serviços públicos em geral depende da transferência de recursos obtidos da sociedade, é impositivo que tal captação se submeta a uma gestão orçamentária específica de gastos, que deverá ser orientada, sobretudo, pelos próprios princípios administrativos limitativos (entre os quais a economicidade e do equilíbrio das contas).
4. Há que se compatibilizar o postulado constitucional de universalização do acesso ao Judiciário, previsto no art. 5º, LXXIV –precipuamente quando o patrocínio do hipossuficiente é feito pela Defensoria Pública (art. 134 da CF) – com as hipóteses em que a própria deficiência estrutural dessa instituição obriga o Estado a socorrer-se de defensores dativos, situação em que ainda há prevalência do interesse público, isto é, do bem comum que se sobrepõe ao individual.
5. A inexistência de critérios para a produção das tabelas fornecidas pelas diversas entidades representativas da OAB das unidades federativas acaba por resultar na fixação de valores díspares pelos mesmos serviços prestados pelo advogado. Além disso, do confronto entre os valores indicados nas tabelas produzidas unilateralmente pela OAB com os subsídios mensais de um Defensor Público do Estado de Santa Catarina, constata-se total descompasso entre a remuneração por um mês de serviços prestados pelo Defensor Público e o que perceberia um advogado dativo, por atuação específica a um ou outro ato processual.
6. É indiscutível, ante a ordem constitucional vigente, que a atuação do defensor dativo é subsidiária à do defensor público. Não obstante, essa não é a realidade de muitos Estados da Federação, nos quais a atuação da advocacia dativa é francamente majoritária, sobretudo pelas inúmeras deficiências estruturais que ainda acometem as Defensorias Públicas. Nesse cenário, a relevância da participação da advocacia é reconhecida

não só por constituir função indispensável à administração da justiça, mas também por ser elemento essencial para dar concretude à garantia fundamental de acesso à justiça. Tal situação, ao mesmo tempo que assegura a percepção de honorários pelos profissionais que atuam nessa qualidade, impõe equilíbrio e razoabilidade em sua quantificação.

7. O art. 22 do Estatuto da OAB assegura, seja por determinação em contrato, seja por fixação judicial, a contraprestação econômica indispensável à sobrevivência digna do advogado, hoje considerada pacificamente como verba de natureza alimentar (Súmula Vinculante n. 47 do STF). O caput do referido dispositivo trata, de maneira geral, do direito do advogado à percepção dos honorários. O parágrafo primeiro, por sua vez, cuida da hipótese de defensores dativos, aos quais devem ser fixados os honorários segundo a tabela organizada pela Seccional da OAB. Já o parágrafo segundo abarca as situações em que não há estipulação contratual dos honorários convencionais, de modo que a fixação deve se dar por arbitramento judicial.

8. A condição *sui generis* da relação estabelecida pelo advogado e o Estado, não só por se tratar de particular em colaboração com o Poder Público, mas também por decorrer de determinação judicial, a fim de possibilitar exercício de uma garantia fundamental da parte, implica a existência, ainda que transitória, de vínculo que o condiciona à prestação de uma atividade em benefício do interesse público. Em outras palavras, a hipótese do parágrafo primeiro abrange os casos em que não é possível celebrar, sem haver previsão legal, um contrato de honorários convencionais com o Poder Público. O parágrafo segundo, por sua vez, compreende justamente os casos em que, a despeito de possível o contrato de honorários convencionais, tal não se dá, por qualquer motivo.

9. O arbitramento judicial é a forma de se mensurarem, ante a ausência de contratação por escrito, os honorários devidos. Apesar da indispensável provocação judicial, não se confundem com os honorários de sucumbência, porquanto não possuem natureza processual e independem do resultado da demanda proposta. Especificamente para essa hipótese é que o parágrafo segundo prevê, diversamente do que ocorre com o parágrafo primeiro, que os valores a serem arbitrados não poderão ser inferiores aos previstos nas tabelas da Seccionais da OAB. Assim, há um tratamento explicitamente distinto para ambos os casos.

10. A utilização da expressão “segundo tabela organizada”, prevista no primeiro parágrafo do art. 22 do Estatuto da OAB, deve ser entendida como referencial, visto que não se pode impor à Administração o pagamento de remuneração com base em tabela produzida unilateralmente por entidade representativa de classe de natureza privada, como contraprestação de serviços prestados, fora das hipóteses legais de contratação pública. Já a expressão “não podendo ser inferiores”, contida no parágrafo segundo, objetiva resguardar, no arbitramento de honorários, a pretensão do advogado particular que não ajustou o valor devido pela prestação dos serviços advocatícios.

11. A contraprestação por esses serviços deve ser justa e consentânea com o trabalho desenvolvido pelo advogado, sem perder de vista que o próprio Código de Ética e Disciplina da OAB prevê, em seu art. 49, que os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, levando em conta os diversos aspectos que orbitam o caso concreto. O referido dispositivo estabelece alguns critérios para conferir maior objetividade à determinação dos honorários, considerando elementos como a complexidade da causa e sua repercussão social, o tempo a ser empregado, o valor da causa, a condição econômica do cliente, a competência e a expertise do profissional em assuntos análogos. A intenção de se observarem esses critérios é a de que os honorários sejam assentados com razoabilidade, sem serem módicos a ponto de aviltarem a nobre função advocatícia, nem tampouco serem exorbitantes de modo a onerarem os cofres públicos e, conseqüentemente, a sociedade.

12. Na mesma direção se encontram as diretrizes preconizadas pelo Código de Processo Civil (art. 85, §§ 2º e 6º, do CPC), que, ao tratar de forma mais abrangente os honorários, prestigia o direito do advogado de receber a devida remuneração pelos serviços prestados no processo, sempre com apoio nas nuances de

cada caso e no trabalho desempenhado pelo profissional. As balizas para o estabelecimento dos honorários podem ser extraídas do parágrafo segundo, o qual estabelece que caberá ao próprio juiz da demanda fixar a verba honorária, em atenção a todos os aspectos que envolveram a demanda. O parágrafo oitavo ainda preconiza que, “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º”.

13. Na linha de precedentes das Seções de Direito Público, a tabela de honorários produzida pela OAB deve servir apenas como referencial, sem nenhum conteúdo vinculativo, sob pena de, em alguns casos, remunerar, com idêntico valor, advogados com diferentes dispêndios de tempo e labor, baseado exclusivamente na tabela indicada pela entidade representativa.

14. Na espécie, a despeito de haver levado em conta todo o trabalho realizado e o zelo demonstrado pelo causídico, valeu-se, exclusivamente, das normas processuais que tratam dos honorários, sem, contudo, considerar, como referência, aqueles fixados pela tabela da OAB. Embora não vinculativos, como realçado pelo decisum, nos casos em que o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, deverá, motivadamente, arbitrar outro valor, com a devida indicação dessa desproporcionalidade.

15. Recurso parcialmente provido para que o Tribunal de origem faça uma nova avaliação do quantum a ser fixado a título de honorários, em consonância com as diretrizes expostas alhures.

16. Proposta a fixação das seguintes teses: 1ª) As tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculam o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal; servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado; 2ª) Nas hipóteses em que o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, poderá, motivadamente, arbitrar outro valor; 3ª) São, porém, vinculativas, quanto aos valores estabelecidos para os atos praticados por defensor dativo, as tabelas produzidas mediante acordo entre o Poder Público, a Defensoria Pública e a seccional da OAB. 4ª) Dado o disposto no art. 105, parágrafo único, II, da Constituição da República, possui caráter vinculante a Tabela de Honorários da Justiça Federal, assim como tabelas similares instituídas, eventualmente, pelos órgãos competentes das Justiças dos Estados e do Distrito Federal, na forma dos arts 96, I, e 125, § 1º, parte final, da Constituição da República.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Considerações iniciais

I.1. Preliminar de admissibilidade

De início, verifico que o recurso especial, no que tange à alínea “c” do permissivo constitucional, esbarra em óbice preliminar de admissibilidade.

O art. 255, § 1º, do RISTJ prevê: “Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência [...], devendo-se, em qualquer caso, mencionar as

circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados” (destaquei).

Na hipótese, o recorrente limitou-se a transcrever ementas dos acórdãos apontados como paradigmas, os quais entende divergentes do aresto recorrido, sem, contudo, proceder ao necessário confronto analítico.

De acordo com a orientação desta Corte, “[...] é indispensável a transcrição de trechos [...] do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente, o que não ocorreu na espécie [...]” (**AgRg no AREsp n. 1.027.408/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 6/11/2017).

Entretanto, **no tocante a alínea “a”, o recurso ultrapassa o juízo de prelibação**, visto que a matéria controvertida, de cunho estritamente jurídico, foi debatida pelo acórdão recorrido, de modo a preencher o requisito do prequestionamento. Além disso, estão presentes os demais pressupostos de admissibilidade do recurso especial (cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo, tempestividade e regularidade formal).

Importante salientar, ainda, que **a preliminar suscitada em memoriais pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina** – a qual propõe o não conhecimento do recurso, sob o argumento de que naquele Estado existem **leis específicas** que disciplinam o assunto e sobre as quais não houve debate na origem –, **não tem procedência**.

A existência de leis ou atos normativos locais que tratam da matéria relativa aos honorários não interfere no conhecimento do recurso quando interposto com fundamento em possível violação de lei federal que rege, de igual forma, a questão.

Tal constatação está baseada em **dois aspectos: o primeiro**, é que as regras contidas nas leis federais que tratam do tema não exigem, de per si, complementação por outras leis ou atos normativos para que, somente assim, os honorários do defensor dativo possam ser fixados. Vale dizer, a existência de normas locais não inviabiliza, por dependência legislativa, o exame da matéria contida nas leis federais (lei processual e no Estatuto da OAB); e **segundo**, porque o acórdão recorrido dirimiu a questão exclusivamente com aplicação de lei federal.

Ad argumentandum, ainda que o acórdão houvesse indicado explicitamente alguma das normas estaduais, isso não modificaria os fundamentos para a interposição do recurso especial, o qual somente poderia lastrear-se em possível violação de lei federal ou dissídio jurisprudencial na sua interpretação, conforme pacífica orientação desta Corte: “não se conhece de recurso especial interposto contra acórdão fundado em disposição de lei local” (**AgInt no AREsp n. 386.203/MG**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, DJe 20/6/2017)

I.2. Justificativa para modificação jurisprudencial (*overruling*)

A discussão de honorários – nas hipóteses de atuação de defensor dativo no âmbito processual penal – encontra firme jurisprudência nesta Seção, no sentido de que “o defensor dativo nomeado para atuar em feitos criminais tem direito à verba advocatícia a ser fixada **em observância aos**

valores estabelecidos na tabela organizada pelo respectivo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados” (AgRg no REsp n. 1.665.14/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15/8/2017, destaquei).

A multiplicidade de hipóteses amiúde retratadas pela mesma discussão suscitada neste recurso especial, julgadas por ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, justificaria, em nome da estabilidade, da previsibilidade da jurisprudência e, conseqüentemente, da segurança jurídica, que a solução deste caso, indicado como representativo da controvérsia, perfilhasse a mesma direção.

Impõe acentuar, sobre o ponto, a impossibilidade de conciliar – como procuro fazer ao tratar da necessidade de se dar primazia ao entendimento fixado pela jurisprudência – o simples desejo do magistrado de impor uma opinião pessoal com a necessária estabilidade e segurança jurídica proporcionada pela adoção do entendimento jurisprudencial já consolidado, máxime quando oriundo dos Tribunais Superiores (v.g. REsp n. 1.441.155/RS, DJe 21/11/2014).

Sem embargo, é possível e aconselhável que, dada a função desta Corte de vértice, de interpretação última das leis, **se submeta o precedente a reavaliação** para, eventualmente, dar-lhe novos contornos, por meio de alguma peculiaridade que o distinga (distinguishing), ou mesmo que o leve à sua superação total (overruling) ou parcial (overturning), notadamente se houver alteração nos paradigmas interpretativos que induziram sua criação, de modo a imprimir plasticidade ao Direito, ante as demandas da sociedade e o dinamismo do sistema jurídico.

E, no que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, é acertada a observação de **que a esta Corte cabe “[...] não só outorgar sentido aos textos legais, mas também conferir-lhe novo sentido quando necessário, diante da alteração da realidade social e da concepção geral acerca do direito** (MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96).

Nessa perspectiva, observo que **o entendimento desta Corte** sobre o tema que ora é trazido para fixação de tese repetitiva assenta-se, até onde pude constatar em pesquisa interna, **em precedentes que foram proferidos ainda em meados de 2003.**

Vale dizer, **a orientação acerca dos honorários a serem fixados para defensor dativo foi produzida há mais de quinze anos.** Exemplificativamente, eis o teor, no que interessa, de julgado proferido ainda no ano de 2003: “O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, [...] tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo a tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado’ (parágrafo 1º do artigo 22 da Lei nº 8.906/94)” (RMS n. 8.713/MS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 19/5/2003).

No particular, penso que a superação dessa orientação jurisprudencial é **justificada pela relevante necessidade de definição de critérios mais isonômicos de fixação dos honorários e menos onerosos aos cofres públicos, sem prejuízo da necessidade de assegurar a dignidade da advocacia e o acesso à justiça pelos hipossuficientes.**

Tal constatação é reforçada pela **existência de diversos diplomas legais e atos normativos que estabelecem tabelas distintas**, cada qual com um valor de honorários. **No âmbito federal, por exemplo, foi editada a Resolução n. 305/2014** – constituída pelo Conselho da Justiça Federal e que “dispõe sobre o cadastro e a nomeação de profissionais e o pagamento de honorários a advogados dativos, curadores, peritos, tradutores e intérpretes, em casos de assistência judiciária gratuita, no âmbito da Justiça Federal e da jurisdição federal delegada” – cujos valores devidos aos advogados dativos **são demasiadamente inferiores** aos previstos pelas diferentes tabelas das seccionais da OAB.

Aliás, vale aqui enfatizar ponderação muito destacada da Tribuna em sustentação oral produzida pelo douto representante da Procuradoria do Estado de Santa Catarina, segundo quem maior prova não há do caráter não vinculante da tabela das seccionais da OAB do que a **observância, no âmbito federal, de regulação produzida pelo próprio Poder Judiciário, mercê da referida Resolução nº 305/2014, do Conselho da Justiça Federal.**

Especificamente no caso de Santa Catarina, como retratado pela Defensoria Pública daquele estado, que ingressou no feito como *amicus curiae*, tanto as Leis Complementares Estaduais n. 575/2012 e 684/2016 quanto o Ato Normativo n. 38/2017 – este último editado pelo Defensor Público-Geral – estabelecem valores bem mais razoáveis e proporcionais ante os interesses envolvidos.

Por tudo isso, creio ser o momento de revisitar as balizas que sustentam o entendimento desta Corte, sobretudo em virtude das alterações, expostas linhas atrás, na realidade que subjaz à pretensão apresentada pelo recorrente, a fim de se compatibilizar a orientação jurisprudencial com parâmetros mais atuais e isonômicos, de maneira que a remuneração dos advogados dativos se aperfeiçoe dentro da realidade laborativa do profissional – o que, não raras vezes, não é refletido pelas tabelas pré-estabelecidas – e, também, em harmonia com critérios menos dissonantes e dispendiosos para o Poder Público.

II. Reflexos da decisão em relação aos defensores dativos no âmbito cível – desnecessidade de afetação do caso à Corte Especial.

Não vejo, como suscitado por alguns interessados, hipótese de afetação deste Recurso Especial à Corte Especial, por não se cuidar de situação que reclame a reserva de plenário (art. 97 da CF c/c Súmula Vinculante nº 10, do STF).

A uma, porque, na verdade, não se pretende reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade de qualquer preceito legal, mas tão somente dar ao dispositivo de lei federal questionado – art. 22 do Estatuto da OAB – interpretação conforme a Constituição. Ou seja, o que se propõe, neste voto, é a emissão de juízo positivo de constitucionalidade da norma em questão, o que é plenamente possível de ser livremente feito não apenas por órgão fracionário de um tribunal, mas por qualquer magistrado em qualquer instância.

A duas, porque os honorários de defensor dativo que atua no processo penal não se confundem com os daquele que participa de ação ou procedimento de natureza civil, de modo que a solução a ser dada para o primeiro não necessariamente haverá de ser a mesma a adotar-se na jurisdição extrapenal.

Mas, ainda que não se compreenda a questão sob esse enfoque, verifico que, no âmbito cível, **todas as turmas que compõem a Primeira e a Segunda Seções** desta Corte alinham-se à **orientação de que a tabela organizada pela seccional da OAB não é vinculativa**, o que afasta a necessidade de uniformização do tema perante o Órgão Especial, na medida em que a proposta que é submetida à apreciação nesta oportunidade também se volta a, justamente, harmonizar-se com esse entendimento.

Confiram-se, da 1ª Seção, os seguintes arestos:

I - A reavaliação do critério de apreciação equitativa adotada pelo Tribunal de origem para a fixação da verba honorária esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, ressalvadas apenas as hipóteses excepcionais de valor irrisório ou excessivo (AgRg no REsp 1513652/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, 1ª T, DJe 7/10/2015).

[...] a **Tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB tem natureza orientadora, não vinculando o julgador**, devendo ser ajustável à realidade fática de cada caso (AgRg no REsp 1347595/SE, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª T, DJe E, da 2ª Seção:

[...] os valores praticados pela tabela de honorários da OAB devem ser considerados como parâmetro norteador da fixação de honorários advocatícios devidos a defensor dativo, **não podendo serem adotados como dispositivos de aplicação compulsória** (AgInt no REsp n. 1.740.720/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª T, DJe 27/8/2018).

[...] a jurisprudência do STJ caminha no sentido de que, nesses casos, a **Tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB tem natureza meramente orientadora, não vinculando o julgador**, devendo ser levado em consideração a realidade do caso concreto (AgInt no AREsp n. 1.209.432/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª T, DJe 26/9/2018).

III. Objeto do Recurso Especial: delimitação da controvérsia para fixação da tese repetitiva.

O art. 22 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) deu ensejo à construção de duas linhas interpretativas distintas.

A **primeira das interpretações** possíveis extrai, do conteúdo das referidas normas, a compreensão de que **a tabela de honorários elaborada pelas seccionais da OAB serve apenas como instrumento referencial** ou consultivo, que auxilia o magistrado com a indicação de um parâmetro razoável, em consonância com as diretrizes previstas no Código de Processo Civil para fixação judicial dos honorários advocatícios.

A **segunda interpretação** possível – até então adotada por esta Seção –, prende-se a uma concepção mais rígida, na qual **a tabela de honorários estabelecida pelas diversas seccionais possui caráter vinculante**, de tal modo que a verba honorária deve ser fixada dentro dos parâmetros mínimos que nela são consignados. Assim, não haveria margem de discricionariedade para o juiz determinar os honorários em valores inferiores aos mínimos previstos.

IV. Observância da tabela da OAB e necessária compatibilização com a sustentabilidade das contas públicas

Se o mister principal da Administração Pública – compreendida como prestadora de serviços, por meio de suas entidades ou órgãos especializados, com a finalidade de promover o interesse público – depende da transferência de recursos obtidos junto à sociedade, é impositivo que tal captação se submeta a uma gestão orçamentária específica de gastos (planejamento, controle e prevenção), que deverá ser orientada, sobretudo, pelos próprios princípios administrativos limitativos (legalidade, moralidade, impessoalidade, economicidade etc).

As despesas públicas, portanto, devem se sujeitar aos meios de controle, de maneira que se possa estabelecer quais as ações governamentais são prioritárias e, assim, otimizar o emprego eficaz das receitas públicas na consecução de projetos e programas sociais de diminuição da desigualdade e erradicação da pobreza, objetivos fundamentais da República (art. 3º, III, da CF).

Daí a existência de mecanismos de controle estatal sobre esses recursos e sua aplicação, por diversos órgãos da Administração Pública (Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Assembleias estaduais, Tribunais de Contas etc.), cumprindo destacar, por oportuno, a importante regência da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000), cuja proposta foi tornar impositivo o equilíbrio dos gastos dos entes políticos, condicionando-os à capacidade de arrecadação de receitas.

Consoante dispõe o art. 1º, § 1º, da LC n. 101/2000:

A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação **planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas**, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operação de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar (destaquei).

Nesse particular, todos sabem que a fixação de despesas deve se apoiar em planejamento criterioso dos gastos, nomeadamente daqueles considerados essenciais e dos que dizem respeito aos projetos de investimentos em políticas sociais.

Note-se que a indicação de advogado dativo, consoante o art. 22, § 1º, da Lei n. 8.906/1994, resulta em arbitramento de honorários àquele profissional, os quais devem ser suportados pelo Estado, compreendido como ente político a quem incumbia o dever de prestar a assistência judiciária. Assim, no caso da Justiça estadual, tal incumbência é do ente federado respectivo.

Aliás, esta é a orientação desta Corte, segundo a qual “a sentença que fixa a verba honorária, em processo no qual atuou o defensor dativo, faz título executivo judicial certo, líquido e exigível, sendo de **responsabilidade do Estado** o pagamento da referida verba honorária, quando, na comarca, não houver Defensoria Pública” (AgRg no AREsp n. 764.503/BA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 19/2/2016).

Nesse sentido, ainda: **AgRg no RMS n. 27.781/SC**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe 29/9/2015; **AgRg no REsp. 999.078/AL**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 14/10/2013; **AgRg no AREsp n. 729.318/PE**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 24/05/2016; **AgRg no REsp n. 1.503.348/MG**, Rel. Ministra Regina Helena Costa, DJe 16/06/2015 e **AgRg no REsp n. 1.501.047/MG**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 1/9/2015.

No que toca ao tema objeto deste Recurso, se há, de um lado, os que defendem que a remuneração do defensor dativo não se enquadra em nenhuma das hipóteses em que incidiria a Lei de Responsabilidade Fiscal, máxime porque sua atuação é imposta por determinação judicial, de outro lado é **inquestionável que os gastos com pagamentos de honorários são suportados com o orçamento da Administração Pública**, o que reflete, em alguma medida, o objetivo proposto pela referida lei de controle fiscal.

Sob esse enfoque, há que se compatibilizar o postulado constitucional de universalização do acesso ao Judiciário, previsto no art. 5º, LXXIV (“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”), mormente quando o hipossuficiente é patrocinado pela Defensoria Pública (art. 134 da CF), **com as hipóteses em que a própria deficiência estrutural dessa instituição obriga o Estado a dispor de defensores dativos**.

A rigidez preconizada pelo entendimento jurisprudencial até agora observado, quanto à observância obrigatória dos valores indicados pela tabela da OAB para a fixação de honorários remuneratórios, acaba por gerar certa incongruência com todos os esforços empreendidos na aplicação eficaz dos recursos públicos, **sobretudo porque tal tabela é produzida, de maneira unilateral, por entidade que não compõe a Administração Pública**.

Com efeito, a despeito da recente decisão proferida pelo TCU – segundo o qual a OAB possui natureza jurídica de autarquia e que se submete, portanto, a sua jurisdição administrativa de controle (Processo TC n. 015.720/2018-7, julgado em 7/11/2018 –, a jurisprudência do STF se mantém na direção de que a OAB não consubstancia uma entidade da Administração Indireta e, portanto, **não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada**” (ADI n. 3.026/DF, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 29/9/2006, grifei), isto é, “não obstante possuírem natureza jurídica autárquica conferida por lei, estão, no campo doutrinário, classificados como autarquias corporativas, não integrando a Administração Pública, mas apenas com essa colaborando para o exercício da atividade de polícia das profissões” (RE n. 539.224/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 18/6/2012, destaquei).

Nesse sentido, ainda, o seguinte precedente mais recente: (...) A OAB não é uma entidade da Administração Indireta, tal como as autarquias, porquanto não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública, nem a qualquer das suas partes está vinculada” (RE n. 405.267/MG, Rel. Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe 18/10/2018).

A questão, vista pela ótica da responsabilidade com os gastos públicos, deve, a meu ver, levar em consideração a **prevalência do interesse público** – que deve ser contínuo –, isto é, do **bem comum que se sobrepõe ao individual**, de sorte que, sob o prisma das considerações até aqui expendidas, as diversas tabelas apresentadas pelas entidades representativas dos estados não podem ser vinculativas – como desde já antecipo –, mas meramente referenciais (indicativas).

V. Ausência de uniformização dos critérios para a produção das tabelas de honorários

Por mais que a OAB-SC defenda que os honorários estabelecidos em sua tabela estariam dentro da média de valores praticados em todo o país, fato é que **não há uniformidade nos critérios para a produção das tabelas** fornecidas pelas diversas entidades representativas dos estados, o que acaba resultando em indicação de valores díspares entre elas. Ou seja, para a prática de um mesmo ato processual específico, o valor a ser pago sofre considerável diferença entre as unidades da federação.

Exemplificativamente, para a **defesa do réu em plenário do Tribunal do Júri**, a tabela de honorários do Estado de **Santa Catarina**, já atualizada, prevê o valor de **R\$ 25.500,00** (Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/arquivos/galeria/1_32_5a788ca12b475.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019). **Em Goiás**, o mesmo procedimento, segundo a tabela OAB-GO 2018, varia **de R\$ 8.474,60, em caso de réu solto, a R\$ 12.106,20, quando preso** (Disponível em: <<http://www.oabgo.org.br/arquivos/downloads/tabela-de-honorarios-2018-11914104.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2019).

Observe-se, nessa simples comparação, que a variação de valores entre as tabelas apontadas como exemplo chega a mais de 100%. Se levássemos em conta todas as tabelas, de todos os estados, esses valores poderiam variar ainda mais, como, por exemplo, **na Paraíba**, onde a tabela da OAB-PB prevê, para esse mesmo procedimento, o valor mínimo **de R\$ 6.000,00** (Disponível em: <http://oabcampinagrande.com.br/wp-content/uploads/2017/10/TABELA-DEHONOR%C3%81RIOS-APROVADA_PLENO_29-09.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018)

Vale exemplificar, ainda, a quantia devida ao defensor dativo em decorrência de uma **única impetração de habeas corpus perante plantão**, para o que em **Santa Catarina** é previsto o valor de R\$ 11.000,00 (Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/arquivo/galeria/1_32_5a788ca12b475.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019). Já no **Estado do Amapá**, para esse mesmo serviço, a tabela produzida pela Seccional indica o **valor de R\$ 5.000,00** (Disponível em: <<http://www.oabap.org.br/images/contendos/Nova%20Tabela%20de%20Honor%C3%A1rios%20Advoc%C3%A1rios%20OAB-AP%202016-4.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018).

O que mais chama a atenção é que, se confrontarmos tais valores com **a remuneração mensal de um Defensor Público do Estado de Santa Catarina** – que era de R\$ 10.500,00 até o ano passado e, neste ano, ao que tudo indica, gira em torno de R\$ 17.000,00 –, é possível se chegar a duas constatações: 1ª) é nítida a fragilidade da capacidade econômica desse ente federativo em relação aos demais estados, porquanto tal remuneração é uma das mais baixas entre as entidades congêneres e 2ª) **a remuneração de um mês de serviços prestados pelo Defensor Público é suplantada pelo valor cobrado por uma única defesa em plenário do advogado dativo**, o que, a meu juízo, não apenas avilta a função – absolutamente similar quanto ao serviço prestado – do defensor público, como contradiz o princípio da razoabilidade e da economicidade, notadamente porque envolve despesa pública suportada por entes federados

Releva, outrossim, rememorar que um profissional liberal, qual um advogado, possui sua carteira de clientes, que oscila mês a mês, mas que lhe assegura, de per si, uma remuneração decorrente dos honorários avençados para cada demanda que patrocina. **A sua fonte de renda**

principal, portanto, é a advocacia particular, da qual pode auferir valores tão elevados quanto possam pagar-lhe seus clientes, sendo descabido qualquer controle estatal ou mesmo classista. Na advocacia dativa, porém, não há de ser assim.

A seu turno, não pode o advogado pretender transformar esse múnus público em uma fonte principal de renda, ou, ao menos – se for essa sua intenção –, não pode, transversalmente, deslocar todo o seu labor e respectiva remuneração para o setor público, que, obviamente, tem suas regras e seus limites. Se um Defensor Público, concursado e limitado por regras inerentes ao funcionalismo público e a essa específica carreira, é remunerado mensalmente com um teto, independentemente do número de processos em que atua e atendimentos que realiza, como permitir que com algumas poucas petições um advogado obtenha rendimentos superiores ao equivalente a um mês de subsídios de um Defensor Público?

A lógica a prevalecer, portanto, não é a “do mercado”, ou dos interesses profissionais ou privados, mas a lógica do Direito Público, porque, ao atuar como defensor dativo, o advogado age sob um múnus público, na defesa de hipossuficiente, sujeitando-se, pois, às limitações e princípios que informam qualquer atividade pública.

Reforço a convicção de que a economicidade há de ser compreendida sob a perspectiva de que todos os procedimentos realizados pela administração pública devem ser pautados em prol do benefício do interesse público, com a maior redução de gastos públicos possível, sem que com isso haja desconformidade em relação aos demais princípios administrativos.

Impõe destacar, que no âmbito da administração pública, eventuais contratos, convênios, termos de parceria ou quaisquer outras nomenclaturas de ajustes celebrados pelo Estado submetem-se a avaliações periódicas de economicidade, cujo controle, como assinala Maria Sylvia Z. Di Pietro, envolve “questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, **de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício**” (Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1997, p. 490, grifei).

A razoabilidade, por sua vez, “busca afastar soluções que, embora fundadas na razão, sejam incompatíveis com o espírito do sistema” (FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 136). Em outras palavras, a Administração Pública, “ao atuar no exercício de discricão, terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97).

De todo relevante, impende salientar, o trabalho do advogado criminalista, que, se bem executado, reclama dedicação intensa e esforços direcionados à pesquisa e estudo do caso concreto, assessoramento ao cliente, deslocamentos ao fórum e a outros locais, além de dispêndio de tempo para audiências, preparação e redação de petições etc. Tudo isso justifica, por evidente, uma remuneração digna, compatível com tal labor. Tal circunstância, porém, não pode ser traduzida como argumento ou justificativa para que se imponha, ao poder público, a observância rígida das

tabelas de honorários **produzidas unilateralmente pelas seccionais** – sem participação, portanto, do Poder Público ou da sociedade civil –, nas quais se definam **valores notoriamente incompatíveis para a realidade de nosso país e exorbitantes para o Erário.**

Vale, a propósito, mencionar, como argumento a latere – que, conquanto consubstanciado em dispositivo do Código Civil, reproduz uma estrutura lógica que deve prevalecer em qualquer ramo do Direito – a regra de que, no âmbito contratual, entre as “condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico **ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes**” (art. 122 do Código Civil).

VI. Controvérsia existente entre a Defensoria Pública e a OAB na produção de tabelas

Não menos importante é a situação a que se chegou no Estado de Santa Catarina e possivelmente em outras unidades federativas. Há uma divergência entre a OAB e a Defensoria Pública quanto ao protagonismo na produção das tabelas, o que denota o quanto o assunto requer atenção.

Segundo a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, admitida no feito como *amicus curiae*, a Lei Complementar Estadual n. 684/2016 instituiu o chamado Fundo de Acesso à Justiça, o qual ficaria a ela vinculado e seria destinado ao pagamento da atuação suplementar dos advogados dativos.

A gestão desse fundo estaria a cargo do Defensor Público-Geral e a ele cabe fixar, por meio de ato próprio, o valor da remuneração dos advogados (art. 7º da LC Estadual n. 684/2016). No particular, é possível que leis estaduais, como ocorre na espécie, estabeleçam aspectos específicos para adequação da assistência judiciária ante as peculiaridades de cada estado.

Entretanto, **não há como pretender que haja prevalência de lei estadual, que versa sobre a assistência jurídica dos hipossuficientes, em detrimento da Lei n. 8.906/1994.**

A pluralidade de normas jurídicas de conteúdos distintos que compõem o ordenamento jurídico, se contrapostas sem algum critério, podem resultar na **quebra de unidade do próprio ordenamento** e, com isso, ocasionar grave problema no alcance da finalidade normativa de regramento, sobretudo porque não é tolerável a existência de um conflito de normas, levando-se em conta a análise global do sistema jurídico.

Por isso, o *punctum saliens* deste recurso especial reside em alcançar a harmonia necessária entre o fato de a Constituição Federal prever a competência concorrente para legislar sobre assistência jurídica e Defensoria Pública (art. 24, XIII) e a própria condição do defensor dativo, **que atua como particular em colaboração com o Poder Público (ADI n. 3395 MC/DF, DJe 10/11/2006).**

Essa situação peculiar repercute, em alguma medida, na natureza jurídica dos honorários advocatícios a serem auferidos no âmbito do processo penal por advogados dativos, situação em que a defesa dos acusados não se originou de uma relação contratual pré-estabelecida, mas de imposição judicial.

Em síntese, essa divergência, que, segundo a própria Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, existe no âmbito federal, com a **Resolução n. 305 do Conselho da Justiça Federal**, fortalece ainda mais a **necessidade de se uniformizarem os critérios para a fixação dos honorários** do defensor dativo, os quais não podem ser enrijecidos por nenhuma das tabelas produzidas, que serviriam, apenas, como referência na tarefa judicial de determinar o valor devido a título de honorários.

É indiscutível, ante a ordem constitucional vigente, que a **atuação do defensor dativo é subsidiária à do defensor público**. Não obstante, essa não é a realidade de muitos estados da Federação, nos quais a atuação da advocacia dativa é francamente majoritária, sobretudo pelas inúmeras **deficiências estruturais que acometem as Defensorias Públicas**, reafirmadas no caso *sub examine*.

Nesse cenário, a relevância da participação da advocacia é reconhecida não só por constituir função indispensável à administração da justiça, mas também por ser elemento essencial para dar concretude à garantia fundamental de acesso à justiça. Tal situação, ao mesmo tempo que assegura a percepção de honorários, reclama equilíbrio em sua quantificação.

Apenas como *obiter dictum*, **reputo exemplar a solução encontrada pelo Estado do Paraná** – retratada em memoriais elaborados pela Procuradoria-Geral daquele Estado –, a qual logrou compatibilizar a necessidade de uma tabela que atenda os anseios dos advogados, sem, todavia, descuidar da preservação do interesse público.

Segundo os procuradores, foi produzida uma tabela específica, com regulamentação legal própria, **que decorreu de consenso entre o ente representativo de classe (Conselho Seccional da OAB – PR) e o Poder Público**. Esse acordo – uma espécie de contrato atípico de honorários convencionais, regidos por uma resolução conjunta – prevê que a tabela produzida seja considerada um patamar mínimo a ser observado pelo magistrado, de sorte a atender, com equilíbrio e responsabilidade fiscal, aos justos interesses particulares e públicos envolvidos.

VII. Interpretação do art. 22, § 1º e 2º, do Estatuto da OAB consentânea com as características peculiares da atuação do defensor público dativo.

O art. 22, caput, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil) prevê o seguinte:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB **o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência**. § 1º O advogado, **quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado**, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários **fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB**, e pagos pelo Estado. § 2º **Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial**, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, **não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB**.

Como se observa, o referido dispositivo legal assegura, seja por determinação em contrato, seja por fixação judicial, a contraprestação econômica indispensável à sobrevivência do advogado, hoje considerada pacificamente como verba de natureza alimentar (**Súmula Vinculante n. 47** do STF).

O **caput** do referido dispositivo trata, de maneira geral, do direito do advogado à percepção dos honorários, que podem ser **convencionais, por arbitramento** e de **sucumbência**

O **parágrafo primeiro**, por sua vez, trata da hipótese de **defensores dativos**, aos quais devem ser fixados os honorários **segundo a tabela** organizada pela Seccional da OAB.

Já o **parágrafo segundo** abarca as situações em que não há estipulação contratual dos honorários convencionais, de modo que a fixação deve se dar por arbitramento judicial.

Ambos os parágrafos se distinguem profundamente. Isso porque o primeiro se destina às hipóteses em que o advogado é indicado por determinação judicial para o patrocínio dos hipossuficientes. Trata-se de relação jurídica sui generis que se estabelece entre o advogado e o estado, não só por se tratar de **particular em colaboração com o Poder Público**, mas também por decorrer de determinação judicial, a fim de possibilitar exercício de uma garantia fundamental da parte. Tal situação enseja a existência, ainda que transitória, de vínculo que o **condiciona à prestação de uma atividade em benefício do interesse público**.

Em outras palavras, a hipótese do **parágrafo primeiro** abrange os casos em que não é possível celebrar, sem haver previsão legal, um contrato de honorários convencionais com o Poder Público. O **parágrafo segundo**, por sua vez, compreende justamente os casos em que, a despeito de possível o contrato de honorários convencionais, tal não se dá, por qualquer motivo.

O arbitramento judicial é a forma de se definirem, ante a ausência de contratação por escrito, os honorários devidos. Apesar da indispensável provocação judicial, não se confundem com os honorários de sucumbência, porquanto não possuem natureza processual e independem do resultado da demanda proposta.

Especificamente para essa hipótese é que o **parágrafo segundo prevê, diversamente do que ocorre com o parágrafo primeiro**, que os valores a serem arbitrados **não poderão ser inferiores** aos previstos nas tabelas da Seccionais da OAB.

Não há palavras inúteis na lei. Se houve emprego de sentenças distintas em parágrafos distintos, só se pode entender que o significado não é o mesmo.

Assim, há um tratamento explicitamente distinto para ambos os casos. A utilização da expressão **“segundo tabela organizada”**, prevista no primeiro parágrafo do art. 22 do Estatuto da OAB, **deve ser entendida como referencial**, na medida em que **não se pode impor à Administração o pagamento de remuneração com base em tabela produzida unilateralmente por entidade representativa de classe de natureza privada**, como contraprestação de serviços oferecidos, fora das hipóteses legais de contratação pública.

Já a expressão “**não podendo ser inferiores**”, contida no parágrafo segundo, objetiva resguardar, no arbitramento de honorários, a pretensão do advogado particular que não ajustou o valor devido pela prestação dos serviços advocatícios.

Nesse ponto, portanto, alinho-me às considerações feitas pelos representantes dos estados, os quais integram o processo na condição de *amici curiae*, nestes termos:

[...] não se mostra possível aplicar aos defensores dativos, nomeados pelo Juiz e remunerados pelo Estado, o quanto determina o §2º do art. 22 do Estatuto da Advocacia [...] por mais uma razão central: é **legalmente vedada a contratação de advogado sem prévia estipulação ou acordo** (hipótese prevista no § 2º do art. 22), **haja vista que toda contratação realizada pela Administração deve se dar por intermédio da formalização de instrumento contratual expresso** (art. 60, Parágrafo Único, da Lei n. 8.666/93) (fl. 855, grifei).

VIII. Alterações substanciais nas diretrizes que norteiam a fixação dos honorários

Se, de um lado, a contraprestação pelos serviços advocatícios prestados deve ser justa e consentânea com o trabalho desenvolvido pelo advogado, de outro é de atentar-se para o fato de que o **próprio Código de Ética e Disciplina da OAB**, aprovado em outubro de 2015, prevê, em seu art. 49, que **os honorários profissionais devem ser fixados com moderação**, levando em conta os diversos aspectos que orbitam o caso concreto.

O referido dispositivo estabelece alguns critérios para conferir maior objetividade à fixação dos honorários, considerando elementos como a complexidade da causa e sua repercussão social, o tempo a ser empregado, o valor da causa, a condição econômica do cliente, a competência e a expertise do profissional em assuntos análogos. A intenção de se observarem esses critérios é a de que os honorários **sejam assentados de forma moderada, ou seja, com razoabilidade, sem serem módicos a ponto de aviltarem a nobre função advocatícia, nem tampouco serem exorbitantes, de modo a onerarem os cofres públicos e, conseqüentemente, a sociedade.**

Destaca-se, do novo CPC, o art. 85, §§ 2º e 6º, que **dispõe sobre a necessidade de fixação de honorários de forma isonômica para a demanda, independentemente de sua natureza ou do resultado obtido**, o que significa uma mudança relevante e mais justa em relação ao Código de Processo Civil anterior, cujo parâmetro era somente a natureza da demanda.

As balizas para o estabelecimento dos honorários podem ser extraídas do citado § 2º, o qual estabelece que caberá ao próprio juiz da demanda fixar a verba honorária, em atenção a **todos os aspectos que envolveram a demanda (zelo profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço).**

O parágrafo oitavo do referido dispositivo legal ainda preconiza o seguinte: “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, **o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa**, observando o disposto nos incisos do § 2º” (grifei).

Nessa perspectiva, mesmo nos casos de honorários convencionais, pareceram-me precisas as ponderações da Ministra Nancy Andrighi, quando salientou que, “sendo o valor dos honorários contratuais exorbitante, o juiz poderá, **analisando as peculiaridades do caso concreto, arbitrar outro valor**, podendo utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB” (REsp n. 1.027.797/MG, DJe 23/2/2011).

Tudo isso a reforçar a percepção – a meu sentir bem clara – de que, sob qualquer formato (convencional, por arbitramento, por sucumbência), **os honorários não podem se distanciar de critérios de razoabilidade e, mais ainda quando envolvem dinheiro público, critérios de economicidade.**

A tabela da OAB, portanto, há de servir, em meu aviso, **como referencial do qual o magistrado pode extrair o valor a ser estipulado como justos honorários do profissional que colabora com a justiça criminal.**

Como assinala Daniel Assumpção, “outros fatores devem ser levados em conta, em especial a complexidade e relevância da demanda, sendo os valores da tabela de honorários da OAB apenas mais um dos parâmetros aplicáveis” (Manual de direito processual civil. Volume único. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 229)

Então, para exemplificar, em hipóteses de impetração de habeas corpus, há que se avaliar, de acordo com o caso concreto, o efetivo esforço e zelo empreendido pelo advogado, haja vista que o remédio constitucional pode ser manejado, em certas situações, até pelo próprio paciente e por meio de peça quase sempre muito simples, não sujeita aos requisitos formais exigidos em outros meios impugnativos como, v. g. o recurso especial ou o recurso extraordinário.

IX. Síntese conclusiva

Tudo isso somado acaba por reforçar a ideia de que a tabela de honorários produzida pela OAB deve servir apenas como referencial, sem nenhum conteúdo vinculativo.

Entretanto, e atento às ponderações feitas pelo em. Ministro Sebastião Reis Júnior, no debate do caso, reputo correto assentar que, ao fixar os honorários, o Magistrado, a despeito do caráter não vinculativo da tabela da OAB, **deve tê-la como norte para avaliação, em cada situação concreta, de todo o trabalho desempenhado pelo profissional em confronto com os valores ali estabelecidos**, de modo que o resultado dessa análise constitua valor justo e que represente um equilíbrio entre aquele que é indicado pela OAB e o extraído do labor e das despesas efetivas despendidas pelo defensor dativo, se, evidentemente, a tabela não possibilite refletir a realidade constatada pelo magistrado.

Em outras palavras, **nas hipóteses em que o o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB** em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, poderá, motivadamente, arbitrar outro valor.

Além disso, é bom consignar que **as tabelas produzidas com a convergência da Defensoria Pública, Poder Público e OAB, como ocorre no Estado do Paraná, devem ser observadas, isto**

é, **passam a ser vinculativas**, visto que sua confecção, diversamente do que ocorre com a tabela geral, não se deu de maneira unilateral, mas como resultado de acordo formulado pelas referidas entidades.

Por fim, faço lembrar, de igual modo, que, **no âmbito da Justiça Federal, há tabela vinculativa de honorários de defensor dativo, por determinação contida em Resolução do CNJ** e ante disposição constitucional expressa (art. 105, parágrafo único, II, da CF) e que nas Justiças dos Estados nada impede que seus órgãos competentes também assim disciplinem a questão, na forma dos arts 96, I, e 125, § 1º, parte final, da Constituição da República.

X. Exame do caso concreto

Ao réu, foi imputada, pelo Ministério Público de Santa Catarina, a prática de lesão corporal contra sua companheira. A denúncia foi recebida em 11/4/2014 (fl. 31).

Devidamente citado, o acusado não apresentou alegações preliminares, tampouco constituiu advogado. Em razão disso, **foi nomeado o Dr. Renato Boabaid para atuar na defesa do acusado** (fl. 45), que, em 5/8/2014, apresentou resposta à acusação (fls. 48-49).

Rejeitado o pedido de absolvição sumária, foi designada a audiência de instrução e julgamento para o dia 8/9/2014 (fl. 70). Conforme Termo de Audiência, **o referido advogado compareceu ao ato processual** (fl. 85).

Após as alegações finais da acusação, nas quais pleiteou a absolvição do acusado, **o nobre advogado apresentou alegações finais**. Em 13/3/2015, o Magistrado de primeiro grau proferiu sentença, na qual absolveu o acusado com base no art. 386, II, do CPP, oportunidade em que fixou os honorários em R\$ 660,00.

O recurso de apelação apresentado pelo defensor dativo, **Dr. Renato Boabaid**, somente impugnou **o valor dos honorários**, sob o argumento de que a remuneração dos serviços jurídicos prestados durante o tramite da ação penal deveria vincular-se ao que dispõe o art. 22, §1º e 2º, da Lei n. 8.906/1994, isto é, observados os valores mínimos previstos na tabela da OAB.

O Tribunal de origem, ao examinar a questão, valeu-se das mesmas conclusões a que chegou este julgador, ou seja, considerou que a tabela da OAB não é vinculativa, mas referencial, oportunidade em que destacou o seguinte (fl. 207):

Logo, de acordo o entendimento firmado pela Seção Criminal desta egrégia Corte, percebe-se que a forma como foi fixada a remuneração na sentença não merece reparos, pois está de acordo com o entendimento desta Corte de Justiça. O valor arbitrado em primeiro grau remunera dignamente o patrocinador da causa, atente seu grau de zelo, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (atual art. 85, §§ 2o e 8o, do CPC/2015).

Observa-se, portanto, que o acórdão recorrido, a despeito de haver levado em conta todo o trabalho realizado e o zelo demonstrado pelo causídico, valeu-se, exclusivamente, das normas processuais que tratam dos honorários, sem, contudo, levar em consideração, como referência, aqueles fixados pela tabela da OAB.

Embora não vinculativos, como realçado pelo decisum, nos casos em que o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, deverá, motivadamente, arbitrar outro valor, com a devida indicação dessa desproporcionalidade.

Logo, deve o recurso ser provido apenas para que o Tribunal de origem faça uma nova avaliação, em consonância com as diretrizes expostas alhures.

XI. Conclusão

Diante de todo o exposto, concluo que o valor dos honorários de defensor dativo que atua no processo penal devem ser arbitrados sem vinculação às tabelas produzidas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB.

Porém, sensibilizado pelas ponderações apresentadas em sessão anterior pelo em. Ministro Sebastião Reis Júnior, voltadas a não desproteger o profissional do Direito que, chamado pelo Judiciário, presta seu labor a favor do jurisdicionado hipossuficiente, entendi conveniente e justo propor um temperamento de minha posição inicial, com o propósito de atender aos interesses comuns sob discussão.

Proponho, assim, a fixação das seguintes **diretrizes ou teses**, a servirem de paradigma para casos futuros:

I. As tabelas de honorários elaboradas unilateralmente pelos Conselhos Seccionais da OAB não vinculam o magistrado no momento de arbitrar o valor da remuneração a que faz jus o defensor dativo que atua no processo penal; servem como referência para o estabelecimento de valor que seja justo e que reflita o labor despendido pelo advogado;

II. Nas hipóteses em que o juiz da causa considerar desproporcional a quantia indicada na tabela da OAB em relação aos esforços despendidos pelo defensor dativo para os atos processuais praticados, poderá, motivadamente, arbitrar outro valor;

III. São, porém, vinculativas, quanto aos valores estabelecidos para os atos praticados por defensor dativo, as tabelas produzidas mediante acordo entre o Poder Público, a Defensoria Pública e a seccional da OAB.

IV. Dado o disposto no art. 105, parágrafo único, II, da Constituição da República, possui caráter vinculante a Tabela de Honorários da Justiça Federal, assim como tabelas similares instituídas, eventualmente, pelos órgãos competentes das Justiças dos Estados e do Distrito Federal, na forma dos arts 96, I, e 125, § 1º, parte final, da Constituição da República.

XII. Dispositivo

Ante o exposto, **conheço em parte do recurso e, nessa extensão, dou-lhe parcial provimento** para que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina reavalie os honorários arbitrados a favor do recorrente, tendo em conta as diretrizes ora fixadas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4028305-19.2019.8.24.0000 da Capital

Requerente : Estado de Santa Catarina

Procurador : Ricardo Della Giustina (OAB: 17473/SC)

Requerido : Marcelo Neves Linhares

Advogado : Márcio Luiz Fogaca Vicari (OAB: 9199/SC)

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

I O Estado de Santa Catarina requer, com fulcro nos arts. 4º da Lein. 8.437/92 e 1º da Lei n. 9.494/97, a suspensão dos efeitos de tutela provisória concedida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, nos autos da ação n. 0305004-66.2019.8.24.0023, proposta por Marcelo Neves Linhares, a qual determinou “[...] que conceda ao autor o afastamento para exercer o cargo de presidente do CRM/SC enquanto durar o mandato, sem prejuízo da remuneração e de outros direitos, devendo a ausência ser considerada como licença especial prevista no art. 96 da LCE n. 323/2006” (fls. 56/58).

O requerente pleiteia a suspensão em virtude do risco de grave lesão à ordem e saúde públicas, como também da ausência de previsão legal para a concessão da benesse, da afronta à Súmula Vinculante 37, ao princípio da legalidade e ao entendimento consolidado de que o Poder Judiciário não exercer o papel de legislador positivo. Aponta, ainda, a possibilidade de multiplicação de ações semelhantes, o prejuízo que representaria ao serviço público e que o requerido acumula as atividades de presidente do Conselho Regional de Medicina e atinentes ao cargo público há quase 11 (onze) meses (fls. 1/8).

O autor da ação originária manifestou-se pelo indeferimento do pleito suspensivo (fls. 105/114).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Excelentíssimo Dr. Narcísio G. Rodrigues, deixou de exarar manifestação (fls. 118/120).

O Estado de Santa Catarina reiterou o pedido de suspensão (fl.123) e, posteriormente, noticiou a concessão de efeito suspensivo em agravo instrumento (fls. 124/128).

É o relato do essencial.

II Segundo o art. 4º da Lei n. 8.437/92, “compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

A suspensão de segurança, termo doutrinariamente cunhado para designar o presente instrumento processual, detém caráter excepcional e não constitui modalidade de recurso, voltada exclusivamente à concessão de contracautela em favor do interesse público, diante da análise criteriosa da presença de uma das suas hipóteses autorizadoras: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Logo, sem pretender substituir a decisão combatida (art. 1.008 do Código de Processo Civil), a suspensão de segurança destina-se à subtração dos seus efeitos, sem modificá-la ou invalidá-la, com o objetivo de evitar lesão a um dos interesses juridicamente tutelados.

Na espécie, todavia, forçoso o reconhecimento da prejudicialidade do pedido, haja vista a superveniente perda do objeto.

Conforme informou o requerente e pode ser extraído da consulta processual, o Exmo. Sr. Des. Cid Goulart concedeu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n. 4025270-51.2019.8.24.0000, que foi interposto contra a decisão de urgência em comento (fls. 18/21).

Segundo o § 6º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, “a interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo”. No entanto, a subtração dos efeitos da decisão combatida determina a ausência de interesse processual, nas acepções necessidade e utilidade, dada a perda superveniente do objeto.

O Supremo Tribunal Federal já ponderou que, “de acordo com o art. 4º da Lei 8.437/92, o pedido de suspensão só é admitido ante a existência de uma decisão liminar ou de antecipação de tutela. Não mais subsistindo a decisão antecipatória que ensejou o objeto de contracautela, tornou-se incabível o pedido de suspensão, nos termos do art. 4º, caput e § 4º, da Lei 8.437/92 e do art. 15, § 1º, da Lei 12.016/2009” (Pet n. 4.524 AgR/TO, rel. Min. Gilmar Mendes, j; em 24/10/2018).

III Ante o exposto, com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil, não se conhece do pedido suspensivo.

Intimem-se. Oportunamente, archive-se.

Florianópolis, 18 de outubro de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

1º Vice-Presidente

Petição n. 0002939-46.2019.8.24.0000, da Capital

Requerente : Relator Apelação 0326054-27.2014.8.24.0023

Interessado : Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina CESUSC

Advogado : Sérgio Cláudio da Silva (OAB: 6508/SC)

Interessado : Henrique Killing Britto

Proc. de Just. : Ana Paula Berlatto Fão Fischer (Defensora Pública)

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

I Trata-se de incidente relativo à distribuição da Apelação Cível n. 0326054-27.2014.8.24.0023, a qual foi interposta contra sentença prolatada em “Ação Ordinária de Cobrança” proposta pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Cesusc, cujo escopo é o pagamento de mensalidades contratuais decorrentes da prestação de serviços educacionais.

O feito aportou na Terceira Câmara de Direito Civil que, em decisão do Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato, determinou a sua remessa a uma das Câmaras de Direito Civil, sob o fundamento de que a ação de cobrança se funda em duplicata mercantil, matéria eminentemente de direito cambiário (fls. 89/92 dos autos originários).

A Primeira Câmara de Direito Comercial, mediante decisum do Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, solicitou manifestação deste 1º Vice- Presidente, à consideração de que a fixação da competência deve observar natureza da questão de fundo (cobrança de mensalidade decorrente de contrato de prestação de serviços educacionais) e não pela natureza do título cambial que aparelha o feito. Acrescenta que a matéria se insere no Anexo III do Regimento Interno, o qual prevê as competências das Câmaras de Direito Civil, nos assuntos mensalidade e prestação de serviço (fls. 1/6).

II De pronto, ressalta-se que o novo Regimento Interno, dentre as competências e atribuições do 1º Vice-Presidente, dispõe que lhe cabe “decidir os incidentes relativos à distribuição dos processos, mediante provocação do relator, e as dúvidas suscitadas pelo órgão administrativo competente relacionadas à distribuição de feitos” (art. 15, VI).

Dessa feita, volta-se o presente incidente ao esclarecimento acerca da competência para o julgamento da Apelação Cível n. 0326054-27.2014.8.24.0023, interposta em ação de conhecimento em que o Cesusc almeja o pagamento de mensalidades oriundas de serviços educacionais.

No que tange aos parâmetros normativos para resolução do conflito, malgrado o advento do novo Regimento Interno desta Corte, deve ser aplicada a regra transitória prevista no seu art. 372, segundo a qual “os processos distribuídos de acordo com as normas de competência anteriores à

entrada em vigor deste regimento interno não serão redistribuídos, salvo disposição contrária ou nas hipóteses do art. 43 do Código de Processo Civil”, haja vista que o recurso foi distribuído no dia 11/1/2019 (fls. 87/88 dos autos originários).

Convém salientar que é pacífico nesta Corte de Justiça o entendimento de que a fixação de competência observa a causa de pedir da ação originária:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORIGINÁRIA EM QUE SE POSTULA A NULIDADE DE TÍTULO CAMBIÁRIO (DUPLICATA). CONFLITO SUSCITADO PELA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL EM FACE DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. COMPETÊNCIA FIRMADA A PARTIR DA CAUSA DE PEDIR, E NÃO EXCLUSIVAMENTE DO PEDIDO. TÍTULO EMITIDO EM RAZÃO DA FALTA DE PAGAMENTO DE SERVIÇO DE REPARAÇÃO EFETUADO SEM AUTORIZAÇÃO DA RECORRENTE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE NEGÓCIO QUE DÁ CAUSA AO TÍTULO. RELAÇÃO DE NATUREZA CIVIL. AFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.

A fixação da competência deve observar a causa de pedir. É indiferente, por isso, que a cumulação de pedidos revele, por desdobre, a declaração de nulidade de título de crédito. Se a pretensão, em sua origem, não diz respeito a invalidade da cambiária em si considerada - em outras palavras, se a causa de pedir não envolve direito cambiário, mas sim a operação mercantil que dá causa ao título de crédito - firma-se a competência das Câmaras de Direito Civil para conhecer do respectivo recurso, ainda que se pretenda, reflexamente, a desconstituição do título. (Conflito de Competência n. 0000246-60.2017.8.24.0000, de Camboriú, rel. Des. Ricardo Roesler, Órgão Especial, j. em 19/7/2017)

No mesmo sentido: TJSC, Conflito de Competência n. 0000486-15.2018.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Órgão Especial, j. em 18/4/2018; Conflito de Competência n. 0000908-53.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Câmara de Recursos Delegados, j. em 31/5/2019; Conflito de Competência n. 0019761-47.2018.8.24.0000, de Rio do Sul, rel. Des. Altamiro de Oliveira, Câmara de Recursos Delegados, j. em 3/5/2019.

Quanto às competências das Câmaras de Direito Comercial e de Direito Civil, o Ato Regimental TJ n. 41/00 previa a distribuição:

Art. 6º - [...]:

I - Para as 1ª e 2ª Câmaras Cíveis, os novos recursos e feitos originários de Direito Privado envolvendo matérias de Direito Civil, inclusive Direito de Família e Acidentes do Trabalho, vinculadas à seguridade social, ações de responsabilidade civil por ato ilícito e todos os feitos envolventes de questões de natureza processual em relação às matérias indicadas neste item;

II - Para as 3ª e 4ª Câmaras Cíveis, os novos recursos e feitos originários de Direito Privado, relacionados com o Direito Comercial, inclusive Direito Falimentar e todas as causas relativas a obrigações ativas ou passivas.

Posteriormente, em razão das alterações promovidas pelos Atos Regimentais TJ ns. 57/02 e 110/10, o Tribunal de Justiça passou a ser composto por um Grupo de Câmaras de Direito Civil, com a competência definida no art. 6º, I, do Ato Regimental TJ n. 41/00, e um Grupo de Câmaras de Direito Comercial, com competência definida no art. 3º do Ato Regimental TJ n. 57/02, que prevê:

Art. 3º A 3ª Câmara de Direito Civil passa a ter competência igual à 1ª e à 2ª Câmaras de Direito Civil, o mesmo ocorrendo com a 3ª Câmara de Direito Público, relativamente às ora denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Público; as três Câmaras de Direito Comercial passam a ter competência exclusiva para julgamento de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas às matérias acima. [...].

Portanto, antes do advento do novo Regimento Interno, às Câmaras de Direito Civil competia processar e julgar os feitos originários de Direito Privado envolvendo matérias eminentemente de Direito Civil, assim como os recursos relativos às questões processuais inerentes a esse plexo de atribuições. Por outro lado, as Câmaras de Direito Comercial tinham competência para julgar feitos em que a causa de pedir tivesse relação com Direito Bancário, Direito Empresarial, Direito Cambiário e Direito Falimentar.

Embora a instituição de ensino autora tenha mencionado na inicial da ação de conhecimento a existência de duplicatas, o que poderia sugerir a relação da demanda com Direito Cambiário, anota-se que a causa de pedir corresponde à cobrança de mensalidades pela prestação de serviços educacionais, ou seja, decorre de negócio jurídico de natureza eminentemente civil, a demonstrar a competência das Câmaras de Direito Civil.

Nesse sentido, já julgou a Câmara de Recursos Delegados:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO (SUSCITANTE) E A TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA FORMULADO POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR NO BOJO DE EMBARGOS. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ (UNIVALI). INSTITUIÇÃO CRIADA POR LEI MUNICIPAL. RECURSO DISTRIBUÍDO SOB A ÉGIDE DO ATO REGIMENTAL TJ N. 149/2017, QUE ALTEROU O ART. 3º DO ATO REGIMENTAL TJ N. 41/2000. REGRA DE EXCLUSÃO PREVISTA NO § 3º DO ART. 3º QUE AFASTA TAXATIVAMENTE A COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE AÇÕES, RECURSOS E INCIDENTES QUE VERSEM SOBRE A COBRANÇA DE MENSALIDADES DE ENTIDADES EDUCACIONAIS, INDEPENDENTEMENTE DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENSINO SUPERIOR. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. MATÉRIA DE NATUREZA EMINENTEMENTE CIVIL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR. COMPETÊNCIA

DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. INTELIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS TJ 41/2000 E 85/2007. CONFLITO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 0019523- 28.2018.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 27/3/2019)

E:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE SUSCITADO PELA QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO EM FACE DA SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUCIONAL MOVIDA PELA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ. COBRANÇA DE MENSALIDADES EM ATRASO, DECORRENTES DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. INCIDÊNCIA DO ATO REGIMENTAL N. 149/2017-TJ, EIS QUE O RECURSO FOI DISTRIBUÍDO NA SUA VIGÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO, NA REDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 3º, § 3º, DA REFERIDA NORMA. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. CONFLITO ACOLHIDO.

O art. 3º do Ato Regimental 41/2000, após a edição do Ato Regimental 149/2017, passou a contar, em seu § 3º, com a seguinte previsão: “Na competência estabelecida neste artigo ficam excluídos os recursos e as ações originárias e os respectivos incidentes que versem sobre responsabilidade civil e tenham por objetivo a indenização por danos morais e materiais pela prática de ato ilícito pelas concessionárias e delegatárias de serviço público; e sobre transporte, telefonia e cobrança de mensalidade de entidade educacional, qualquer que seja a sua personalidade jurídica”.

Denota-se, portanto, que a partir da vigência da normativa em questão, afastou-se de maneira expressa a competência das Câmaras de Direito Público para julgar as demandas envolvendo a cobrança de mensalidades de instituição de ensino, sendo irrelevante o enquadramento legal do credor. (Conflito de Competência n. 0000482-75.2018.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 29/8/2018)

Sob a égide do atual Regimento Interno, apesar de não aplicável ao presente caso, igualmente decidiu aquele Órgão Julgador:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA PLEITEADA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CAUSA DE PEDIR, NA ORIGEM, CONSISTENTE NA COBRANÇA DE CHEQUES VINCULADOS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. NÍTIDA RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXECUÇÃO, O QUE AFASTA A JURISDIÇÃO DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. MATÉRIA DE NATUREZA CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA/REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL.

CONFLITO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 0001016- 82.2019.8.24.0000, de Taió, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 25/9/2019)

Diante de situação análoga, salientou o relator que a controvérsia não se encontra abrangida pela competência atribuída às Câmaras de Direito Comercial, haja vista que “a causa de pedir

mediata/remota expressamente indica a existência de relação jurídica subjacente à emissão dos títulos de crédito, fato que subtrai a autonomia dos títulos cambiais objeto da execução embargada; a matéria de fundo do litígio aponta suposto descumprimento do contrato de prestação de serviços advocatícios, possuindo natureza eminentemente de direito civil”

Anota-se, por fim, que a Resolução GP n. 14, de 2 de abril de 2019, criou o Comitê de Análise das Tabelas Processuais Unificadas do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, vinculado à Presidência da Corte e presidido por este 1º Vice-Presidente, com composição formada pelos membros da Comissão Permanente de Regimento Interno e por um desembargador representante da Seção Criminal e de cada um dos grupos de Câmaras (art. 1º do mencionado ato normativo).

Com competência para analisar as Tabelas Processuais Unificadas, avaliar os pedidos de alteração e propor ao Órgão Especial a edição de emenda regimental para implementação dos ajustes considerados necessários (art. 2º da Resolução GP n. 14/19), o Comitê efetuou estudos e encaminhou propostas que foram acolhidas pelo Órgão Especial.

Dessa forma, culminaram alterações nas Tabelas Processuais Unificadas por meio da Emenda Regimental n. 2/19, que, para dirimir dúvidas interpretativas, incluiu os assuntos “10029 – Ensino Superior” (nível 3) e “10039 – Mensalidades” (nível 4) no Anexo III, que prevê as competências das Câmaras de Direito Civil, de maneira a prestigiar a interpretação dada aos Atos Regimentais TJ n. 41/00, 57/02 e 149/17.

Depois de promovidos esses ajustes, a Câmara de Recursos Delegados reafirmou tal posicionamento: Conflito de Competência n. 0001211-67.2019.8.24.0000, de Itajaí, deste Relator, j. em 30/10/2019; e Conflito de Competência n. 0001481-91.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, deste Relator, j. em 30/10/2019.

III Ante o exposto, indica-se a competência da Terceira Câmara de Direito Civil para julgar o feito.

Florianópolis, 8 de novembro de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

1º Vice-Presidente

Petição n. 0001962-54.2019.8.24.0000, de Guaramirim

Requerente : Relator da Ação Rescisória n. 4017405-11.2018.8.24.0000

Interessado : Espólio de José Maurício Nunes

Advogados : Louise Karina Zimath (OAB: 31990/SC) e outro

Interessado : Nelson Schiestl

Interessada : Olinda Schiestl

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

I Trata-se de incidente relativo à distribuição da Ação Rescisória n. 4017405-11.2018.8.24.0000, proposta pelo espólio de José Maurício Nunes em face de Nelson Schiestl e Olinda Schiestl, com o objetivo de desconstituir a sentença do Juízo da 2ª Vara da comarca de Guaramirim, proferida nos autos da “Ação de regularização de propriedade de plano estadual de regularização fundiária” n. 0004142-09.2012.8.24.0026, que julgou procedente o pedido inicial, a fim de declarar o domínio dos autores sobre as áreas individualizadas.

O feito aportou no Grupo de Câmaras de Direito Público que, em decisão da Exma. Desa. Sônia Maria Schmitz, determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público, porquanto se busca a desconstituição de sentença, a teor do art. 29, I, “d”, do Regimento Interno deste Tribunal vigente à época (fl. 312 dos autos originários).

A Primeira Câmara de Direito Público, em decisão do Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, declinou da competência a uma das Câmaras de Direito Civil, ao argumento de que “[...] não há pessoa jurídica de direito público em nenhum dos polos desta ação (ou da ação originária)”, tampouco se discute matéria prevista no art. 3º, caput, da Resolução TJ n. 149/17 (fls. 367/368 dos autos originários).

Redistribuídos os autos, a Sétima Câmara de Direito Civil, mediante decisum do Exmo. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, solicitou manifestação deste 1º Vice-Presidente, à consideração de que há fundada controvérsia sobre a competência para apreciação da demanda, a qual deve ser atribuída às Câmaras de Direito Público em virtude do manifesto interesse público (fls. 378/381 dos autos originários).

Vieram os autos a esta 1ª Vice-Presidência, nos termos do art. 15, VI, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

II De pronto, ressalta-se que o novo Regimento Interno, dentre as competências e atribuições do 1º Vice-Presidente, dispõe que lhe cabe “decidir os incidentes relativos à distribuição dos processos, mediante provocação do relator, e as dúvidas suscitadas pelo órgão administrativo competente relacionadas à distribuição de feitos” (art. 15, VI).

Dessa feita, volta-se o presente incidente ao esclarecimento acerca da competência para o julgamento da Ação Rescisória n. 4017405-11.2018.8.24.0000, proposta pelo espólio de José Maurício Nunes em face de Nelson Schiestl e Olinda Schiestl, com o objetivo de desconstituir a sentença do Juízo da 2ª Vara da comarca de Guaramirim, proferida nos autos da “Ação de regularização de propriedade de plano estadual de regularização fundiária” n. 0004142-09.2012.8.24.0026.

No que tange ao parâmetro normativo para dirimir a controvérsia, malgrado as alterações promovidas na legislação interna desta Corte, deve ser aplicada a regra transitória prevista no art. 372 do Regimento Interno, segundo a qual “os processos distribuídos de acordo com as normas de competência anteriores à entrada em vigor deste regimento interno não serão redistribuídos, salvo disposição contrária ou nas hipóteses do art. 43 do Código de Processo Civil”.

Feitas tais considerações, observa-se que a ação de origem, denominada “Ação de regularização de propriedade de plano estadual de regularização fundiária”, foi proposta por Nelson Schiestl e vários outros, com o objetivo de regularizar a ocupação de diversas áreas, na forma do Projeto Lar Legal (fls. 202/270 dos autos originários).

Dito isso, antecipa-se que o exame dos autos, em sintonia com os preceitos regimentais aplicáveis, permite assinalar que a apreciação do feito compete à Primeira Câmara de Direito Público.

No que concerne à competência das Câmaras de Direito Público desta Corte de Justiça à época da distribuição da Ação Rescisória (17/7/2018, fls. 306/308 dos autos originários), a redação do art. 3º do Ato Regimental TJ n. 41/00, com as alterações promovidas pelo Ato Regimental TJ n. 149/17, dispunha:

Art. 3º Às Câmaras de Direito Público compete o julgamento de recursos e ações originárias e respectivos incidentes em que forem partes ou diretamente interessadas pessoas jurídicas de direito público; empresas públicas e sociedades de economia mista em feitos não referentes à área do Direito Civil e do Direito Comercial; cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público; e qualquer que seja a qualidade da parte, recursos concernentes a ações populares, ações de improbidade administrativa, ações sobre concursos públicos, ações de desapropriação e servidão administrativa, ações sobre licitações; e mandados de segurança, mandados de injunção, habeas data e habeas corpus não compreendidos na competência das demais Câmaras.

§ 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, consideram-se como feitos referentes à área do Direito Civil todos aqueles relacionados às ações de cobrança e às ações indenizatórias; e como feitos referentes à área do Direito Comercial todos aqueles relacionados às ações atinentes ao Direito Bancário, ao Direito Empresarial, ao Direito Cambiário e ao Direito Falimentar.

§ 2º As causas e os recursos fundados em ações civis públicas que não estejam abrangidas pelo caput deste artigo serão distribuídos para órgãos fracionários que sejam competentes em razão da matéria.

§ 3º Na competência estabelecida neste artigo ficam excluídos os recursos e as ações originárias e os respectivos incidentes que versem sobre responsabilidade civil e tenham por objetivo a indenização por danos morais e materiais pela prática de ato ilícito pelas concessionárias e delegatárias de serviço público; e sobre transporte, telefonia e cobrança de mensalidade de entidade educacional, qualquer que seja a sua personalidade jurídica.

Denota-se que não figuram como parte pessoas jurídicas de direito público, haja vista que o espólio de José Maurício Nunes propôs a rescisória apenas em face de Nelson Schiestl e Olinda Schiestl, que foram beneficiados na ação originária com a regularização fundiária.

Como bem destacou o Exmo. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, no entanto, é forçoso reconhecer que a natureza dos temas envolvidos para a solução da controvérsia, a qual envolve a análise do enquadramento dos ocupantes aos pressupostos do Projeto Lar Legal, além da apreciação de questões urbanísticas, sociais e ambientais (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à moradia), atrai a competência das Câmaras de Direito Público, até porque tornam manifesto o interesse direto de pessoas jurídicas de direito público.

Vale destacar que, em cumprimento ao disposto na Resolução n. 11/08 do Conselho da Magistratura, que instituiu o Projeto Lar Legal (art. 10), o Magistrado da ação da origem determinou a intimação da União, do Estado e do município de Guaramirim (fl. 1521) e o último compareceu aos autos para manifestar seu interesse e trazer informações sobre os equipamentos de infraestrutura da área envolvida na celeuma (fl. 1536).

A Resolução n. 8/14 do Conselho da Magistratura, que revogou as disposições em contrário da Resolução anterior e alterou o Projeto Lar Legal, dispõe que, caso o pedido de reconhecimento de domínio tenha sido formulado apenas pelos interessados, o município deve ser intimado previamente para se manifestar no prazo de 10 (dez) dias, acerca de seus interesses, e integrar a lide como litisconsorte ativo (art. 4º, parágrafo único).

Vale destacar, também, que as Câmaras de Direito Público, mesmo antes do advento do novo Regimento Interno, apreciaram reiteradamente temas correlatos:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ABERTURA DE MATRÍCULA IMOBILIÁRIA. PROGRAMA LAR LEGAL. RESOLUÇÃO 08/2014 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA. IMÓVEL NÃO LOCALIZADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE OU EM SITUAÇÃO DE RISCO. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA FIRMADA POR ENGENHEIRO AGRÔNOMO. SATISFAÇÃO DO REQUISITO

ESTABELECIDO NO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. VASTA DOCUMENTAÇÃO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

‘A providência judicial perseguida pelo Ministério Público traduzia-se na anulação da sentença, com o consequente retorno dos autos à origem a fim de viabilizar a confecção da documentação ora juntada em obediência à revisão da tese firmada em Incidente de Assunção de Competência. Sendo esse o contexto fático e primando pela celeridade processual, notadamente em demanda que ostenta um nítido conteúdo social, a hipótese remete ao conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo-se em favor da munícipe a titularidade imobiliária firmada na sentença’ (TJSC, Des. Ronei Danielli e Des. Júlio César Knoll).

A recente documentação juntada, aliada àquela inicialmente apresentada pelo Município, dão conta do atendimento dos requisitos para regularização dos imóveis objeto da presente demanda, de modo que a manutenção da sentença é medida que se impõe. (TJSC, Des. Ricardo Roesler). (Apelação Cível n. 0008893-26.2013.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 29/1/2019)

E:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO IMOBILIÁRIA “LAR LEGAL”. RESOLUÇÃO N. 8/2014 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA DO TJSC. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO EM INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (TEMA N. 1). REVISÃO DA TESE JURÍDICA. ESPECIFICAÇÃO DA PROVA HÁBIL À VERIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL CUJA REGULARIZAÇÃO SE PRETENDE.

Em sessão realizada em 14-9-2016, o Grupo de Câmaras de Direito Público reviu a posição anteriormente firmada em IAC para estabelecer nova tese jurídica: “A apresentação de provas fornecidas pelo Poder Público, desde que elaboradas por profissional técnico com anotação de responsabilidade, e capazes de demonstrar a real situação do imóvel objeto da regularização registrária, revela-se suficiente 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 aos requisitos normativos e legais de estilo.” (TJSC, Apelação Cível n. 0002958-59.2014.8.24.0022, de Curitibanos, rel. Des. João Henrique Blasi, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 14-9-2016).

CASO CONCRETO. DECLARAÇÃO AMBIENTAL FIRMADA POR ENGENHEIRO AGRÔNOMO/FLORESTAL, DEVIDAMENTE ACOMPANHADA DE MAPA E ART.

A declaração ambiental de profissional técnico, com anotação de responsabilidade, que demonstre que o imóvel não se localiza em área de preservação permanente nem em área de risco e que conta, ademais, com equipamentos de infraestrutura urbana, é prova bastante dos requisitos do art. 1º, caput e § 1º da Resolução CM n. 8/2014, conforme redação dada pela Resolução CM n. 2/2015, em atenção à tese jurídica firmada em IAC, viabilizando a regularização imobiliária pelo Programa “Lar Legal”.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0004893-37.2014.8.24.0022, de Curitibanos, rel. Des. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 22/11/2018)

Ainda: Apelação Cível n. 0002377-53.2014.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 11/12/2018; Apelação Cível n. 0006557-15.2014.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 9/10/2018; Apelação Cível n. 0002402-66.2014.8.24.0019, de Concórdia, rela. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. em 6/9/2018; Apelação Cível n. 0002215-15.2015.8.24.0022, de Curitibanos, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 10/10/2017.

Logo, tendo em vista a natureza das matérias discutidas e o interesse direto de pessoa jurídica de direito público, a competência para apreciação do feito, no âmbito desta Corte de Justiça, pertence às Câmaras de Direito Público.

III Ante o exposto, indica-se a competência da Primeira Câmara de Direito Público para processar e julgar o feito.

Florianópolis, 9 de julho de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

1º Vice-Presidente

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso Especial n. 0001258-94.2014.8.24.0039/50001, de Lages

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procs. de Just.: Abel Antunes de Mello (Procurador de Justiça) e outro

Recorrido: Mauricio Bastos

Def. Público : Volnei Loreno Hasse (Defensor Público)

DECISÃO MONOCRÁTICA

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fulcro no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, interpôs recurso especial contra acórdãos da Quinta Câmara Criminal, que, à unanimidade, decidiram: a) negar provimento à apelação defensiva, e, de ofício, excluir a majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, com redação anterior às alterações promovidas pela Lei n. 13.654/2018, “(...) de modo a adequar as reprimendas ao patamar de quatro anos e oito meses de reclusão e pagamento de dez dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença vergastada” (fls. 279-287 dos autos principais); e b) rejeitar os embargos de declaração (fls. 13-18 do incidente 50000).

Em síntese, alega violação e dissídio jurisprudencial envolvendo o art.

619 do CPP e o art. 59 do CP (fls. 01-17 do incidente 50001).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 26-34 do mesmo incidente), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

De plano, adianta-se que o recurso especial reúne condições de ascender à Corte de destino.

Sustenta o recorrente que “(...) o órgão julgador do Tribunal de Justiça catarinense, ao afastar a causa especial de aumento de pena relativa ao emprego de arma branca em razão da novatio legis in mellius, sem migrá-la para a primeira fase da dosimetria a fim de exasperar a pena-base, mesmo após a oposição de embargos declaratórios para sanar a omissão, negou vigência ao art. 619 do CPP e contrariou o art. 59 do CP, bem como deu-lhes interpretação divergente daquela conferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo” (fl. 04 deste incidente).

Registrou, ainda, que em razão do efeito devolutivo da apelação defensiva “era lícito e devido revalorar circunstâncias e fundamentos concernentes à individualização pena, desde que não agrave a situação do réu na ausência de apelo por parte da acusação” (fl. 08 deste incidente).

Esta Corte, ao rejeitar os embargos de declaração opostos com fundamento no art. 619 do CPP, objetivando o redirecionamento da antiga majorante do emprego de arma branca para as circunstâncias judiciais a serem reconhecidas na primeira fase da dosimetria da pena, consignou que “inexiste lacuna no acórdão impugnado no que diz respeito à possibilidade de migração da indigitada causa de especial aumento da pena para a primeira fase do dimensionamento, uma vez que devidamente analisados no decisum todos os elementos atinentes ao cálculo” (fls. 15-17 do incidente 50000)

Feitas tais considerações, registre-se que, se opostos os embargos e, ainda assim, a matéria supostamente omissa não houver sido ventilada, torna-se cabível o apelo raro apontando violação quanto ao próprio art. 619 do CPP - sendo vedado ao recorrente, nesse caso, alegar diretamente a violação aos dispositivos legais atinentes ao mérito da quaestio.

Nesse norte:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA Nº 126/STJ. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. SÚMULA 182/STJ.

I - Para configuração do prequestionamento é preciso que a quaestio seja efetivamente objeto de julgamento perante o órgão jurisdicional a quo. Se, a despeito da oposição dos embargos, a matéria não for ventilada, caberá então o apelo raro apontando violação, de forma efetiva e esclarecedora, do art. 535 do CPC, sendo vedado, nesse caso, alegar diretamente violação dos dispositivos legais atinentes ao mérito da discussão.

II - Não tendo havido interposição de recurso extraordinário, sendo que o v. acórdão recorrido assentou-se também em fundamento constitucional, inafastável o óbice da Súmula n. 126/STJ.

III - Inexistindo qualquer fundamento relevante que venha infirmar as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos. Incidência da Súmula n. 182/STJ.

Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1.066.867/PE, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 02/12/2008)

“PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. EFEITOS INFRINGENTES. INVIABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do art. 619 do Código de Processo Penal - CPP, e erro material, conforme art. 1022, III, do Código de Processo Civil - CPC.

2. O embargante pretendeu a revisão do regime prisional inicial de cumprimento da pena, e o ponto não foi analisado no acórdão proferido.

3. Regime prisional fechado justificado em razão da presença de duas circunstâncias judiciais avaliadas negativamente. Precedentes.

4. Embargos declaratórios acolhidos, sem efeitos infringentes.” (EDcl no AgRg no REsp 1730108/SP, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 13/12/2018).

Ademais, em consonância com o alegado pelo ora recorrente, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, diante do efeito devolutivo do recurso de apelação, não há ofensa ao princípio do non reformatio in pejus quando o acórdão, instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena em recurso exclusivo da defesa, realiza nova análise dos fatos e circunstâncias em que se deu o crime, desde que não agrave a pena.

De tal sorte:

“ESPECIAL. NULIDADES. SÚMULA 283/STF. INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. EFEITO DEVOLUTIVO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...] 2. “O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando provocada a se manifestar acerca da dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância. É possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em ‘reformatio in pejus’, desde que não seja agravada a situação do réu” (HC n. 314.799/SP, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 13/4/2015).

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp n. 1.717.967/SE, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 06/11/2018)

A título de reforço argumentativo, registra-se que a Corte destinatária já decidiu que “(...) mesmo após a edição da Lei n. 13.654/2018, ‘o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem” (HC 436.314/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. em 16/08/2018).

Dessa forma, cumpre salientar que o especial é adequado, tempestivo e a decisão recorrida é colegiada e de última instância, bem como a tese recursal foi prequestionada e a alegada violação ao art. 619 do CPP apresenta-se satisfatoriamente exposta.

A par disso, verifica-se plausibilidade jurídica na tese recursal – **acerca da ausência de manifestação do Tribunal estadual, apesar da oposição de embargos declaratórios, sobre a possibilidade de a circunstância relativa ao emprego de arma branca no cometimento de roubo ser redimensionada para fins de exasperação da pena-base, embora não mais justifique a aplicação da causa de aumento da reprimenda.**

Assim, a hipótese sob exame reúne condições de ser analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, competente para a uniformização da interpretação acerca da lei federal em todo o País, de modo a assegurar os valores da isonomia e segurança jurídica.

Diante desse contexto, como apelo nobre satisfaz os requisitos necessários para sua ascensão pela alínea “a” do permissivo constitucional, por suposta inobservância ao art. 619 do CPP, torna-se despiciendo o exame das demais assertivas delineadas nas razões recursais, incumbência afeta à Corte destinatária.

Ainda, à luz do regramento inserto no art. 1.030, I, III, e V, “a” e “c”, do CPC/15, cumpre mencionar que a matéria em discussão não foi submetida ao regime de julgamento de recursos repetitivos.

À vista do exposto, admito o recurso especial. Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Carlos Adilson Silva
2º Vice-Presidente

Recurso Especial n. 0011698-15.2009.8.24.0011/50002, de Brusque

Recorrente: Velloza Advogados Associados

Advogados: Leonardo Augusto Andrade (OAB: 220925/SP) e outro

Recorrido: Município de Brusque

Proc. Município: Plínio Lopes da Silva (OAB: 34512/SC)

Interessado : Banco GMAC S/A

Advogados: Rubens José Novakoski Fernandes Velloza (OAB: 110862/SP) e outro

DECISÃO MONOCRÁTICA

Velloza Advogados Associados, com fulcro no art. 105, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, interpôs recurso especial (fls. 278-294) contra acórdão (fls. 265-275) da Primeira Câmara de Direito Público, que, à unanimidade, em juízo de retratação referente ao TEMA 587/STJ após remessa desta 2ª Vice-Presidência (fls. 255-258), arbitrou os honorários sucumbenciais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em síntese, alega que a decisão vergastada viola o disposto nos § 4º, do art. 20 do CPC/1973, bem como aos artigos. 14 e 85 §§ 2º ao 5º do CPC/2015, sob o argumento de que o valor fixado para o pagamento de honorários afigura-se irrisório em relação ao valor da causa.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 334-336v), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

De início, cumpre ressaltar que a admissão do especial é ato que envolve apenas a verificação de pressupostos processuais, sem análise de mérito, razão pela qual a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “(...) o juízo de admissibilidade do recurso especial não enseja o impedimento do Desembargador prolator da decisão que tenha participado do julgamento de recurso anterior atinente àquele feito” (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 338492/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. em 20/03/2014, DJe 27/03/2014).

De tal sorte:

[...] II. Nada obsta que o Desembargador Relator do recurso de apelação exerça, após assumir a Presidência (ou a Vice-Presidência, conforme o caso) do Tribunal de 2º Grau, o juízo de admissibilidade dos recursos de índole extraordinária interpostos contra o acórdão por ele próprio Relatado. Precedente. III. Nessa hipótese, não há que se falar em impedimento, pois a vedação do inciso III do mencionado dispositivo legal é de atuação do mesmo Magistrado no mesmo processo, mas em Instâncias diferentes, além de que, no juízo de admissibilidade dos recursos, não se aprecia o mérito (acerto ou desacerto) do aresto recorrido, mas tão-somente os requisitos legais previstos para o recebimento dos recursos [...]. (HC 87.132/SP, rel.ª Min.ª Jane Silva, Des.ª convocada do TJMG, Sexta Turma, j. em 18/12/2008, DJe 19/12/2008).

O recurso merece ascender ao Superior Tribunal de Justiça, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, importa mencionar que a interposição é tempestiva e que foi comprovado o recolhimento do devido preparo (fls. 327-328).

O acórdão recorrido foi prolatado em última instância por Órgão Fracionário desta Corte Estadual, amoldando-se as razões recursais à hipótese prevista no art. 105, III, alínea “a”, da Constituição Federal, pois fundadas na suposta violação à norma disposta no art. 20, §º e 4º do Código de Processo Civil de 1973, questão de direito federal infraconstitucional apreciada no acórdão recorrido, ao arbitrar o valor dos honorários advocatícios em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) com base na apreciação equitativa, ao considerar que referida importância guarda correspondência com o labor empregado.

Dessa forma, está caracterizado o prequestionamento.

Importa ressaltar ainda que, no caso em apreço, é plausível a alegação recursal de que os honorários foram fixados em patamar ínfimo diante do proveito econômico obtido.

No caso em destaque, a verba honorária, arbitrada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corresponde a 0,5% do proveito econômico da causa (R\$ 2.222.659,54, antes da atualização monetária), que corresponde ao valor inscrito na Dívida Ativa objeto da execução.

Assim, a controvérsia delimitada no recurso especial pode ser, em tese, apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, já que a verificação do caráter irrisório dos honorários não implica revisão de provas, de forma que o caso se enquadra na excepcional hipótese de rediscussão de verba honorária sem incursão no óbice previsto na Súmula 7 do STJ.

Nesse sentido, extrai-se da ampla jurisprudência do STJ:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PLEITO DE MAJORAÇÃO. VERBA FIXADA NA ORIGEMEMDESCOMPASSO COM OSPATAMARES DERAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO.

AGRAVO DESPROVIDO. 1. Consoante dispunha o art. 20, § 4º, do CPC/1973, nos embargos à execução, o arbitramento dos honorários sucumbenciais dependerá de apreciação equitativa do magistrado. Ademais, esta Corte Superior entende que **os honorários fixados em percentual inferior a 1% do proveito econômico pretendido na demanda se afiguram irrisórios**, o que se verificou na espécie, tornando imperiosa a sua majoração pelo STJ, a fim de atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Não estão presentes os requisitos cumulativos necessários para a majoração dos honorários sucumbenciais prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015 (cf. AgInt nos EREsp n. 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, julgado em 9/8/2017, DJe 19/10/2017).

3. Agravo interno desprovido.” (AgInt no EREsp 1470406/SP, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 28/10/2019, DJe 05/11/2019)

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CARÁTER IRRISÓRIO DO VALOR ARBITRADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MAJORAÇÃO. 1% DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. AGRAVO INTERNO

PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **Somente é admissível o exame do montante fixado a título de honorários advocatícios, em sede de recurso especial, quando for verificada a exorbitância ou a natureza irrisória da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** 2. **A jurisprudência desta Corte Superior tem entendido como irrisórios honorários sucumbenciais inferiores a 1% do valor da causa ou de seu proveito econômico atualizados, na hipótese de arbitramento por equidade (art. 20, § 4º, do CPC/73).** 3. No caso concreto, tomando como base o valor atribuído à execução no montante de R\$ 3.325.000,00 (três milhões, trezentos e vinte e cinco mil reais), os honorários advocatícios arbitrados nas instâncias ordinárias no montante de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) revelaram-se irrisórios e desproporcionais, tendo sido majorados para R\$ 33.250,00. 4. No agravo interno, a parte agravante pleiteou fosse considerado, para fins de aferição da índole irrisória e da majoração dos honorários advocatícios, o valor atualizado da causa. Tal pretensão mostra-se adequada, na medida em que a correção monetária não é acréscimo, gravame ou acessório, visando apenas a salvaguardar o poder aquisitivo da moeda. Precedentes que utilizam o valor atualizado da causa como parâmetro. 5. Não procede, por outro lado, a pretensão de que o valor a ser arbitrado observe precedentes nos quais se majorou os honorários sucumbenciais para valores que correspondem a percentuais superiores a 1% do valor da causa. **A jurisprudência atual da Terceira e da Quartas Turmas é firme no sentido de majorar para o patamar de 1% do valor ou proveito econômico atualizado da causa as verbas sucumbenciais fixadas na origem que sejam consideradas irrisórias.** Além disso, os honorários advocatícios, na hipótese do § 4º do art. 20 do CPC, são arbitrados levando-se em consideração as circunstâncias específicas de cada caso. 6. Agravo interno parcialmente provido.” (AgInt no AREsp 1151280/DF, Rel. Ministro Lázaro Guimarães. 13-03-2018, DJe 19-03-2018, grifou-se)

Nesse contexto, estando devidamente prequestionada a matéria e, por não se vislumbrar, em linha de princípio, qualquer óbice à ascensão deste reclamo, entende-se prudente e necessário possibilitar eventual exame da matéria pela Corte Superior, mormente diante da plausibilidade da tese recursal.

Cabe mencionar, ainda, que a controvérsia aqui em lume enquadra-se perfeitamente na questão jurídica discutida no Grupo de Representativos n. 10 desse Tribunal, submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça pela 3ª Vice- Presidência, a qual versa sobre a “(im)possibilidade de fixação de honorários advocatícios por equidade nas causas de valor elevado (vultoso, exorbitante), sobretudo quando quantificável a condenação ou o proveito econômico (art. 85, § 2º), por interpretação extensiva ao § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015”.

Nada obstante, o Grupo ainda aguarda o pronunciamento do STJ e a delimitação da suspensão é no sentido de que nenhum processo será suspenso ou sobrestado em razão da afetação para análise da controvérsia.

Por fim, à luz do disposto no art. 1.030, incs. I, III, e V, alínea ‘a’, do CPC/2015, cumpre mencionar que a questão de direito em discussão no reclamo ainda não foi submetida ao regime de julgamento de recursos repetitivos.

À vista do exposto, admito o recurso especial. Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Carlos Adilson Silva
2º Vice-Presidente

Recurso Extraordinário n. 0009841-82.2015.8.24.0023/50001, da Capital

Recorrente : Israel Ribeiro

Advogado : Marcelo Gonzaga (OAB: 19878/SC)

Recorrido : Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procs. de Just. : Abel Antunes de Mello (Procurador de Justiça) e outro

DECISÃO MONOCRÁTICA

Israel Ribeiro, com fulcro no art. 102, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, interpôs recurso extraordinário contra acórdãos da Primeira Câmara Criminal, que, à unanimidade, decidiram: a) dar parcial provimento ao apelo defensivo para alterar o regime de pena para o aberto, mantido, no mais, a condenação por infração ao art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa (fls. 285-312 dos autos principais); e b) rejeitar os embargos de declaração (fls. 11-17 do incidente n. 50000).

Em síntese, alegou ofensa aos arts. 5º, LV, LVII e XLVI, e 93, IX, da CRRB/88 (fls. 01-20 do incidente n. 50001).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 24-31 do incidente n. 50001), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

De plano, adianta-se que o recurso extraordinário reúne condições de ascender à Corte de destino.

1. Alínea “a” do art. 102, III, da CRFB/88:

1.1 Da alegada violação ao art. 5º, LVII, da CRFB/88:

A defesa alega, entre outras assertivas, desrespeito ao comando do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, sob a assertiva de que o cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado da condenação afrontaria o princípio da presunção de inocência.

Inicialmente, registra-se que a Suprema Corte, ao julgar o ARE 964246 RG/SP em 11/11/2016, sob a relatoria do saudoso Min. Teori Zavascki e referente ao TEMA 925/STF, reconheceu a repercussão geral da seguinte tese: “Possibilidade de a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, comprometer o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.”

Por oportuno, cita-se a ementa da decisão paradigma:

“CONSTITUCIONAL.RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.” (STF, ARE 964.246 RG/S, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 10/11/2016)

Entretanto, em 07/11/2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu a análise das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, as quais foram julgadas procedentes, tendo decidido, por maioria, ser constitucional a regra do art. 283 do CPP que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena, diante da conformidade de tal dispositivo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal - decisão que difere do entendimento exposto no julgamento do leading case acima mencionado.

Assim, tendo em vista a determinação deste Tribunal estadual para a execução provisória da pena imposta ao recorrente, torna-se cabível e necessária a ascensão do presente apelo para que a Corte destinatária, mediante uma análise pormenorizada do caso em tela, decida a respeito da possível incidência da nova orientação dada à matéria em exame.

Diante desse contexto, o apelo nobre satisfaz os requisitos necessários para sua ascensão por suposta violação ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal, tornando-se despiciendo o exame das demais assertivas, incumbência afeta à Corte destinatária.

2. Conclusão:

À vista do exposto, **admito** o recurso extraordinário.

Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 06 de dezembro de 2019.

Desembargador Carlos Adilson Silva
2º Vice-Presidente

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso Especial n. 0301498-88.2017.8.24.0076/50000, Turvo

Recorrente : Bendo Transportes e Consultoria Ltda

Advogados : Everaldo Joao Ferreira (OAB: 1967/SC) e outros

Recorrido : Axa Seguros S.a.

Advogados : Paulo Antonio Müller (OAB: 30741/SC) e outro

DECISÃO MONOCRÁTICA

Bendo Transportes e Consultoria Ltda, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação aos arts. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil; e 768 do Código Civil; bem como divergência jurisprudencial no que diz respeito à distribuição do ônus da prova quanto ao agravamento do risco, nos casos de seguro de mercadorias.

Cumprida a fase do art. 1.030, caput, do Código de Processo Civil.

O recurso especial não deve ser admitido pela alínea “a” do permissivo constitucional, por óbice das Súmulas ns. 5, 7 e 83 do Superior Tribunal de Justiça.

Isso porque as conclusões da Câmara julgadora quanto à inexistência do dever de indenizar na hipótese, além de estarem alinhadas ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, decorreram da análise do substrato fático-probatório trazido aos autos, mormente das cláusulas do contrato de seguro de transporte de cargas e dos demais documentos carreados ao feito, de sorte que a modificação do julgado exigiria o reexame de disposições contratuais e de questões fáticas, providência defesa em recurso especial.

A respeito, registrou o acórdão recorrido:

“Dito isso, insta destacar que os riscos cobertos pela seguradora estão previstos no contrato de seguro juntado aos autos (fls. 20/30 e 75/85), que prevê, dentre outras disposições, cobertura adicional por riscos de água doce ou água da chuva. Vejamos:

COBERTURA ADICIONAL Nº 6 RISCOS DE QUEBRA, DERRAME, VAZAMENTO, ARRANHADURA, AMOLGAMENTO, AMASSAMENTO, MÁ ARRUMAÇÃO E/OU MAU ACONDICIONAMENTO, ÁGUA DOCE OU DE CHUVA, OXIDAÇÃO OU FERRUGEM, MANCHA DE RÓTULO, CONTAMINAÇÃO, OU CONTATO COM OUTRAS MERCADORIAS.

As coberturas para avarias particulares serão concedidas exclusivamente às mercadorias novas/sem uso; e a cobertura para os riscos de água doce ou água de chuva está condicionada à utilização de veículos fechados ou veículos tipo ‘sider’. No caso de transportes feitos em veículos abertos, as mercadorias ou bens deverão

estar adequadamente - lonados-, lonas em perfeito estado de conservação, caso contrário o segurado perderá o direito de indenização.

A constatação dos danos sofridos pelas mercadorias, deverão obrigatoriamente ocorrer quando estas ainda estiverem no veículo transportador (fl. 24 - grifo nosso).

Verifica-se, portanto, que **a supracitada disposição contratual estabelece que, nos casos de transporte realizado em veículos abertos, a cobertura para os riscos de água doce ou da chuva exige que as mercadorias ou bens estejam adequadamente lonados, isto é, as lonas devem estar em perfeito estado de conservação, sob pena do segurado perder o direito à indenização.**

Da análise dos autos, constata-se que o certificado de vistoria n. 80557/17 (fls. 86/95) revelou que a mercadoria que estava sendo transportada apresentava avarias por molhadura e que, examinando a lona de cobertura da carga, foi verificado que a mesma apresentava furos e rasgos (fotografia 8 fl. 94), o que permitiu a infiltração de água na mercadoria.

Salienta-se, aliás, que no referido documento consta que a vistoria foi realizada atendendo à solicitação do segurado/transportador e com anuência da sociedade seguradora, de modo que não há como se sustentar a alegação da ora apelante de que o documento foi produzido de forma unilateral pela seguradora ré.

Além disso, a vistoria foi realizada no local do sinistro e enquanto a mercadoria encontrava-se no veículo transportador, havendo, inclusive, com a anuência da empresa seguradora, a comercialização do lote remanescente, no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), quantia que foi devidamente depositada em conta corrente da parte autora (fl. 38).

Logo, **restou demonstrado que os danos ocasionados na mercadoria não estão cobertos pelo seguro contratado**, que exclui expressamente a indenização pelos danos decorrentes de água da chuva ou água doce quando as lonas que cobrem a mercadoria não estão em perfeito estado de conservação.

Imperioso registrar, ademais, que a despeito da não incidência do Código Consumerista, não há que se falar em interpretação mais favorável do contrato em favor da ora apelante ou em abusividade da cláusula contratual, posto que se trata de cláusula restritiva e não há como se cogitar que a parte autora não tomou conhecimento acerca da limitação prevista na avença, pois a própria apelante instruiu a inicial com a apólice acompanhada das condições gerais (fls. 20/30), não se concebendo, portanto, eventual desconhecimento dos termos do ajuste” (fls. 188/189, grifou-se).

Nessa linha de compreensão, tem preconizado o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA Nº 284/STF. ARTIGO 373, I, DO CPC/2015. VIOLAÇÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. HONORÁRIOS RECURSAIS. REQUISITOS. CUMPRIMENTO. EXIGIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. O recurso especial que indica violação do artigo 1.022 do CPC/2015, mas traz somente alegação genérica de negativa de prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da Súmula nº 284/STF, aplicada por analogia.

3. **A intervenção do Superior Tribunal de Justiça quanto à satisfação do ônus probatório e à valoração das provas encontra óbice na Súmula nº 7/STJ, o que impede a análise da violação do art. 373, I, do CPC/2015 no recurso especial.**

4. A majoração dos honorários recursais é devida no caso de cumprimento dos requisitos cumulativos para a sua cobrança.

5. Agravo interno não provido (STJ - Terceira Turma, AgInt no AREsp 1516630/PE, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25/11/2019, DJe 27/11/2019 – grifou-se).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 489 DO CPC/2015. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ANÁLISE. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ.

[...]

4. A errônea valoração da prova que dá ensejo ao recurso especial é a que decorre de equívoco na aplicação de norma ou princípio no campo probatório, não quanto às conclusões das instâncias ordinárias acerca dos elementos informativos coligidos aos autos do processo.

5. Agravo interno não provido (STJ - Terceira Turma, AgInt no AREsp 1486009/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18/11/2019, DJe 21/11/2019 – grifou-se).

“[...] 1. A análise dos fundamentos que ensejaram o indeferimento o pedido indenizatório, com amparo na ausência de previsão contratual de cobertura securitária para os danos alegado, exige o reexame probatório dos autos e a análise de cláusulas contratuais, o que se revela inviável por esta via especial, ante os óbices dos enunciados das Súmulas 5 e 7 desta Corte.” (STJ - Quarta Turma, AgInt no AREsp 826.100/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 01/06/2017, DJe 12/06/2017 – grifou-se).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 489 DO CPC/15 (ART. 458 DO CPC/73). SEGURO. INDENIZAÇÃO. RISCO NÃO COBERTO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE PROVAS E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE O ACÓRDÃO PROFERIDO IN CASU E OS PARADIGMAS COLACIONADOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não há violação do art. 489 do CPC/15 (art. 458 do antigo CPC) quando, rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame é devidamente enfrentada pelo Tribunal a quo, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. É vedado, em sede de recurso especial, a revisão das premissas firmadas pela Corte de origem, tendo em vista o enunciado da Súmula 7/STJ, assim como a interpretação de cláusula contratual (Súmula 5/STJ).

3. Para a análise da admissibilidade do recurso especial pela alínea ‘c’ do permissivo constitucional, torna-se imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente, o que não ocorreu no caso em apreço. 4. Agravo interno não provido” (STJ - AgInt no AREsp 1068255/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 03/08/2017, DJe 09/08/2017 grifou-se).

Outrossim, o reclamo não reúne condições de ascender pela alínea “c” do permissivo constitucional, por óbice da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável de forma análoga, porquanto a parte recorrente deixou de demonstrar a ocorrência de divergência jurisprudencial nos moldes exigidos pelos arts. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, limitando-se a colacionar ementas, o que inviabiliza a exata compreensão da controvérsia.

Sobre o assunto:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DEFICIÊNCIA RECURSAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. PRETENSÃO DE REAFIRMAÇÃO DA DER PARA UMA DATA ANTERIOR AO REQUERIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

II - No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que, conforme a previsão do art. 255, §1º, do RISTJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos acórdãos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se o constante da Súmula n. 284 do STF.

III - Da análise do recurso especial, observa-se que o recorrente não aponta qual o dispositivo infraconstitucional teria sido objeto de interpretação divergente pelos julgados em confronto, desbordando da previsão contida no art. 105, III, c, da Lex Mater, o que impede a apreciação dessa parcela recursal pelo Superior Tribunal de Justiça.

IV - Verifica-se que o recorrente não efetivou o necessário cotejo analítico da divergência entre os acórdãos em confronto, o que impede o conhecimento do recurso com base nessa alínea do permissivo constitucional.

[...]

VII - Agravo interno improvido (STJ, Segunda Turma, AgInt no REsp 1.650.981/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 14/06/2019).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 14, PARÁGRAFO ÚNICO, E 269, I, 486, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. INTERESSE DE AGIR. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

3. Para a caracterização da sugerida divergência jurisprudencial, não basta a simples transcrição de ementas. Devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, sob pena de não serem atendidos, como na hipótese, os requisitos previstos nos mencionados dispositivos.

4. Agravo interno não provido (STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 1157446/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe 14/06/2019).

Pelo exposto, não admito o recurso especial.

Intimem-se.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial n. 0003460-16.2009.8.24.0008/50000, Blumenau

Recorrente : Banco Santander (Brasil) S/A

Advogado : Ney José Campos (OAB: 44243/MG)

Recorrida : Promofibra Comunicação e Promoção Ltda

Advogado : Nereu Ricardo Maes Neto (OAB: 20627/SC)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Banco Santander (Brasil) S/A, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação à Medida Provisória n. 1.963-17/2000, reeditada pela Medida Provisória n. 2.170-36/2001; e divergência jurisprudencial no que diz respeito à possibilidade da exigência da capitalização de juros, independentemente de expressa previsão contratual.

Cumprida a fase do art. 1.030, caput, do Código de Processo Civil.

A irresignação não merece ascender pela alínea “a” do permissivo constitucional por óbice do disposto na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, uma vez que o recorrente discorreu acerca da matéria relativa à capitalização de juros, sem, contudo, apontar, de forma clara e precisa, os dispositivos da Medida Provisória n. 1.963-17/2000, reeditada pela Medida Provisória n. 2.170-36/2001 que teriam sido violados pela decisão objurgada, o que inviabiliza a exata compreensão da controvérsia.

A propósito, decidiu a Corte Superior:

[...] A via estreita do recurso especial exige a demonstração inequívoca da ofensa ao dispositivo inquinado como violado, bem como a sua particularização, a fim de possibilitar o seu exame em conjunto com o decidido nos autos, sendo certo que a falta de indicação dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados caracteriza deficiência de fundamentação, atraindo por analogia a incidência do enunciado n. 284 da Súmula do STF (AgInt no REsp 1.696.880/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j. 3-4-2018).

[...] 2. **A mera divagação sobre a tese recursal, com simples citação de alguns dispositivos legais, não supre a necessidade da indicação clara e objetiva dos normativos supostamente violados.** Incidência da Súmula 284/STF. Precedentes: AgInt no AREsp 922.685/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/9/2016; EDcl no AREsp 127.113/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 21/3/2012; REsp 712.800/CE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 5/9/2005). 3. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp n. 1.631.747/RS, rel. Min. O Fernandes, j. 3-8-2017, grifou-se).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MENÇÃO GENÉRICA A DISPOSITIVOS. SÚMULA 284/STF.

1. O recurso especial é apelo de fundamentação vinculada e, por não se aplicar nessa instância o brocardo

iura novit curia, não cabe ao Relator, por esforço hermenêutico, identificar o dispositivo supostamente violado para suprir deficiência na fundamentação do recurso. Incidência da Súmula 284/STF.

2. A ausência de indicação do dispositivo de lei federal ao qual teria sido dada interpretação divergente daquela firmada por outro Tribunal importa em deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula 284/STF (AgRg no AREsp n. 465.712/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20-3-2014).

Outrossim, a admissão do recurso pela alínea “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal é obstada pelo enunciado da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, visto que a parte recorrente não indicou, de forma clara e precisa, quais dispositivos de lei federal receberam interpretação divergente pelo aresto objurgado; tampouco demonstrou a ocorrência de divergência jurisprudencial nos moldes exigidos pelos arts. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil, e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o que inviabiliza a exata compreensão da controvérsia.

A propósito, colhe-se da jurisprudência da Corte Superior:

[...] A divergência jurisprudencial, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, § 1º, do RISTJ, exige comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos arestos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não sendo bastante a simples transcrição de ementas sem o necessário cotejo analítico a evidenciar a similitude fática entre os casos apontados e a divergência de interpretações.

3. Não havendo nas razões de recurso especial indicação de qual dispositivo legal teria sido malferido, com a consequente demonstração da eventual ofensa à legislação infraconstitucional, aplica-se, por analogia, o óbice contido na Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal (EDcl no REsp 1537292/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 6-2-2018).

[...] 3. **Para a caracterização da divergência jurisprudencial, não basta a simples transcrição das ementas dos acórdãos confrontados, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, sob pena de não serem atendidos os requisitos previstos no art. 541, parágrafo único, do CPC/1973 e no art. 255, § 2º, do RISTJ.** [...] (AgInt no AREsp 1177671/SP, rel. Min. Lázaro Guimarães, Desembargador convocado do TRF 5ª Região, j. 27-2-2018, grifou-se).

Pelo exposto, **não admito o recurso especial.**

Intimem-se.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial n. 0305029-39.2016.8.24.0038/50001, Joinville

Recorrente: Paulo Marcos da Cruz

Advogado: Edilson Jair Casagrande (OAB: 10440/SC)

Recorridos: Banco Bradesco S/A e outro

Advogado: Renato Chagas Correa da Silva (OAB: 47610/SC)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Paulo Marcos da Cruz, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação aos arts. 489, § 1º, incisos IV e VI, e 1.022, do Código de Processo Civil; 6º, 8º e 14, caput, §§ 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor; além de divergência jurisprudencial no que diz respeito à caracterização de dano moral passível de indenização, em virtude da atribuição de dívida por fraude praticada por terceiro.

Cumprida a fase do art. 1.030, “caput”, do Código de Processo Civil. O recurso especial não prospera no que tange à alegada contrariedade aos arts. 489, § 1º, incisos IV e VI, e 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, porquanto o acórdão recorrido, embora contrário ao entendimento da parte recorrente, manifestou-se, de forma clara e fundamentada, sobre todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, de sorte que não há omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada por meio de embargos de declaração.

Destarte, o inconformismo configura, na verdade, mera pretensão de rediscutir as questões já decididas.

Sobre o tema, colhe-se do acervo jurisprudencial da Corte Superior:

-”EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DO ART. 1.022 E INCISOS DO CPC DE 2015. OMISSÃO NÃO CONSTATADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Depreende-se do artigo 1.022, e seus incisos, do novo Código de Processo Civil que os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição, omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador, ou até mesmo as condutas descritas no artigo 489, parágrafo 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida. Não se prestam os aclaratórios ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de meramente dar efeito modificativo ao recurso.

2. A parte embargante, na verdade, deseja a rediscussão da matéria, já julgada de maneira inequívoca. Essa pretensão não está em harmonia com a natureza e a função dos embargos declaratórios prevista no art. 1022 do CPC.

3. Embargos de declaração rejeitados” (Quarta Turma, EDcl no AgInt no AREsp n. 874.797/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 09/08/2016 grifou-se).

• **“Se os fundamentos do acórdão recorrido não se mostram suficientes ou corretos na opinião do recorrente, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação contrária aos interesses da parte, como ocorreu na espécie. Violação do art. 489, § 1º, do CPC/2015 não configurada”** (STJ - Segunda Turma, AgInt no REsp n. 1.584.831/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 14/6/2016, DJe 21/6/2016 – grifou-se).

• **Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC** (STJ - Terceira Turma, AgInt no AREsp n. 542.931/SP, Relª. Ministra Nancy Andrighi, j. 14/02/2017, DJe 16/02/2017 – grifou-se).

• **Afasta-se a alegada violação dos artigos 489 e 1022 do CPC/2015, porquanto é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola tais dispositivos, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pela recorrente** (STJ - Segunda Turma, REsp n. 1.663.459/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 02/05/2017, DJe 10/05/2017 – grifou-se).

Outrossim, o reclamo não merece ascender pelas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, quanto aos arts. 6º, 8º e 14, caput, §§ 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, e respectivo dissídio pretoriano, porquanto obstado pelo enunciado da Súmula n. 7, do Superior Tribunal de Justiça, porque o recorrente pretende, na verdade, rediscutir o mérito da questão posta em julgamento, com a reanálise dos elementos fático-probatórios trazidos aos autos, o que é expressamente vedado na via do recurso especial.

Colhe-se do acórdão recorrido:

Sob essas premissas merece ser examinado o alegado dano moral decorrente da exposição do consumidor a risco por terem as rés permitido a contratação de cartão de crédito e realização de compras em nome do autor por terceiro falsário.

Compulsando-se os autos, verifica-se que não houve a comprovação – e sequer indicação – da ocorrência de dano efetivo a ensejar a condenação das rés ao pagamento de indenização por dano moral.

Os argumentos foram focados unicamente no risco de dano, que, conforme delineado alhures, é insuficiente para, in casu, ensejar a condenação das rés ao pagamento da pretendida indenização.

Logo, sob este viés, descabido o pleito indenizatório.

Em continuidade, insta salientar que tampouco sob o viés das cobranças indevidas deve ser acolhido o pleito indenizatório. É que, conforme entendimento sedimentado nesta Corte, a simples cobrança indevida referente a serviços não contratados não gera, por si só e automaticamente, abalo anímico indenizável.

A propósito, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SAQUE EM CONTA-CORRENTE E CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS. FRAUDE RECONHECIDA. RESSARCIMENTO DOS VALORES PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. AUSÊNCIA DE DANO MORAL IN RE IPSA. HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM AFASTOU A OCORRÊNCIA DE DANO EXTRAPATRIMONIAL DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL E DANO SOFRIDO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. A responsabilidade objetiva da instituição financeira em decorrência de falha na prestação do serviço não afasta o dever de comprovação do nexo causal entre o dano sofrido e o serviço tido como falho.

2. O saque indevido em conta-corrente não configura, por si só, dano moral, podendo, contudo, observadas as particularidades do caso, ficar caracterizado o respectivo dano se demonstrada a ocorrência de violação significativa a algum direito da personalidade do correntista.

3. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afastou o dano moral, por entender que não houve outras consequências danosas ocasionadas pelo evento além daquelas referentes ao dano material.

4. Para infirmar o entendimento alcançado no acórdão e concluir pela configuração dos danos morais, seria imprescindível o reexame do acervo fático- probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial, em virtude do óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior.

5. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1407637/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/06/2019, DJe 25/06/2019)

Acresça-se, de forma a justificar a não aplicação do Tema 466 à hipótese:

Todavia, da atenta leitura do paradigma apontado, chega-se à conclusão diversa.

Sobre o tema, dede logo é importante colacionar o que restou assentado no julgado supracitado. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros - como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos -, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1199782/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA

SEÇÃO, julgado em 24/08/2011, DJe 12/09/2011)

Com efeito, no julgamento do referido paradigma restou consolidada a responsabilidade objetiva das instituições financeiras não havendo qualquer menção a dano moral in re ipsa decorrente de tais fatos.

No mesmo sentido, destaca-se o nobre pronunciamento do Parquet: 12. A tese firmada no aludido julgado assim dispõe:

as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. Esta tese não implica

em reconhecimento da existência de dano moral em toda e qualquer ação promovida em desfavor das instituições financeiras, tendo em vista que as reclamações não constituem sucedâneo de recurso ordinário e, portanto, não se prestam ao reexame do contexto fático probatório de cada lide concreta. 13. Para que haja uma conclusão diferente do que restou decidido pelas instâncias ordinárias, de que o interessado sofreu dano moral e não mero dissabor cotidiano, seria necessário revolver o acervo probatório, o que esbarraria na Súmula 7 desta Corte, inviável na estreita via da reclamação.

Logo, inexistente qualquer violação ao referido julgado a ensejar a procedência da presente reclamação, haja vista a inexistência de similitude fática. (Rcl 035197, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 13/08/2019)

Por fim, destaca-se que, de acordo com a jurisprudência pacífica da Corte Superior, a incidência da Súmula n. 7, do Superior Tribunal de Justiça, impossibilita a análise da divergência pretoriana, por faltar identidade entre os casos confrontados, em virtude das peculiaridades fáticas do caso concreto.

Sobre o assunto:

“[...] Não é possível o conhecimento do recurso especial interposto com base na alínea “c” do permissivo constitucional quando o exame da divergência jurisprudencial exigir o reexame de prova para a demonstração da similitude fática entre os acórdãos confrontados, incidindo, na espécie, o óbice previsto na Súmula 7 desta Corte Superior.” (STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 1105669/SE, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador convocado do TRF 5ª Região, DJe 14/02/2018).

Pelo exposto, **não admitido o recurso especial.**

Intimem-se.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS

Conflito de Competência n. 0002854-60.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL E SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUPOSTO ATO ILÍCITO. SUPOSTA ARBITRARIEDADE NA RETIRADA DE MÁQUINA DE CARTÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE INCURSÃO EM QUESTÕES AFETAS AO DIREITO BANCÁRIO, CAMBIÁRIO, EMPRESARIAL OU FALIMENTAR. CAUSA DE PEDIR ESTRITA AO PLEITO INDENIZATÓRIO. MATÉRIA TÍPICAMENTE DE DIREITO CIVIL. CONFLITO PROCEDENTE.

Apesar da presença de sociedades nos polos ativo e passivo, não há propriamente discussão acerca das cláusulas de contrato mercantil ou tema adstrito ao Direito Empresarial, Bancário, Cambiário ou Falimentar, senão suposta prática de ato ilícito, consistente na retirada arbitrária de máquina de cartão de crédito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 0002854-60.2019.8.24.0000, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Cível) em que é Suscitante a Egrégia Quarta Câmara de Direito Comercial e Suscitada a Egrégia Sexta Câmara de Direito Civil.

A Câmara de Recursos Delegados decidiu, por votação unânime, julgar procedente o conflito de competência. Custas Legais.

Participaram do julgamento, realizado na data de 29 de novembro de 2019, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Adilson Silva e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 2 de dezembro de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

Presidente e Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Quarta Câmara de Direito Comercial em face da Sexta Câmara de Direito Civil, nos autos da Apelação Cível n. 0010372-96.2013.8.24.0005, interposta contra a sentença que, na “Ação de Indenização por Danos Morais”, ajuizada por Jet Point Náutica Epp contra Redecard S.A., julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial (fls. 245/249).

Inicialmente, o recurso de apelação foi distribuído à Sexta Câmara de Direito Civil, a qual determinou, em acórdão de relatoria da eminente Desa. Denise Volpato, a redistribuição dos autos a uma das Câmaras de Direito Comercial, sob o fundamento de que “a controvérsia encontra-se circunscrita à relação estritamente comercial estabelecida entre as partes, decorrente da celebração do ‘Contrato de credenciamento e adesão de estabelecimentos ao Sistema Redecard’” (fls. 108/133). Neste viés, tem-se que a análise do reclamo não pode ser feita por uma das Câmaras de Direito Civil, porquanto referida matéria é de competência das Câmaras de Direito Comercial desta Corte de Justiça, conforme previsão do artigo 3º do Ato Regimental n. 57/2002 deste Tribunal de Justiça” (fls. 289/295).

Redistribuídos os autos, a Quarta Câmara de Direito Comercial, em acórdão de relatoria da eminente Desa. Janice Ubialli, suscitou o presente incidente, à consideração de que “a causa de pedir não abarca a discussão de cláusulas contratuais, pois se restringe a questões tipicamente civis, tocantes à responsabilidade de indenizar decorrente da retirada de máquina de cartão de crédito do interior do estabelecimento comercial da apelante de forma arbitrária e sem qualquer explicação pelo funcionário da apelada que procedeu ao ato. Tais constatações, relativas à matéria versada nos autos e às normas de competência aplicáveis, induzem à conclusão de que a competência para conhecer o recurso e apreciá-lo deve ser atribuída a uma das Câmaras de Direito Civil” (fls. 326/331).

Os autos foram encaminhados à Câmara de Recursos Delegados, para oportuna inclusão em pauta.

VOTO

De início, salienta-se ser desnecessária a oitiva dos órgãos julgadores em conflito, porquanto suas razões já constam nos presentes autos e possibilitam a compreensão da controvérsia (Conflito de Competência n. 0000178-76.2018.8.24.0000, da Capital, rela. Desa. Rosane Portella Wolff, j. em 22/2/2018).

Descabida, igualmente, a intervenção do Ministério Público, uma vez que o presente caso não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 178 do Código de Processo Civil (art. 951, parágrafo único, do referido Código).

No que tange ao parâmetro normativo para dirimir o conflito, malgrado o advento do novo Regimento Interno desta Corte, devem ser aplicadas as regras regimentais anteriores, uma vez que a Apelação Cível foi distribuída no dia 10/4/2018 (fls. 285/286).

Depois de uma sucessão de modificações, no que interessa ao presente incidente, pode-se afirmar que este Tribunal de Justiça, com a edição dos Atos Regimentais ns. 57/02 e 110/10, passou a ser composto por: a) um Grupo de Câmaras de Direito Civil, com a competência definida no art. 6º, I, do Ato Regimental TJ n. 41/00, integrado por seis Câmaras de Direito Civil; b) um Grupo de Câmaras de Direito Comercial, com competência bem definida no art. 3º do Ato Regimental TJ n. 57/02, integrado por cinco Câmaras de Direito Comercial.

Às Câmaras de Direito Comercial competem os feitos relacionadas com os Direitos Bancário, Empresarial, Cambiário e Falimentar, bem como os recursos envolvendo questões processuais relativas a essas matérias.

Por sua vez, às Câmaras de Direito Civil compete processar e julgar demandas originárias de Direito Privado envolvendo matérias eminentemente de Direito Civil, assim como os recursos relativos às questões processuais inerentes a esse plexo de atribuições.

Fixadas aludidas premissas, anota-se que, apesar da presença de sociedades nos polos ativo e passivo, não há propriamente discussão acerca das cláusulas de contrato mercantil ou tema adstrito ao Direito Empresarial, Bancário, Cambiário ou Falimentar, senão suposta prática de ato ilícito, consistente na retirada arbitrária de máquina de cartão de crédito.

Logo, a discussão principal travada na origem está vinculada à relação jurídica de natureza eminentemente de Direito Civil, alheia ao Direito empresarial, bancário, cambiário e falimentar.

A Câmara de Recursos Delegados já apreciou hipótese semelhante:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A 1ª VARA DE DIREITO BANCÁRIO DA REGIÃO METROPOLITANA DE FLORIANÓPOLIS E A 4ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO JOSÉ. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. CAUSA DE PEDIR ADSTRITA À SUPOSTA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, DECORRENTE DE INJUSTIFICADO BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO PROMOVIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEMANDA TÍPICAMENTE CIVIL. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO EM TORNO DE QUESTÕES TÍPICAS DE DIREITO BANCÁRIO, TAIS COMO A INTERPRETAÇÃO OU PEDIDO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. PREVALÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL, A TEOR DO ARTIGO 2º, §1º, DA RESOLUÇÃO N. 50/2011. CONFLITO ACOLHIDO.

1. A Câmara de Recursos Delegados endossa o entendimento de que “o juízo cível é competente para o processamento e julgamento de ações indenizatórias de danos morais [...] quando não existe discussão sobre cláusulas afetas ao direito bancário, tais como juros, encargos contratuais, correção monetária e comissão de permanência, mormente se deixou de haver prestação de serviços com a instituição financeira após o encerramento da conta corrente” (TJSC, Conflito de Competência n. 2011.036396-8, Des. Fernando Carioni, j. em 19/7/2011)”. (TJSC, Conflito de competência n. 0017783-35.2018.8.24.0000, de Rio do Sul, rel. Des. 3º Vice-Presidente, Câmara de Recursos Delegados, j. 07-12-2018). 2. Conforme inteligência do art. 2º, §1º, da Resolução TJ n. 50/2011, demandas de natureza tipicamente civil, a exemplo das que postulam indenização por dano moral diante de ato supostamente ilícito perpetrado por instituição financeira, não estão compreendidas na competência específica das Varas de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis. (Conflito de Competência n. 0002052-62.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 28/8/2019)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE INSTAURADO ENTRE A SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL E A QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. LANÇAMENTOS INDEVIDOS NA FATURA DO CARTÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE INCURSÃO EM QUESTÕES AFETAS A DIREITO BANCÁRIO, EMPRESARIAL OU FALIMENTAR. CAUSA DE PEDIR

RELACIONADA TÃO SOMENTE À SUPOSTA OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO PRATICADO PELA RÉ. MATÉRIA DE NATUREZA TÍPICAMENTE CIVIL. INTELIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS TJ NS. 41/00 E 57/02. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL PARA PROCESSAR E JULGAR O RECURSO. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE. (Conflito de competência n. 0000935-07.2017.8.24.0000, da Capital, deste Relator, j. em 26/9/2018)

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito negativo, a fim de declarar competente a egrégia Sexta Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso de apelação cível.

Agravo n. 0503018-21.2013.8.24.0018/50001, de Chapecó

Relator: 3º Vice-Presidente

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. DECISÃO MISTA DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL EM RAZÃO DA CONFORMIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A DECISÃO TOMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA (TEMAS 24 A 27) E, NO MAIS, NÃO O ADMITE. CONHECIMENTO DO AGRAVO APENAS QUANTO À MATÉRIA REPETITIVA. JUROS REMUNERATÓRIOS QUE SUPERAM A TAXA MÉDIA DE MERCADO. ONEROSIDADE EXCESSIVA COMPROVADA À LUZ DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PRECEDENTE ADEQUADAMENTE APLICADO. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, DESPROVIDO. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Não se conhece do agravo interno interposto contra a parte da decisão que, sem estar sustentada em matéria repetitiva, não admite recurso especial.

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, sedimentou o entendimento de que é “admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto” (STJ, Resp n. 1.061.530/RS, Relª. Ministra Nancy Andrighi).

É manifestamente improcedente o agravo interno dirigido contra decisão que, sustentada na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, nega seguimento a recurso especial, daí porque se aplica ao agravante a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 0503018-21.2013.8.24.0018/50001, da comarca de Chapecó 3ª Vara Cível em que é Agravante Omni S/A Crédito Financiamento e Investimento e Agravado João Carlos de Bairros.

A Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do agravo interno e, nesta extensão, negar-lhe provimento, bem como condenar o agravante a pagar à parte contrária a multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 19 de julho de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 23 de julho de 2018.

Desembargador Altamiro de Oliveira
Relator

RELATÓRIO

Omni S/A Crédito Financiamento e Investimento, com fundamento no art. 1.021 do Código de Processo Civil, interpôs o presente agravo interno contra a decisão proferida pela 3ª Vice-Presidência desta Corte de Justiça que, amparada em precedente do Superior Tribunal de Justiça (Resp n. 1.061.530/RS, julgado em 22/10/2008 - Temas 24 a 27), aplicou a norma do art. 1.030, I, “b”, c/c art. 1.040, I, do Código de Processo Civil e, em relação à matéria objeto de recurso representativo da controvérsia, negou seguimento ao recurso especial ao fundamento de que o entendimento adotado no acórdão recorrido coincide com a orientação da Corte Superior e, no restante, não o admitiu.

O agravante sustenta que “o simples fato de, por exemplo, a taxa de juros remuneratórios estar acima da taxa de mercado, não significa, de imediato, que a taxa seja abusiva”; que a “jurisprudência atual tem se manifestado no sentido de admitir a taxa dos juros remuneratórios no percentual pactuado, haja vista a taxa média do BACEN servir apenas de parâmetro e não de limite fixo e imutável para a taxa de juros nos contratos que as mesmas foram livre e espontaneamente fixadas”; e que “as condições e cláusulas previstas no contrato são decorrentes de ajuste estabelecido livremente entre as partes, devendo ser observado o princípio do ‘pacta sunt servanda’”.

Assim, “no que tange à redução dos juros remuneratórios aplicados aos contratos em discussão, a mesma não merece subsistir, uma vez que inaplicável aos contratos bancários”. Ademais, “se legais os encargos de normalidade contratados, a reconfiguração da mora é a medida que se impõe nos termos do Resp n. 1.061.530/RS”. Por essas razões, pretende a reforma da decisão agravada, com a admissão e o processamento do recurso especial (grifos no original).

Intimada, a parte agravada não apresentou contrarrazões.

Em sede de juízo de retratação (art. 1.021, § 2º, do CPC) foi mantida a decisão agravada e determinou-se a remessa dos autos à Secretaria da Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência, para oportuna inclusão em pauta, nos termos do Ato Regimental TJ n. 143, de 05/10/2016, alterado pelo Ato Regimental TJ n. 160, de 21/03/2018.

VOTO

1. Preambularmente, com base no Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça, considerando que a decisão recorrida foi publicada a partir do dia 18 de março de 2016, processar-se-á a apreciação do presente reclamo conforme o regramento contido no novo Código de Processo Civil.

Imperativo anotar, ab initio, que o art. 1.030, I, “a” e “b”, do Código de Processo Civil, determina que:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I - negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. (grifou-se)

O § 2º do art. 1.030 do novel diploma processual, por sua vez, estabelece que “da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021” e, não havendo retratação, como ocorre neste caso, o agravo será levado “a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta” (art. 1.021, § 2º, do CPC).

Por isso, não se conhece do agravo interno em relação à parte da decisão que, aplicando o disposto na Súmula 284 do STF, por analogia, não admitiu o recurso especial no tocante ao suscitado dissídio jurisprudencial relativo à caracterização da mora na hipótese de cobrança de encargos contratuais abusivos, haja vista que, nessa parte, não foi aplicada a sistemática dos recursos repetitivos.

2. No mais, o recurso deve ser conhecido e desprovido.

A 3ª Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça, com base na orientação do Superior Tribunal de Justiça, firmada no julgamento do recurso repetitivo (Resp 1.061.530/RS, julgado em 22/10/2008 - Temas 24 a 27), aplicou o disposto nos artigos n. 1.030, I, “b”, c/c 1.040, I, do Código de Processo Civil, e negou seguimento ao recurso especial.

O paradigma em questão está assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.

Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

PRELIMINAR

O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n.º 1.963-17/00, reeditada sob o n.º 2.170-36/01.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

- a) **As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;**
- b) **A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;**
- c) **São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;**
- d) **É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.**

ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA

- a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora;
- b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS

Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convenionados até o limite de 1% ao mês.

ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

- a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;

b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

II- JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (Resp 1.061.530/RS)

A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF.

O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF.

Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido.

Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese.

Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor.

Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida.

Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido.

Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea "a" do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício.

Ônus sucumbenciais redistribuídos (Resp n. 1.061.530/RS, Rel^a Ministra Nancy Andriighi, julgado em 22/10/2008, grifou-se).

Dos fundamentos do voto, no tocante à abusividade, ou não, da taxa de juros remuneratórios cobrada pelas instituições financeiras, extrai-se:

[...] A taxa média apresenta vantagens porque é calculada segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras e, por isso, representa as forças do mercado. Ademais, traz embutida em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio, ou seja, um 'spread' médio.

É certo, ainda, que o cálculo da taxa média não é completo, na medida em que não abrange todas as modalidades de concessão de crédito, mas, sem dúvida, presta-se como parâmetro de tendência das taxas de juros.

Assim, dentro do universo regulatório atual, a taxa média constitui o melhor parâmetro para a elaboração de um juízo sobre abusividade.

Como média, não se pode exigir que todos os empréstimos sejam feitos segundo essa taxa. Se isto ocorresse, a taxa média deixaria de ser o que é, para ser um valor fixo. Há, portanto, que se admitir uma faixa razoável para a variação dos juros.

A jurisprudência, conforme registrado anteriormente, tem considerado abusivas taxas superiores a uma vez e meia (voto proferido pelo Min. Ari Pargendler no Resp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003), ao dobro (Resp 1.036.818, Terceira Turma, minha relatoria, DJe de 20.06.2008) ou ao triplo (Resp 971.853/RS, Quarta Turma, Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007) da média.

Todavia, esta perquirição acerca da abusividade não é estanque, o que impossibilita a adoção de critérios genéricos e universais.

A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos. [...]

Nesses termos, é evidente que “a circunstância de a taxa de juros remuneratórios praticada pela instituição financeira exceder a taxa média do mercado não induz, por si só, a conclusão de cobrança abusiva, consistindo a referida taxa em um referencial a ser considerado, e não em um limite que deva ser necessariamente observado pelas instituições financeiras” (STJ - AgRg no AgRg no AREsp 618411/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 24/06/2015).

Todavia, é absolutamente perfeita a adequação do referido precedente à espécie, uma vez que no acórdão, contra o qual o agravante interpôs recurso especial, a abusividade dos juros remuneratórios foi identificada à luz das peculiaridades do caso concreto. Confira-se (fls. 215/217):

[...]

Como se pode notar, somente a abusividade excessiva autoriza extraordinária revisão da taxa pactuada e, como referencial, fixou-se a taxa média de mercado.

É verdade que o limite para se configurar a abusividade da taxa de juros remuneratórios vem oscilando nos tribunais pátrios. A par disso, não se desconhece o entendimento no sentido de que há abusividade dos juros remuneratórios contratados quando estes superam em mais de 50% (cinquenta por cento) o parâmetro adotado (taxa média de mercado), ou mesmo o dobro ou o triplo deste.

Contudo, entende-se por manter o posicionamento adotado pela grande maioria dos Órgãos Fracionários desta Corte de Justiça (Segunda, Terceira e Quarta Câmaras de Direito Comercial), inclusive por esta Câmara, que tem se inclinado, ainda que em maioria de votos, pela limitação dos juros remuneratórios apenas nas hipóteses em que as taxas pactuadas suplantam as médias de mercado em mais de 10% (dez por cento).

[...]

No caso concreto, as partes celebraram, em 6-3-2012, contrato de crédito direto ao consumidor (CDC) com alienação fiduciária, com taxa de juros de 54,82% ao ano (fls. 115-118). E, segundo informações retiradas do site do Banco Central, à época, a taxa média praticada no mercado para esse tipo de operação era de 25,41% ao ano.

Portanto, conclui-se que a taxa de juros remuneratórios contratados supera em mais de 10% (dez por cento) o patamar que se considera como razoável, motivo pelo qual constatada a abusividade, imperativa a manutenção da sentença que limitou a cobrança à taxa média de mercado. [...]

Importa destacar, ademais, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está igualmente firmada no sentido de que, “no pertinente à revisão das cláusulas contratuais, a legislação consumerista, aplicável à espécie, permite a manifestação acerca da existência de eventuais cláusulas abusivas, o que acaba por relativizar o princípio do pacta sunt servanda” (AgRg no Resp n. 1.422.547/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 14/03/2014).

No mesmo sentido:

É permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do pacta sunt servanda vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual (AgRg no Ag 1394166/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 04/06/2012).

Pelo exposto, estando absolutamente perfeita a adequação do precedente ao caso concreto, nega-se provimento ao recurso.

3. Na espécie, o agravo interno é manifestamente improcedente, porquanto dirigido contra decisão que, sustentada na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva (art. 1.030, I, “b”; ou art. 1.040, I, do CPC), negou seguimento a recurso especial, razão pela qual se comina ao agravante a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil, segundo o qual “quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa”.

LUIZ GUILHERME MARINONI, referindo-se ao § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil, anotou:

[...] nesse caso há dever de imposição da multa, na medida em que com isso o legislador busca resguardar a seriedade na interposição do recurso, evitando a proliferação de recursos meramente protelatórios ou temerários (trata-se, portanto, de técnica voltada não só a promoção da boa fé processual, art. 5º, CPC, mas também a concretização do direito ao processo com duração razoável, arts. 5º, LXXVIII, CF, e 4º, CPC). Condenado o agravante, a interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção do beneficiário de gratuidade judiciária e da Fazenda Pública, que farão o pagamento ao final (art. 1.021, § 5º, CPC) (Novo Código de Processo Civil comentado/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Matidiero. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1082, grifou-se).

A propósito, orienta o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CULPA RECÍPROCA. EQUIPARAÇÃO. DIREITO AOS DEPÓSITOS DO FGTS. ART. 19-A DA LEI N. 8.036/90. PRECEDENTES DO STJ E STF. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. **AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA NAS SÚMULAS 83 E 568/STJ (PRECEDENTE JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS OU QUANDO HÁ JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA SOBRE O TEMA). MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO.**

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Esta Corte, no julgamento do Resp n. 1.110.848/RN, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou entendimento segundo o qual, a não observância do art. 37, II, da Constituição da República, equipara-se à culpa recíproca, ensejando, assim, a possibilidade de levantamento dos depósitos em conta vinculada do FGTS, a teor do art. 19-A, da Lei n. 8.036/90.

III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação.

V - Considera-se manifestamente improcedente e enseja a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 nos casos em que o Agravo Interno foi interposto contra decisão fundamentada em precedente julgado sob o regime da Repercussão Geral, sob o rito dos Recursos Repetitivos ou quando há jurisprudência pacífica da 1ª Seção acerca do tema (Súmulas ns. 83 e 568/STJ).

VI - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa. (AgInt no Resp n. 1.703.414/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 22/02/2018, grifou-se).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. DIVIDENDOS. TERMO FINAL. SÚMULA 83/STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A eg. Segunda Seção do STJ firmou, em sede de julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, a tese de que, “no caso das ações convertidas em perdas e danos, é devido o pagamento de dividendos desde a data em que as ações deveriam ter sido subscritas, até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento, incidindo juros de mora e correção monetária” (Resp 1.301.989/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 19/3/2014).

2. O agravo interno mostra-se manifestamente improcedente, pois interposto contra decisão fundamentada em entendimento firmado em recurso especial sob o regime do art. 543-C do CPC/73 (recurso repetitivo), ensejando a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015, no montante equivalente a 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º do citado artigo de lei.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação de multa. (AgInt no Resp n. 1.360.149/RS, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 25/10/2017, grifou-se).

Pelo exposto, conhece-se parcialmente do agravo interno e, na extensão, nega-se provimento, e condena-se o agravante a pagar à parte contrária a multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do respectivo valor (art. 1.021, § 5º, do CPC).

Conflito de Competência n. 0002638-02.2019.8.24.0000, de Itajaí

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO MONITÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS DE ENSINO SUPERIOR. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA À COBRANÇA DE MENSALIDADES. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. CONFLITO PROCEDENTE.

Embora envolva a prestação de serviços de ensino superior, a ação originária tem como causa de pedir a cobrança de mensalidades, sem demandar incursão em Direito Administrativo ou Público, a demonstrar a adequação aos assuntos do Anexo III do Regimento Interno desta Corte, que fixa as competências das Câmaras de Direito Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 0002638-02.2019.8.24.0000, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível) em que é Suscitante Egrégia Primeira Câmara de Direito Público e Suscitado Egrégia Terceira Câmara de Direito Civil.

A Câmara de Recursos Delegados decidiu, por votação unânime, julgar procedente o Conflito Negativo, a fim de declarar competente a Terceira Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado na data de 29 de novembro de 2019, os Exmos. Srs. Des. Carlos Adilson Silva e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 2 de dezembro de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

Presidente e Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Primeira Câmara de Direito Público em face da Terceira Câmara de Direito Civil, a fim de definir a competência para julgamento do Agravo de Instrumento n. 4017715-80.2019.8.24.0000, interposto contra decisão interlocutória que indeferiu o benefício da justiça gratuita à parte autora, Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali, nos autos da Ação Monitória n. 0000227-57.2014.8.24.0033, cujo escopo é o pagamento de mensalidades decorrentes da prestação contratual de serviços educacionais.

O feito aportou na Terceira Câmara de Direito Civil que, em decisão do Exmo. Sr. Des. Fernando

Carioni, determinou a sua remessa a uma das Câmaras de Direito Público, sob o fundamento de que “a competência para conhecer e processar ações referentes a ‘Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público’ (9985); ‘Serviços’ (10028); ‘Ensino Superior’ (10029), é das Câmaras de Direito Público”, com fundamento no Anexo V do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fl. 795 dos autos principais).

Após redistribuição à Primeira Câmara de Direito Público, foi suscitado o presente incidente em acórdão de relatoria do Exmo. Sr. Des. Luiz Fernando Boller, à consideração de que “[...] a demanda subjacente possui cunho nitidamente civil [...]”, de forma a se adequar aos assuntos “Direito do Consumidor/ Contratos de Consumo/ Estabelecimentos de Ensino” do Anexo III do Regimento Interno desta Corte, que disciplina as competências das Câmaras de Direito Civil (fls. 800/805 dos autos principais).

Vieram os autos à Câmara de Recursos Delegados, nos termos do art. 75, II, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

VOTO

De início, salienta-se ser desnecessária a oitiva dos órgãos julgadores em conflito, porquanto suas razões já constam nos presentes autos e possibilitam a compreensão da controvérsia (Conflito de Competência n. 0000178-76.2018.8.24.0000, da Capital, rela. Desa. Rosane Portella Wolff, j. em 22/2/2018).

Descabida, igualmente, a intervenção do Ministério Público, uma vez que o presente caso não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 178 do Código de Processo Civil (art. 951, parágrafo único, do referido Código).

Convém salientar que é pacífico nesta Corte de Justiça o entendimento de que a fixação de competência observa a causa de pedir da ação originária:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORIGINÁRIA EM QUE SE POSTULA A NULIDADE DE TÍTULO CAMBIÁRIO (DUPLICATA). CONFLITO SUSCITADO PELA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL EM FACE DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. COMPETÊNCIA FIRMADA A PARTIR DA CAUSA DE PEDIR, E NÃO EXCLUSIVAMENTE DO PEDIDO. TÍTULO EMITIDO EM RAZÃO DA FALTA DE PAGAMENTO DE SERVIÇO DE REPARAÇÃO EFETUADO SEM AUTORIZAÇÃO DA RECORRENTE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE NEGÓCIO QUE DÁ CAUSA AO TÍTULO. RELAÇÃO DE NATUREZA CIVIL. AFIRMAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.

A fixação da competência deve observar a causa de pedir. É indiferente, por isso, que a cumulação de pedidos revele, por desdobre, a declaração de nulidade de título de crédito. Se a pretensão, em sua origem, não diz respeito a invalidade da cambiária em si considerada - em outras

palavras, se a causa de pedir não envolve direito cambiário, mas sim a operação mercantil que dá causa ao título de crédito - firma-se a competência das Câmaras de Direito Civil para conhecer do respectivo recurso, ainda que se pretenda, reflexamente, a desconstituição do título. (Conflito de Competência n. 0000246-60.2017.8.24.0000, de Camboriú, rel. Des. Ricardo Roesler, Órgão Especial, j. em 19/7/2017 – destacou-se)

E consulte-se: TJSC, Conflito de Competência n. 0000486-15.2018.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Órgão Especial, j. em 18/4/2018; Conflito de Competência n. 0000908-53.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Câmara de Recursos Delegados, j. em 31/5/2019; Conflito de Competência n. 0019761-47.2018.8.24.0000, de Rio do Sul, rel. Des. Altamiro de Oliveira, Câmara de Recursos Delegados, j. em 3/5/2019).

Dito isso, observa-se que as Câmaras em conflito divergem quanto à competência para julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão prolatada em ação monitória, em que a instituição de ensino almeja o pagamento de mensalidades referentes a serviços educacionais.

A Terceira Câmara de Direito Civil entende que a demanda está inserta nos assuntos “Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público/ Serviços/ Ensino Superior” do Anexo V do Regimento Interno, que disciplina a competência das Câmaras de Direito Público.

De outro lado, a Primeira Câmara de Direito Público argumenta que o feito adequa-se aos assuntos “Direito Consumidor/ Contratos de Consumo/ Estabelecimentos de Ensino” do Anexo III, relativo às Câmaras de Direito Civil.

Embora envolva a prestação de serviços de ensino superior, a ação originária tem como causa de pedir a cobrança de mensalidades, sem demandar a incursão em Direito Administrativo ou Público, de forma a demonstrar a adequação aos assuntos “7771 – Contratos de Consumo” (nível 2) e “7620 – Estabelecimentos de Ensino” (nível 3) do Anexo III do Regimento Interno desta Corte, que fixa as competências das Câmaras de Direito Civil.

Registra-se que tal orientação prestigia a disciplina dos Atos Regimentais TJ ns. 41/00, 57/02 e 149/17, anteriores ao presente Regimento Interno, que alterou a forma de distribuição processual no âmbito desta Corte.

Nesse sentido, já julgou a Câmara de Recursos Delegados:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO (SUSCITANTE) E A TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA FORMULADO POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR NO BOJO DE EMBARGOS. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ (UNIVALI). INSTITUIÇÃO CRIADA POR LEI MUNICIPAL. RECURSO DISTRIBUÍDO SOB A ÉGIDE DO ATO REGIMENTAL TJ N. 149/2017, QUE ALTEROU O ART. 3º DO ATO REGIMENTAL TJ N. 41/2000. REGRA DE EXCLUSÃO PREVISTA NO § 3º DO ART. 3º QUE AFASTA TAXATIVAMENTE A COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE

AÇÕES, RECURSOS E INCIDENTES QUE VERSEM SOBRE A COBRANÇA DE MENSALIDADES DE ENTIDADES EDUCACIONAIS, INDEPENDENTEMENTE DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENSINO SUPERIOR. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. MATÉRIA DE NATUREZA EMINENTEMENTE CIVIL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. INTELIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS TJ 41/2000 E 85/2007. CONFLITO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 0019523- 28.2018.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 27/3/2019)

Sob a égide do atual Regimento Interno, igualmente decidiu esse Órgão Julgador:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA PLEITEADA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CAUSA DE PEDIR, NA ORIGEM, CONSISTENTE NA COBRANÇA DE CHEQUES VINCULADOS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. NÍTIDA RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXECUÇÃO, O QUE AFASTA A JURISDIÇÃO DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. MATÉRIA DE NATUREZA CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA/REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. CONFLITO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 0001016- 82.2019.8.24.0000, de Taió, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 25/9/2019)

E:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL E SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE EXECUÇÃO. DUPLICATAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA À COBRANÇA DE MENSALIDADES DE ENSINO SUPERIOR. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. CONFLITO PROCEDENTE.

Embora se trate da execução de duplicata na origem, a ação tem como causa de pedir a cobrança de mensalidades pela prestação de serviços educacionais, a demonstrar a adequação aos assuntos do Anexo III do Regimento Interno desta Corte, que fixa as competências das Câmaras de Direito Civil. (Conflito de Competência n. 0001401-30.2019.8.24.0000, deste Relator, j. em 30/10/2019)

Anota-se, por fim, que a Resolução GP n. 14, de 2 de abril de 2019, criou o Comitê de Análise das Tabelas Processuais Unificadas do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, vinculado à Presidência da Corte e presidido por este 1º Vice-Presidente, com composição formada pelos membros da Comissão Permanente de Regimento Interno e por um desembargador representante da Seção Criminal e de cada um dos grupos de Câmaras (art. 1º do mencionado ato normativo).

Com competência para analisar as Tabelas Processuais Unificadas, avaliar os pedidos de

alteração e propor ao Órgão Especial a edição de emenda regimental para implementação dos ajustes considerados necessários (art. 2º da Resolução GP n. 14/19), o Comitê efetuou estudos e encaminhou propostas que foram acolhidas pelo Órgão Especial.

Dessa forma, culminaram alterações nas Tabelas Processuais Unificadas por meio da Emenda Regimental n. 2/19, que, para dirimir dúvidas interpretativas, incluiu os assuntos “10029 – Ensino Superior” (nível 3) e “10039 – Mensalidades” (nível 4) no Anexo III, que disciplina as competências das Câmaras de Direito Civil, de maneira a confirmar o entendimento aplicado no presente caso.

Depois de promovidos esses ajustes, a Câmara de Recursos Delegados reafirmou tal posicionamento: Conflito de Competência n. 0001211-67.2019.8.24.0000, de Itajaí, deste Relator, j. em 30/10/2019; e Conflito de Competência n. 0001481-91.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, deste Relator, j. em 30/10/2019.

Ante o exposto, o voto é no sentido de julgar procedente o Conflito Negativo, a fim de declarar competente a Terceira Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso.

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Recurso Administrativo n. 0069298-79.2019.8.24.0710 (2019.900011-0), de Navegantes

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

RECURSOS ADMINISTRATIVOS. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE NAVEGANTES. ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL URBANO APRESENTADO PARA REGISTRO. QUALIFICAÇÃO REGISTRAL NEGATIVA. NOTA DEVOLUTIVA. INSURGÊNCIA DOS SUSCITADOS.

DOAÇÃO DE BEM PÚBLICO AFETADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIA DESAFETAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA NÃO VERIFICADA NO CASO CONCRETO. ALIENAÇÃO NULA. DESAFETAÇÃO FÁTICA NÃO ADMITIDA NO DIREITO BRASILEIRO.

Verificado nos autos que o bem (terreno) público doado não foi previamente desafetado, a alienação constitui negócio jurídico absolutamente nulo, de acordo com o disposto no art. 100 do Código Civil.

Ainda, não há falar em desafetação fática do bem público, pois “o comportamento, omissivo ou comissivo, da coletividade ou dos agentes públicos, a despeito de sua extensão temporal e de boa-fé, não se revela capaz de alterar a vinculação formal de um bem público a uma ou mais destinações primárias. A afetação fática, conquanto possa ser reconhecida no plano dos conceitos, não se afigura válida no direito brasileiro, pois, caso fosse, representaria o reconhecimento de que o costume constitui fonte de normas jurídico-administrativas, o que contraria os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade [19 - Sobre o papel do costume no direito administrativo, cf., entre outros, GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**, t. 1. pp. VII-43-45; ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 64; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**, pp. 70-71 e MARRARA, Thiago. **As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade**. Revista digital de direito administrativo, nº 1, p. 40] (MARRARA, Thiago. **Uso de bem público**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico>).

PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE REGISTRAL NÃO OBSERVADO. CONTRATO DE PERMUTA ANTERIOR NÃO LEVADO A REGISTRO. OFENSA AO ART. 195 DA LEI N. 6.015/73.

“Os registros devem ser perfeitamente encadeados, de forma que não haja vazios ou interrupções na corrente registrária. Em relação a cada imóvel, deve existir uma cadeia de titularidade à vista do qual só se fará o registro ou averbação de um direito se o outorgante dele figurar no registro como seu titular” (LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**. Teoria e prática. 9.^a ed. rev., atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. pág. 594).

CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. PEDIDOS INDEFERIDOS.

A inexistência de qualquer prova da alegada hipossuficiência impede a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita.

RECURSOS ADMINISTRATIVOS NÃO PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 0069298-79.2019.8.24.0710 (2019.900011-0), da comarca de Navegantes, em que são recorrentes Associação dos Servidores Públicos Municipais de Navegantes (ASPMN) e Emir Peron e recorrida Oficial de Registro de Imóveis de Navegantes:

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

O julgamento, realizado no dia 9 de dezembro de 2019, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Adilson Silva, Altamiro de Oliveira, Júlio César Knoll, Gerson Cherem II, Denise de Souza Luiz Francoski, Artur Jenichen Filho, Luiz Neri Oliveira de Souza, Antônio Zoldan da Veiga e Henry Petry Júnior.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

RELATÓRIO

Na comarca de Navegantes, a Oficial do Registro de Imóveis ingressou com suscitação de dúvida (autuada sob o n. 00033883120128240135), na forma do art. 198 e seguintes da Lei n. 6.015/73, em virtude da discordância por parte da Associação dos Servidores Públicos Municipais de Navegantes (ASPMN) em relação às exigências efetuadas para o registro da escritura pública de compra e venda do imóvel urbano matriculado sob o n. 3.599, notadamente a necessidade de desafetação do imóvel pelo município, de cumprimento dos requisitos do art. 17 da Lei n. 8.666/93 e de observância do princípio da continuidade registral (págs. 2 a 6).

A ASPMN e Emir Peron impugnam as exigências da delegatária aduzindo, em síntese: a) a maioria das questões apresentadas na suscitação de dúvida estavam preclusas; b) a doação em favor da ASPMN teria se tornado ato jurídico perfeito e acabado, porquanto o município nunca teria destinado o imóvel para equipamentos comunitários, ocorrendo uma desafetação tácita; e c) o contrato de permuta foi apresentado a Oficial, pois foi inclusive juntado pela mesma às fls. 20 à 23 (págs. 24 a 26 e 59 a 66). Ainda, Emir Peron juntou documentos (págs. 69 a 75).

Intimado a se manifestar sobre a questão, o Município de Navegantes deixou transcorrer o prazo *in albis* (pág. 57 a 59).

O magistrado *a quo*, depois de o órgão ministerial se manifestar pela procedência da suscitação (págs. 77 a 79), julgou legítimas as exigências feitas pela Oficial, reconhecendo a necessidade de desafetação do imóvel, bem como que o título sequer poderia ser registrado, pois o imóvel foi primeiro objeto de contrato de permuta entre a ASPMN e a empresa Ana Pisos Comércio de Materiais de Construção Ltda. - EPP (págs. 80 a 82).

Na sequência, a ASPMN formulou requerimento de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita (págs. 86 e 87) e, ainda, opôs embargos de declaração para que fosse esclarecido quem deveria pagar as custas processuais (pág. 90).

O togado singular negou o benefício da Justiça Gratuita por não estar cabalmente demonstrada a impossibilidade de a embargante arcar com os custos do processo e dos embargos de declaração, fundamentou que quem deu causa à ação (no caso, a própria embargante) deve arcar com as despesas do processo (págs. 92 e 93).

Não resignados, a ASPMN e Emir Peron interpuseram apelações.

A primeira alegou ter havido desafetação tácita do imóvel, visto que em vinte anos o município nunca utilizou o terreno para a finalidade de reserva a equipamentos comunitários ou qualquer outra destinação pública, tampouco houve impugnação quanto à destinação diversa efetuada pela ASPMN e por particular, não havendo falar, ainda, em prejuízo ao município. Diante disso, argumentou que as matérias aventadas pela Oficial de Registro estão preclusas. Ainda, aludiu que “com relação aos contratos firmados, a própria Oficial de Registro procedeu à juntada dos mesmos, logo, **é certo que não poderia ser objeto de recusa do registro**” (pág. 101). Assim, postulou a reforma do *decisum*, a fim de que sejam concedidos os benefícios da Justiça Gratuita e registrada a escritura pública de compra e venda (págs. 96 a 102).

Já o segundo repetiu os mesmos fundamentos e pedidos acima expostos, acrescentando que o imóvel atingiu sua finalidade social, visto que, de boa-fé, construiu sua residência sobre o terreno em questão (págs. 108 a 115).

Os recursos foram recebidos no duplo efeito (pág. 120).

A ASPMN apresentou contrarrazões dizendo que concordava com os fundamentos do recurso de Emir, bem como informou ter recebido do procurador da Câmara de Vereadores de Navegantes o Projeto de Lei municipal n. 046/1993 e a Lei n. 1028/1993 que autorizou o chefe do Poder Executivo a doar área de terra na qual está incluído o imóvel objeto da suscitação de dúvida (págs. 124 a 126). Juntou documentos (págs. 127 a 134).

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, tendo o Des. Raulino Jacó Brüning, monocraticamente, determinado a redistribuição dos autos a este Conselho da Magistratura (págs. 138 a 140, na apelação cível n. 0003388-31.2012.8.24.0135).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Quagliareili Borrelli, que opinou pela conversão do feito em diligência, a fim de que a Oficial fosse intimada para, querendo, apresentar contrarrazões (pág. 145 a 148).

É o relatório.

VOTO

1 Inicialmente, quanto à manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, tem-se que não se faz necessária a intimação da Oficial para apresentação de contrarrazões, uma vez que “a dúvida é um procedimento de natureza administrativa, em que o registrador não é considerado parte. Assim, ele não tem interesse em recorrer. Apenas lhe resta cumprir o decidido [...]” (LOUREIRO, Luiz

Guilherme. **Registros públicos**. Teoria e prática. 9.^a ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. pág. 678).

Ultrapassada essa questão, cabe analisar o mérito da demanda.

2 Depreende-se dos autos que a recorrente ASPMN apresentou para registro a escritura pública de compra e venda em que figura como outorgante e como outorgados o também recorrente Emir Peron e sua esposa, tendo como objeto do negócio jurídico o imóvel matriculado sob o n. 3.599 (págs. 10 a 13).

Feita a qualificação registral do título, esta foi negativa, tendo a Oficial do Registro de Imóveis de Navegantes expedido nota devolutiva elencando as razões da recusa do acesso do título ao cadastro imobiliário, nos seguintes termos (págs. 14 e 15 – *ipsis litteris*):

Trata-se de escritura pública de compra e venda em que são partes Associação dos Servidores Públicos Municipais de Navegantes e Emir Peron, lavrada no Tabelionato de Notas desta Comarca, no Livro 161, às fls. 096/099, em data de 06.02.2012, tendo como objeto o imóvel matriculado sob n.º. 3.599, desta serventia.

Ocorre que na abertura da matrícula o imóvel em questão teve sua destinação para Área de Equipamentos Comunitários, nada tendo sido alterado até a presente data.

Portanto, em que pese seja de propriedade da referida Associação, não pode ser alienado sem exclusão de sua destinação, pois devidamente afetado.

[...]

Importante observar consulta já realizada ao IRIB, em questionamento referente à desafetação de imóvel destinado a área verde:

“Prezado consulente: O título hábil para se operar o registro da desafetação de um imóvel público é a lei que o autorizou, ainda que seu texto não exponha o motivo. Embora você mencione que a lei que desafeta o imóvel não trouxe em seu texto o motivo da desafetação, o IRIB se manifestou em um caso semelhante, onde o imóvel seria objeto de compra e venda. Veja abaixo: “Alienação de imóvel pela prefeitura. Loteamento registrado. Desafetação por força de lei municipal. Averbção. P - Escritura pública de c/v em que é transmitente a Prefeitura Municipal e o imóvel decorre de loteamento registrado. Área desafetada por força de lei municipal. Como proceder? R - Conforme o art. 22 da Lei n. 6.766/79, o domínio de vias públicas, áreas verdes e institucionais, de loteamentos inscritos ou registrados passam ao domínio da prefeitura. Tais bens são considerados bens públicos de uso comum do povo. A desafetação altera essa condição jurídica, transformando-os em bens patrimoniais da Prefeitura Municipal. Assim, abre-se a matrícula do imóvel, colocando-se como proprietária a Prefeitura Municipal e como registro anterior o registro do loteamento na matrícula ou a inscrição do loteamento no Livro n. 8 de Registro Auxiliar. Em seguida, se faz a averbação consignando-se que por força de lei municipal n. x, de tal data, o imóvel da matrícula foi desafetado, passando de bem público de uso comum para bem patrimonial da Prefeitura Municipal, por força da lei referida. Possibilita-se, em seguida, o registro da escritura de compra e venda. Autor(es): IRIB - Assessoria Jurídica Revisor: Ano: 2002 1906”.

Assim, a transferência do imóvel em questão não é possível, pois existe o impedimento relativo a sua finalidade.

De outro lado, constata-se que há notícia de contrato de compra e venda da Associação dos Servidores

Públicos Municipais de Navegantes para Ana Pisos Comércio de Materiais de Construção LTDA-EPP, nada tendo sido trazido para a matrícula a respeito, ferindo o princípio da continuidade registral, de acordo com o art. 237, da Lei n. 6.015/73.

“Art. 237. Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro.”

Deixa-se de promover a análise dos demais aspectos formais do título, devido aos impedimentos acima expostos.

A ASPMN não concordou com a negativa, argumentando, em síntese, que teria ocorrido desafetação tácita em razão do lapso temporal decorrido desde a doação feita pelo município, bem como porque “a área nunca serviu para equipamentos comunitários, ou qualquer outra utilização pública” (pág. 16). Quanto ao fato de o imóvel já ter sido negociado anteriormente pela ASPMN com a empresa Ana Pisos Comércio de Materiais de Construção Ltda. - EPP, disse que apresentava, naquele momento, o referido contrato de permuta, conforme solicitado (págs. 20 a 23). Ao final, requereu a formulação de suscitação de dúvida ao juízo. Ainda, juntou cópia da matrícula original do imóvel (págs. 17 a 19).

Feitas todas essas considerações, tem-se que os apelos não merecem provimento.

Veja-se que o Município de Navegantes doou o terreno para a ASPMN em 25.11.1993 (data da lavratura da escritura pública de doação), sendo que a respectiva escritura foi registrada em 4.1.1994 (págs. 17 a 19).

Ocorre que referido imóvel estava afetado da seguinte forma:

TERRENO, sem benfeitorias, situado no lugar Balneário Navegantes, zona urbana deste município de Navegantes - SC., na quinta quadra, do lado ímpar, da Rua Nº 01, sem denominação oficial, representado pelo lote nº 18 da quadra ‘E’, do loteamento Pedra de Miraguaia, **que servirá para Área de Equipamentos Comunitários**, com a área total de 960,00 metros quadrados [...] (matrícula n. 3.599, pág. 7, e matrícula de origem n. 24.838, do 2.º Ofício de Registro de Imóveis de Itajaí, pág. 17) (grifou-se).

E consoante se infere dos autos, essa doação foi realizada sem a prévia desafetação do imóvel.

A desafetação, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, é o ato pelo qual um bem público é desativado, deixando de servir à finalidade pública anterior (**Manual de Direito Administrativo**, 6.ª ed., 2000, Ed. Lumen Juris, págs. 808). Ou seja, o poder público, por meio de ato administrativo ou de lei, retira o bem do domínio público para passá-lo ao domínio privado, seja do próprio estado ou de um particular.

Ainda, segundo a lição de Marçal Justen Filho, “enquanto se mantiver a afetação, o bem de uso comum e o bem de uso especial serão subordinados aos regimes jurídicos correspondentes.

Como decorrência, serão considerados inalienáveis” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 708).

E o art. 100 do Código Civil dispõe que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”.

Sustentam os apelantes, nesse ponto, ter ocorrido a desafetação tácita do imóvel, ante o decurso de lapso temporal de mais de vinte anos sem que tivesse sido utilizado de acordo com a sua finalidade.

Sobre as hipóteses de afetação e desafetação, cabe transcrever a lição de Thiago Marrara (*ipsis litteris*):

No plano teórico, a (des)afetação como (des)vinculação jurídica de um bem a um ou mais destinações primárias assume três formas hipotéticas, a saber: a expressa, a tácita e a fática. Nem todas elas se mostram juridicamente compatíveis com o direito administrativo brasileiro.

A afetação expressa indica mandamento contido em ato jurídico legislativo ou administrativo pelo qual se vincula um bem de modo explícito, claro, expresso, inquestionável a uma ou mais destinações primárias. O Decreto que prevê a desapropriação de um terreno para vinculá-lo a uma futura escola ou a uma estação de transporte urbano configura um ato expresso de afetação. A lei que direciona uma fazenda à criação de um parque público e o ato de registro de um loteamento que transfere vias de tráfego para o Município são outros exemplos.

Diversa é a afetação tácita, pois nesta a associação do bem a uma finalidade precípua esconde-se no texto do ato legislativo ou administrativo. O mandamento não se encontra explícito. Conforme se aduziu alhures, “se tácito é o que está subentendido, implícito, a (des)afetação tácita seria aquela que não decorre de uma previsão específica, de um ato legal ou administrativo de efeitos concretos do qual se retire um comando de alteração na destinação de uso precípua do bem. A (des)afetação tácita deve ser compreendida como um comando que está subjacente em um ato (...)” [18 – in MARRARA, Thiago. **Bens públicos, domínio urbano, infraestruturas, p. 73].** A criação de uma autarquia por lei faz supor que todos os bens que ela receba originariamente venham a ser aplicados no exercício de suas funções administrativas.

A terceira hipótese teórica representa a **(des)afetação fática, ou melhor, a (des)vinculação de coisa, móvel ou imóvel, a certa finalidade pública primária por força de fatos, usos, costumes, comportamentos humanos em geral, a despeito de um ato jurídico.** Embora o conceito seja simples, não parece fácil responder se ele é ou não compatível com o direito positivo brasileiro.

Imagine-se uma praça municipal (bem de uso comum) que passa a ser utilizada para atividades de uma creche municipal (como bem de uso especial). **Imagine-se outra praça abandonada que, pela sua situação, seja tomada como bem dominical pelo Município e vendida sem desafetação.** Considere-se, ainda, a biblioteca de uma faculdade pública de direito (bem de uso especial) que passe a ser utilizada por todos do povo ao longo de muitas décadas (como bem de uso comum). Em todos esses três exemplos, a hipótese abstrata é idêntica. **O uso fático que se fez do bem transformou ou afastou sua afetação originária? Os fatos produziram efeito jurídico? Modificaram mandamento jurídico anterior?**

Acredita-se que não. O comportamento, omissivo ou comissivo, da coletividade ou dos agentes públicos, a despeito de sua extensão temporal e de boa-fé, não se revela capaz de alterar a vinculação

formal de um bem público a uma ou mais destinações primárias. A afetação fática, conquanto possa ser reconhecida no plano dos conceitos, não se afigura válida no direito brasileiro, pois, caso fosse, representaria o reconhecimento de que o costume constitui fonte de normas jurídico-administrativas, o que contraria os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade [19 - Sobre o papel do costume no direito administrativo, cf., entre outros, GORDILLO, Agustin. **Tratado de derecho administrativo**, t. 1. pp. VII-43-45; ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**, p. 64; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**, pp. 70-71 e MARRARA, Thiago. **As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade**. Revista digital de direito administrativo, nº 1, p. 40].

Retome-se a hipótese narrada do Município que vende certa praça abandonada sem qualquer desafetação prévia por considerá-la um bem dominical surgido por decorrência da falta de uso pela população ao longo dos anos. Além de questionável sob o ponto de vista da legalidade, já que viola ato legislativo ou administrativo anterior, a ação municipal poderia ser tachada de imoral por consistir em alienação de bem destinado à produção de utilidades públicas.

As praxes administrativas e os usos sociais não justificam a alteração ou a negação da vontade do povo ou da Administração Pública em relação à vinculação jurídica de certo bem a finalidades públicas. O reconhecimento do instituto da (des)afetação fática colocaria as condições e as predisposições naturais ou sociais do bem em uma situação de primazia quanto às opções da coletividade expressas por meio de seus representantes diretos ou indiretos, o que feriria, em última instância, o modelo democrático. **Não é o uso, o desuso ou a natureza do bem que define, em última instância, sua afetação.** Esta constitui opção política ou administrativa formal que se deixa influenciar pelas características fáticas do bem, mas deriva principalmente de considerações de ordem política, administrativa, econômica, cultural, social etc. (MARRARA, Thiago. **Uso de bem público**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico>) (grifou-se).

Sendo assim, verifica-se que o fato de o imóvel não ter sido utilizado de acordo com sua finalidade (afetação) ao longo dos anos não é capaz de suprir a necessidade de desafetação.

Logo, imprescindível que o município tivesse feito a prévia desafetação do imóvel para depois aliená-lo.

E não tendo sido previamente desafetado o bem público, a doação feita a ASPMN revela-se negócio jurídico absolutamente nulo e, por conseguinte, também o registro da escritura pública de doação, motivo pelo qual, ao contrário do alegado pelos apelantes, não há falar em preclusão da questão diante do transcurso de mais de vinte anos desde a realização do ato, tendo em vista que as nulidades absolutas não se convalidam no tempo (CC, art. 169). A esse respeito, veja-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

5. O negócio jurídico nulo não se convalesce com a passagem do tempo e nem é suscetível de confirmação pelas partes. Porém, isso não impede que, depois de removido o óbice que gerou a nulidade do negócio, as partes renovem o ato antes nulo, inclusive com efeitos retroativos, sem os vícios que antes inquinavam o contrato. Tal conclusão se extrai da mesma lógica de direito intertemporal segundo a principiologia

do *tempus regit actum*. É dizer, se é verdade que o direito futuro não convalida ato jurídico nulo praticado no passado, também é certo que o direito pretérito e já superado não invalida ato praticado no futuro, muito menos tem a força de impedir a prática de ato disciplinado por um novo cenário normativo.

6. Assim, não mais existindo o óbice legal que antes invalidava o ato, as partes contratantes podem renovar o negócio jurídico outrora nulo sem incorrer nos mesmos vícios e, em razão da autonomia da vontade, manifesta ou tácita, fazer retroagir os efeitos da renovação à origem da relação negocial (REsp n. 1.273.955/RN, Quarta Turma, rel. Min. Luis Salomão, j. em 24.4.2014).

Outrossim, o argumento dos recorrentes de que o imóvel atingiu sua finalidade social - visto que Emir Peron edificou sua residência e de sua família no imóvel em questão -, não possui o condão de afastar a ilegalidade supracitada, uma vez que os bens públicos são insuscetíveis de usucapião.

Nesse ponto, destaca-se o disposto no art. 214 da Lei n. 6.015/73, *verbis*:

Art. 214 - As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta.

§ 1º A nulidade será decretada depois de ouvidos os atingidos.

§ 2º Da decisão tomada no caso do § 1º caberá apelação ou agravo conforme o caso.

§ 3º Se o juiz entender que a superveniência de novos registros poderá causar danos de difícil reparação poderá determinar de ofício, a qualquer momento, ainda que sem oitiva das partes, o bloqueio da matrícula do imóvel.

§ 4º Bloqueada a matrícula, o oficial não poderá mais nela praticar qualquer ato, salvo com autorização judicial, permitindo-se, todavia, aos interessados a prenotação de seus títulos, que ficarão com o prazo prorrogado até a solução do bloqueio.

§ 5º **A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel.** (grifou-se)

Prosseguindo, veja-se o disposto nos arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º **Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.** (grifou-se)

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos

ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. **Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.** (grifou-se)

Ademais, o art. 102 do Código Civil dispõe que “os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

Ainda na vigência do Código Civil/1916, foi editada a Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”

Sobreleva destacar, ainda, julgado do Supremo Tribunal Federal, *mutatis mutandis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. BEM DOMINICAL. SUPOSTA AQUISIÇÃO EM DATA ANTERIOR AO REGISTRO DO BEM PELA UNIÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO STF. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

[...]

3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. BEM DOMINICAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO.

1. A área objeto da presente ação constitui bem público dominical, sobre o qual não pode incidir usucapião, nos termos dos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal.

2. Em que pese a demonstração pelo autor da posse mansa e pacífica do bem por período superior a vinte anos, sendo a imóvel propriedade da União, impossível a sua aquisição pela usucapião. ”

4. Agravo regimental a que se nega provimento (Ag .Reg. no Agravo de Instrumento n. 852.804, de Santa Catarina, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. em 4.12.2012).

E deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. PRESSUPOSTOS DO ART. 1.238, DO CÓDIGO CIVIL. POSSE MANSA, PACÍFICA E ININTERRUPTA POR MAIS DE 10 ANOS. ANIMUS DOMINI. MORADIA HABITUAL. IMÓVEL PERTENCENTE AO MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIR BEM PÚBLICO. JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

“Bem de domínio público é insuscetível de usucapião pelo particular. Para que alguém tenha direito à usucapião de imóvel de propriedade do Município é necessário que comprove posse ‘ad usucapionem’ anterior à aquisição pelo Poder Público.” (Ap. Cível n. 2011.082155-6, rel. Des. Jaime Ramos) ” (Apelação Cível n. 2013.008862-6, de São José, rel. Des. Subst. Júlio César Knoll, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 6.11.2014).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE USUCAPIÃO AJUIZADA POR PARTICULAR. AUTORA QUE UTILIZAVA CASA DE PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO PARA MORAR. BEM PÚBLICO. INVIABILIDADE DE SE RECONHECER A USUCAPIÃO. UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL QUE SE DAVA

POR MERA TOLERÂNCIA, A TÍTULO PRECÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“Constatando-se que a residência do particular está localizada dentro do imóvel pertencente ao Município de Tubarão, tratando-se, pois, de posse injusta, deve o imóvel ser restituído ao Poder Público, posto que este comprovadamente detém o domínio sobre a área.” (Apelação Cível 2006.038102-5, Rel. Des. Cid Goulart, de Tubarão, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 04/08/2009). (Apelação Cível n. 0004960-71.2010.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 30.7.2019).

Sendo assim, a negativa da Oficial quanto ao ingresso ao fólio real do título (escritura pública de compra e venda) apresentado pelos recorrentes se mostra acertada, uma vez que o imóvel em questão não foi desafetado e, portanto, não poderia ter sido alienado à ASPMN.

E ainda que assim não fosse, ou seja, mesmo que o município tivesse feito a desafetação do imóvel e realmente pudesse aliená-lo, no caso em tela, a doação efetuada não observou os requisitos do art. 17 da Lei n. 8.666/93.

Como visto anteriormente, o município doou o terreno para a ASPMN em 25.11.1993 (data da lavratura da escritura pública), sendo que referida escritura de doação foi registrada em 4.1.1994. Logo, ao tempo da lavratura da escritura pública de doação, bem como de seu registro, já vigorava a Lei n. 8.666/93 (desde 21.6.1993), sendo necessário para a doação (transferência) o cumprimento dos requisitos previstos no referido art. 17, *verbis*:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à **existência de interesse público devidamente justificado**, será **precedida de avaliação** e obedecerá às seguintes normas:

I - **quando imóveis, dependerá de autorização legislativa** para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, **e, para todos**, inclusive as entidades paraestatais, **dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência**, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se

tal atribuição;

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais. (grifou-se)

Sendo a ASPMN pessoa jurídica de Direito Privado (pág. 29), a transferência do imóvel público dependia de: a) existência de interesse público devidamente justificado; b) autorização legislativa; c) avaliação prévia; e d) licitação na modalidade concorrência, visto que o caso concreto não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas nas alíneas *a* a *i* do inciso I do supracitado dispositivo legal.

Consta dos autos a existência da Lei municipal n. 1.028, de 19.11.1993, que estabelece em seu art. 1.º, *verbis* (págs. 127 a 134):

Art. 1º Fica o chefe do Poder Executivo municipal autorizado a doar para a Associação dos Servidores Públicos Municipais de Navegantes uma área de terra medindo 9.600 m² situada no loteamento Pedra da Miraguaia conforme discriminação a seguir:

- a) Um terreno sem benfeitoria medindo 7.680,00 m² representado pela praça do referido loteamento e está localizado na quadra D.
- b) Um terreno sem benfeitoria medindo 1.920,00 m² **representado pelos lotes 18 e 36** e está localizado na **quadra E**. (grifou-se)

Portanto, aparentemente, a autorização legislativa foi observada, porém não constam dos autos provas do cumprimento dos demais requisitos.

Dessa forma, a doação do terreno a ASPMN é inválida.

Na sequência, tem-se, ainda, ofensa ao princípio da continuidade registral, haja vista que constou do título apresentado à serventia que “Ana Pisos Comércio de Materiais de Construção Ltda. - EPP compareceu como anuente, em razão de ter sido primeira adquirente do imóvel, conforme contrato firmado em 01.04.2011” (págs. 20 a 23).

Com efeito, o documento de págs. 10 a 13, bem como o documento de págs. 20 a 23 comprovam que o imóvel havia sido transferido pela ASPMN para a empresa Ana Pisos Comércio de Materiais de Construção Ltda. - EPP, a título de permuta, em 1.º.9.2010, sem que tal fato tivesse sido averbado/registrado, em evidente violação ao art. 195 da Lei n. 6.015/73, o qual dispõe:

Art. 195 - Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.

Assim, tem-se que a exigência feita pela Oficial é idônea, pois encontra respaldo em um dos principais princípios registrais, quais seja, no princípio da continuidade.

Segundo esse princípio, “os registros devem ser perfeitamente encadeados, de forma que não haja vazios ou interrupções na corrente registrária. Em relação a cada imóvel, deve existir uma cadeia de titularidade à vista do qual só se fará o registro ou averbação de um direito se o outorgante dele figurar no registro como seu titular” (LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**. Teoria e prática. 9.^a ed. rev., atual e ampl. Salvador: *Juspodivm*, 2018. pág. 594).

Em sua defesa, a apelante ASPMN argumentou que, “com relação aos contratos firmados, a própria Oficial de Registro procedeu a juntada dos mesmos, logo, **é certo que não poderia ser objeto de recusa do registro**” (pág. 101 - grifo original). Todavia, consoante se infere dos autos, a apelante somente apresentou o contrato de permuta quando impugnou a nota devolutiva.

Por fim, quanto ao pleito dos apelantes de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, cabe anotar que a ASPMN formulou esse requerimento no primeiro grau de jurisdição (págs. 86 e 87), mas o pedido foi negado (págs. 92 e 93), enquanto Emir Peron postulou o benefício somente em sede recursal.

Feitos esses esclarecimentos, verifica-se que a ASPMN sustentou ser uma pequena associação de servidores públicos, filantrópica, assistencial, sem fins lucrativos e reconhecida como de utilidade pública, sendo que sua manutenção e funcionamento dependem, de um modo geral, das mensalidades recolhidas de seus associados, não havendo possibilidade de arcar com as custas processuais. Ainda, disse que deve ser aplicado ao caso a Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”. Outrossim, juntou apenas o documento de pág. 89, qual seja, publicação da Lei municipal n. 289/78 que declarou a utilidade pública da ASPMN.

Emir, por sua vez, formulou referido pedido, mas não trouxe aos autos qualquer comprovação de sua hipossuficiência.

O benefício da gratuidade da justiça encontra amparo no art. 5.º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, o qual enuncia que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Já o Código de Processo Civil disciplina em seus arts. 98, *caput*, e 99, *verbis*:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

[...]

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

No cenário em tela, a concessão do benefício aos recorrentes depende da existência de um mínimo de prova da alegada hipossuficiência, o que, entretanto, não foi apresentado.

Dessarte, não há falar em concessão da benesse.

3 À vista do exposto, deve-se negar provimento aos recursos.

É como voto.

Recurso Administrativo n. 2018.900052-4, de Araranguá

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. REGISTRO DE IMÓVEIS DE ARARANGUÁ. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. LEVADO PARA AVERBAÇÃO. INTUITO DE SALVAGUARDAR O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA. EXIGÊNCIAS PARA A REALIZAÇÃO DO ATO. INSURGÊNCIA DO SUSCITADO. DOCUMENTAÇÃO QUE NÃO COMPROVA SER O LOCADOR PROPRIETÁRIO DOS IMÓVEIS LOCADOS, EM DESACORDO COM O ART. 169, III, DA LEI N. 6.015/73. NECESSIDADE DE RETIFICAÇÃO DA DESCRIÇÃO DOS IMÓVEIS E DE RECONHECIMENTO DE FIRMA. SENTENÇA MANTIDA.

Não estando demonstrada nos autos a coincidência entre o nome do proprietário com o do locador, inviável a averbação do contrato de locação para fins de salvaguardar o exercício do direito de preempção (inteligência do art. 169, III, da Lei n. 6.015/73).

Verificado nos autos que a descrição dos imóveis mencionada no contrato de locação não condiz com as das matrículas, necessário se faz a retificação, para correta identificação do objeto do aluguel.

In casu, a exigência do reconhecimento de firma se mostra adequada, visto que atribui autenticidade às assinaturas constantes no contrato, ainda mais no caso em apreço, em que se pretende a produção de efeito erga omnes.

RECURSO ADMINISTRATIVO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 2018.900052-4, da comarca de Araranguá, em que é recorrente Contato Internet Ltda EPP e recorrida Oficial de Registro de Imóveis de Araranguá:

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Adilson Silva, Altamiro de Oliveira, Gerson Cherem II, Denise de Souza Luiz Francoski, Artur Jenichen Filho, Antônio Zoldan da Veiga, Moacyr de Moraes Lima Filho e Henry Petry Junior.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 9 de setembro de 2019.

Roberto Lucas Pacheco
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Araranguá, a Oficiala do Registro de Imóveis ingressou com suscitação de dúvida (autuada sob o n. 0005553-85.2014.8.24.0004), na forma do art. 198 e seguintes da Lei n. 6.015/73, em virtude da discordância por parte da apelante (Contato Internet Ltda EPP) em relação às exigências efetuadas para o registro do contrato de locação de imóvel comercial e de termos aditivos, notadamente a necessidade de comprovação da propriedade do imóvel pela locadora, da correta identificação do imóvel locado e do reconhecimento de firma no contrato (págs. 2 a 9).

A recorrente impugnou as exigências da delegatária aduzindo: a) a Empresa União de Transportes Ltda detinha a legítima posse dos imóveis, portanto, tinha legitimidade para locá-los; b) o objeto do contrato está bem expresso, qual seja, os imóveis de matrícula n. 8.371 e de n. 9.545, existindo, apenas para fins de ilustração, menção à área total, pois os imóveis estão localizados lado a lado; e c) o reconhecimento de firma é desnecessário, pois não é requisito para validade do contrato. Dessa forma, requereu a “imediate averbação do contrato de locação ou, alternativamente, a suscitação de dúvida” (págs. 13 a 15).

Posteriormente, a apelante apresentou os documentos de págs. 31 a 34 e 37 a 40, aduzindo ter sido notificada pela empresa Savepe S. A. Veículos e Peças – proprietária dos imóveis – sobre a cessão e transferência de locação firmada com a Empresa União de Transportes Ltda. Assim, argumentou que tais documentos comprovam cabalmente que esta empresa (locadora original) detinha a posse dos imóveis, bem como que não há mais óbice ao registro do contrato, visto que a proprietária passou a ser a locatária.

A magistrada a quo, após o órgão ministerial deixar de se manifestar sobre o caso (págs. 27 e 28), julgou legítimas as exigências feitas pela Oficiala do Registro de Imóveis, reconhecendo que os documentos agregados aos autos demonstram que a empresa Savepe S. A. Veículos e Peças é a proprietária dos imóveis objetos da locação, porém não há comprovação de que esta efetivamente é a atual locatária (beneficiária dos alugueres), pois a notificação extrajudicial de pág. 32 foi assinada por advogado sem procuração nos autos com poderes para tanto, e porque o termo de cessão de págs. 33 e 34 não foi assinado pela originária locadora, não podendo haver “averbação” do contrato se o proprietário, que consta na matrícula, não é o mesmo do contrato, sob pena de malferimento do princípio da continuidade (Lei n. 6.015/73, art. 169, III). Ainda, fundamentou que a necessidade de reconhecimento de firma decorre do art. 221 da Lei n. 6.015/73 e que a correta identificação dos imóveis advém do princípio da especialidade objetiva previsto no art. 176 da mesma lei (págs. 41 a 43).

A recorrente opôs embargos de declaração (págs. 47 e 48) acompanhados de documentos (págs. 50 a 54), os quais foram rejeitados (págs. 56 e 57).

Não resignada, a suscitada interpôs a presente apelação. Em suas razões recursais argumentou estar comprovado que a Savepe S. A. Veículos e Peças é a proprietária dos imóveis locados e que a Empresa União de Transportes Ltda detinha, à época da celebração do contrato, a posse desses imóveis, sendo desnecessário o reconhecimento de firma. Como fundamento de tais conclusões, aduziu: a) a locadora primitiva (Empresa União) e a atual (Savepe) pertencem ao mesmo grupo

empresarial familiar; b) o termo de cessão de págs. 33 e 34 foi assinado pelos proprietários dessas empresas, sendo, portanto, válido; c) não há irregularidade no fato de a notificação de pág. 32 ter sido assinada por advogado, já que o mesmo causídico subscreveu, também, a petição inicial de revisão de aluguel ajuizada pela Savepe em face da apelante (págs. 50 a 54); e d) ainda que assim não fosse, o reconhecimento de firma não é requisito para a validade de qualquer contrato. Sustentou, também, que os imóveis locados estão bem identificados nas matrículas e que no contrato houve menção à soma das áreas, já que os imóveis estão situados lado a lado. Assim, requereu a “anulação” do decisum ou a sua reforma, a fim de que o contrato de locação seja registrado (págs. 60 a 66).

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, tendo a Segunda Câmara de Direito Civil, em decisão unânime, não conhecido do recurso e determinado sua redistribuição a este Conselho da Magistratura (pág. 74).

A parte recorrida apresentou contrarrazões, reafirmando a necessidade do cumprimento das exigências feitas para o registro do contrato de locação, requerendo, ao final, a confirmação do decisum guerreado (págs. 85 a 95).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, que opinou pelo não provimento do recurso (págs. 100 a 103).

É o relatório.

VOTO

Depreende-se dos autos que a apelante levou para averbação o contrato de aluguel de imóvel comercial firmado com a Empresa União de Transportes Ltda (págs. 16 a 20) e dois termos aditivos (págs. 21 a 24), a fim de resguardar o exercício do direito de preferência (direito de preempção).

No entanto, para a realização do ato, a Oficiala do Registro de Imóveis de Araranguá expediu nota devolutiva requerendo, entre outras coisas, a comprovação da propriedade dos imóveis pela locadora, a correta identificação do objeto do contrato e o reconhecimento de firma (págs. 11 e 12).

A recorrente não concordou com tais exigências, argumentando, em síntese, que a documentação juntada aos autos comprova que a locadora originária (Empresa União de Transportes Ltda) detinha a legítima posse dos imóveis e, portanto, podia locá-los, bem como comprova que a locadora atual (Savepe S. A. Veículos e Peças) é a proprietária desses bens e se sub-rogou nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de locação. Ainda, sustentou ser desnecessário o reconhecimento de firma, bem como a retificação da descrição do objeto do contrato.

Feitas todas essas considerações, tem-se que o apelo não merece provimento.

Inicialmente, cabe destacar que o contrato de locação (págs. 16 a 20) e o 1.º aditivo (págs. 21 e 22) foram assinados pela locadora Empresa União de Transportes Ltda e pela locatária Marlise de Souza Pereira Bertoncini EPP (Contato Internet Provider). Posteriormente, constou do 2.º aditivo que Marlise de Souza Pereira Bertoncini EPP (Contato Internet Provider) passaria a ser denominada

locatária original e Contato Internet Ltda EPP (ora apelante) passaria a ser denominada locatária substituta e que “considerando a 4ª Alteração do Contrato Social da Locatária Substituta que incorpora o patrimônio da Locatária Original, assume todo o ativo e passivo da referida empresa e, em seguida, extingue-a” (págs. 23 e 24).

Ainda, menciona-se que, ao contrário do asseverado pela Procuradoria-Geral de Justiça à pág. 102 de seu parecer, não existe no referido contrato de locação e em seus aditivos cláusula de vigência em caso de alienação do imóvel locado (Lei n. 6.015/73, art. 167, I, item 3), razão pela qual se conclui que, ao apresentar o citado contrato perante o Registro de Imóveis, a apelante pretende apenas que lhe seja assegurado o exercício do direito de preferência (Lei n. 6.015/73, art. 167, II, item 16), expressamente previsto na Cláusula Sétima do contrato (pág. 18), o qual se dá com a averbação do instrumento junto às matrículas dos imóveis objetos da locação, e não a garantia de continuidade da locação, que seria obtida com o seu registro.

Feitos esses esclarecimentos, destaca-se o disposto no art. 167, II, item 16, e no art. 169, III, ambos da Lei n. 6.015/73, incluídos pela Lei n. 8.245/91 (Lei de Locações), verbis:

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

[...]

II - a averbação:

[...]

16) do contrato de locação, para os fins de exercício de direito de preferência.

Art. 169 - [...]

III - o registro previsto no nº 3 do inciso I do art. 167, e a averbação prevista no nº 16 do inciso II do art. 167 serão efetuados no cartório onde o imóvel esteja matriculado mediante apresentação de qualquer das vias do contrato, assinado pelas partes e subscrito por duas testemunhas, **bastando a coincidência entre o nome de um dos proprietários e o locador** (grifou-se).

Logo, no caso em apreço, para que fosse possível a averbação do contrato de locação, era necessário comprovar que o locador era também proprietário dos imóveis objetos da locação, ou seja, que a Empresa União de Transportes Ltda era proprietária, o que não se verificou nos autos.

Nesse ponto, ressalta-se que a alegação da apelante de que essa empresa fazia parte do mesmo conjunto empresarial familiar da Savepe S. A. Veículos e Peças (proprietária dos imóveis, conforme documentos de págs. 37 a 40) também não foi demonstrada.

Sendo assim, à época da apresentação do contrato de locação junto ao Registro de Imóveis não havia coincidência entre os nomes da proprietária e da locadora, conforme exige o supracitado art. 169, III, da Lei n. 6.015/73.

Prosseguindo, verifica-se que após a protocolização da suscitação de dúvida (em 15.7.2014 – pág. 2), a apelante juntou notificação extrajudicial datada de 14.8.2014 (pág. 32) e um termo de cessão e transferência de locação com data de 15.7.2014 (págs. 33 e 34).

No primeiro documento consta que a Savepe S. A. Veículos e Peças notificava a apelante nos seguintes termos (pág. 32 – *ipsis litteris*):

Por força do Termo de Cessão e Transferência de locação firmado com a Empresa União de Transportes ficou sub-rogada em todos os direitos e deveres junto ao contrato de locação dos imóveis de matrícula número 8.371 e 9.545 firmado em data de 21/06/2010 com término pata (sic) 12/03/2017. Assim, informa que doravante todos os alugueres deverão ser pagos diretamente à Cessionária [...]”.

Esse documento foi assinado pelo advogado Rafael Oliveira (OAB/SC 14.832), não tendo sido juntada aos autos procuração comprovando que detinha poderes para o ato.

Já no termo de cessão e transferência de locação consta que a Empresa União de Transportes Ltda cedia e transferia a Savepe S. A. Veículos e Peças todos os direitos e obrigações constantes do contrato de locação de págs. 16 a 20. Esse documento foi assinado por Denoraide de Souza Pereira na condição de representante da primeira empresa (locadora original/cedente) e a assinatura do representante da cessionária (locadora substituta) é ilegível, estando ambas sem reconhecimento de firma (págs. 33 e 34).

No cenário em tela, para que se possa proceder à averbação pretendida, imperioso que a Savepe S. A. Veículos e Peças (proprietária dos imóveis objetos da locação, conforme documentos de págs. 37 a 40) figure como locadora no contrato firmado com a apelante/locatária, o que também não se vislumbra nos autos, em desacordo com o mencionado art. 169, III, da Lei n. 6.015/73.

Sobreleva notar, ainda, que nem mesmo a cópia da petição inicial de revisão de aluguel ajuizada pela Savepe S. A. Veículos e Peças em face da apelante (págs. 50 a 54) possui o condão de suprir essa necessidade.

Sendo assim, a exigência feita pela Oficiala no sentido de haver correspondência entre a locadora e a proprietária dos imóveis está adequada.

No tocante à descrição dos imóveis locados, apura-se que na Cláusula Primeira e Parágrafo Único do contrato consta:

Cláusula Primeira – Objeto do Contrato: A locação de um imóvel urbano, constituído por prédios e terreno, com área total de 2.833,50m² (dois mil oitocentos e trinta e três metros e cinquenta centímetros quadrados) de superfície, **cuja soma tem origem na coesão dos imóveis descritos nas matrículas imobiliárias nº 8.371 e 9.545 junto ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Araranguá, Santa Catarina** (grifou-se).

Parágrafo Único – Referido bem se situa a Rua Antônio Bertoncini, nº 515, Cidade Alta, Araranguá, SC.,

CEP 88.9000-000, e se compõe por 02 (duas) construções de alvenaria com 01 (um) pavimento que somam área construída de 551,16 m² (quinhentos e cinquenta e um metros e dezesseis centímetros quadrados), compostas de escritórios, sala de reunião, auditório, 04 (quatro) banheiros, 01 (um) refeitório, e ainda, por pátio para estacionamento de veículos.

Cotejando tais descrições com aquelas constantes nas matrículas de págs. 37 a 40, verifica-se que, ao mencionar no contrato a área total dos imóveis e assentar que a “soma tem origem na coesão dos imóveis descritos nas matrículas imobiliárias nº 8.371 e 9.545”, imputou-se significativa alteração da situação dos imóveis, sem a realização do procedimento previsto no art. 673 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina.

Sendo assim, igualmente correta a exigência de retificação da descrição dos imóveis objetos do contrato.

Por fim, concernente à necessidade de reconhecimento de firma no contrato de locação, impende esclarecer que não se trata de conferir ou não validade ao ato jurídico, mas sim, de conferir autenticidade às assinaturas constantes no documento, evitando-se eventuais discussões quanto à falsidade, por exemplo, ainda mais no caso em apreço, em que se busca a averbação do contrato junto às matrículas dos imóveis locados, a fim de que possa produzir efeitos contra terceiros, resguardando-se o exercício do direito de preferência (direito de preempção).

Assim, conveniente a exigência de reconhecimento de firma.

À vista do exposto, deve-se negar provimento ao recurso.

É como voto.

Recurso Administrativo n. 0020409-94.2019.8.24.0710

Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

RECURSO ADMINISTRATIVO. INSURGÊNCIA QUE OBJETIVA O RECONHECIMENTO DA OBRIGAÇÃO DAS PARTES REQUERIDAS EM PRESTAR INFORMAÇÕES ACERCA DA LOCALIDADE DE IMÓVEL REGISTRADO NO CARTÓRIO DE REGISTRO IMÓVEIS DE PALHOÇA. DISTRIBUIÇÃO À SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL COM POSTERIOR REDISTRIBUIÇÃO A ESTE CONSELHO DA MAGISTRATURA. DEMANDA QUE NÃO SE CONFUNDE COM O PROCEDIMENTO DE DÚVIDA NO REGISTRO DE IMÓVEIS DISCIPLINADO NOS ARTS. 198 E SEQUINTE DA LEI N. 6.015/73. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA PERANTE À CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Processo Administrativo n. 0020409-94.2019.8.24.0710, de Palhoça, em que é Requerente a Marco Amâncio da Silva e recorridos Nilo Cândido da Cunha e Danilo Cunha.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, suscitar conflito negativo de competência perante à Câmara de Recursos Delegados, consoante art. 75, inciso II do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Rodrigo Collaço e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Luiz Neri Oliveira de Souza (Relator), Antônio Zoldan da Veiga, Henry Petry Junior, Roberto Lucas Pacheco, Carlos Adilson Silva, Altamiro de Oliveira, Júlio César Knoll, Gerson Cherem II, Denise de Souza Luiz Francoski e Artur Jenichen Filho

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 9 de dezembro de 2019.

Luiz Neri Oliveira de Souza

Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Palhoça, MARCO AMANCIO DA SILVA e PEDRO HENRIQUE KUHEN ingressaram com “*AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER DE PRESTAR INFORMAÇÕES*” em face de NILO CANDIDO DA CUNHA, DANILO CUNHA E PREFEITURA MUNICIPAL DE PALHOÇA, objetivando, como ponto principal, “*o fornecimento das informações pleiteadas, qual seja, a localização, o ponto geográfico e o endereço correto do imóvel descrito na certidão anexa*”. A certidão referida consiste no registro da imóvel matrícula n. 3.041, datada de 28 de março de 1997, oriunda do Registro de Imóveis de Palhoça.

O autor pretende através da presente demanda obter informações referentes à localização do imóvel recebido como parte de um acordo com os requeridos NILO CANDIDO DA CUNHA e DANILO CUNHA para quitação de verbas trabalhistas no ano de 2011.

Os autos foram recebidos e distribuídos para 2ª Vara Cível de Palhoça. De lá rumaram para a Vara da Fazenda Pública da mesma comarca, nos termos do art. 4º, I, “a”, da Resolução n. 23-2011/TJ.

Na sequência, sobreveio sentença julgando extinto o processo, sem apreciação do mérito (art. 485, I, do CPC/2015), com relação ao MUNICÍPIO DE PALHOÇA, em face da ausência de interesse de agir, conforme se pode verificar do seguinte trecho:

Cuido de AÇÃO ORDINÁRIA movida por MARCO AMÂNCIO DA SILVA contra NILO CÂNDIDO DA CUNHA, DANILO CUNHA e MUNICÍPIO DE PALHOÇA. O autor diz ser proprietário do imóvel matriculado sob o n. 3.041 do RI de Palhoça. Afirma que é dono do terreno desde 2001, quando o recebeu como parte de um acordo para a quitação de verbas trabalhistas. Assevera que os dados constantes na matrícula são insuficientes para a localização do bem. Pede que os réus sejam condenados a fornecer informações a respeito da localização do imóvel e o seu endereço correto. É o relatório que o volume de serviço permite e aconselha.

Passo a decidir.

II - FUNDAMENTAÇÃO

O autor já tentou viabilizar a pretensão de localizar seu imóvel por meio de Habeas Data (autos n. 0306951-60.2017.8.24.0045). Lá, acabei indeferindo sua petição inicial dizendo que não havia prova da recusa de informações pelo Município. Ainda disse que o Município não tinha a obrigação de sair a campo para tentar localizar um imóvel que foi adquirido pelo autor sem as cautelas devidas.

Permaneço com a mesma convicção que externei naquele Habeas Data.

O autor não tem interesse de agir contra o Município de Palhoça. Não existe pretensão resistida por parte do Poder Público. O próprio autor revela na inicial (antepenúltimo parágrafo de fl. 05 e primeiro parágrafo de fl. 06) que o Município prestou-lhe informações a respeito da localização do bem. A atitude colaborativa da Municipalidade também aparece de forma nítida na resposta de fl. 41. Depois disso, não há prova de outros ofícios que tenham sido encaminhados ao Município e não tenham sido respondidos. Em síntese, não há prova de que o Município tenha se negado a prestar informações, o que, por si só, já seria suficiente para extinguir o feito em relação a ele.

Mas vou além. Na realidade, o que o autor deseja não é a simples liberação de informações que estariam disponíveis em bancos de dados do Município. Ele deseja também que Município saia à procura de um imóvel cuja matrícula é imprecisa (pedido constante no item “e” de fl. 08).

Ora, quem tem a obrigação de localizar o imóvel é o autor e os proprietários anteriores. O Município não faz parte dessa relação jurídica. Não tem legitimidade passiva nesta ação, porque não existe nenhum vínculo obrigacional ou determinação legal que o force a realizar diligências a procura de bem imóvel de particular, adquirido sem as devidas cautelas.

Em suma, o caso é de extinção do feito, sem apreciação do mérito, em relação ao Município, por dois motivos: ilegitimidade passiva e falta de interesse em agir.

A ação cível foi novamente distribuída. O juízo da 1ª Vara Cível de Palhoça indeferiu a petição inicial e determinou a extinção prematura do feito, com fundamento no art. 485, VI, do CPC/2015, *in verbis*:

Antes da aquisição do imóvel, deveria o autor ter envidado esforços para saber a exata localização da área. Todavia, ao que parece, assim não procedeu; tornou-se proprietário de bem imóvel neste Município sem nem ao menos ter ciência da “real localização e endereço” (p. 05).

Nesse aspecto, deve assumir o ônus de sua inação e ausência de cautela.

O demandante não estava obrigado a adjudica o imóvel; se o fez, agiu por livre e espontânea vontade.

Tratando-se de bem imóvel, o autor, antes de manifestar sua aquiescência com a adjudicação, deveria visitá-lo, inspecioná-lo, conversar com vizinhos, consultar os cadastros do Município e do Cartório de Registro de Imóveis, justamente para aferir sua existência, área física, confrontações, viabilidade, valor de mercado, estado geral, ocupação, etc.

Agora, passados quase vinte anos, resta ao autor contratar profissional de sua confiança (topógrafo, engenheiro) para localizar a gleba, nos termos do que está assentado no registro imobiliário.

Flagrante, portanto, a ausência de interesse processual, na modalidade adequação.

Contra a sentença supracitada a defesa interpôs apelação cível, onde argumenta: “*ao contrário do que entendeu a r. sentença, os Apelados possuem sim a obrigação legal de informar a localização do imóvel*”. E requer: “*seja este recurso recebido em seu duplo efeito, suspensivo e devolutivo, dando-o provimento integral para, cassar a sentença, retomando-se os autos ao primeiro grau para que se dê prosseguimento ao feito na origem, procedendo-se a consequente citação dos Apelados para que, requerendo apresentem a sua contestação, sob pena de revelia, bem como seja proferida nova sentença, agora com julgamento de mérito.*”

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de se manifestar sobre o mérito da celeuma porque ausentes motivos para intervenção.

O julgamento foi convertido em diligência para observância da Súmula 54 do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça.

Após o cumprimento da diligência supracitada, a Exma. Sra. Desembargadora Denise Volpato proferiu decisão monocrática terminativa no seguinte sentido:

Trata-se de dúvida suscitada por Marco Amâncio da Silva, visando a definição judicial, em síntese, sobre a intimação das partes requeridas para apresentarem informações acerca de registro de instrumento particular de cessão de direitos.

Ato contínuo, sobreveio Sentença da lavra do MM. Magistrado Ezequiel Rodrigo Garcia, julgando a lide nos seguintes termos: “[...] Flagrante, portanto, a ausência de interesse processual, na modalidade adequação. Lembro que a ausência de interesse processual, como condição da ação, determina a extinção da ação sem

resolução de mérito (CPC, art. 485, VI); pode ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição, e não se sujeita a preclusão (CPC, art. 485, § 3.º). Ante o exposto, indefiro a petição inicial (CPC, art. 330, III) e, assim, declaro extinto o processo, sem resolução de mérito (CPC, art. 485, I). Sem condenação ao pagamento das despesas processuais, ante a gratuidade da justiça que ora defiro ao demandante [após consulta aos sistemas judiciais disponíveis nesta unidade (CPC, art. 98, § 3.º)]. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, pois não houve citação.” (fls. 72/74) Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação cível (fls. 77/83), aduzindo, em suma, que tentou todas as soluções extrajudiciais em busca de informações acerca do imóvel objeto. Alega que extinguir o feito sem determinar a citação dos requeridos fere o direito de moradia. Argumenta que os requeridos têm a obrigação legal de informar a localização do imóvel. Por essas razões, pugna pela reforma da Sentença a fim de ser julgada a dúvida e intimadas as partes requeridas. Contrarrazões pelos apelados em fls. 101/105. Por haver questão prejudicial à análise do mérito por este Órgão Fracionário, limita-se o relatório ao exposto. Pois bem.

Da análise do processado, verifica-se que a demanda circunscreve suscitação de dúvida acerca do registro de instrumento particular de cessão de direitos. A teor dos artigos 198 e 204 da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), a análise do referido incidente incumbe ao juízo competente para processamento e julgamento das demandas relativas aos registros públicos, a despeito de possuir natureza eminentemente administrativa, verbis: “Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimí-la, obedecendo-se ao seguinte: [

Art. 204 - A decisão da dúvida tem natureza administrativa e não impede o uso do processo contencioso competente.” Igual previsão consta do artigo 414 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao estabelecer que a demanda incidental de suscitação de dúvida “será autuada como procedimento administrativo e distribuída ao juiz dos registros públicos”. Interposto recurso em face da Sentença proferida na suscitação de dúvida, portanto, imperioso reconhecer que a matéria devolvida à instância ad quem possui, igualmente, natureza administrativa, não competindo o seu processamento e julgamento aos Órgãos Jurisdicionais desta Corte de Justiça. Sendo assim, imperiosa é a redistribuição do feito ao órgão com competência administrativa para seu julgamento. Destaca-se, contudo, inexistir previsão legal ou regimental expressa acerca da competência administrativa para análise do recurso de apelação interposto em face da decisão que julga incidente de suscitação de dúvida, sendo necessária, dessarte, a interpretação do sistema de regras de competência interna desta Corte de Justiça. Em análise ao Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, verifica-se ser-lhe atribuída a competência para exercício das atividades correicionais, a teor de seu artigo 4º, verbis: “Art. 4º As atividades correicionais são exercidas pelo Corregedor-Geral da Justiça e pelo Vice-Corregedor-Geral da Justiça, com o auxílio de juízes correedores e, nos limites das respectivas atribuições, por juízes.” O Ato Regimental TJSC n. 44/2001, na redação dada pelo Ato Regimental TJSC n. 105/2010, por sua vez, estabelece competir ao Vice-Corregedor-Geral de Justiça a competência para “exercer a orientação, o controle e a fiscalização das serventias extrajudiciais delegadas, bem como disciplinar e promover a realização de inspeções e correições”. O referido dispositivo prevê, ainda, em seu parágrafo 3º, que “nos processos administrativos instaurados pela Corregedoria-Geral da Justiça, e que o Vice-Corregedor-Geral da Justiça esteja atuando por delegação, este funcionará como relator perante o Conselho da Magistratura”. Mediante o cotejo entre as normas de organização interna supra enunciadas, conclui-se ser o Conselho da Magistratura o órgão administrativo competente para análise, em instância recursal, dos procedimentos de caráter administrativo, a exemplo da suscitação de dúvida sub judice. Neste sentido, extrai-se da jurisprudência deste Órgão Fracionário, em casos análogos aos presentes autos: “PROCESSUAL CIVIL - SUCESSÕES - TESTAMENTO PARTICULAR - INVENTÁRIO E PARTILHA POR ESCRITURA PÚBLICA - REGISTRO NEGADO - NECESSIDADE DE INVENTÁRIO

JUDICIAL - PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - INCONFORMISMO - COMPETÊNCIA DO EGRÉGIO CONSELHO DA MAGISTRATURA - NÃO CONHECIMENTO. Compete ao Conselho da Magistratura apreciar recurso dirigido contra sentença proferida em suscitação de dúvida. (Apelação Cível n. 9142791-68.2015.8.24.0000, Rel. Des. Monteiro Rocha, julgada em 18/07/2017). E: “APELAÇÃO CÍVEL. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. DESMEMBRAMENTO DE MATRÍCULA DE IMÓVEL. EXIGÊNCIA DE AMPLA IDENTIFICAÇÃO COM CARACTERÍSTICAS ATUALIZADAS E MEDIDAS PERIMETRAIS. PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO. ATRIBUIÇÃO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA. RECURSO NÃO CONHECIDO. REDISTRIBUIÇÃO DETERMINADA.” (TJSC, Apelação Cível n. 0004138-63.2012.8.24.0125, de Itapema, rel. Des. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 16-05-2017). Por estes motivos, revela-se incontestável a incompetência deste Órgão Fracionário para análise da apelação cível interposta em suscitação de dúvida, sendo imperiosa a redistribuição dos autos ao Conselho da Magistratura para processamento e julgamento da demanda. Ante o exposto, com fulcro nas normas constantes do art. 932 do Código de Processo Civil e do art. 132 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, não conheço do recurso e determino sua redistribuição ao Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (grifei)

A Procuradoria apresentou manifestação meramente formal, em face da ausência de justificativa para intervenção (2571543).

É o relato do necessário.

VOTO

O procedimento de dúvida no registro de imóveis, disciplinado nos arts. 198 e seguintes da Lei n. 6.015/73, tem a finalidade específica de dirimir questões afetas ao direito registral e possui índole administrativa, não contenciosa.

Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimí-la, obedecendo-se ao seguinte:

I - no Protocolo, anotar o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida;

II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas;

III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias;

IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Na visão de Walter Ceneviva, *“a dúvida é pedido de natureza administrativa, formulado pelo oficial, a requerimento do apresentante de título, para que o juiz competente decida sobre a legitimidade de exigência feita, como condição de registro pretendido”* (Lei dos Registros Públicos Comentada, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 427).

Das lições de Ricardo Henry Marques Dip, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Alexandre Laizo Clápis e Everaldo Augusto Cambler, colhe-se:

A dúvida registrária é, principalmente, uma objeção fundada, um obstáculo motivado, à prática do registro (lato sensu, ou seja, abrangendo a averbação), um juízo – em rigor, concludente de alguma forma de argumentação – negativo de uma qualificação. Ato pessoal próprio, primeira e diretamente, do registrador, a qualificação registrária (juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição imobiliária, com o correspondente império jurídico de seu registro ou de sua irregistro), a qualificação registral pode ser positiva (a admissão do registro de um título) ou negativa (a recusa fundada ao registro). A dúvida registrária corresponde, materialmente e de modo próprio, a essa recusa, embora a designação de comum se estenda, já agora impropriamente, aos motivos da recusa. Nesse sentido, a dúvida é a negativa de um registro e também a razão pela qual se julga que um dado título não pode inscrever-se no Registro Imobiliário (mais além, note-se que a dúvida do registro predial é, à luz do direito brasileiro posto, dúvida por antonomásia, como se extrai da norma do art. 296 da LRP: “Aplicam-se aos registros referidos no art. 1º, § 1º, incisos I, II e III, desta Lei, as disposições relativas ao processo de dúvida no registro de imóveis”) (Lei de Registros Públicos Comentada - Lei 6.015/1973, Rio de Janeiro: Forense, 2014, disponível em: Biblioteca Digital do TJSC).

Adauto de Almeida Tomaszewski traz didático conceito de dúvida registral, ao ensinar:

Pode ocorrer que o apresentante do documento, e requerente do ato jurídico de registro, se depare com alguma exigência indicada por escrito por parte do competente oficial e com esta não se conforme.

[...]

Em caso de que o apresentante interessado no ato de registro não concorde, isto determina o surgimento de um dissenso, um litígio, pois de um lado se busca e exige um ato de registro e de outro o oficial responsável textualiza a impossibilidade de promovê-lo se não atendidas as providências anotadas. Todas as exigências devem ser informadas em documento escrito e entregue ao interessado no registro. Se este se manifesta resignado e cumpre aquilo que lhe fora expressamente solicitado então finda a discussão.

Como é possível que o apresentante não queira ou não possa atender o que lhe fora exigido, a medida cabível ao caso será por intermédio de procedimento da Dúvida Registrária.

Este procedimento cuja tramitação se exige a máxima brevidade possível, não tem natureza judicial, mas sim administrativa. O nó górdio deste conflito de entendimento reside tão somente na possibilidade ou não de se promover o ato de registro nos moldes inicialmente verificados e com os documentos que o instruíram, o que por si só já exclui assuntos de elevada complexidade ou conteúdos declaratórios (Comentários à Lei dos Registros, Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 487).

Com relação ao procedimento para suscitação de dúvida no âmbito da Lei dos Registros Públicos:

A LRP prevê uma etapa antejudiciária e outra, judicial, para o processo da dúvida do registro. Aquela divide-se nos seguintes passos:

I – O requerimento de suscitação: pedido escrito, para salvaguardar do caráter documentário do processo. A normativa de regência não prevê possam terceiros intervir no processo de dúvida, salvo na fase recursal, de sorte que não lhes cabe requerer suscitação. [...]

II – Dispõe a LRP, em seguida à recepção do requerimento, que se anote a “ocorrência da dúvida” no Livro do Protocolo (cf. arts. 174 e ss.). O que se anota é a instauração do processo – em rigor, a dúvida só se suscitará, em ato, quanto o registrador formalizar a redação das razões do juízo não qualificador, delas cientificando o apresentante. Assim se dá porque nada impede a retratação total ou parcial desse juízo ou dos motivos em que se apoiou. [...]

III – Em continuidade, suscitada já a dúvida – i.e., redatados os fundamentos da recusa registral [...] o oficial certificará, no título objeto, a prenotação correspondente no Livro do Protocolo, rubricando as folhas do título. [...]

IV – Depois disso, o registrador dará ciência dos termos da dúvida suscitada ao apresentante, entregando-lhe uma cópia da suscitação e notificando-o para os fins de eventual impugnação no Juízo competente, dentro no prazo de 15 dias, a contar da notificação. [...]

V – Por fim, lê-se no inc. IV, art. 198, LRP: “certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título. ” Com essas providências – de certificação da ciência do apresentante e de sua notificação regular e encaminhamento, ao Juízo competente, do título e das razões de não qualificação –, encerra-se o estágio antijudicial do processo de dúvida (Lei dos registros públicos comentada; coordenação José Manuel de Arruda Alvim Neto, Alexandre Laizo Clápis e Everaldo Augusto Cambler; Rio de Janeiro: Forense, 2014, disponível em: Biblioteca Digital do TJSC).

Sobre o tema, o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça determina:

Art. 414. A suscitação de dúvida será autuada como procedimento administrativo e distribuída ao juiz dos registros públicos.

Art. 415. Autuada a suscitação, aguardar-se-á pela impugnação, a qual deverá estar assinada por advogado devidamente constituído.

§ 1º O prazo para impugnação começará a contar da data em que o apresentante tiver sido notificado pelo delegatário.

§ 2º O comprovante de notificação deverá constar dos autos.

Com efeito, salvo melhor juízo, a hipótese apresentada em nada se assemelha ao procedimento de dúvida supracitado, o que afasta a competência deste Conselho da Magistratura para sua análise.

Conforme exposto alhures, o intento do autor (não ousou qualificá-lo como apresentante) é bem evidente, a saber: “*cassar a sentença, retomando-se os autos ao primeiro grau para que se dê prosseguimento ao feito na origem, procedendo-se a consequente citação dos Apelados para que, requerendo apresentem a sua contestação, sob pena de revelia, bem como seja proferida nova sentença, agora com julgamento de mérito*”. O dilema se resume em reconhecer a obrigação dos apelados (NILO CANDIDO DA CUNHA e DANILO CUNHA) em informar a localização do imóvel descrito na matrícula n. 3.041, datada de 28 de março de 1997, oriunda do Registro de Imóveis de Palhoça.

Registra-se que o litígio não é contra o Oficial de Cartório e sim em face do município de Palhoça e de terceiros, que repassaram o imóvel como parte de um acordo para pagamento de verbas trabalhistas.

Ademais, não há a presença da suscitação de dúvida inversa, uma vez que em nenhum momento o autor se referiu a qualquer negativa por parte do Oficial em fornecer os dados da referida localização.

Ora, não há pretensão de registro algum e, por óbvio, também não há um obstáculo motivado, por escrito, à prática de registro. Existe, de fato, um pedido de natureza contenciosa, consubstanciado na obrigação de fazer determinado ato.

Não fosse isso, é cristalino que as partes e o procedimento previsto para suscitação da dúvida prevista no art. 198 e seguintes da Lei n. 6.015/73 destoam do ora apresentado.

Desta feita, a fim de preservar o princípio da segurança jurídica, respeitando a decisão monocrática proferida pela Exma. Sra. Desembargadora Denise Volpato, integrante da Sexta Câmara de Direito Civil, necessário o debate acerca da competência para o julgamento da apelação interposta, cuja deliberação compete à Câmara de Recursos Delegados, consoante art. 75, inciso II do Regimento Interno desta Corte de Justiça, *in verbis*:

Art. 75. Compete à Câmara de Recursos Delegados, por delegação do Órgão Especial, julgar: [...] II – os conflitos de competência entre os grupos de câmaras de áreas de especialização diferentes, entre os grupos de câmaras e a Seção Criminal, entre as câmaras de áreas de especialização distintas, entre o Conselho da Magistratura e qualquer outro órgão judicante do Tribunal de Justiça e entre juízes de unidades jurisdicionais com competência diferente, bem como os respectivos incidentes;

À vista do exposto, voto no sentido de suscitar conflito negativo de competência perante à Câmara de Recursos Delegados.

Este é o voto.

ÓRGÃO ESPECIAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9071234-02.2007.8.24.0000, da Capital

Relator: Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 349 DE 2006. NORMA INTEGRAL E EXPRESSAMENTE REVOGADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 676 DE 2016 (ART. 29, XIII). PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. DESAPARECIMENTO DO INTERESSE PROCESSUAL. PRECEDENTES DO STF E DESTE ÓRGÃO ESPECIAL. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, COM FULCRO NO ART. 485, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Conforme a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal: “A revogação ou alteração substancial, que implique exaurimento da eficácia dos dispositivos questionados, resulta na perda de objeto da ação. Precedentes” (ADI 4389 AgR, Tribunal Pleno, Dje 31-10-2018). Em mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência deste Órgão Especial: “A promulgação, no curso da ação direta de inconstitucionalidade, de novo texto legal que revoga o ato normativo nela impugnado, impõe sua extinção em razão da perda do objeto” (TJSC, ADI n. 4002261-65.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Fernando Carioni, Órgão Especial, j. 05-09-2018).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 9071234-02.2007.8.24.0000, da comarca da Capital em que são Requerentes o Procurador Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e outro e são Requeridos o Governador do Estado de Santa Catarina e outro.

O Órgão Especial decidiu, à unanimidade, julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, pelo desaparecimento do interesse processual, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu, Des. Cláudio Barreto Dutra, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Des. Fernando Carioni, Des. Torres Marques, Des. Marcus Tulio Sartorato, Des. Salette Silva Sommariva, Des. Ricardo Fontes, Des. Salim Schead dos Santos, Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Des. Jaime Ramos, Des. Alexandre d Ivanenko, Des. Sérgio Izidoro Heil, Des. João Henrique Blasi, Des. Soraya Nunes Lins, Des. Henry Petry Junior, Des. Roberto Lucas Pacheco, Des. Rodrigo Collaço, Des. Stanley Braga, Des. Francisco Oliveira Neto e Des. Hélio do Valle Pereira.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Desembargador Rodrigo Collaço.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo Sr Procurador de Justiça Davi do Espírito Santo.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2019.

Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo então Procurador-Geral de Justiça e pelo, à época, Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade (CECCON), em face da Lei Complementar Estadual nº 349, de 25 de abril, de 2006.

Na inicial, os autores sustentavam a inconstitucionalidade material e formal da lei em comento, que instituía o plano de carreira e vencimentos dos servidores públicos da Secretaria de Estado do desenvolvimento social, trabalho e renda e estabelecia outras providências (fls. 2-13).

Em vista da tramitação, no Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.966-1, cujo objeto, entre outras normas, abarcava a lei ora impugnada, o presente Órgão Especial decidiu por suspender o processo até o julgamento definitivo da referida ação (fls. 120-137). A suspensão foi mantida pelo então desembargador relator (fls. 159-160).

Com o julgamento definitivo da mencionada ação, a pedido desta, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, que requereu o levantamento da suspensão do processo e manifestou-se pela extinção do feito sem resolução do mérito, em face da superveniente perda do seu objeto, dada a revogação da norma questionada (fls. 163-167).

É o relato do necessário.

VOTO

Conforme a jurisprudência pacífica sobre o tema, a revogação superveniente da norma impugnada acarreta o esvaziamento do objeto da ação direta de inconstitucionalidade e, por conseguinte, do interesse processual.

Sobre o assunto, colhe-se da jurisprudência da Suprema Corte:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. AMPLIAÇÃO DOS EFEITOS DA CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. 1. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a revogação ou alteração substancial, que implique exaurimento da eficácia dos dispositivos questionados, resulta na perda de objeto da ação. Precedentes.** 2. O fato de a norma atacada ter, em algum momento, produzido efeitos concretos não é relevante para o prosseguimento ou não da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. 3. Há impossibilidade lógica e jurídica de o Supremo Tribunal Federal realizar nova modulação dos efeitos da medida cautelar após a perda superveniente do objeto da ação direta de inconstitucionalidade. 4. Agravo regimental não provido (ADI 4389 AgR, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2018, DJe-233 31-10-2018, Publicado em 05-11-2018)

Não destoia a jurisprudência deste Colendo Órgão Especial:

DIREITO CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DECRETOS NS. [...] EXTINTOS EM LEI POSTERIOR - LC 35/2011 QUE PROMOVEU REFORMA ADMINISTRATIVA DO PODER EXECUTIVO ALTERANDO OS CARGOS DAS DEMAIS NORMAS IMPUGNADAS (DECRETOS E LEIS ORDINÁRIAS) - REVOGAÇÃO TÁCITA E EXPRESSA - INTERESSE PROCESSUAL INEXISTENTE - 2. PERDA DE OBJETO EM RELAÇÃO À LC 35/2011 - SUPERVENIENTE EDIÇÃO DA LC 140/2017 - AMPLA REFORMA ADMINISTRATIVA REALIZADA NO INÍCIO DE NOVO MANDATO EXECUTIVO APÓS A PROPOSITURA DA ADI - SUBSTANCIAL ALTERAÇÃO DA NORMA IMPUGNADA - INCONFIGURADA “FRAUDE PROCESSUAL” À JURISDIÇÃO DA CORTE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA DE ADITAMENTO DA INICIAL A CARGO DO PROPONENTE - PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL CONFIGURADA - EXTINÇÃO TERMINATIVA DA ADI.

1. Consubstanciado o interesse processual na necessidade ou na utilidade da prestação jurisdicional, inocorre interesse na ação direta de inconstitucionalidade se lei posterior revoga tácita ou expressamente a norma impugnada, independentemente da existência de efeitos concretos desta.

2. Consubstanciado o interesse processual na necessidade ou na utilidade da prestação jurisdicional, falece objeto à ação direta de inconstitucionalidade se, após sua propositura, lei posterior modifica substancialmente a norma impugnada, exigindo indispensável impugnação do conjunto normativo. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000019-31.2017.8.24.0000, de Tubarão, rel. Des. Monteiro Rocha, Órgão Especial, j. 17-04-2019).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 1.360/2011 DO MUNICÍPIO DE CAPIVARI DE BAIXO. CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO SEM A DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES. EDIÇÃO DE LEI POSTERIOR QUE REVOGOU POR COMPLETO A NORMA SOB ANÁLISE. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO. DEMANDA JULGADA EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DE SEU MÉRITO.

A considerar que o ‘pressuposto da ação direta de inconstitucionalidade, do controle concentrado de constitucionalidade, é um ato normativo abstrato e autônomo em plena vigência’ (STF, Ministro Marco Aurélio, Emb. DEcl. na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 951), **com a revogação da norma impugnada, a declaração de inconstitucionalidade que ensejou a propositura da presente ação direta não mais se faz necessária, sendo inócuo qualquer exame de sua compatibilidade com a Constituição Estadual pela via do controle abstrato de constitucionalidade** (TJSC, Des. Francisco Oliveira Neto). (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000089-82.2016.8.24.0000, de Capivari de Baixo, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Órgão Especial, j. 03-04-2019).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1º E ANEXO ÚNICO DA LEI ESTADUAL N. 15.031/2009. PROMULGAÇÃO DA LEI ESTADUAL N. 17.221/2017. REVOGAÇÃO EXPRESSA DA NORMA QUESTIONADA COM PECHA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. EXTINÇÃO.

A promulgação, no curso da ação direta de inconstitucionalidade, de novo texto legal que revoga o ato normativo nela impugnado, impõe sua extinção em razão da perda do objeto. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 4002261-65.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Fernando Carioni, Órgão Especial, j. 05-09-2018) (Grifo nosso)

Na hipótese, consoante confirmado em consulta ao portal das leis estaduais de Santa Catarina, a norma questionada, Lei Complementar nº 349 de 2006, **foi integralmente revogada pela Lei Complementar nº 676 de 2016**, conforme disposto expressamente em seu art. 29, inciso XIII, abaixo destacado:

LEI COMPLEMENTAR Nº 676, DE 12 DE JULHO DE 2016

Institui o Plano de Cargos e Vencimentos dos servidores públicos civis do Quadro de Pessoal do Poder Executivo e estabelece outras providências.

O VICE-GOVERNADOR, NO EXERCÍCIO DO CARGO DE GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA, Faço saber a todos os habitantes deste Estado que a Assembleia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

[...]

Art. 1º Fica instituído, nos termos desta Lei Complementar, o Plano de Cargos e Vencimentos dos servidores públicos civis do Quadro de Pessoal do Poder Executivo

[...]

Art. 29 Ficam revogadas:

[...]

XIII - a Lei Complementar nº 349, de 25 de abril de 2006;

Assim, considerando que a norma objeto da presente ação foi expressa e integralmente revogada e, portanto, não mais subsiste no ordenamento jurídico, não há mais interesse na verificação da sua compatibilidade com a ordem constitucional estadual.

Ante o exposto, determino o levantamento da suspensão do processo e voto pela extinção da presente ação, sem resolução do mérito, pelo desaparecimento do interesse processual, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Este é o voto.

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9172760-02.2013.8.24.0000, de Santo Amaro da Imperatriz

Relator: Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA PELA ASSOCIAÇÃO DE MINERADORES DA AREIA DA BACIA DO CUBATÃO (AMABC), EM FACE DA LEI MUNICIPAL N. 2.273/2013, QUE PROÍBE A UTILIZAÇÃO DE DESAGREGADORES (MARACAS) NA BASE TERRITORIAL DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ.

ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. TESE NO SENTIDO DE QUE A NORMA NÃO TRATA DE ASSUNTO LOCAL, TAMPOUCO SUPLEMENTA AS LEGISLAÇÕES ESTADUAL E FEDERAL, SENDO COMPETÊNCIA DA UNIÃO LEGISLAR SOBRE RECURSOS MINERAIS. ALEGADA OFENSA, ADEMAIS, AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA, AO ARGUMENTO DE QUE A PROIBIÇÃO TORNA INVIÁVEL A ATIVIDADE NA REGIÃO.

NÃO ACOLHIMENTO. LEI MUNICIPAL QUE: (A) TRATA DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE [ESPECIFICAMENTE DO RIO CUBATÃO SUL]; (B) NO INTERESSE PREDOMINANTEMENTE LOCAL [RIO QUE CORTA A CIDADE, SENDO IMPORTANTE FONTE DE RECURSOS HÍDRICOS, BEM COMO RELEVANTE AO TURISMO LOCAL] E (C) ESTÁ EM HARMONIA COM AS NORMAS DOS DEMAIS ENTES FEDERADOS [NÃO DEMONSTRADAS CONTRARIEDADES COM LEIS FEDERAIS OU ESTADUAIS] – MATÉRIA QUE, CONFORME ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF NO JULGAMENTO DO RE Nº 586224, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA 145), INSERE-SE NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL.

ADEMAIS, EVENTUAL COMPROMETIMENTO DOS INTERESSES EMPRESARIAIS QUE SE MOSTRA DIMINUTO QUANDO COMPARADO AOS SIGNIFICATIVOS PREJUÍZOS AMBIENTAIS CAUSADOS PELO USO DE DESAGREGADORES NA EXTRAÇÃO DE AREIA DO RIO CUBATÃO SUL. DANOS QUE TRANSCENDEM O MUNICÍPIO, REPERCUTINDO NO ABASTECIMENTO DE ÁGUA DE TODA A GRANDE FLORIANÓPOLIS, CONFORME LAUDOS PERICIAIS ACOSTADOS AOS AUTOS. ORDEM ECONÔMICA QUE DEVE OBSERVAR, ENTRE OUTROS PRINCÍPIOS, A DEFESA DO MEIO AMBIENTE, INCLUSIVE MEDIANTE TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFORME O IMPACTO DOS PROCESSOS EMPREGADOS. ALÉM DISSO: DIREITO DE TODOS AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E DEVER DO PODER PÚBLICO DE PROTEGER A FAUNA E A FLORA, VEDADAS, NA FORMA DA LEI, PRÁTICAS QUE COLOQUEM EM RISCO SUA FUNÇÃO ECOLÓGICA – CONSOANTE REDAÇÃO DO ART. 170, V, E ART. 225, § 1º, VII, DA CF, SIMETRICAMENTE DISPOSTOS NOS ARTS. 134, 181 E 182, III, DA CESC. EM MESMO SENTIDO, SEGUE A JURISPRUDÊNCIA DO STF (ADI 3540, DJE 03-02-2006).

INCONSTITUCIONALIDADES ALEGADAS NÃO VERIFICADAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS MUNICÍPIOS EM MATÉRIA AMBIENTAL. O Supremo Tribunal Federal, em 2015, fixou a tese nº 145, com repercussão geral reconhecida, no sentido de que: “O município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da Constituição Federal)”. Ademais, valendo-se do conceito de Hely Lopes Meireles, definiu que o assunto de interesse local: “se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância” (RE 586224, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 08-05-2015).

2. PROTEÇÃO AMBIENTAL E LIVRE INICIATIVA. Além disso, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal: “A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural (CF, art. 225, § 1º, III)” (ADI 3540 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 03-02-2006).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 9172760-02.2013.8.24.0000, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz em que é Requerente Associação do Mineradores de Areia da Bacia do Cubatão AMABC e Requerido Prefeito do Município de Santo Amaro da Imperatriz e outro.

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o pedido formulado na petição inicial.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra, Des. Luiz César Medeiros, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Des. Fernando Carioni, Des. Marcus Tulio Sartorato, Des. Ricardo Fontes, Des. Salim Schead dos Santos, Des. Jaime Ramos, Des. Alexandre d Ivanenko, Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Des. Sérgio Izidoro Heil, Des. José Carlos Carstens Köhler, Des. João Henrique Blasi, Des. Soraya Nunes Lins, Des. Henry Petry Junior, Des. Roberto Lucas Pacheco, Des. Rodrigo Collaço, Des. Stanley Braga, Des. Francisco Oliveira Neto e Des. Hélio do Valle Pereira.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Desembargador Rodrigo Collaço.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Davi do Espírito Santo.

Florianópolis, 7 de agosto de 2019.

Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido cautelar, ajuizada pela “Associação de Mineradores de Areia da Bacia do Cubatão (AMABC)”, em face da Lei Municipal n. 2.273/2013 de Santo Amaro da Imperatriz, que proíbe a utilização de desagregadores (maracas) na base territorial do município. A norma está assim redigida:

Art. 1º Fica proibida a utilização de desagregadores (maraca) na base territorial do Município de Santo Amaro da Imperatriz.

Parágrafo Único - Os estabelecimentos deverão ser notificados da proibição para o fiel cumprimento da presente lei.

Art. 2º Os infratores ficam sujeitos as multas ambientais previstas na legislação ambiental, com a penalidade de interdição temporária da atividade e com a pena de perda do desagregador, sendo que a reincidência determinará a cassação do alvará de funcionamento da empresa para a atividade de extração mineral. Parágrafo Único - O bem perdido será levado a leilão devendo os recursos decorrentes da alienação ser aplicados pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário (Grifo nosso) (fl. 40)

Sustenta a autora que a lei apresenta **vício formal e material**. Alega que, apesar da competência dos municípios para legislar sobre proteção ambiental, a norma não trata de assunto de interesse local, tampouco suplementa as legislações estadual e federal. Afirma que a atividade mineradora é de interesse nacional, ressaltando que os recursos minerais são bens da União, a quem compete legislar privativamente sobre a matéria e outorgar concessão de exploração, nos termos dos arts. 20, IX; 22, XII; e 176 da Constituição Federal. Além disso, sustenta que, embora a lei não tenha impedido a extração mineral, ao proibir o uso de desagregadores, tornou inviável a atividade na região, o que também ofende o princípio da livre iniciativa, previsto nas Constituições Federal e Estadual. Em reforço aos seus argumentos, afirma que a exploração de minérios no município foi autorizada pelo Ministério de Minas e Energia (por concessão federal) e aprovada pela FATMA (órgão estadual), com a emissão das respectivas licenças ambientais. Além disso, aduz que a norma foi promulgada sem quaisquer estudos técnicos e, surpreendentemente, em tempo recorde de discussão. Por fim, juntou, em anexo, abaixo-assinado com mais de 1.000 assinaturas em apoio à atividade de extração de areia no município (fls. 2-24 e anexos às fls. 40-264).

Diante do exposto, pugnou cautelarmente pela suspensão da eficácia da referida lei e, ao final do julgamento, pela declaração da sua inconstitucionalidade, em face, do que se pode extrair da petição inicial, dos arts. 20, IX; 22, XII; e 176 da Constituição Federal, e arts. 1º, V e 112, I e II, da Constituição do Estado de Santa Catarina, *in verbis*:

CF:

Art. 20. São bens da União:

[...]

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

CESC:

Art. 1º O Estado de Santa Catarina, unidade inseparável da República Federativa do Brasil, formado pela união de seus Municípios, visando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, preservará os princípios que informam o Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

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

Art. 112. Compete ao Município:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber;

Logo após, a autora peticionou novamente nos autos, requerendo a juntada de laudo pericial elaborado por engenheiro mecânico, que corroboraria a tese alegada e demonstraria que a *“extração de areia realizada pelos membros da associação somente é viabilizada com a utilização de equipamentos de dragagem que dispõem de desagregadores”* (fls. 268-278 e fl. 279).

Em seguida, o Órgão Especial reconheceu, por unanimidade, a legitimidade ativa *ad causam* da “Associação de Mineradores de Areia da Bacia do Cubatão” e, por maioria, indeferiu o pedido cautelar. No mesmo ato, determinou a prestação de informações pelo Prefeito, pela Câmara de Vereadores e pelo Procurador-Geral do Município de Santo Amaro da Imperatriz, bem como a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 285-292).

Contra a mencionada decisão monocrática, a autora interpôs recurso extraordinário perante este Tribunal de Justiça. O recurso foi rejeitado em decisão monocrática, ao fundamento de que: *“não é cabível recurso extraordinário contra acórdão que defere ou indefere medida liminar, por óbice constante da Súmula 735 do STF”* (fls. 295-328 e 392-393).

Na sequência, ao prestar informações, a Câmara de Vereadores de Santo Amaro da Imperatriz defendeu a **constitucionalidade da norma**. Sustenta que: (a) a lei não dispõe sobre recursos minerais, mas sobre a proteção do meio ambiente, já que o uso de desagregadores causa desbarrancamentos, queda de mata ciliar e outros enormes prejuízos ambientais, que prejudicam inclusive o abastecimento de água de toda a Grande Florianópolis; (b) a competência para legislar sobre o meio ambiente é concorrente entre os entes federativos, cabendo aos municípios tratar dos assuntos de interesse local; (c) na hipótese, é evidente o interesse local, já que a cidade é cortada de lado a lado pelos rios da Bacia do Cubatão Sul; (d) ademais, em matéria ambiental, o município e o estado não ficam adstritos à lei federal quando esta for omissa na defesa ambiental; (e) na hipótese, a lei não proibiu a extração de minérios, mas apenas o uso de um equipamento, sendo possível a

continuação com outros instrumentos mais simples e, por fim, (f) que o trâmite da lei seguiu o procedimento legal, com ampla discussão dos vereadores e com a participação popular.

Em rebate à tese de que a lei tramitou em tempo recorde, esclareceu que o assunto já vem sendo discutido no município há muitos anos. Afirmou que, em 2011, atendendo à recomendação do Ministério Público – no sentido de que a Constituição Federal e as Resoluções do CONAMA nº 01/86 e 10/90 exigem estudos prévios de impacto ambiental quando a atividade é potencialmente poluidora – foi editado o Decreto Executivo nº 4.076/2011. No entanto, após impetrem mandados de segurança, as mineradoras conseguiram continuar extraindo areia. Alega que, atualmente, as licenças para o exercício da atividade baseiam-se em ato inconstitucional, o Decreto n. 3.414/2009, o qual exige apenas a apresentação de estudo ambiental simplificado. Assim, em 2013, o Ministério Público ingressou com a ação civil pública nº 0001775-79.2013.8.24.0057, para regularizar a situação (fls. 349-361).

O Prefeito de Santo Amaro da Imperatriz, ao manifestar-se nos autos, igualmente defendeu a **constitucionalidade da norma**. Sustentou que a lei é “*perfeita, tanto em relação à forma quanto à matéria*”, aduzindo que: (a) em matéria ambiental, a Constituição reservou à União a competência para legislar sobre normas gerais, deixando aos Estados-Membros a legislação supletiva e, aos Municípios, os assuntos locais; (b) a norma em questão trata da proteção do meio ambiente e disciplina assunto de inegável interesse local; (c) a lei não impede a extração de areia, mas apenas limita o uso de um equipamento específico e (d) a lei não restringe ou amplia normas editadas pelos demais entes, já que estes silenciam a respeito do equipamento vedado (fls. 385-387).

O Procurador-Geral do Município, ao prestar informações, **repisou os argumentos do Prefeito** e destacou que o interesse local consiste na “*preservação de seus recursos hídricos*”, frisando que “*a qualidade dos rios, ribeirões, riachos, também dependem da aplicação da política ambiental por meio do ordenamento jurídico do Município*”. Sustentou, ainda, que a norma está em consonância com o princípio da prevenção, segundo o qual devem ser empregadas técnicas para corrigir impactos ambientais negativos (fls. 399-404).

Por seu turno, opinou o Procurador de Justiça Dr. Basílio Elias de Caro, à época Coordenador do CECCON (fls. 417-429), pela **improcedência do pedido**, em parecer assim ementado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 2.273/2013, do Município de Santo Amaro da Imperatriz, que “Proíbe a utilização de desagregadores na extração de areia e dá outras providências”. Norma que visa proteger o meio ambiente municipal e melhorar a qualidade de vida da população local. Competência suplementar dos Municípios para legislar acerca do meio ambiente, desde que pertinente a assuntos de interesse local e respeitadas as diretrizes federais. Não violação do disposto no art. 112, incisos I e II, da Constituição Estadual. Ausência de afronta ao princípio da livre iniciativa, uma vez que não proíbe a extração de areia no Município, apenas veda a utilização de determinado equipamento que se apresenta nocivo ao meio ambiente local. Parecer no sentido da improcedência da ação (Grifo nosso)

Após a juntada do parecer ministerial, a autora peticionou mais uma vez nos autos, requerendo a juntada da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 586.224, com repercussão geral reconhecida – “*diante da similitude apresentada com esta demanda*” (fls. 432-445) – a qual foi acostada às fls. 447-521.

Em seguida, por verificar que o objeto da presente ação guardava relação com a ação civil pública n. 0001775-79.2013.8.24.0057, mencionada pela Câmara dos Vereadores e cujo agravo de instrumento (n. 0128035-47.2014.8.24.000) pendia de julgamento, o Des. Rel. Ricardo Roesler entendeu ser conveniente a extração de cópia do referido agravo para juntada aos presentes autos, para fins de compartilhamento de informações de ordem técnica. Após a juntada, ordenou a abertura de vista à autora, para manifestar-se em quinze dias e, vencido o prazo, ao Ministério Público (fls. 525-526).

Devidamente intimada, a autora deixou transcorrer *in albis* o prazo oferecido, nada manifestando a respeito dos documentos juntados (fl. 536).

Já o Procurador de Justiça Dr. Durval da Silva Amorim, então Coordenador do CECCON (fls. 547-551), **manteve a manifestação ministerial anterior**, no sentido de **improcedência da ação**, em parecer assim ementado:

1. Juntada de cópia integral do agravo de instrumento manejado em face de decisão interlocutória lançada nos autos da ação civil pública n. 0001775-79.2013.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz. 2. Litígio que debate a atividade das empresas mineradoras em vista de diversas práticas supostamente prejudiciais ao meio ambiente. 3. Realização de perícias no âmbito do primeiro grau que interessaram ao julgador como relevantes para o conhecimento do pedido de inconstitucionalidade. 4. Distinção do objeto de discussão das ações que resulta na existência de pouca informação nos autos da ação de primeiro grau sobre a utilização de “desagregador” no processo de extração de areia mineral. 5. Perícias que esclarecem tecnicamente os argumentos já lançados nos autos: a) a não utilização do instrumento dificulta a operação mineradora; e b) que a sua utilização é extremamente maléfica ao meio ambiente local. 6. Manutenção do panorama jurídico posto nos autos. Competência do Município para suplementar a legislação da União quanto a peculiaridades do meio ambiente local. Constitucionalidade da lei. Ratificação do parecer de mérito de fls. 417-429 (Grifo nosso)

Por fim, em consulta ao portal das leis municipais dos estados brasileiros, consta que, no que toca à proibição de utilização de desagregadores (maracas) (Art. 1º), a norma impugnada não sofreu qualquer alteração. Já no que se refere às sanções pelo seu descumprimento (Art. 2º), passou a vigor com a seguinte redação, dada pela Lei nº 2.332 de 2013:

Art. 2º O descumprimento desta lei, acarretará ao infrator as seguintes sanções administrativas: I - Multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) quando da primeira infração; II - Multa de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), quando de reincidência; III - Apreensão do desagregador e a cassação do alvará de funcionamento, no caso de nova reincidência; (Redação dada pela Lei nº 2.332/2013)

Este é o relatório.

VOTO

Como visto, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação de Mineradores da Areia da Bacia do Cubatão, em face da Lei Municipal n. 2.273/2013, que proíbe a utilização de desagregadores (maracas) na base territorial do Município de Santo Amaro da Imperatriz.

Dito isso, passo à análise da admissibilidade da presente ação e, em sendo o caso, à posterior apreciação do mérito:

1. Admissibilidade

a) Legitimidade: já reconhecida

Primeiramente, no que toca à legitimidade, relembro que o presente Órgão Especial, antes de analisar e negar a cautelar requerida pela autora, decidiu à unanimidade que “*a Associação dos Mineradores de Areia da Bacia do Cubatão – AMABC goza de legitimidade ativa, pois representa a totalidade dos mineradores que exercem a profissão nos Municípios que integram a bacia hidrográfica do rio Cubatão*” (fl. 289) – superada, portanto, a questão.

b) Alteração Legislativa: ausência de alteração substancial

Em segundo, cabe frisar que alteração do art. 2º da Lei Municipal n. 2.273/2013 (referente às sanções a serem aplicadas), em nada prejudica a análise de mérito da presente ação de inconstitucionalidade.

Isso porque, embora a autora pleiteie pela declaração de inconstitucionalidade de todo o diploma legal, do inteiro teor da inicial, resta claro que se insurge contra a “*proibição da utilização de desagregadores na base territorial do município*”, prevista no art. 1º, cuja redação manteve-se inalterada.

c) Parâmetro de inconstitucionalidade: possibilidade de utilização de dispositivos da Carta Federal de reprodução obrigatória

Em terceiro, importa ressaltar que, embora no âmbito estadual as ações diretas de inconstitucionalidade ocorram em face das constituições estaduais, dispositivos da Constituição Federal que sejam de reprodução obrigatória pelos estados também podem servir como parâmetro de controle (STF, Rcl 17954 AgR, Dje. 10-11-2016 e RE 598016 AgR, Dje 13-11-2009).

Tais normas, conforme ensina Luiz Roberto Barroso, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, podem ser qualificadas como:

“(…) as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais - afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local. [...] (Rcl 17954 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 21/10/2016, p. 5) (Grifo nosso)

Assim, em geral, os dispositivos da Constituição Federal que tratam da organização político-administrativa, da competência e da separação dos poderes, por serem de reprodução obrigatória pelos estados – ainda que não estejam expressos nas constituições locais – também podem servir de parâmetro para a análise de constitucionalidade no âmbito estadual.

Sobre a questão, aliás, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

“O Supremo Tribunal Federal firmou sua orientação no sentido de que o controle de constitucionalidade por via de ação direta, quando exercido pelos Tribunais de Justiça, deve limitar-se a examinar a validade das leis estaduais/municipais à luz da Constituição do Estado. No controle abstrato, apenas esta Corte pode usar como parâmetro a Carta Federal. [...] Nada impede, porém, que o Tribunal de Justiça fundamente suas conclusões em norma constitucional federal que seja “de reprodução obrigatória” pelos Estados-membros. Assim se qualificam as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais - afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local. [...] (STF. Rcl 17954 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 21/10/2016) (sem grifos no original) (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000148-18.2018.8.24.0900, da Capital, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Órgão Especial, j. 06-02-2019) (Grifo nosso)

Assim, com base no exposto, a presente apreciação de constitucionalidade não se restringirá ao disposto na Constituição Catarinense, mas também levará em conta os dispositivos da Constituição Federal que sejam de reprodução obrigatória pelos estados, a exemplo daqueles que tratam das competências da União, dos Estados-Membros e dos Municípios.

d) Ação civil n. 0001775-79.2013.8.24.0057: não coincidência de objetos e esclarecimentos quanto à juntada do agravo de instrumento

No mais, cabe frisar, a título de esclarecimento, que o objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade não se confunde com o da ação civil pública n. 0001775-79.2013.8.24.0057, cujo agravo de instrumento (n. 0128035-47.2014.8.24.000) foi integralmente copiado e anexado aos presentes autos para extração de eventuais informações técnicas relevantes.

Na mencionada ação civil pública, conforme se infere da leitura do agravo, o Ministério Público busca a declaração incidental da inconstitucionalidade do item “00.13.00” do Anexo I da

Resolução do CONSEMA nº 001/2006 (atualizada pela de n. 003/2008), bem como do inciso IV do art. 4º do Decreto nº 3.414/2009, por serem incompatíveis com a normatização federal.

Alega, em síntese, que os referidos dispositivos autorizam a extração de areia no Município de Santo Amaro da Imperatriz apenas com a apresentação de estudo ambiental simplificado, quando, por se tratar de atividade potencialmente poluidora, seriam necessários Estudos e Relatórios de Impacto Ambiental (EPIA/RIMA) e Avaliação Ambiental Integrada (AAI).

Assim, o Ministério Público requereu, cautelarmente, fosse determinado ao Estado de Santa Catarina, à FATMA e ao Município de Santo Amaro da Imperatriz a obrigação de se absterem de conceder ou renovar licenças ambientais para a extração de minério na Bacia Hidrográfica do Rio Cubatão Sul quando não apresentado o EPIA/RIMA. Além disso, fosse determinada a paralisação das atividades das mineradoras até que elaborassem e obtivessem a aprovação dos EPIA/RIMA e AAI, sob pena de multa.

A cautelar foi deferida. Contra a decisão que concedeu a medida, os demandados interpuseram agravo de instrumento, o qual foi copiado e juntado aos presentes autos. Analisando o recurso, o presente Tribunal de Justiça resolveu conceder parcial efeito suspensivo ao recurso, permitindo a continuidade das atividades de extração até o final do julgamento da ação.

Importante frisar que, em consulta ao Sistema de Automação (SAJ) do primeiro grau, a última movimentação constante na mencionada ação civil pública data de 26 de fevereiro deste ano, quando, com o fito de evitar eventuais nulidades processuais, a Magistrada atuante declinou da competência à Justiça Federal, suspendendo os efeitos da cautelar anteriormente concedida.

Como visto no relatório, em razão da ação civil pública guardar relação com o presente processo – embora diversos seus objetos – o anterior relator, Des. Ricardo Roesler, entendeu que seria interessante a juntada do referido agravo de instrumento, com os documentos técnicos que o acompanhavam, a fim de ambientar o julgamento dos temas constitucionais aqui invocados.

Dito isso, importa frisar que o agravo de instrumento em anexo serve apenas para contextualizar e, eventualmente, para extração de informações técnicas que possam amparar a presente decisão. É preciso deixar claro, assim, que o presente voto **se restringirá à análise da (in)constitucionalidade da norma ora atacada**, não enveredando acerca da validade, ou não, das licenças ambientais eventualmente concedidas – as quais fazem parte, como visto, da mencionada ação civil pública.

Aliás, acerca desta diferença, bem ponderou o Procurador de Justiça Dr. Durval da Silva Amorim, coordenador do CECCON, às fls. 548-549:

Após concluída a instrução dos autos com manifestação dos interessados (fls. 349-361/385-387), defesa da norma por parte do Procurador-Geral do Município (fls 399-404) e parecer do Ministério Público Estadual (fls. 417-429), o novo relator determinou a juntada de cópia integral de agravo de instrumento em trâmite no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual versava sobre a ação civil pública ajuizada na Comarca de Santo Amaro da Imperatriz para impedir a operação de extração de minério local em vista de diversas irregularidades ambientais.

[...]

Pois bem, a presente manifestação restringe-se ao conteúdo do recurso de agravo de instrumento anexado aos autos e à análise do impacto das informações técnicas lá contidas ao objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Recorde-se, desde já, que a presente ação versa sobre a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 2.273/2013, do Município de Santo Amaro da Imperatriz, que impediu a utilização do equipamento denominado “desagregador” na extração de areia realizada no leito do Rio Cubatão. Alegou-se, para tanto, que o Município não tem competência para legislar sobre minério, contrariando a normativa federal, e que a norma ofende o princípio da livre iniciativa, inviabilizando a atividade comercial.

Parece importante, diante da limitação do objeto da presente ação, frisar que **a ação civil pública em trâmite em primeiro grau em nada se relaciona com esse pedido de inconstitucionalidade.** A lei municipal em voga, aliás, é meramente citada nos autos em um estudo específico, não compondo a fundamentação jurídica que requer a paralisação das atividades extrativistas.

Aliás, a referida paralisação é requerida em vista de diversas outras irregularidades ambientais, que vão desde o licenciamento indevido da atividade por inexistência de estudo prévio de impacto ambiental, até o descumprimento dos limites das licenças concedidas, além do suposto dano ambiental causado pela extração irregular de minérios (fls. 548-549) Grifo nosso)

Feitas essas ressalvas, passo finalmente à apreciação do mérito da presente ação direta de inconstitucionalidade, abaixo:

2. Mérito

Como visto no relatório, a controvérsia constitucional central consiste em verificar se o município, na intenção de proteger o meio ambiente, possui competência para editar norma que proíbe a utilização de determinado equipamento utilizado na atividade de extração de minério.

Assim, a análise de mérito passa, necessariamente, pelo estudo da competência legislativa dos municípios acerca das matérias relativas à mineração e à proteção ambiental, tema que invariavelmente perpassa pelos dispositivos constantes na Constituição Federal. Vejamos:

No que toca à **atividade de mineração**, extrai-se da Constituição Federal os seguintes dispositivos:

Art. 20. São bens da União:

(...)

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

(...)

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural,

de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

Como se vê, compete privativamente à União legislar sobre “*minas e outros recursos minerais*”, sendo que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas. Além disso, os recursos minerais são bens da União, a quem compete autorizar a sua pesquisa e lavra. Dessa forma, em regra, não há espaço para o Município legislar sobre o assunto.

Além disso, cabe frisar que, no exercício da prerrogativa que lhe é conferida, a União editou o Decreto-Lei n. 227/1967, que dá nova redação ao “Código de Minas/Código de Mineração”, bem como a Lei n. 7.805/1989, que, entre outras providências, cria o regime de permissão de lavra garimpeira.

Já no que se refere às **questões ambientais**, extrai-se da Constituição Federal os seguintes dispositivos (replicados simetricamente na Constituição Catarinense em seus arts. 9º, incisos VI e VII; 10º, incisos VI e VIII, §§1º ao 3º; e art. 112, incisos I e II):

CF: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

(...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

(...)

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

CESC:

Art. 9º O Estado exerce, com a União e os Municípios, as seguintes competências:

(...)

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; Art. 10. Compete ao Estado legislar, concorrentemente com a União, sobre:

(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

(...)

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar do Estado.

§ 2º Inexistindo norma geral federal, o Estado exercerá a competência legislativa plena para atender suas peculiaridades.

§ 3º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Art. 112. Compete ao Município:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber;

Como se vê, é competência comum dos entes federados, incluindo os Municípios, proteger o meio ambiente e preservar as florestas, a fauna e a flora. Outrossim, como visto, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a fauna, a conservação da natureza, a defesa do solo e dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente. Consta, ademais, que compete aos Municípios legislar sobre os assuntos de interesse local, bem como suplementar as legislações federal e estadual no que couber.

Assim, com base nestes dispositivos e fazendo uma leitura sistêmica da Carta Constitucional – no sentido de que, para proteger o meio ambiente, o Município precisa estar autorizado a legislar – o Supremo Tribunal Federal fixou em 2015 a tese nº 145, com repercussão geral reconhecida, que diz que: “O município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da Constituição Federal)” (RE 586224, Dje 08-05-2015).

Não posso deixar de notar, ademais, que antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/1981) – que foi recepcionada pela Carta Maior – já previa, em seu art. 6º, §§ 1º e 2º, que: “Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas [§1º] supletivas e complementares e padrões relacionados ao meio-ambiente”

Em resumo, portanto, compete privativamente à União legislar sobre recursos minerais, não sendo autorizado ao Município, em regra, tratar sobre o assunto. Por outro lado, é competente o Município para legislar sobre o meio ambiente, no limite do seu interesse local e desde que em harmonia com as normas dos demais entes federados.

Assim, a controvérsia principal reside em definir se a norma atacada tratou sobre “recursos minerais” ou sobre o “meio ambiente”. Tratando do meio ambiente, cabe verificar se a lei disciplinou “assunto de interesse local” e, em caso afirmativo, se está em “harmonia com normas estaduais ou federais”.

Além disso, em atenção à tese explanada pela defesa, acerca da alegada ofensa ao princípio da livre iniciativa, cabe verificar se a proibição constante na norma municipal efetivamente inviabiliza a atividade de mineração 19 Gabinete Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo na região, bem como avaliar os princípios constitucionais envolvidos na hipótese

Passemos à análise pormenorizada de cada um destes itens:

a) Matéria tratada na norma

A meu ver, embora a lei atacada tangencie matéria relativa aos recursos minerais (já que proíbe a utilização de determinado equipamento utilizado na extração de areia, qual seja: os desagregadores/maracas), não há dúvidas de que trata, essencialmente, da proteção do meio ambiente, assunto que se insere nas competências legislativas municipais.

Isso porque – ao ouvir atentamente a votação da lei (CD de fl. 51, aprovada com 7 votos favoráveis, 0 contra e 3 abstenções), bem como ao ler o agravo de instrumento anexado aos presentes autos e a petição inicial da própria autora – **resta claro que o único intuito do município, ao editar a norma, foi a proteção do meio ambiente, especificamente do Rio Cubatão Sul.**

Aliás, discorrendo sobre as competências para legislar sobre recursos minerais e sobre o meio ambiente, Affonso Leme Machado ensina que: “Há mais uma inter-relação entre essas competências do que exclusão de competência. A jazida e/ou a mina não existe isoladamente, sendo que sua exploração terá efeitos no meio ambiente. Dessa forma, o interesse nacional, regional e local devem harmonizar-se no tratamento legal desses temas, deixando-se de lado construções jurídicas herméticas ou isolacionistas, contrárias à integração dos interesses privados no interesse social” (MACHADO, Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 810, retirado da fl. 425 do parecer ministerial).

Dito isso, passo à análise do próximo item.

b) Assunto de interesse local

Como adiantado no início desta exposição, para ser constitucional, não basta que a referida norma trate da proteção do meio ambiente, mas é também necessário que discipline assunto de interesse local. Resta saber, 20 Gabinete Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo portanto, qual o real significado desta expressão.

O Supremo Tribunal Federal, no tema nº 145, com repercussão geral reconhecida (já mencionado anteriormente), valendo-se do conceito de Hely Lopes Meireles, definiu que o assunto de interesse local: “se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância” (RE 586224, Tribunal Pleno, Dje 08-05-2015).

De modo semelhante, ao tratar sobre o conceito mencionado, ensina o doutrinador Marcelo Novelin: “A expressão ‘assuntos de interesse local’ vem sendo interpretada no mesmo sentido de ‘peculiar interesse’, termo tradicionalmente utilizado pelas constituições brasileiras anteriores. Esse interesse deve ser entendido como predominantemente local, ainda que não exclusivo” (NOVELIN, Marcelo. Curso de Direito Constitucional – 13 ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 637).

Na mesma linha, leciona Alexandre de Moraes, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal: “Apesar da difícil conceituação, interesse local refere-se àqueles interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União), [...], salvo as tradicionais e conhecidas hipóteses de interesse local, as demais deverão ser analisadas caso a caso, vislumbrando-se qual o interesse predominante” (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 34 ed. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 344-345).

Na hipótese, a meu ver, resta evidente o interesse predominantemente local do município, uma vez que a referida norma visa proteger o Rio Cubatão Sul, o qual, como se sabe, corta de lado a lado o Município de Santo Amaro de Imperatriz, sendo importante fonte de recursos hídricos e também relevante para o turismo local.

Conforme bem colocado pela Câmara de Vereadores do Município: “...em Santo Amaro da Imperatriz a questão de preservação dos recursos hídricos possui uma peculiaridade toda especial. O município possui o título de Vale das águas e Capital Catarinense das águas e Capital Catarinense das Águas Termais é responsável pelo abastecimento de toda a grande Florianópolis e abriga um dos mais importantes complexos de água termal do planeta”.

Ainda: “As questões relacionadas aos rios da Bacia do Cubatão Sul são extremamente ligadas aos anseios da população local, tendo em vista que a cidade é cortada lado a lado por esses rios. A população santamarense convive diariamente com essas questões e guarda para si uma relação de amor com o Rio Cubatão e seus afluentes” (fl. 359).

Dito isso e superada a questão, passo à análise do próximo item.

c) Harmonia com as normas estaduais e federais

Como visto até aqui, a norma municipal tratou de matéria ambiental e disciplinou assunto de interesse predominantemente local. Resta verificar, assim, se a legislação está em harmonia com as normas dos demais entes federados que eventualmente disciplinem a questão. Em outras palavras: resta analisar se há contradição entre a norma local e as leis estaduais e federais.

Na hipótese, adiante, não vislumbro contradições.

Em consulta junto às legislações federais e estaduais de Santa Catarina, não localizei normas que disciplinem o uso de desagregadores (maracas) na atividade de extração de areia. Ademais, como já dito pelo Des. Eládio Torret Rocha, quando da análise do pedido cautelar: “a demandante não apontou, de forma precisa e dialética, quais seriam as legislações estaduais e federais a respeito da matéria que teriam sido contrariadas” (fl. 291).

Sobre o tema, aliás, cabe destacar importante ensinamento proferido pela Corte Suprema no julgamento da ADI nº 3356, publicado em 01-02-2019: “(...) a inconstitucionalidade formal de normas estaduais, municipais ou distritais por usurpação de competência da União só ocorre se a norma impugnada legislar de forma autônoma sobre matéria idêntica. Se, no entanto, o exercício da competência decorrer da coordenação (art. 24) ou da cooperação (art. 23), a violação formal exige ofensa à subsidiariedade” (ADI 3356, Tribunal Pleno, Dje 01-02-2019, p. 50).

Importante notar, além disso, que a legislação municipal impugnada não abranda ou atenua proteções ambientais estabelecidas em âmbito federal ou estadual. Ao proibir o uso de desagregadores na extração de areia no espaço territorial do município, torna mais rígida a defesa do meio ambiente. Em caso semelhante, a saber, já decidiu este Colendo Órgão Especial:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL. CONTROLE DIFUSO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 13 E 14 DA LEI N. 1.958/1990 DO MUNICÍPIO DE INDAIAL. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL QUE DECLARA OS MANANCIAS QUE COMPÕEM AS BACIAS HIDROGRÁFICAS DOS RIBEIRÕES ENCANO E WARNOW COMO PATRIMÔNIO ECOLÓGICO E HÍDRICO. VEDAÇÃO DE INSTALAÇÃO DE NOVAS INDUSTRIAS NO LOCAL E POSSIBILIDADE DE A COMUNIDADE ENVOLVIDA APROVAR EVENTUAL INSTALAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS INDUSTRIAIS, VIA PLEBISCITO. VÍCIO FORMAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO E DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE MEIO AMBIENTE. MUNICÍPIO COM COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR EM MATÉRIA AMBIENTAL E NO LIMITE DO INTERESSE LOCAL. ART. 30, I E II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. NORMA MUNICIPAL SUPLETIVA QUE APRESENTA MEDIDAS MAIS RESTRITIVAS QUE AS NORMAS GERAIS FEDERAIS E ESTADUAIS. IRRELEVÂNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. VÍCIO MATERIAL. DESPROPORCIONALIDADE DA NORMA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DA LIVRE INICIATIVA ECONÔMICA. DELIMITAÇÃO DO ESPAÇO TERRITORIAL. PROIBIÇÃO DE ATIVIDADES INDUSTRIAIS POTENCIALMENTE POLUIDORAS DOS MANANCIAS HÍDRICOS. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE ATENDE AO DEVER CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA. IMPROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO. “O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB). [...] Função precípua do município, que é atender diretamente o cidadão. Destarte, não é permitida uma interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, na qual não se reconheça o interesse do município em fazer com que sua população goze de um meio ambiente equilibrado” (STF, RE n. 586.224, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 5-3-2015). Não há pecha de inconstitucionalidade na norma municipal supletiva que traz medidas mais restritivas do que aquelas conferidas pelas leis gerais federais e estaduais, porquanto, em se tratando de matéria ambiental, a hermenêutica mais aceitável é a do in dubio pro natura. A restrição imposta pela municipalidade proibindo a exploração de atividade industrial na região em que se localizam importantes mananciais configura limitação administrativa decorrente do dever constitucional de proteção ambiental e assegura um meio ambiente ecologicamente equilibrado. (TJSC, Arguição de Inconstitucionalidade n. 0110893-93.2015.8.24.0000, de Indaial, rel. Des. Fernando Carioni, Órgão Especial, Dje. 15-02-2017) (Grifo nosso).

No mais, importa também deixar claro que, no julgamento do RE n. 586.224 (juntado pela autora) – em que se discutia a inconstitucionalidade de lei municipal que proibia a queima de palha de cana-de-açúcar – o STF somente reconheceu a inconstitucionalidade da lei local por haver lei estadual que tratava do mesmo tema e que, além disso, apresentava solução menos gravosa e que melhor equilibrava as relações ambientais, econômicas e sociais envolvidas.

Vejamos o que foi dito no voto do eminente relator, o Excelentíssimo Sr. Ministro Luiz Fux:

[...] Portanto, não se pode olvidar da função precípua do município, que é atender diretamente o cidadão, garantindo-lhe, na medida do possível, por conta da conhecida e sempre presente insuficiência de recursos, a satisfação de todas as suas primeiras necessidades.

Dessa forma, não é permitida uma interpretação pelo Supremo Tribunal Federal, na qual não se reconheça o interesse do município em fazer com que sua população goze de um meio ambiente equilibrado.

Mas, conforme já afirmado anteriormente, trata-se de uma questão de identificação da preponderância destes interesses notadamente comuns. A partir deste impasse é que se recorre ao texto constitucional para extrair a mens legis da distribuição de competência legislativa.

O art. 24 da Constituição Federal estabelece uma competência concorrente entre União e Estados-membros, determinando a edição de norma de caráter genérico pela primeira e de caráter específico na segunda hipótese.

Sendo assim, o constituinte originário definiu que o sistema formado pela combinação da legislação estadual com a edição de um diploma legal federal traduz a disciplina de todos os interesses socialmente relevantes para os temas elencados no citado dispositivo.

Destarte, interessa analisar o caso do ponto de vista sistêmico, visto que no âmbito das normas gerais federais, a orientação do legislador segue no mesmo sentido da disciplina estabelecida a nível estadual. As normas federais paradigmáticas que tratam do assunto, expressamente apontam para a necessidade de se traçar um planejamento com o intuito de se extinguir gradativamente o uso do fogo como método despalhador e facilitador para o corte da cana

Neste sentido, destaco o Código Florestal vigente (Lei nº 12.651/12), que, no seu art. 40 determina a instituição de uma política nacional para redução desta forma de colheita:

[...]

Há que se contemporizar, numa análise temporal, o conflito legislativo, visto que a lei municipal foi editada muito anteriormente à lei estadual. Assim, enquanto não havia uma política pública planejada para tratar do assunto e, havendo nítido interesse na questão, não é possível identificar problema acerca da existência de tratamento municipal.

Porém, quando o Estado de São Paulo se manifesta sobre a matéria ambiental disciplinando-a, seguindo o mandamento de sua respectiva constituição, resta a necessidade de saber se existe uma lacuna que dê ensejo à manutenção da vigência da lei municipal.

Iça a ausência de exercício da competência legislativa. Vale lembrar que a Corte Constitucional já se deparou com questão análoga a esta tese, quando julgou a constitucionalidade da proibição da comercialização de materiais feitos de amianto na ADI 3.937-MC/SP (rel. Min. Marco Aurélio Mello).

Embora a análise tenha se dado pelo conflito entre lei estadual versus lei federal, sua aplicabilidade ao caso em tela é perfeitamente possível, pois há também um conflito de competência entre dois entes federados distintos, no qual há uma relação de residualidade conferida pela Constituição. Naquela ocasião, uma das teses reconhecidas foi de que se o ente competente exaure a matéria, não poderá ser limitado por quem tem a opção de complementar à disciplina adotada.

O posicionamento adotado na ocasião reafirmou a jurisprudência cristalizada por esta Corte, como é possível observar pelo leading case sobre lei estadual que proibia o uso de determinados produtos em razão da proteção da saúde. A Representação 1153/RS (rel. Min. Aldir Passarinho, j. 16/05/1985), ilumina vivamente o caminho para o correto deslinde deste julgamento, conforme se observa a partir de sua ementa:

[...]

Por sua vez, em outro leading case, constante na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4060, de minha relatoria, este Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento que “a regra geral deva ser a liberdade para que cada ente federativo faça as suas escolhas institucionais e normativas, as quais já se encontram bastante

limitadas por outras normas constitucionais materiais que restringem seu espaço de autonomia” e de que “não havendo necessidade autoevidente de uniformidade nacional na disciplina da temática, proponho prestigiar a iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes. O benefício da dúvida deve ser pró-autonomia dos Estados e Municípios”

Conforme demonstrado anteriormente, é forçoso admitir que todo o sistema do meio ambiente no tocante ao caso dos autos propõe uma determinada solução estrita, qual seja, planejar a diminuição gradual da queima da cana, enquanto o diploma normativo atacado disciplina de maneira completamente diversa, na contramão da intenção que se extrai do plano nacional, encontrando-se na vedação fixada por este Supremo Tribunal.

É, pois, cristalino que o tratamento dispensado pela legislação municipal vai de encontro ao sistema estruturado de maneira harmônica entre as esferas federal e estadual.

Por conseguinte, sendo certo que o controle da lei municipal é do ponto de vista material, mister se faz analisar se a solução proposta por ela é proporcional sob a ótica constitucional.

Como já devidamente assentado na dogmática jurídica, o dever de proporcionalidade constitui autêntica pauta de moderação e prudência a orientar toda a atuação do Poder Público. Sua função é permitir a harmonia axiológica do sistema normativo. Seu fundamento é a própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização em face de restrições fáticas e jurídicas, na esteira do magistério de Robert Alexy 6 . Sua operacionalização é metodologicamente desdobrada em três etapas ou fases: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

[...]

Nesse sentido, observa-se sem maiores dificuldades, a partir de todo o exposto no presente caso, que a solução trazida pela legislação ora questionada encontra óbice nas duas fases finais de análise da proporcionalidade, enquanto já se prevê uma solução menos gravosa pelo ordenamento que equilibra de maneira mais correta a relação custo-benefício. Desta feita, é intransponível a conclusão pela inconstitucionalidade material da norma em voga.

Como já antecipado no início do voto, há uma sensível e importantíssima distinção entre a proibição contida na norma questionada e a eliminação progressiva disciplina na legislação estadual, mas é indubitável que as duas normas tratam do mesmo tema, que é a queima da cana-de- 26 Gabinete Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo açúcar para sua colheita

Ambos os diplomas legislativos têm o fito de resolver a mesma necessidade social, que é a manutenção de um meio ambiente equilibrado e, portanto, deve-se utilizar o mesmo raciocínio em face da ausência de lei federal genérica prévia à edição de lei estadual que regulamente determinada matéria, hipótese esta em que se suspende a eficácia da lei estadual no que contrariar a norma genérica federal.

Sendo assim, é nítido que solução semelhante deve ser adotada no presente caso, com a ressalva de que, como o município de Paulínia passa a atuar no âmbito de competência do Estado de São Paulo, contrariando-o de sobremodo, acaba por afrontar a respectiva constituição estadual.

[...]

À vista de todo quadro trazido a este Plenário, em nome da manutenção da autoridade da Constituição, seja no plano político e socioeconômico no exercício do reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais, seja no plano jurídico, o qual também tem na distribuição de competências, a necessidade de imposição da manutenção do pacto federativo, não se pode permitir a permanência da norma questionada em vigor, sendo certo que o respeito à lei estadual paulista nº 11.241/02 reflete a harmonia exigida pela nossa Carta Magna (RE 586224, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, Dje 08-05-2015, inteiro teor, p. 33 a 40) (Grifo nosso)

Em mesmo sentido, ademais, foi o voto do Ex. Sr. Ministro Luís Roberto Barroso: “(...) eu entendo que existe competência político-administrativa do município em matéria de proteção do meio ambiente e de combate à poluição, por disposição expressa do artigo 23, VI, da Constituição, portanto, há, a meu ver, competência político-administrativa nessa matéria. E, igualmente, entendo que há competência legislativa, portanto, não apenas político-administrativa, mas também legislativa, em matéria ambiental, seja por dizer respeito a peculiar interesse do município, seja o exercício de uma competência suplementar, na esteira da legislação estadual. Portanto, eu reconheço, em tese, legitimidade ao município para dispor sobre essas questões. O que eu verifiquei, aqui, todavia, do voto do eminente Ministro Luiz Fux, é que existe uma incompatibilidade entre a lei estadual, na matéria, e a lei municipal” (p. 42)

Na mesma linha, destacou a Ex. Sra. Ministra Cármen Lúcia em seu voto: “É preciso querer bem ao município e saber que nesse espaço vivemos, portanto, teremos que saber o que é do peculiar interesse. Mas essa é uma matéria que vem desde a Constituição de 1891, Rui Barbosa advogando essa matéria: Peculiar interesse é o que sobreleva a ele em detrimento dos outros, e haveria a inconstitucionalidade das demais ordens espaciais. Nesse caso, no entanto, os três tratam da matéria. Houve uma contrariedade, e, aí, realmente, há um choque, que não acaba nos limites do município, porque se trata de queimada, que se estende ao subsequente” (p. 50-51).

Dessa forma, por se tratar de situação diversa da apresentada nos presentes autos, inviável a aplicação do julgamento trazido pela autora, não havendo qualquer inconstitucionalidade formal a ser reconhecida.

d) Princípio da livre iniciativa e proteção do meio ambiente

Por fim, em atenção à tese explanada pela defesa, acerca da alegada ofensa ao princípio da livre iniciativa, cabe verificar se a proibição constante na norma municipal efetivamente inviabiliza a atividade de mineração na região, bem como avaliar os princípios constitucionais envolvidos na hipótese.

Passo à análise.

Inicialmente, friso que, da leitura integral dos documentos juntados aos autos (privilegiando-se aqueles constantes no agravo de instrumento em anexo, dada a unilateralidade do laudo pericial juntado pela autora às fls. 275-278), extrai-se que: embora a proibição de desagregadores diminua a eficiência da extração de areia, não impede, por completo, o seu exercício

Sobre o ponto, aliás, cabe destacar o que foi dito pelas próprias empresas que interpuseram o agravo de instrumento em anexo, à fl. 15 do recurso: “A partir da edição desta Lei [2.273/2013], o Município procedeu à fiscalização constante para assegurar a sua aplicabilidade, tendo as empresas em atividade, inclusive as recorrentes, adaptado-se à norma, conforme demonstra a análise técnica do Engenheiro Mecânico Ronaldo Werner Saulo – CREA/SC 061964-6, contratado pela municipalidade (Doc 10)” (fl. 15, anexo).

No mencionado documento, a saber, consta que:

Visando atender as exigências estabelecidas pela lei municipal 2273/2013, a AMABC sugeriu e buscou a reformulação do maquinário de extração, para fins de testes, cientes dos impactos produtivos a menor que tal alteração incorreria. Na nova concepção, o desagregador foi completamente removido do sistema. Com a ausência da ferramenta e de suas pás revolventes o Contentor de Fragmentos passou a representar o elo de contato entre a draga e o lei subaquático. Abaixo segue geometria sugerida a ser empregada para o contentor de fragmentos.

[...]

Por fim, ressalva-se que a medida sugerida não conferirá ao equipamento a eficiência observada quando da adoção do desagregador, inferindo diretamente na diminuição da extração de areia na região. Isso talvez possa resultar na inviabilizada econômica de se manter a atividade, cuja avaliação só poderá ser feita por cada empresa a depender do resultado obtido” (fl. 6.025, anexo, volume 5).

Conforme se extrai do excerto acima, apesar de a proibição do uso de desagregadores (maracas) diminuir a eficiência da extração de areia na região, não se pode afirmar, categoricamente, que a norma inviabiliza por completo a atividade mineradora, cuja avaliação só poderia ser feita analisando-se o resultado obtido por cada uma das empresas mineradoras.

Aliás, ao tratar do assunto, bem colocou o eminente Procurador de Justiça Dr. Basílio Elias de Caro, à época coordenador do CECCON:

Ademais, cumpre destacar, conforme já salientado na decisão liminar (fls. 283-292), que a norma impugnada não ofende o princípio da livre iniciativa, previsto nas Constituições Federal e Estadual, uma vez que não veda o exercício de atividade econômica, apenas proíbe o uso de determinado instrumento, no intuito de promover a proteção ambiental, o que se coaduna com a defesa do meio ambiente, um dos princípios orientadores da ordem econômica (CF, art. 170, inciso VI) (fl. 429) (Grifo nosso)

De outro lado, é importante destacar que há inúmeras informações técnicas no mencionado agravo de instrumento que dão conta de que o uso de desagregadores causa significativo impacto ambiental no Rio Cubatão Sul, sendo que a extração de areia também surte efeitos no abastecimento de água de toda a Grande Florianópolis. Abaixo, destaco alguns excertos:

[1] CASAN – Respostas aos Quesitos referentes ao Ofício nº 0198/2012/PJ/SAI

Segue abaixo as respostas aos Quesitos.

1- A atividade de extração de Minério, no Rio Cubatão do Sul, bem como a na sua Bacia Hidrográfica, em especial no âmbito do Município de Santo Amaro da Imperatriz afeta o abastecimento de água? Sim. O processo de extração de areia afeta o abastecimento de água, prejudicando o seu tratamento na ETA Morro dos Quadros.

2- A atividade de extração de minério, na Bacia Hidrográfica Cubatão Sul, vem causando/ou causa algum dano no abastecimento de água?

Sim. De acordo com as observações e laudos realizados diariamente percebe-se que mesmo em dias sem chuva, ocorre um aumento de cor e turbidez no período vespertino, coincidindo com o período onde há a atividade de extração de areia, prejudicando o tratamento da água na ETA Morro dos Quadros. Estas variações da qualidade da água bruta do Rio Cubatão ao longo do dia, são comprovadas através de análises físicas e químicas, conforme planilha em anexo.

3- A atividade de extração de minério, no Rio Cubatão Sul, bem como na sua Bacia Hidrográfica causa diminuição da água produzida, e do abastecimento de água tratada?

Sim. Com o aumento da cor e da turbidez da água bruta causada pelo processo de mineração, a carreira de filtração (tempo entre duas lavagens do mesmo filtro) será reduzida, conseqüentemente o volume de água tratada produzida será menor, pois é necessário diminuir a vazão da ETA para que a qualidade da água tratada esteja de acordo com os padrões de potabilidade da Portaria MS 2914/2011.

4- O aumento da turbidez da água da Bacia Hidrográfica do Rio Cubatão Sul, em decorrência da atividade minerária gera algum tipo de problema operacional no sistema de abastecimento de água potável da CASAN à Região Metropolitana grande Florianópolis?

Sim. O aumento da concentração deste parâmetro acarreta em uma maior dosagem de produtos químicos, como o sulfato de alumínio e cal, e reduz o tempo na carreira de filtração (tempo entre duas lavagens no mesmo filtro), aumentando assim o número de lavagens dos filtros. **Prejudicando substancialmente o tratamento e conseqüentemente o abastecimento de água à Região Metropolitana da grande Florianópolis.**

5- A turbidez da água gera algum aumento de custo no tratamento de água?

Sim. Quanto maior a concentração de turbidez na água bruta, maior é a quantidade de produtos químicos utilizados no tratamento, conseqüentemente os custos para compra de sulfato de alumínio (coagulante), cal e cloro gás aumentam consideravelmente

6- A bacia Hidrográfica do Rio Cubatão Sul é de importância para os mananciais de captação para o abastecimento de água dos 5 (cinco) municípios da Região?

Sim. O Rio Cubatão Sul, assim como, o Rio Vargem do Braço (captação de Pilões) são os mananciais utilizados pela Companhia tendo um papel importantíssimo para a garantia do abastecimento de água dos 05 (cinco) municípios da Região.

[...]

8- A degradação ambiental das margens Taludes do Rio Cubatão Sul afetam de alguma forma o tratamento de abastecimento de Água?

Sim. Como a mata ciliar ao longo do Rio Cubatão Sul encontra-se em avançado estágio de degradação, o que expõe o solo aos agentes externos, aumentando a sua suscetibilidade a erosão e quando ocorrem chuvas moderadas ou fortes toda a areia, folhas e sujeira que se encontram nas margens do manancial, encaminham para dentro do rio, alterando a sua qualidade (fls. 89-91, anexo, volume 1)

[2] IMPACTOS AMBIENTAIS NEGATIVOS ASSOCIADOS À LAVRA DE MINÉRIO – BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO CUBATÃO DO SUL, NOS LIMITES TERRITORIAIS DO MUNICÍPIO DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ – RELATÓRIO DE PERÍCIA AMBIENTAL

Impactos Ambientais Significativos:

O uso de desagregador rotativo (maraca) potencializa a desestabilização dos taludes das margens do Rio Cubatão. Com o aumento de causal do rio ou chuvas fortes, ocorre o deslizamento de suas margens;

O uso de desagregador rotativo (maraca) produz alargamento da calha do rio;

O uso de desagregador rotativo (maraca) produz destruição da vegetação das margens. Ficando estas expostas por um tempo aos fatores de intemperização e erosão

O uso de desagregador rotativo (maraca) produz aprofundamento do leito do rio, alterando o regime de fluxo da água, produzindo por exemplo, o aumento da velocidade e turbulência, esta última pela rugosidade do fundo do leito;

O uso de desagregador rotativo (maraca) pode vir a produzir impactos ambientais à jusante da região de utilização;

. O uso de desagregador rotativo (maraca) **umenta a turbidez da água do rio, por remove maior quantidade de materiais finos do leito. Também amplia o raio de perturbação por turbidez da água, afetando localmente a fauna do rio no momento da execução dos trabalhos de mineração;** (fl. 150, anexo, volume 1)

[...]

Praticamente todas as LAO(s) emitidas fazem menção à proibição do uso de equipamentos que venham a desestabilizar os taludes do rio, regimes de suas águas, etc. Algumas delas são bem específicas mencionando proibição de maracas. As Licenças Municipais também são claras em suas proibições destes equipamentos (fl. 155, anexo, volume 1)

[...]

Acontece que estes rios são estreitos e não apresentam uma largura adequada para suportar uma draga, seja estática ou móvel. Além disto, encontramos margens substituídas por materiais de granulometria arenosa, com pouco grau de compactação e muito suscetíveis aos processos de erosão. Uma draga no rio trabalhando é um obstáculo para o fluxo da água, que é obrigada a deslizar por uma das margens, facilitando os processos erosivos (fl. 162, anexo, volume 1)

[...]

Perigos e Riscos:

O uso de desagregador rotativo, maraca, no leito do rio, produz alterações no regime do fluxo da água. Isto pode vir a ocasionar outros impactos à jusante e também nas margens dos lotes próximos onde opera a draga (fl. 181, anexo, volume 1)

[...]

.

. Observemos os danos que se produzem no Rio Cubatão do Sul, quando se minera na forma que se vem fazendo.

No momento que temos trabalhando uma draga no rio, com um tubo de sucção e um desagregador rotativo (maraca), estamos removendo o seu leito, em parâmetro turbidez e causando um dano à fauna, que se encontra nesse setor. Neste caso o dano se potencializa, conforme a área que é minerada pela draga e sua intensidade.

Também podemos causar um Impacto Negativo Significativo águas abaixo (jusante) e contribuir com a causa de um dano posterior. Exemplo BR 282-Mina sombrio. Também estamos causando um efeito sobre as margens do rio desestabilizando seus taludes conseqüentemente, como já foi explicado, um dano na vegetação localizada sobre as margens, contribuindo para aumentar a largura do rio essa área. Isso também prova um dano para os proprietários dessas terras que fazem divisa com o rio e que estão sendo erodidas (fl. 224, anexo, volume 1)

Como se vê, o eventual comprometimento dos interesses 32 Gabinete Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo econômicos das mineradoras mostra-se diminuto quando comparado aos enormes e significativos prejuízos ambientais causados pelo uso de desagregadores na região, os

quais transcendem o território de Santo Amaro da Imperatriz e atingem o abastecimento de água de toda a Grande Florianópolis

Não posso deixar de notar, ademais, que, embora a Constituição Federal estabeleça a competência privativa da União para legislar sobre recursos minerais, também dispõe que é competência comum dos entes federados, incluindo os Municípios, registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de exploração de recursos minerais em seus territórios. Veja-se:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

Não bastasse, ao tratar da ordem econômica, a Constituição Federal estabelece expressamente que esta deve observar, entre outros princípios, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos processos empregados:

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:

(...)

VI - **defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;** (Grifo nosso)

Não fosse o suficiente, verifico que a Constituição Federal dedicou um capítulo inteiro ao meio ambiente (CAPÍTULO VI), no qual consta que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como que é dever do Poder Público proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica:

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:

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Tais preceitos, além disso, também estão enumerados na Constituição Catarinense, nos arts. 134, 181 e 182, in verbis:

Art. 134. A ordem econômica catarinense, obedecidos os princípios da Constituição Federal, baseada no primado do trabalho, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Art. 181. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Art. 182. Incumbe ao Estado, na forma da lei:

(...)

III - proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem extinção de espécie ou submetam animais a tratamento cruel;

Assim, ponderando os bens jurídicos envolvidos, e fazendo uma leitura sistêmica do texto constitucional – que estabelece que a atividade econômica deve observar, entre outros princípios, a defesa do meio ambiente –, entendo que a proteção da região deve prevalecer sobre eventual comprometimento dos interesses econômicos das mineradoras.

Aliás, tratando do tema, decidiu brilhantemente o STF:

E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito

de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III) (ADI 3540 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJe 03-02-2006) (Grifo nosso)

Não destoia, ademais, o seguinte julgado deste Colendo Órgão Especial, no qual se reconheceu que a norma que ampliava a área de proteção ambiental e vedava a extração mineral dentro dos seus limites, por dar efetividade à proteção ambiental, não violou o princípio da livre iniciativa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 2.459, DE 8.6.1990, DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA, QUE CRIA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL NA SUB-BACIA DO RIO SANGÃO E DO RIO DOS PORCOS, E LEIS N. 3.158, DE 26.10.1995, QUE PROÍBE O MUNICÍPIO DE CONCEDER LICENÇA AMBIENTAL, E N. 3.179, DE 23.11.1995, QUE AMPLIA A ÁREA RECONHECIDA COMO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E VEDA “A EXTRAÇÃO MINERAL, SOB QUALQUER TÍTULO OU PROPÓSITO”, DENTRO DOS SEUS LIMITES.

REQUERIMENTOS DE ADMISSÃO NO PROCESSO NA CONDIÇÃO DE “AMICUS CURIAE” DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM E DA FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FIESC. ENTIDADES QUE, A DESPEITO DA RELEVÂNCIA DA MATÉRIA ANALISADA E DA SUA REPRESENTATIVIDADE, LIMITARAM-SE A INVOCAR QUESTÕES JURÍDICAS JÁ APRESENTADAS NA PETIÇÃO INICIAL. INVIABILIDADE. INGRESSO DO AMIGO DA CORTE NO PROCESSO QUE É EXCEPCIONALMENTE ADMITIDO COM A FINALIDADE DE ENRIQUECER O DEBATE JURÍDICO, PREVALECENDO, DO CONTRÁRIO, A REGRA QUE VEDA A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. ARTIGO 7º, “CAPUT”, DA LEI N. 12.069, DE 27.12.2001.

MUNICÍPIO QUE POSSUI LEGITIMIDADE PARA CRIAR ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - APA E COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE LOCAL. ARTIGO 112, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. LEIS IMPUGNADAS QUE NÃO INVADIRAM A COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE “JAZIDAS, MINAS E OUTROS RECURSOS MINERAIS” (ARTIGO 22, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) E, TAMPOUCO, VIOLARAM O DIREITO DE PROPRIEDADE DOS RECURSOS MINERAIS ASSEGURADO À UNIÃO PELO ARTIGO 176 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

DIREITO À EXPLORAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS QUE DEVE SER EXERCIDO EM HARMONIA COM O “DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO”. ARTIGO 181 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA, LIVRE CONCORRÊNCIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E OS SEUS SUBPRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO QUE NÃO FORAM VIOLADOS. DEFINIÇÃO DE ESPAÇO TERRITORIAL E PROIBIÇÃO DE ATIVIDADES POTENCIALMENTE POLUIDORAS, DENTRE ELAS A MINERAÇÃO DE CARVÃO, QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA PARA ASSEGURAR AOS MUNICÍPIOS À EFETIVIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE POR MEIO DA PRESERVAÇÃO DO SEU ABASTECIMENTO DE ÁGUA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL

(TJSC, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.051681-9, da Capital, rel. Des. Jânio Machado, Órgão Especial, j. 01-07-2015) (Grifo nosso)

Assim, em resumo a tudo o que foi dito: tendo em vista que a lei municipal impugnada tratou sobre o meio ambiente, no interesse predominantemente local, e em harmonia com as normas federais e estaduais – matéria que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, proferido em sede de repercussão geral, se insere na competência legislativa municipal

– bem como considerando que a atividade econômica deve observar, entre outros princípios, a defesa do meio ambiente (que, na hipótese, transcende a proteção do Rio Cubatão Sul, repercutindo no abastecimento de água de toda a Grande Florianópolis), não vislumbro as inconstitucionalidades formal e material alegadas pela autora.

3. Dispositivo

Ante todo o exposto, voto pela **IMPROCEDÊNCIA** do pedido formulado na petição inicial.

Este é o voto.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 4002717-78.2017.8.24.0000, de Tubarão

Relator: Desembargador Jaime Ramos

VOTO VENCEDOR:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ART. 981 DO CPC. INSTAURAÇÃO REQUERIDA PELO MUNICÍPIO DE TUBARÃO QUE PRETENDE FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA NO SENTIDO DA EXIGÊNCIA DE PROPOSITURA DE AÇÕES DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E CONSEQUENTE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIOS PARA DEVOLUÇÃO DE VALORES DE DEPÓSITOS QUE LEVANTOU EM EXECUÇÕES FISCAIS QUE MOVEU PARA COBRANÇA DE ISS DE OPERAÇÕES DE LEASING E FORAM INEXITOSAS. DECISÃO DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO PELA REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL ANTE A POTENCIALIDADE DE A DECISÃO SOBRE A ADMISSÃO DO INCIDENTE ENVOLVER AS DEMAIS ÁREAS DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL. DISCUSSÃO SOBRE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE. DISTINÇÃO ENTRE CAUSA-PILOTO E CAUSA-MODELO. AUSÊNCIA DE RECURSO OU AÇÃO EM TRÂMITE NO TRIBUNAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A INSTAURAÇÃO DE IRDR. DELIBERAÇÃO TOMADA PELA MAIORIA DOS MEMBROS DO ÓRGÃO ESPECIAL.

O Órgão Especial, por maioria de votos, decidiu que é possível instaurar Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) mesmo tem haver processo ou recurso em tramitação no Tribunal, desde que, obviamente, estejam presentes os requisitos do art. 976 do Código de Processo Civil (“efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”; e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”).

VOTO VENCIDO:

DECISÃO MAJORITÁRIA DO ÓRGÃO ESPECIAL PELO RETORNO DOS AUTOS AO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO PARA EXAME DOS DEMAIS REQUISITOS PARA INSTAURAÇÃO DO IRDR. VOTO VENCIDO DO RELATOR NO SENTIDO DA POSSIBILIDADE DE O ÓRGÃO ESPECIAL AVANÇAR NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO IRDR E ANALISAR OS DEMAIS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE DECISÕES CONFLITANTES A DENOTAR RISCO DE OFENSA À ISONOMIA OU À SEGURANÇA JURÍDICA. REQUISITOS PARA INSTAURAÇÃO DO IRDR NÃO COMPROVADOS PELO REQUERENTE. ART. 976 DO CPC. MOTIVO QUE IMPEDE A INSTAURAÇÃO DO IRDR.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 4002717-78.2017.8.24.0000, da comarca de Tubarão Vara da F. Púb. E. Fisc. A. do Trab. e Reg. Púb. em que é Requerente Município de Tubarão e Requerida Finasa Leasing S/A Arrendamento Mercantil.

O Órgão Especial decidiu, no dia 18 de dezembro de 2019, por maioria de votos, pela admissibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) independentemente da existência de processo ou recurso em trâmite no Tribunal. Votaram nesse sentido os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Jaime Ramos, Alexandre d’Ivanenko, Moacyr de Moaraes Lima Filho,

Sérgio Izidoro Heil, João Henrique Blasi, Soraya Nunes Lins, Henry Petry Junior, Rodrigo Collaço, Stanley Braga, Hélio do Valle Pereira, Pedro Manoel Abreu, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Torres Marques, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes e Salim Schead dos Santos. Vencidos, nesse ponto, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Francisco Oliveira Neto, Júlio César M. F. de Melo, Cláudio Barreto Dutra, Monteiro Rocha e Roberto Lucas Pacheco, que votaram por não conhecer de IRDR sem que haja processo ou recurso em trâmite no Tribunal. Decidiu, ainda, por maioria de votos, determinar o retorno dos autos ao Grupo de Câmaras de Direito Público para apreciação do IRDR. Votaram nesse sentido os Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Henrique Blasi, Soraya Nunes Lins, Henry Petry Junior, Roberto Lucas Pacheco, Rodrigo Collaço, Hélio do Valle Pereira, Júlio César Machado Ferreira de Melo, Cláudio Barreto Dutra, Monteiro Rocha, Torres Marques, Marcus Túlio Sartorato e Salim Schead dos Santos. Vencidos, nesse ponto, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Sérgio Izidoro Heil, Stanley Braga, Francisco Oliveira Neto, Pedro Manoel Abreu, Luiz César Medeiros, Fernando Carioni e Ricardo Fontes, que votaram no sentido de não admitir o IRDR.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Alexandre d'Ivanenko, Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, Desembargador Sérgio Izidoro Heil, Desembargador João Henrique Blasi, Desembargadora Soraya Nunes Lins, Desembargador Henry Petry Junior, Desembargador Roberto Lucas Pacheco, Desembargador Rodrigo Collaço, Desembargador Stanley Braga, Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Hélio do Valle Pereira, Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Cláudio Barreto Dutra, Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Monteiro Rocha, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Torres Marques, Desembargador Marcus Túlio Sartorato, Desembargador Ricardo Fontes e Desembargador Salim Schead dos Santos. Custas legais.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2019.

Desembargador Jaime Ramos
Relator

RELATÓRIO

O Município de Tubarão requereu a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), derivado da Ação de Execução Fiscal, processo nº 075.03.004780-8, em que figura como executada Finasa Leasing S/A Arrendamento Mercantil, aduzindo que tramitam na Vara dos Feitos da Fazenda da Comarca de Tubarão mais de duzentas ações de execução fiscal em que se objetivava a cobrança do Imposto sobre Serviços (ISS) incidente sobre operações de leasing; que em aproximadamente sessenta dessas ações o Município de Tubarão recebeu os valores depositados em

juízo, perfazendo o montante total aproximado de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais); que as ações foram inicialmente procedentes, mas o Superior Tribunal de Justiça reformou a posição para improcedência dos pedidos; que a decisão transitou em julgado, acarretando necessidade de devolução dos valores já sacados.

Por isso, o requerente entende ser possível estabelecer com o IRDR tese única a ser aplicada para todos os processos relacionados, pertinente à forma como “deverá se processar a devolução ou restituição dos valores obtidos pela Fazenda Pública Municipal: se mediante ação de repetição de indébito com instrumento de precatório ou, então, mediante ordem de pagamento imediata e penhora de dinheiro nas contas públicas.” Na hipótese, defende que a devolução seja realizada “mediante ação de repetição de indébito e expedição do competente precatório judicial ou RPV”.

Distribuído o pedido ao Grupo de Câmaras de Direito Público, este, por maioria, em acórdão do qual foi relator o eminente Des. João Henrique Blasi, decidiu remeter os autos ao Órgão Especial para examinar os requisitos de instauração do incidente e, para tanto, decidir “quanto à natureza do IRDR, se referente a ‘causa-piloto’ ou a ‘procedimento-modelo’”, dado que as ações tramitam ainda em Primeiro Grau e não há processos a respeito neste Tribunal”.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso, opinou pelo “não cabimento do IRDR nos casos em que ausente processo em trâmite no Tribunal”.

VOTO

O Código de Processo Civil de 2015 declara que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” (art. 926). Sendo assim, “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” (§ 1º), atendo-se, nesses casos, “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (§ 2º). Dentre as formas de uniformização de jurisprudência estão o Incidente de Assunção de Competência (IAC) (art. 947), como resquício do que já continha o Código de Processo Civil de 1973, no art. 555, § 1º, e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) (arts. 976 a 987).

O presente feito trata de IRDR e há questões preliminares a resolver quanto à possibilidade de sua admissão.

Como disseram Dierle Nunes e outros, acerca do juízo de admissibilidade dos IRDR: “Em razão de sua força normativa, é imprescindível que a decisão que os admita seja cuidadosa e avalie de forma correta a presença dos requisitos, sob pena de banalizar a utilização do IRDR, distorcendo-o e transmutando-o em um mecanismo puramente de gestão de processos, em detrimento de sua função garantidora da isonomia jurídica, integridade e coerência do sistema.” (NUNES, Dierle *et alii*. O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais. Panorama Atual do novo CPC 2. Org.: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira, Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 141).

Diz o art. 976, do Código de Processo Civil, quanto aos requisitos exigidos para a instauração de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR):

“Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

“I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

“II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

A discussão que chega a este colegiado trata do cabimento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), proposto pela parte no Tribunal de Justiça, sem contar com processo ou recurso pendente de julgamento na Segunda Instância. Ou seja, na espécie, o Município de Tubarão requereu a instauração de IRDR buscando a homogeneização de decisões judiciais e a fixação de tese jurídica acerca do modo de devolução de valores sacados de depósitos judiciais em aproximadamente 60 processos de execução fiscal pertinentes ao recolhimento de ISS sobre operações de “leasing”, nos quais foi sucumbente, entendendo necessária a propositura, pela parte credora, de ação de repetição de indébito e consequente expedição de precatório ao final.

Portanto, neste primeiro momento, verificar-se-á se é necessária a existência de processo ou recurso em trâmite no Tribunal para que possa ser instaurado um IRDR, ou se é suficiente a existência de causas judiciais repetitivas, ainda que apenas em Primeiro Grau.

Foi justamente para decidir sobre se é necessária a existência de “causa-piloto” em trâmite no Tribunal, ou seria suficiente a instauração de “procedimento-modelo”, também denominado “procedimento-padrão” ou “causa-modelo”, que o Grupo de Câmaras de Direito Público afetou a discussão à deliberação deste Órgão Especial, ante a amplitude da solução que se avizinha a envolver também os outros ramos do Direito que compõem a divisão de competências deste Tribunal (Civil e Comercial).

Desde logo é preciso estabelecer a diferença entre “causa-piloto” e “causa-modelo” (ou “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”). “Causa-piloto”, cujo termo é utilizado na Inglaterra e na Áustria, é o processo ou recurso pendente de julgamento no Tribunal, escolhido pelo requerente ou pelo Órgão Julgador, dentre vários repetitivos, para iniciar o procedimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e, com ele, fixar uma tese jurídica, de cunho material ou processual, que deva ser aplicada em todos os processos pendentes em que se discute a mesmíssima questão jurídica, encaminhando desde logo o julgamento do feito, ou seja, sem a cisão cognitiva. “Causa-modelo” (ou “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”) é a causa que contém discussão jurídica controversa, escolhida pelo requerente ou pelo Órgão Julgador, para instauração de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a fim de se estabelecer a definição de uma tese jurídica que possa valer para causas repetitivas que contenham igual questão jurídica, sem julgamento do caso concreto, o qual caberá ao Juiz da causa, pois há cisão da cognição,

de sorte que, nesse caso, é desnecessária a existência de processo ou recurso pendente de julgamento no Tribunal respectivo, até porque este não terá obrigação de julgar a causa ao instante da fixação da tese jurídica.

De acordo com Brenda Janina Gomes, Analista Jurídico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em seu artigo “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR): sistema de causa-piloto ou sistema de procedimento-modelo”, “no sistema de ‘causa-piloto’, adotado na Inglaterra, por meio do *Group Litigation Order*, e na Áustria, por meio do *Pilotverfahren*[3], tem-se que o órgão julgador elege um caso concreto para submeter a julgamento e, a partir deste, fixa parâmetro decisório e abstrato a ser replicado nos demais. Lado outro, no sistema de “procedimento-modelo”, adotado na Alemanha sob a denominação de *Musterverfahren*[4], há uma cisão de julgamento, pois a tese é fixada para aplicação em número expressivo de processos nos quais os jurisdicionados figurem em situações semelhantes, sem que haja, contudo, a escolha de um caso concreto para exame.» (GOMES, Brenda Janina Falcão. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR): sistema de ‘causa-piloto’ ou sistema de ‘procedimento-modelo’?* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 dez 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51818/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr-sistema-de-quot-causa-piloto-quot-ou-sistema-de-quot-procedimento-modelo-quot>. Acesso em: 17 dez 2019).

A segunda fórmula (“causa-modelo” ou “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”) é adotada pelo Judiciário alemão (“*Musterverfahren*”), no qual teriam se inspirado os processualistas brasileiros para a criação do sistema de IRDR no Código de Processo Civil de 2015, como têm afirmado os Juristas.

No caso concreto, não tendo ainda nenhum processo ou recurso em tramitação no Tribunal de Justiça acerca da questão jurídica a ser pacificada, pretende o Município requerente a adoção do sistema de “causa-modelo”.

Dierle Nunes e outras (Ana Luíza Pinto C. Marques, Isadora Tofani G. M. Werneck e Laura Freitas) sustentam a aplicação do “procedimento-padrão” (causa-modelo ou procedimento-modelo):

“Veja-se, como o próprio nome sugere, que o incidente de resolução de demandas repetitivas é uma técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante cisão da cognição por meio de ‘procedimento-modelo’ ou ‘procedimento-padrão’. Noutro dizer, o IRDR é um incidente por meio do qual ‘são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário’. Ao juízo *primevo* caberá a aplicação do padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso, como se verá adiante.

“Apesar do dissenso interpretativo existente, pela própria natureza de incidente, o IRDR se revela como uma técnica de procedimento-padrão, tal como no sistema alemão, não se vislumbrando, com respeito às opiniões contrária, a possibilidade de enxergá-lo como técnica de causa-piloto (como os recursos extraordinários) sem cisão cognitiva.” (NUNES, Dierle *et alii*. O

perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais. Panorama Atual do novo CPC 2. Org.: Paulo Henrique dos Santos Lucon e Pedro Miranda de Oliveira, Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 122-123).

O Fórum Permanente de Processualistas Civis debateu a questão e aprovou o Enunciado n. 344, segundo o qual “a instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

Por sua vez, diversamente, os participantes do Seminário “O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil”, organizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), debateram e aprovaram o Enunciado n. 22, no sentido de que “a instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

Essa discussão foi iniciada concretamente, no presente feito, quando o Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, pelo acórdão de fls. 412-450, “remeter o incidente ao Órgão Especial para decidir quanto à natureza do IRDR, se ‘causa-piloto’ ou se ‘procedimento-modelo’, conforme preliminar suscitada pelo Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli”, não sem antes adiantar posições dos eminentes Julgadores, dentre os quais o Desembargador Francisco Oliveira Neto, que foi seguido pelos ilustres Desembargadores Pedro Manoel Abreu, Ricardo Roesler e Vera Copetti, os quais entenderam desnecessária a afetação do incidente ao Órgão Especial, por considerarem, desde logo, não satisfeito o requisito de admissibilidade do IRDR ante a inexistência de processo a ser julgado no Tribunal.

É muito bem ponderada a argumentação que o eminente Desembargador Francisco Oliveira Neto apresentou em seu voto vencido, no sentido da impossibilidade de instauração de IRDR sem que haja processo ou recurso em trâmite no Tribunal. Veja-se:

“Voltando ao caso concreto, e como já apontei de início, faltam os requisitos para seu conhecimento, e o primeiro que destaco é justamente este, já que não há qualquer causa pendente de julgamento da questão em exame em nosso tribunal de justiça, o que imprescindível.

“Em primeiro lugar porque, como já dito anteriormente, trata-se de tribunal de justiça, e não de corte superior, razão pela qual o máximo que aqui se pode fazer é criar jurisprudência dominante, e não precedentes.

“Desnecessário dizer mais.

“Em segundo, porque não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias aos tribunais, de modo que jamais poderia o Código de Processo Civil impor norma que afetasse diretamente tal competência, uma vez que tais regramentos advêm do próprio texto constitucional.

“Sobre o tema esclarecem Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

“O IRDR é, como seu próprio nome indica, um incidente. Trata-se de um incidente, instaurado num processo de competência originária ou em recurso (inclusive na remessa necessária).

“Instaurado o incidente, transfere-se a outro órgão do mesmo tribunal a competência funcional para julgar o caso e, igualmente, fixar o seu entendimento a respeito da questão jurídica que se revela comum em diversos processos.

“Essa transferência não ocorrerá quando o órgão colegiado do tribunal, competente para julgamento do IRDR, também tiver competência para o menores, isso será mais frequente.

“Há, no IRDR, a transferência de competência a outro órgão do tribunal para fixar a tese a ser aplicada a diversos processos e, ao mesmo tempo, a transferência do julgamento de pelo menos dois casos: esse órgão do tribunal, que passa a ter competência para fixar o entendimento aplicável a diversos casos, passa a ter competência para julgar os casos que lhe deram origem (art. 978, par. ún, CPC).

“Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. O incidente há de ser instaurado no caso que esteja em curso no tribunal.

“**Se não houver caso em trâmite no tribunal, não se terá um incidente, mas um processo originário. E não é possível ao legislador ordinários criar competências originárias para os tribunais.** As competência do STF e do STJ estão previstas, respectivamente, no art. 102 e no art. 105 da Constituição Federal, e dos tribunais regionais federais estão estabelecidas no art. 108 da Constituição Federal, cabendo às Constituições Estaduais fixar as competências dos tribunais de justiça (art. 125, § 1º, CF). **O legislador ordinário pode e foi isso que fez o CPC criar incidentes processuais para causas originarias e recursais que tramitem nos tribunais, mas não lhe cabe criar competências originárias para os tribunais. É também por isso que não se permite a instauração do IRDR sem que haja causa tramitando nos tribunais.** (Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais, Volume 3, Salvador: Editora Juspodium, 2016, p. 625).

[...]

“Ainda é preciso que haja causa pendente de no Tribunal. O IRDR é instaurado a partir de um caso que esteja no tribunal, seja um processo originário, seja um recurso (inclusive a remessa necessária). **Somente cabe o IRDR enquanto pendente a causa de competência do tribunal. A causa de competência do tribunal pode ser originária ou recursal. Caberá IRDR, se estiver pendente de julgamento no tribunal uma apelação, um agravo de instrumento, uma ação rescisória, um mandado de segurança, enfim, uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não cabe mais IRDR. Os interessados poderão suscitar o IRDR em outra causa pendente, mas não naquela que já foi julgada’** (Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais, Volume 3, Salvador: Editora Juspodium, 2016, p. 625/628 grifou-se).

“Logo, admitir-se que o CPC/15 criou nova espécie de processo de competência originária dos tribunais, é uma interpretação que se mostra inconstitucional.

“E nesse ponto específico, o voto vencedor, com as devidas vênias, incorre em manifesto equívoco. Permitir que o tribunal julgue processo que não esteja em trâmite nessa instância, levaria a conclusão de que o julgamento do IRDR estaria incluído na competência originária da Corte, o que não ocorre por dois motivos:

“1) A Constituição Estadual, definiu a competência deste Tribunal, estabelecendo, em seu art. 83, XI, as causas de competência originária e, no inciso XII, a competência recursal:

“[...]

“Como se vê, apenas os incisos XI e XII do art. 83 da CE/89 fixam competências do Tribunal e, neles, como visto, não consta a espécie em comento neste julgamento, a demonstrar que não há no texto da Constituição Estadual previsão de que compete originariamente ao TJSC o julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o que registre-se jamais poderia ser feito.

“Entender que uma Constituição Estadual possa prever qualquer tipo de novo processo originário (ou recurso) de competência do Tribunal de Justiça violaria frontalmente o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, que atribui competência originária à União para legislar sobre matéria processual.

“E nem se diga que a matéria é de aplicação do art. 24, inciso XI (que prevê a competência concorrente para o legislador sobre procedimentos em matéria processual), tendo afirmado o Supremo Tribunal Federal que, mudando o que deve ser mudado, Mostra-se insubsistente, sob o ângulo constitucional, norma local que implique criação de recurso. Esta ocorre no âmbito da competência para legislar sobre direito processual, não estando abrangida pela competência concorrente do inciso XI do artigo 24 da Constituição Federal (A.I. 253.518, rel. Min. Marco Aurélio).

“2) Muito embora o voto vencedor tenha usado como fundamento o inciso XIII do art. 83 da Constituição Estadual, tal dispositivo mostra-se inaplicável a espécie.

“É que, mencionada norma (que determina que compete ao tribunal “exercer as demais funções que lhe forem atribuídas por lei”) não permite, nem induz a permitir, que a lei ordinária possa alterar a competência do Tribunal de Justiça, fixada específica e claramente em outros dois incisos. E, de mais a mais, autorização para exercer as demais funções não guarda qualquer similitude com competência para julgamento.

“Quando o inciso XIII do art. 83 da CE/89 determina que os tribunais exercem “as demais funções que lhe forem atribuídas por lei”, significa dizer que a eles incumbe o mero exercício de funções atribuídas em lei, mas obviamente e por tudo que já foi dito (especialmente pela função constitucional de um tribunal de justiça que, repito, não cria precedentes), não permite a criação de novos processos ou recursos de competência originária dos tribunais, nem mesmo ampliação de competência nestes aspectos.

“Se assim fosse, qual o motivo para se tratar da competência dos tribunais em dois outros incisos?

“Mas não é só. Outra questão ainda merece destaque: o presente pedido está claramente sendo usado como sucedâneo recursal, o que igualmente aponta para seu não conhecimento.

“E assim o é porque, na própria petição inicial, o requerente apresenta como demanda paradigma a ação de execução fiscal n. 075.03.004780-8 e, a decisão nela prolatada e que determina a devolução dos valores em trinta dias não foi alvo do recurso.

“Transcrevo-a:

“Compulsando os autos, verifica-se que, por meio dos embargos à execução fiscal nº 075.03.007494-5, restou reconhecida a inexistência de relação jurídico-tributária no que concerne à exigência do ISS sobre as operações de arrendamento mercantil ocorridas no Município de Tubarão (fls. 245-248), tendo aqueles autos transitado em julgado em 27/02/2013 (fl. 249). Sendo assim, carece de fundamento o pedido de sobrestamento formulado pelo exequente à fl. 241. Além disso, tendo em vista o resultado dos embargos à execução fiscal, intime-se o exequente para que, no prazo de 30 (trinta) dias, manifeste-se acerca da petição de fl. 232, procedendo à devolução do valor depositado pela parte executada a título de garantia do juízo e que foi liberado ao Município de Tubarão às fls. 48, 67 e 177. Intimem-se. Cumpra-se.”

“Tal fato, a meu ver, evidencia que o requerente desvirtua a natureza jurídica do IRDR, pretendendo se utilizar do instituto como sucedâneo recursal para rediscutir questão não recorrida a tempo.”

Não obstante a judiciosidade e a profundidade das palavras do eminente Desembargador Francisco Oliveira Neto, parece melhor justificada a argumentação alinhada no voto vencedor da lavra do eminente Desembargador João Henrique Blasi, no acórdão do Grupo de Câmaras de Direito Público em que se formalizou a remessa destes autos ao Órgão Especial:

“Há entendimento doutrinário de que o IRDR somente pode ser instaurado mediante a efetiva existência

de processo em trâmite no Tribunal e, nessa contextura, teria natureza de “causa piloto”, a partir da qual se firmará a tese prevista no art. 985 do Código de Processo Civil.

“Nesse sentido invoco:

“Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. O incidente há de ser instaurado no caso que esteja em curso no tribunal.

“Se não houver caso em trâmite no tribunal, não se terá um incidente, mas um processo originário. E não é possível ao legislador ordinários criar competências originárias para os tribunais. As competência do STF e do STJ estão previstas, respectivamente, no art. 102 e no art. 105 da Constituição Federal, e dos tribunais regionais federais estão estabelecidas no art. 108 da Constituição Federal, cabendo às Constituições Estaduais fixar as competências dos tribunais de justiça (art. 125, § 1º, CF). O legislador ordinário pode e foi isso que fez o CPC criar incidentes processuais para causas originarias e recursais que tramitem nos tribunais, mas não lhe cabe criar competências originárias para os tribunais. É também por isso que não se permite a instauração do IRDR sem que haja causa tramitando nos tribunais’ (Didier, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais, Volume 3, Salvador: Editora Juspodium, 2016, p. 625).

“E, no mesmo sentido:

“Ainda é preciso que haja causa pendente no Tribunal. O IRDR é instaurado a partir de um caso que esteja no tribunal, seja um processo originário, seja um recurso (inclusive a remessa necessária). Somente cabe o IRDR enquanto pendente a causa de competência do tribunal. A causa de competência do tribunal pode ser originária ou recursal. Caberá IRDR, se estiver pendente de julgamento no tribunal uma apelação, um agravo de instrumento, uma ação rescisória, um mandado de segurança, enfim, uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não cabe mais IRDR. Os interessados poderão suscitar o IRDR em outra causa pendente, mas não naquela que já foi julgada’ (Cunha, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais, Volume 3, Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 625/628).

“Existe, todavia, respeitável corrente que perfilha entendimento diametralmente oposto, ou seja, de que o IRDR constitui-se em ‘procedimento-modelo’ e, portanto, dispensa a existência de causa em curso no Tribunal.

“O primeiro argumento em prol dessa segunda linha de compreensão, a que aderi, acha-se inculpido no inc. I do art. 997 do Código de Processo Civil, que tem a seguinte dicção:

“Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

“I - pelo juiz ou relator, por ofício;

“[...]’ (destaquei).

“Assim sendo, quando faculta ao Juiz singular o pedido de instauração de IRDR, a norma indica a possibilidade de dar-se andamento a tal incidente ainda que o processo matriz esteja em trâmite no 1º grau de jurisdição, sem ter ascendido ao Tribunal.

“Há os que advogam, na vertente doutrinária oposta, a imprescindibilidade de que o juiz sentencie e aguarde a subida do processo, por recurso ou reexame necessário, para, só então, poder pedir/requerer a deflagração do IRDR.

“Tal solução, porém seria desbordante do disposto no Código de Processo Civil, que não contém qualquer previsão dessa espécie.

“Argumenta-se, em prol do sistema de “procedimento-modelo”, que um dos eixos de ancoramento do

novo regime processual civil é precisamente unificar ou uniformizar interpretações, visando à estabilidade, à integridade e à coerência das decisões (art. 926), motivo pelo qual seria descabido entender-se que o Magistrado 'a quo' sentencie e tenha que ficar à espera da eventual subida do recurso ou do reexame necessário, se houver, para aí então exercer a prerrogativa de requerer a instauração de IRDR.

“Do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, recolhe-se:

“Neste ponto, cabe fazer uma observação sobre o cabimento deste incidente em casos como este, em que o processo originário nº 0135325-80. 2016.8.19.0001, deflagrado por ação de obrigação de fazer, tramita em primeira instância.

“É que uma leitura apressada do parágrafo único do art. 978, do Código de Processo Civil, poderia levar à conclusão, a meu ver, equivocada, de que o incidente só seria cabível se suscitado em recurso, remessa necessária ou em processo de competência originária do Tribunal. Ocorre que, segundo penso, não faz sentido restringir o seu cabimento a feitos em trâmite no Tribunal, pois seria um estímulo à desnecessária proliferação de ações marcadas pela mesma controvérsia.

“No entanto, a meu pensar, naquele parágrafo único estão expressos os caos em que o próprio colegiado competente para decidir o incidente julgará a questão constitutiva do mérito dos processos originários, o que não acarretará supressão de instância, nem significa dizer que o incidente não seja cabível se suscitado em caso como este.

“Aliás, o art. 977, I, prevê expressamente a legitimidade do juiz para provocar instauração do incidente ao Presidente do Tribunal e, neste caso, a todas as luzes, feito o pedido por Juíza de Direito em ação de obrigação de fazer em fase de citação, sem que tenha sido nela interposto qualquer recurso, é de se afirmar, desde já, que não poderá ocorrer a avocação do parágrafo único do art. 978 do Código de Processo Civil, porque o incidente se originou de processo que tramita em primeira instância, a qual não pode ser suprimida e, por isso, excluída fica a competência para julgar o feito originário.

“Então, segundo penso, já que o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de juiz pedir a instauração do incidente, é desnecessária a existência prévia de recurso ou ação originária no tribunal, que, neste caso, julgará apenas o incidente, fixando a tese jurídica. Em outros termos, dar-se-á aqui uma cisão cognitiva, pois compete a este Órgão julgar apenas o incidente e ao primeiro grau julgar a causa contida no feito originário.’ (IRDR nº. 0023205- 97.2016.8.19.0000, Suscitante Juíza de Direito da 5ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, rel. Des. Nildson Araújo da Cruz, j. 16.5.2016).

“Observe-se, ainda, a esse respeito, o seguinte escólio:

“Apesar de não estar previsto como requisito de admissibilidade do IRDR, já se discute na doutrina a necessidade de haver ao menos um processo em trâmite no tribunal, seja em grau recursal ou em razão do reexame necessário, para que se admita a instauração do incidente processual ora analisado.

“Parcela da doutrina entende que não, de forma que o IRDR deva ser admitido ainda que os múltiplos processos estejam todos em primeiro grau de jurisdição. Parece também ter sido essa a intenção do legislador, como se pode notar de trecho da Emenda constante do tópico 2.3.2.231 do Parecer Final 956 do Senado, que na realidade notou um problema que eu entendia não existir no projeto de lei aprovado pela Câmara: “Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 998 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência.’ (Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil, Editora Jus Podivm, 9ª Edição, p. 1.497).

“Concluindo, também pela desnecessidade da existência de processo em trâmite no Tribunal, e discorrendo

sobre a dualidade conceitual do IRDR (se sistema de “causa-piloto” ou de “procedimento-modelo”), colijo o escólio doutrinário que segue:

“Adotamos a posição segundo a qual o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, ‘que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos presentes e futuros. Entendemos, portanto, que no incidente não haverá julgamento de “causa-piloto”, mas que será formado um “procedimento-modelo”. (Temer, Sofia. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 69 apud Becker, Rodrigo e Trigueiro, Victor. IRDR: causa-piloto ou procedimento-modelo?, jota.info/colunas/coluna-cpc nos tribunais, 30.3.2017).

“Parte da doutrina sustenta que, na ausência de processo em trâmite no Tribunal, o julgamento do IRDR estaria inserido na competência originária da Corte, que não poderia ser criada por norma infraconstitucional.

“Ocorre que a Constituição da República cometeu aos Estados Federados a organização de sua Justiça (art. 125) e a Constituição barriga-verde (art. 83, inc. XIII), ao dar concreção a tal comando, cuidou de fixar, expressamente, dentre outras várias competências do seu Tribunal de Justiça, o exercício das funções que lhe forem atribuídas por lei.

“Observe-se a exata redação do art. 83, inc. XIII, da Constituição do Estado:

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

“[...]

“XIII - exercer as demais funções que lhe forem atribuídas por lei.’ [...]

“Ao que se observa, a lei, no caso o Código de Processo Civil, em reverência à Constituição, está a endereçar ao Tribunal de Justiça o mister de julgar o IRDR (artigos 977 e 978 do CPC), sem condicionamento à existência de ação originária ou de recurso judicial em trâmite na própria Corte.” (fls. 415-419).

Vale a pena expor o aprofundamento da Doutoranda e Mestre em Direito Processual pela UERJ, a Advogada Sofia Temer, em artigo específico, a respeito da possibilidade de admissão de IRDR sem ter causa pendente no Tribunal:

“Alguns doutrinadores vêm defendendo a necessidade de existência de causa pendente no tribunal para instauração do IRDR. Parte dessa doutrina atribui essa exigência principalmente à redação do parágrafo único do art. 978, que dispõe que: ‘O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente ou de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. Outro fundamento para exigir causa pendente no tribunal seria que, assim, se evitaria que o incidente tivesse caráter preventivo, porque já haveria, via de regra, decisões conflitantes.

“Apontamos, em estudo anterior, argumentos favoráveis e contrários a ambas as posições, e, com o respeito às posições divergentes, pensamos que o melhor entendimento acerca da questão é o que permite a instauração do incidente sem que haja, necessariamente, causa pendente de julgamento no tribunal.

“Este entendimento decorre dos seguintes fundamentos:

“a) Na Câmara dos Deputados, inseriu-se previsão ao projeto do novo CPC no sentido de que ‘o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal’ (art. 988, § 2º, do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 166/2010), o que justificava o requisito de causa pendente no

tribunal para a instauração do IRDR. Não obstante, esta previsão foi retirada da versão final. Para justificar essa exclusão, o Senado Federal explicitou, no Parecer 956/2014, que ‘Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 998 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência.’ A versão final aprovada no novo Código não contém tal exigência. Ora, embora não sejamos adeptos da tendência de buscar a ‘vontade do legislador’ para compreender o sentido da lei, parece incoerente continuar defendendo a existência de um requisito que foi clara e expressamente retirado da versão aprovada e sancionada.

“b) O art. 978, parágrafo único, que vêm justificando tal entendimento, corresponde a uma burla no devido processo legislativo. Defende-se abertamente a inconstitucionalidade formal do dispositivo, porque ausente previsão similar nas versões aprovadas na câmara e no Senado. Não se pode compreender que tal dispositivo tenha surgido como ‘emenda de redação’, porque tem conteúdo substancial distinto das versões anteriores. Defende-se em doutrina, ainda, a inconstitucionalidade material, por afronta ao art. 96, I da Constituição da República, que atribuiu privativamente aos tribunais a elaboração e seus regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais.

“c) A instauração em primeiro grau não afronta o requisito de ‘efetiva repetição’ e, por isso, não torna o incidente preventivo, o que foi arduamente criticado durante a tramitação do projeto legislativo. Com efeito, o requisito da efetiva repetição (e não potencial) não pode ser afastado, sendo expresso claramente no art. 976, I. Quaisquer interpretações que sejam dadas aos outros aspectos do instituto – como, no caso, a possibilidade ou não de instaurá-lo a partir do primeiro grau – não têm o condão de alterar tal exigência.

“O que pode ocorrer, caso instaurado a partir do primeiro grau, é que o incidente seja instaurado sem que haja repetição de decisões meritórias sobre a questão, mas nunca a dispensa da efetiva repetição de demandas. Isso porque o CPC não impõe, embora seja aconselhável, que o IRDR apenas seja instaurado quando houver efetiva repetição de decisões sobre a mesma questão jurídica. Exige-se efetiva repetição de processos, o que pode ocorrer sem que haja alguma causa pendente no tribunal”.

“Pensamos que o segundo requisito para instauração do incidente, qual seja, ‘risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica’ (art. 976, II) também não pode ser a justificativa legal para exigir decisões dissonantes a respeito da problemática. Caso essa fosse a opção legal, o Código trataria de dispor como requisito para a instauração, a efetiva ofensa à isonomia e segurança jurídica (que decorrem da coexistência de decisões antagônicas) e não o ‘risco de’.

“Aliás, a existência de causa pendente no Tribunal, embora possa ser um indicativo de que a questão foi suficientemente debatida previamente e que há decisões divergentes sobre o tema, não é prova disso. Com efeito, é possível ter causa pendente no Tribunal sem efetiva repetição e sem decisões prévias, como nos casos de processos de competência originária.” (TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 109-111).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero comungam dessa opinião:

“6. Causa Pendente de Análise no Tribunal ou em Primeiro Grau. Embora seja controvertido se é exigível que exista causa pendente de análise perante o tribunal para admitir o IRDR, isso não deve ser colocado como requisito para o incidente. Isso porque o código diz que qualquer ‘juiz ou relator’ pode provocar o incidente (art. 977, I, CPC) e porque, embora o art. 975, parágrafo único, pudesse indicar solução diferente, o preceito que exigia essa condição (inserido no Substitutivo 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados) foi suprimido na versão final do código. Assim, não

se exige que exista causa pendente de análise pelo tribunal para admitir o IRDR, bastando que haja multiplicação de demandas com a mesma questão exclusivamente de direito em trâmite pelo Judiciário brasileiro, com risco para a isonomia e para a segurança jurídica.” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo Civil comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1036).

Afirmam os defensores da posição contrária que o Código de Processo Civil coloca um empecilho à adoção do sistema de “causa-modelo” para a instauração do IRDR, na medida em que, no art. 978, parágrafo único, diz que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”; dando a entender, para muitos processualistas, que por essas linhas o sistema processual brasileiro escolheu a fórmula da “causa-piloto” para autorizar a instauração de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Não obstante, é possível interpretar que a regra do parágrafo único do art. 978 do Estatuto Processual incide na hipótese de estar em tramitação no Tribunal um recurso, nada impedindo que se instaure o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sem a existência de processo na Corte de Justiça.

Como se percebe, sem embargo de uma aparente contradição com o disposto no parágrafo único do art. 978, essa parece ser a exegese a se extrair do art. 977 do CPC, que permite a instauração de IRDR a pedido do juiz ou de qualquer das partes, o que oferece a conclusão de que não é preciso ter processo ou recurso em tramitação no Tribunal, mas apenas a repetição de causas, ainda que somente em Primeiro Grau: “Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.”

Ou seja, não impede a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas o fato de não existir, ainda, nenhum processo ou recurso pendente de julgamento no Tribunal respectivo.

Aliás, essa orientação foi acolhida pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, ao admitir um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (n. 4013930-13.2019.8.24.0000), independentemente da existência de processo ou recurso em tramitação no Tribunal, porém, em face da repetição de causas acerca da mesma questão jurídica nos Juízos de Primeiro Grau e nas Turmas de Recursos do sistema de Juizados Especiais Fazendários:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DO QUADRO DA POLÍCIA CIVIL. INDENIZAÇÃO POR REGIME ESPECIAL DE TRABALHO POLICIAL CIVIL (IRESA). POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DURANTE AFASTAMENTOS REMUNERADOS E REFLEXOS SOBRE DEMAIS RUBRICAS. AMPLO ESPECTRO DE DEMANDAS AJUIZADAS COM DECISÕES CONFLITANTES A RESPEITO DA TEMÁTICA. DISSÍDIO

JURISPRUDENCIAL CARACTERIZADO. REQUISITOS DO ART. 976 DO CPC/15 PREENCHIDOS NA HIPÓTESE. RISCO À SEGURANÇA JURÍDICA E EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS DEBATENDO A MESMA QUESTÃO DE DIREITO. ADMISSÃO DO INCIDENTE QUE SE IMPÕE. (TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 4013930-13.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 23-10-2019).

Contudo, na hipótese em discussão, não se encontra satisfeito o requisito legal da existência de risco à isonomia e à segurança jurídica (inciso II do art. 976 do Código de Processo Civil).

Não opinião deste Relator, embora vencido nesta parte, ante a deliberação majoritária deste Órgão Especial, nesta data, é possível que este Órgão Julgador e não meramente consultivo avance com a análise dos demais requisitos para instauração do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Em que pese a deliberação mencionada, expõe o Relator, abaixo, os motivos pelos quais entende inadmissível o presente IRDR, no caso.

De acordo com os incisos I e II do art. 976 e seu § 4º, do Código de processo Civil, a admissibilidade do IRDR é estrita à presença de quatro requisitos, quais sejam: (1) “efetiva repetição de processos que contenham (2) controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”; (3) “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”; e (4) ausência de afetação do recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva nos tribunais superiores.

Como bem consignou o Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva,

“O ideal é que se procure todos quadrantes envolvidos na controvérsia a fim de abranger e esgotar o maior número de questões fáticas e jurídicas para a formação do precedente qualificado.

“Na lição de Cássio Scarpinella Bueno (coordenador):

“Como o incidente é procedimento que visa, a partir da criação de um “modelo” da controvérsia, maximizar o debate e esgotar as discussões acerca do tema jurídico em análise para atingir um padrão decisório excelente que seja aplicável a todos os casos, a problemática acerca da escolha e formação do procedimento-modelo é uma das mais relevantes.

“Não há dúvidas de que o procedimento-modelo deve ser o mais plural, abrangente e completo possível. Deve conter linguagem clara e abordar todos os aspectos que possam influir na formação da tese jurídica. Todos os fundamentos jurídicos potencialmente importantes devem estar presentes, para legitimar a formação da decisão padrão.” (Comentários ao código de processo civil. São Paulo, Saraiva, 2017. v. 4. p. 213-214)

“Na mesma linha:

“É evidente que o IRDR deverá ser levado a sério pelos tribunais de justiça e tribunais regionais federais de modo que a nova técnica auxilie na melhoria quantitativa e, especialmente, qualitativa de seus julgamentos, uma vez que o CPC/2015 cria pressupostos normativos interpretativos que imporão, em definitivo, a necessidade do respeito a uma teoria normativa da participação (cooperação) tendo o contraditório como influência, e não surpresa como base.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA,

Alexandre Melo Franco; *et al.* Novo CPC: fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 386-387)”. (TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0001624-56.2013.8.24.0076, de Turvo, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 28-11-2018).

Sobre a repetição de processos, há indicação do requerente, Município de Tubarão, de o IRDR envolver 60 processos, de um universo maior de quase 200 ações em que se discutia a cobrança de ISS sobre operações de “leasing” e em que o ente público foi sucumbente. Todavia, somente em relação ao primeiro montante é que o Município de Tubarão realizou saques dos valores antecipadamente depositados e, por isso, sobre eles se dirige a tentativa de uniformização jurisprudencial quanto ao modo judicial de devolução das quantias sacadas.

Em seu brilhante voto proferido no Grupo de Câmaras de Direito Público quando do exame da admissibilidade deste IRDR e da deliberação pela remessa ao Órgão Especial, o eminente Francisco Oliveira Neto assim se pronunciou, avançando na necessidade de cumprimento do requisito da existência de risco à isonomia e à segurança jurídica, após considerar impossível a instauração do incidente sem processo ou recurso em tramitação no Tribunal, como se vê dos excertos adiante, que, pela judiciosidade, passam a integrar a fundamentação deste voto, no particular:

Vencido isso, passo a descrever as razões pelas quais entendo que ausentes outros dois requisitos, em especial, a não comprovação de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre idêntica questão de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Importante ressaltar que “o IRDR não deve ser instaurado simplesmente para evitar decisões diferentes em determinada questão de direito, mas sim, tão somente quando essa divergência jurisprudencial passe a repercutir na segurança jurídica. Assim, não basta a existência de uma ou outra decisão judicial conflitante, em especial quando ainda não haja precedentes jurisprudenciais” (TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0009063-50.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 8.2.17).

Aliás, “Em regra, decisões diferentes sobre a mesma questão de direito ofendem a isonomia. Porém, isso não basta para admitir o incidente. Para o incidente, é necessário que esse tratamento ati-isonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população e para as próprias estruturas judiciais, a respeito de como dada situação será tratada pela Justiça Civil. É inevitável que eventualmente instado a pronunciar-se a respeito de uma mesma questão de direito em vários processos, inexistindo precedente a respeito do assunto, a Justiça Civil produza decisões diferentes. Enquanto isso não afeta a visão de inevitabilidade da resposta jurisdicional única para aquela específica questão de direito, essa divergência é tida como normal, sendo internalizada pelo sistema.

Todavia, quando essas respostas diferentes importem em risco de que se perca a referência a respeito de qual é a orientação jurisdicional sobre determinada conduta (*rectius*, sobre a interpretação adequada para determinada questão de direito), aí se terá o risco à isonomia e à segurança jurídica, de que fala o art. 976, II, CPC” (Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015).

Ora, no caso dos autos, o requerente, visando comprovar a existência de posicionamentos divergentes sobre

a matéria, afirma existir mais de 200 execuções fiscais que tramitam na Vara dos feitos da Fazenda da Comarca de Tubarão, sendo que, dessas ações, já levantou em relação a 60 delas os valores depositados a título de garantia dos embargos à execução fiscal. Esclareceu que, em razão da perda das ações executivas, após o julgamento do REsp n. 1.060.210/SC, foi acionado para devolver os valores levantados.

Defende que “O ponto da controvérsia existente, e que se faz uso do presente IRDR para fins de salvaguardar a segurança jurídica e a isonomia, está em saber a forma que deverá se processar a devolução ou restituição dos valores obtidos pela Fazenda Pública Municipal: se mediante ação de repetição de indébito com instrumento do precatório ou, então, mediante ordem de pagamento imediata e penhora de dinheiro nas contas públicas” (fl. 7).

Para fundamentar a existência de divergência juntou 3 jurisprudências antigas oriundas do TRF da 4ª região proferidas nos anos de 2001 e 2006, nas quais se entendeu que haveria necessidade de ajuizamento de nova demanda para reaver os créditos levantados pelo exequente a título de depósito judicial.

Verifica-se, no entanto, que o tema hodiernamente encontra-se superado, sendo pacífica a jurisprudência da Corte Superior e desta Corte no sentido de que os valores levantados mediante autorização judicial antes do trânsito em julgado da decisão, relativos à garantia da execução fiscal, não se submetem ao rito do precatório.

Aliás, “As duas turmas que compõem a Primeira Seção têm entendido reiteradamente que a devolução imediata do valor depositado judicialmente, para garantia da execução fiscal, levantado mediante autorização judicial, antes do trânsito em julgado do processo executório, não se submete ao rito do precatório. Não se trata de obrigação material, senão de ônus processual.” (AgRg no REsp 1404823/SC, rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado), Primeira Turma, j. 25.11.15).

Importante salientar que no referido julgado quem interpôs o Recurso Especial foi o próprio Município de Tubarão em face de decisão proferida em execução fiscal aforada contra ABN AMRO Arrendamento Mercantil S/A em que visava justamente a cobrança de ISS incidente sobre operações de leasing ou seja, em caso idêntico ao ora apresentado.

Do mesmo modo, quanto ao tema, não se verifica divergência na jurisprudência desta Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXTINÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. DETERMINAÇÃO, PELO JUÍZO, DE DEVOLUÇÃO DO LEVANTAMENTO PARCIAL DO DEPÓSITO FEITO PARA ASSEGURAR A EXECUÇÃO, NOS TERMOS DA LEI N. 10.819/03. COMANDO DE PENHORA VIA BACENJUD, EM FACE DA RECUSA DO MUNICÍPIO. DEDUÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. IMPROPRIEDADE. VALOR NÃO PERTENCENTE AO ENTE MUNICIPAL. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DO VALOR EM RENDA (ART. 165 DO CTN). SUPOSTO DESCOMPASSO COM A DEMANDA ORIGINÁRIA, DIANTE DO RECONHECIMENTO DA INEXIGIBILIDADE DO CRÉDITO, ENTÃO ASSEGURADO PELO DEPÓSITO. PEDIDO DE CONVERSÃO EM “PERDAS E DANOS”, PARA EVENTUAL PAGAMENTO DE ACORDO COMO ART. 100 DA CR. IMPERTINÊNCIA. LEVANTAMENTO PRECÁRIO. PROVIDÊNCIA, ADEMAIS, CONDICIONADA À EXISTÊNCIA DE FUNDO, DESTINADO A RESGUARDAR O RESSARCIMENTO (ART. 1º, § 1º, DA LEI N. 10.819/03). DEVOLUÇÃO A SER EFETUADA, DE IMEDIATO, COM O TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO JÁ AFIRMADA NESTA CORTE (AI 2011.029910-6, REL. DES. CID GOULART). PREQUESTIONAMENTO. REJEIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0157400-49.2014.8.24.0000, de Tubarão, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 07-02-2017);

“TRIBUTÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO FISCAL - ISS SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE

BACENJUD NAS CONTAS DO MUNICÍPIO DE TUBARÃO ANTE O DESCUMPRIMENTO PELO ENTE DA DETERMINAÇÃO DO JUÍZO A QUO PARA DEVOLUÇÃO DA QUANTIA DEPOSITADA PARA GARANTIA DO JUÍZO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO NÃO TRANSITADO EM JULGADO E COM PROBABILIDADE DE PROCEDÊNCIA ANTE O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIAS N. 1.060.210 – INAPLICABILIDADE DO ART. 100, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL POR NÃO SE TRATAR DE PAGAMENTO DE CONDENAÇÃO - POSSIBILIDADE DE BACENJUD - RECURSO PROVIDO.

‘Art. 32. Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos: (...) § 2º. Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente’ (Art. 32, § 2º, da Lei de Execuções Fiscais).

‘A restituição da importância no caso não se condiciona à expedição de precatório, conforme o art. 100 da Constituição Federal, uma vez que não se trata de pagamento de condenação, mas, repita-se, de devolução de quantum indevidamente sacado. A ordem, portanto, é de cumprimento imediato.’ (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2009.061884-2, de Tubarão, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. 27-04-2010).” (AI 2011.029910-6, de Tubarão. Segunda Câmara de Direito Público. Rel. Des. Cid Goulart. Decisão de 3.12.2013)

Registre-se que as decisões oriundas do TRF da 4ª região proferidas nos anos de 2001 e 2006 não têm o condão de fundamentar a existência de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, visto que são antigas, não correspondendo, como visto, sequer ao entendimento moderno do STJ.

Nesse contexto, inexistindo precedentes jurisprudenciais deste Sodalício em sentido divergentes, não se verifica, neste momento, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Por fim, e no que toca a ausência dos requisitos, volto a dizer, “O IRDR somente é cabível se (a) houver efetiva repetição de processos e risco à ofensa à isonomia e à segurança jurídica; (b) a questão for unicamente de direito e (c) houver causa pendente no tribunal. Esses requisitos são cumulativos. A ausência de qualquer um deles inviabiliza a instauração do IRDR. Não é sem razão, aliás, que o art. 976 do CPC utiliza a expressão simultaneamente, a exigir a confluência e todos os requisitos.” (obra cit., p. 625/626).

Neste sentido, aliás, segue a jurisprudência pátria:

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. TRIBUTÁRIO. ISS. AÇÃO DECLARATÓRIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RECURSO PENDENTE DE JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO IRDR. ESGOTAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. I) Para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas é necessário que o mérito do recurso não tenha sido apreciado pelo Tribunal. Esse é o entendimento esposado no Enunciado nº 344 do FPPC. II) Quando proposto o presente incidente não havia mais recurso pendente de julgamento neste Tribunal, o que torna incabível a instauração do IRDR, na medida em que esgotada a prestação jurisdicional. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS INADMITIDO. UNÂNIME.” (Incidente de Resolucao de Demandas Repetitivas Nº 70072571391, Primeira Turma Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 13/03/2017);

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. IRDR. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INCIDENTE SUSCITADO APÓS O JULGAMENTO DO MÉRITO RECURSAL. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DO FEITO. SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE CAUSA PENDENTE. Afigura-se inadmissível o incidente de resolução de demandas repetitivas proposto após o julgamento do mérito pelo órgão colegiado, uma vez que o instituto não se presta a servir de sucedâneo recursal. Inteligência do parágrafo único do art. 978 do CPC/2015, segundo o qual o ‘órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.’ Inviabilidade da admissão dos

embargos de declaração como ‘causas-piloto’ de incidentes de resolução de demandas repetitivas, sob pena de alçar esta Turma Cível à sui generis condição de instância revisora das decisões proferidas pelas Câmaras de Direito Público deste Tribunal, sem embargo de subverter a própria natureza dos aclaratórios, de fundamentação vinculada à existência de erro material, obscuridade, contradição ou omissão do decisum. INCIDENTE INADMITIDO. UNÂNIME.” (Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva Nº 70070178678, Primeira Turma Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 05/08/2016);

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PROFESSORA DE ENSINO PÚBLICO. LIMITE DA JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. INCIDENTE SUSCITADO POR MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU VIA OFÍCIO. SUSCITAÇÃO ANTERIOR À PROLAÇÃO DE SENTENÇA. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FEITO QUE ORIGINOU O INCIDENTE ESTAR PENDENTE DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 978, PARÁGRAFO ÚNICO, DO NCPC. ‘É preciso que haja causa pendente no tribunal. O IRDR é instaurado a partir de um caso que esteja no tribunal, seja um processo originário, seja um recurso (inclusive a remessa necessária). Somente cabe o IRDR enquanto pendente causa de competência do tribunal. A causa de competência do tribunal pode ser recursal ou originária. Caberá o IRDR, se estiver pendente de julgamento no tribunal uma apelação, um agravo de instrumento, uma ação rescisória, um mandado de segurança, enfim, uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não cabe mais o IRDR. Os interessados poderão suscitar o IRDR em outra causa pendente, mas não naquela que já foi julgada’ (DIDIER JR., Fredie, in ‘Curso de Direito Processual Civil, Meios de Impugnação Ed. Juspodvim, 2016, pág. 628). INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE NÃO ADMITIDO. (TJPR - Seção Cível Ordinária - IRDR - 1560729-9 - Carlópolis - Rel.: ShiroshiYendo - Unânime - - J. 21.10.2016)

Por essas razões, é que entendi que sua inadmissão é medida que se impõe.

Efetivamente, a discussão proposta envolve somente o Município de Tubarão no polo ativo de todas as ações, em problemática jurídica localizada apenas na Comarca de Tubarão e submetida a um único Juízo, cuja decisão se vislumbra ser uniforme para todos os casos. Ainda que se pudesse admitir a existência de grande número de ações envolvidas, o caráter de repetição deve ser interpretado conjuntamente com os demais requisitos, dentre os quais a existência de probabilidade de dissenso decisório entre os Juízes encarregados das ações repetitivas a reclamar uniformização, de sorte que o incidente há de mostrar efeito processual relevante para equalização da situação jurídica discutida num cenário de incerteza jurídica e de possível quebra de isonomia.

Especificamente quanto às demandas de restituição dos valores depositados em juízo o requerente não apontou objetivamente em quais processos teria ocorrido divergência no estabelecimento dos critérios para restituição dos valores devidos. Daí porque se há de considerar prejudicada a caracterização da ‘controvérsia’ como requisito de admissibilidade do IRDR.

Não há controvérsia ou dissenso de julgamento da questão jurídica, inclusive pela localização dos processos apenas em um Juízo e Comarca, o que implica na previsão de que o entendimento exarado pelo Juízo local em um processo certamente será replicado nos demais, salvo distinções necessárias.

Conforme Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, “o segundo requisito, disposto no art. 976, inciso II, do Código de Processo Civil, é que haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Pode-se falar aqui em risco concreto e não abstrato. A simples existência de vários processos em tramitação perante órgãos judiciais já potencializaria um risco eventual de que fossem decididos de modo diverso, havendo, em tese, a possibilidade de quebra da isonomia e da segurança jurídica. No entanto, se assim fosse, bastaria, na verdade, o primeiro requisito, indicado do inciso I, do art. 976, do CPC. Não basta, portanto, que haja controvérsia entre partes, mas que esta esteja efetivamente ensejando divergência no seio do Poder Judiciário, capaz de comprometer, de fato, o princípio da isonomia e da segurança jurídica.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 113).

O Município afirma, considerando o disposto no art. 976 do CPC, que a discussão é somente de direito, e que há distinção de entendimentos entre decisões deste Tribunal e dos Tribunais Federais da 1ª e 4ª Regiões sobre a restituição dos valores por ele devidos nas execuções fiscais em que levantou valores depositados judicialmente. Refere que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina determina a restituição imediata e integral, enquanto que os Tribunais Federais citados seguem o entendimento de que as restituições devem ser feitas mediante precatório judicial.

Citou os seguintes julgados: TRF-4ª R. - AI 2004.04.01.025993-9 - 1ª T. - el. Des. Fed. Joel Ilan Paciornik - DJU 14.11.2006; TRF-1ª R. - AG 01000996029 - MG - 3ª T. - Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral - DJU 29.06.2001; TRF-4ª R. - AC 2006.71.99.003567-6 - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares - DJU 01.11.2006.

Mas é evidente pela simples leitura dos julgados que eles são relativamente antigos, proferidos nos anos de 2001 e 2006, e não há qualquer comparação ou crítica a posicionamentos jurisprudenciais deste Tribunal.

Ou seja, não existe nos presentes autos nenhuma demonstração da possibilidade de haver insegurança jurídica ou quebra de isonomia de decisões judiciais para justificar a instauração deste IRDR.

Vale considerar o que disse o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da questão:

“Não cabe IRDR preventivo. Mas se exige que haja risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Esse *requisito* reforça a vocação do IRDR para formação de precedentes, aliando-se ao disposto no art. 926 do CPC. Exatamente por isso, somente cabe o *incidente* quando já houver sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o *incidente*, deve haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. É preciso, enfim, haver uma controvérsia já disseminada para que, então, seja cabível o IRDR. Exige-se, em outras palavras, como *requisito* para a instauração de tal *incidente*, a existência de prévia controvérsia sobre o assunto. Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos. É assim que se evita risco à

isonomia e à segurança jurídica. Se há diversos casos *repetitivos*, mas todos julgados no mesmo sentido, mas não risco à isonomia, nem à segurança jurídica. Deve, enfim, haver comprovação de divergência apta a gerar o IRDR: o tribunal está a processar recursos ou remessas necessárias relativos a sentenças proferidas em sentidos divergentes, com risco à isonomia e à segurança jurídica.” (TJRS. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva*, Nº 70069873859, Terceira Turma Cível - Terceiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em: 10-10-2016).

É que, em realidade, no caso concreto, não existe desrespeito à isonomia ou à segurança jurídica e não se demonstrou a probabilidade de que isso poderá vir a ocorrer. Pretende o Município que a decisão tomada no IRDR seja normativa, determinando-se uma regra abstrata para os julgamentos a serem realizados. Mas isso não é possível. Tal como se diz em relação ao mandado de segurança, não cabe proferir decisão normativa, que sirva para abrigar uma tese jurídica aleatória e abstrata, não decorrente de uma discussão real com dissenso de ideias. Afinal, cabe ao Poder Judiciário a aplicação da legislação vigente ao caso concreto, mas sem atribuições legislativas próprias de outro poder (CF, «Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário»).

Consigna-se que “a parte não tem o direito de exigir do magistrado que se manifeste sobre qualquer tema que lhe venha à mente, e que repute útil para o deslinde da questão. O Poder Judiciário não é órgão de consulta e todo requerimento encaminhado deve ser estudado sob o ângulo prático, somente se conhecendo do pedido se houver interesse processual.” [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0300675-64.2014.8.24.0256, de Modelo, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 28-02-2019).

Dessarte, não preenchidos os requisitos exigidos no art. 976, especialmente aquele do inciso II, do Código de Processo Civil, não se mostra possível o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, no presente caso.

3. Pelo exposto, nos termos do art. 981 do Código de Processo Civil, não obstante a possibilidade de se admitir a instauração de IRDR sem que haja processo ou recurso em trâmite no Tribunal, este Relator vota, pelo motivo acima declinado, no sentido de não admitir o presente IRDR.

4. Contudo, aprovado por maioria o voto deste Relator no sentido da admissibilidade do IRDR independentemente da existência de processo ou recurso em trâmite no Tribunal; este Órgão Especial deliberou, também por maioria de votos, em contrariedade à proposta acima, deste Relator, pela devolução dos autos ao Grupo de Câmaras de Direito Público, sob o entendimento inaugurado pelo voto do eminente Desembargador João Henrique Blasi no sentido de que a afetação a este Órgão Especial se deu apenas para deliberar a respeito da possibilidade, ou não, de instauração de IRDR sem processo ou recurso no Tribunal, daí porque não pode avançar para analisar os demais requisitos.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Ação Rescisória n. 4030472-43.2018.8.24.0000, de São Miguel do Oeste

Relator: Des. Jairo Fernandes Gonçalves

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO E ABONO ÚNICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. ACÓRDÃO QUE, DIANTE DA NATUREZA REMUNERATÓRIA DAS VERBAS, NEGOU PROVIMENTO AO APELO, MANTENDO A OBRIGAÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO.

PRETENSÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO REALIZADO COM BASE EM INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL VIGENTE À ÉPOCA DE QUE AS VERBAS POSTULADAS POSSUÍAM NATUREZA REMUNERATÓRIA. UNIFORMIZAÇÃO POSTERIOR QUE NÃO ADMITE A RESCISÃO DO JULGADO.

ALEGAÇÃO DE AFRONTA A NORMA JURÍDICA E ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. NÍTIDO INTUITO DE REDISCUTIR A AÇÃO ORIGINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 343 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

PRETENSÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4030472-43.2018.8.24.0000, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara Cível), em que é autora Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil PREVI, e réu Clédio de Campos

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, julgar improcedente a pretensão rescisória. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 11 de setembro de 2019, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Batista Góes Ulysséa, Denise Volpato, Stanley Braga, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, André Carvalho, Jorge Luis Costa Beber, André Luiz Dacol, Gerson Cherem II, Rosane Portella Wolff, Paulo Ricardo Bruschi, José Agenor de Aragão, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Haidée Denise Grin, Selso de Oliveira, Carlos Roberto da Silva, Osmar Nunes Júnior, Luiz Felipe Schuch, Fernando Carioni, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes, Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2020.

Jairo Fernandes Gonçalves
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de São Miguel do Oeste, Clédio de Campos ajuizou Ação de Complementação de Benefício, registrada com o n. 067.10.001968-0, contra Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil PREVI, com a qual buscava a condenação da ré ao pagamento da complementação dos proventos a fim de ser incluída a parcela referente ao auxílio cesta-alimentação e ao abono único.

Após sentença que acolheu os pedidos (fls. 408-414), a requerida interpôs recurso de Apelação Cível (fls. 433-475).

A Câmara Especial Regional de Chapecó, em acórdão relatado pelo Desembargador Luis Costa Beber (fls. 575-590), por unanimidade, negou provimento ao recurso interposto pela Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ.

Da decisão colegiada, Previ opôs Embargos de Declaração (fls. 593-600) no qual alegou que o acórdão era omissivo, obscuro e contraditório, o qual foi parcialmente acolhido pela Câmara julgadora, apenas para corrigir erro material (fls. 603-605). Novos aclaratórios (fls. 608-614), estes rejeitados, com a aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa (fls. 643-647).

Contra a decisão foram interpostos Recurso Especial (fls. 650-681) e Recurso Extraordinário (fls. 726-736), que não foram admitidos pela Terceira Vice Presidência (fls. 475-476 e 478-479), tendo a recorrente apresentado Agravo em Recurso Especial (fls.754-763) e Agravo em Recurso Extraordinário (fls. 784-791).

O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Agravo em Recurso Especial (fls. 850-852), tendo a recorrente apresentado Agravo Interno (fls. 856-864), o qual foi desprovido (fls. 872-877).

Contra acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a recorrente interpôs Recurso Extraordinário (fls. 901-911), que foi negado seguimento pelo Vice Presidente da Corte da Cidadania (fls. 921-927), tendo a recorrente apresentado Agravo Interno (fls. 931-940), o qual foi desprovido (fls. 950-959).

Remetido o processo ao Supremo Tribunal Federal (fl. 964), a Presidente da Corte Suprema, Ministra Carmem Lúcia, negou seguimento ao Recurso Extraordinário (fl. 966). Contra a decisão a recorrente apresentou Agravo Interno (fls. 967-972), o qual foi desprovido (fls. 977-982).

Diante do resultado do julgamento, Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ ajuizou Ação Rescisória, objetivando a desconstituição do acórdão prolatado pela Câmara Especial Regional de Chapecó no julgamento da Apelação Cível n. 0001968-69.2010.8.24.0067, no qual sustenta, em síntese, a existência de violação a literal disposição de lei, uma vez que o auxílio cesta alimentação e o abono único são verbas previstas em acordo coletivo de trabalho, possuem natureza indenizatória, e não salarial, já que visam ressarcir os custos que o trabalhador teria para realizar sua jornada de trabalho.

Alega que o acórdão rescindendo ao entender tratar-se de verbas de natureza remuneratória acabou por desconstituir a natureza material e jurídica conferida pelo acordo coletivo de trabalho ao auxílio cesta alimentação e ao abono único - indenizatória -, o que somente “poderia ser desconstituída pelos legitimados constitucionalmente a representarem administrativa e judicialmente a respectiva categoria, ou seja, pelo ente coletivo nos tribunais competentes (artigo 8º, inciso III, da CF)” (fl. 7).

Aduz ainda que o acórdão rescindendo também afrontou o artigo 202, caput e § 2º, da Constituição Federal, pois determinou o pagamento do auxílio cesta alimentação e do abono único sem que houvesse fonte de custeio prévio fixou taxa de juros acima do limite legal estabelecido na época de sua vigência.

Ainda assevera que o acórdão rescindendo afrontou o artigo 3º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 108/2001, já que, “sob o argumento de isonomia aos empregados ativos, determinou-se à Entidade o pagamento a seus aposentados de vantagens concedidas aos empregados de seu patrocinador” (fl. 10).

Sustenta que o acórdão rescindendo também afrontou os artigos 3º e 6º da Lei n. 6.321/1976 que criou o Programa de Alimentação do Trabalhador.

Além disso, alega que o acórdão rescindendo violou o artigo 966, inciso VIII, do Código de Processo Civil, já que desconsiderou fato efetivamente existente e admitiu fato inexistente, já que desprezou a natureza jurídica indenizatória conferida ao auxílio cesta alimentação e ao abono único pelas convenções coletivas, entendendo sê-los remuneratórios.

Por tal razão, segundo defende, “o acórdão deverá ser rescindido para que ocorra novo julgamento, tendo em vista o erro de fato incorrido, nos termos do art.485, inciso IX, parágrafo único do CPC” (fl. 18).

Ausente pedido de antecipação da tutela (fl. 998).

Citado (fl. 1.001), o réu quedou-se revel (fl. 1.002).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de Ação Rescisória promovida por Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - Previ com fulcro no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil, em face do acórdão proferido pela Câmara Especial Regional de Chapecó - CERC que, por unanimidade, negou provimento ao recurso por si interposto, mantendo incólume a sentença que determinou a inclusão do auxílio cesta-alimentação e do abono único na complementação dos proventos do autor.

A presente demanda preenche os pressupostos de admissibilidade. O acórdão rescindendo transitou em julgado em 4-8-2018 conforme certidão de fl. 988. A ação foi ajuizada em 6-11-2018

(informação do SAJ), não se operando a decadência, pois deflagrada antes do transcurso do prazo de dois anos previsto no artigo 975 do Código de Processo Civil.

Como visto no relatório, em síntese, são dois os fundamentos apresentados pela Previ com os quais pretende a desconstituição do acórdão proferido pela Câmara Especial Regional de Chapecó: (i) manifesta violação a disposição de lei e (ii) erro de fato.

Este Grupo de Câmaras, após analisar detidamente os argumentos postos em Ação Rescisória idêntica a presente, entendeu pelo não preenchimento dos pressupostos autorizadores da rescisão do julgado.

Nessa toada, a fim de evitar desnecessária tautologia, utiliza-se como razão de decidir excerto do voto proferido pelo eminente Desembargador Stanley Braga, nos autos da Ação Rescisória n. 4004157-41.2019.8.24.0000, julgada em 13-3-2019, que sintetiza o entendimento deste Grupo de Câmaras sobre o tema. Veja-se:

Rescisão por violação manifesta de norma jurídica:

No que toca à pretensão fundada em violação manifesta de norma jurídica (art. 966, inc. V, do CPC), a Previ sustentou o cabimento da rescisória argumentando que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso repetitivo, assentou o entendimento, de que o auxílio cesta-alimentação e o abono pagos aos colaboradores do Banco do Brasil têm natureza indenizatória e, portanto, não se incorporam a benefícios previdenciários de funcionários inativos.

Concluiu, dessarte, que o acórdão rescindendo violou os “artigos 7º, inciso XXVI, art. 202, caput e § 2º, todos da Constituição Federal, art. 3º, § único da Lei Complementar n.º 108/01, art. 3º da Lei 6.321/76 e art. 6º do Decreto n.º 5/91 que regulamenta a lei 6.321/76”.

Para tanto, escorou-se, em precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.412.667/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 12-11-2013) que afastou a aplicabilidade da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal e, por conseguinte, admitiu ação rescisória dirigida contra decisão proferida à época em que a jurisprudência era tormentosa, e, depois, foi pacificada.

Enfatizou, ainda, outro precedente de seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ALEGAÇÃO DE VULNERAÇÃO AO ART. 3º DA LC 108/2001. NÃO INCLUSÃO DO ABONO NA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA TRIBUNAL. PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que, a despeito das disposições da Súmula 343/STF, não é admissível que prevaleça entendimento contrário à jurisprudência pacificada das Cortes de controle, ainda que consolidada posteriormente à prolação da sentença rescindenda.

2. Agravo interno provido, para dar provimento ao recurso especial.

(AgInt no AREsp n. 1.032.619/RS, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5ª Região), Quarta Turma, j. Em 27-2-2018)

Em que pesem esses e outros precedentes no sentido de afastar a incidência da Súmula 343 do STF, imperativo registrar que em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se ementa de julgamento de embargos de declaração, com efeitos infringentes a esse precedente mais recente, no

sentido de se retomar a aplicação da Súmula 343 para os casos em que a jurisprudência ainda não estava pacificada quando prolatada a decisão rescindenda.

Eis a ementa dos aclaratórios relativos ao julgado mencionado pela demandante:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC/1973. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI FEDERAL AFASTADA NA ORIGEM. SÚMULA N. 343/STF. DECISÃO MANTIDA.

1. A jurisprudência do STJ abriga o entendimento consolidado na Súmula n. 343 do STF, segundo o qual “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

2. A ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC/1973, pressupõe violação frontal e direta de literal disposição de lei, de forma que seja possível extrair a ofensa legal do próprio conteúdo do julgado que se pretende rescindir.

3. Para concluir pela aplicabilidade do entendimento consolidado na nota n. 343 da Súmula do STF e aferir a ocorrência da chamada “sentença rebelde” deve ser considerada a data em que proferida a decisão rescindenda, não se afigurando relevante o trânsito em julgado em momento ulterior, postergado em face da interposição de recursos excepcionais cujo julgamento não avançou sobre o mérito da controvérsia.

4. No caso concreto, o acórdão rescindendo foi prolatado antes de o STJ firmar entendimento em sentido contrário ao de suas conclusões, adotando uma das interpretações possíveis para normas que, à época, eram objeto de interpretação controvertida nos tribunais. Incide, na espécie, o entendimento consolidado na Súmula n. 343 do STF.

5. Embargos de declaração providos para, atribuindo-se-lhes efeitos infringentes, negar provimento ao agravo interno.

(EDcl no AgInt no AREsp 1032619/RS, rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), rel. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 11-9-2018)

Extrai-se, ainda, da fundamentação do aresto:

A orientação contida no referido enunciado sumular prestigia a segurança jurídica e o instituto da coisa julgada, esta formada em tempo no qual se afigurava razoável entendimento nela manifestado.

Não é outro o entendimento da Suprema Corte, autora da súmula em questão:

AÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”.

AÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.

(Recurso Extraordinário n. 590.809, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j. 22-8-2014)

Ainda:

É sabido que o Plenário desta Corte, recentemente, passou a entender aplicável a súmula 343 do STF, inadmitindo ação rescisória fundada em ofensa à literal dispositivo de lei (art. 485, V, do CPC), aos casos de

interpretação de norma constitucional controvertida à época da decisão rescindenda, consubstanciada no RE 590.809, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 24.11.2014 (discussão envolvendo creditamento de IPI). [...] tal julgado teve como pano de fundo a existência de divergência de entendimento interna no próprio STF, de modo a manter o aresto transitado em julgado quando a jurisprudência do Pretório Excelso era vacilante.

(AR 2.572 AgR, voto do Min. Gilmar Mendes, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, j. 24-2-2017)

Esta Corte, em ação rescisória semelhante à presente, ajuizada pela Previ, já decidiu nesse sentido, na via monocrática (Ação Rescisória n. 4012845-94.2016.8.24.0000 de Içara, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 15-12.2016). Dos fundamentos da decisão, destaca-se a posição já manifestada por este Subscritor e por esta Corte, em casos análogos:

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

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

Violação manifesta de norma jurídica em um sistema de precedentes. Em um sistema lógico-argumentativo pautado por precedentes (arts. 102, III, e 105, III, CF, e 926 e 927, CPC), é natural que exista em um dado espaço de tempo diferentes interpretações de um dado dispositivo constitucional ou legal. Como inexiste uma única resposta correta para os problemas interpretativos, é preciso considerar legítima a decisão que, na falta de precedente constitucional ou de precedente federal, confira determinada interpretação que posteriormente não foi sufragada pelas Cortes Supremas. Justamente para proteger o espaço de desacordo interpretativo inerente a um sistema de precedentes, não cabe ação rescisória para desconstituição da coisa julgada quando ao tempo da sua formação havia controvérsia na jurisprudência sobre a questão enfrentada (súmula 343, STF). Pouco importa a índole constitucional ou federal do debate: em ambas as hipóteses a ação rescisória não é cabível (STF, Pleno, RE 590.809/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2014, DJe 21.11.2014, e STJ, 1ª Turma, REsp 1.458.607/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.10.2014, DJe 03.11.2014). Vale dizer: quem narra, a título de violação manifesta da ordem jurídica, hipótese em que havia controvérsia jurisprudencial à época da formação da coisa julgada, não narra na realidade hipótese de manifesta violação da ordem jurídica: é por essa razão que a rescisória é incabível, porque o demandante nesse caso sequer chega a narrar uma de suas hipóteses típicas de cabimento. Não cabe a ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (súmula 343, STF), ainda que posteriormente tenha se fixado interpretação favorável ao pedido do demandante (súmula 134, TFR). (Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 903).

Colhe-se dos autos que a sentença rescindenda foi prolatada em 9 de junho de 2010, ou seja, quando a questão ainda não se encontrava pacificada na jurisprudência pátria, o que veio a ocorrer somente com o julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia n. 1.207.071/RJ, da relatoria da Mina. Maria Isabel Gallotti, em 27 de junho de 2012.

Tanto é assim que o Julgador citou diversos acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, demonstrando a orientação jurisprudencial dominante à época do julgamento.

Portanto, in casu, não se pode afastar-se a aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, porquanto o dissenso jurisprudencial não se encontrava superado na data da prolação da sentença rescindenda.

Em casos semelhantes, tem julgado este Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO UNIPessoal QUE REJEITOU A PETIÇÃO INICIAL, NA FORMA DOS ARTS. 295, PARÁGRAFO ÚNICO, III, E 490, I, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECORRENTE QUE PRETENDEU A DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO QUE ADOTOU POSICIONAMENTO DIVERGENTE DO ESPOSADO PELAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO DA SÚMULA 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ÉPOCA DA PROLAÇÃO DO ARESTO EM QUE HAVIA DIVERGÊNCIA SOBRE O TEMA (PAGAMENTO RETROATIVO À DATA DA POSSE DE SERVIDOR). AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE EXPRESSA VIOLAÇÃO A TEXTO EXPRESSO DE LEI. HIPÓTESE DO ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADA. REJEIÇÃO DA PEÇA INICIAL QUE SE IMPUNHA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. É firme o entendimento desta Corte de Justiça no sentido de que “a sentença que dá à lei interpretação divergente da que lhe tenha sido dada pela doutrina ou jurisprudência, não pode ser objeto de ação rescisória” (STF - súmula 343). A via estreita da ação rescisória não se presta a rediscutir a justiça da decisão ou a servir como meio de recurso para que a parte vencida busque a sua reforma. Não há como conhecer a ação rescisória se não verificada a afronta à literal disposição da Constituição Federal ou da lei de regência. (AR n. 2011.064548-2, Des. Luiz César. Medeiros)”. (Ação Rescisória n. 2011.065032-8, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, publ. 12/03/2012)” (Ação Rescisória n. 2011.066329-1, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 12-9-2012). (TJSC, Agravo Regimental em Ação Rescisória n. 2013.082461-3, de Maravilha, rel. Des. Stanley Braga, j. 17-09-2015).

AÇÃO RESCISÓRIA E AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SUSPENDEU OS EFEITOS DA SENTENÇA E DA RESPECTIVA EXECUÇÃO. DECISÃO RESCINDENDA QUE CONDENOU O AUTOR AO PAGAMENTO DE COTAS CONDOMINIAIS INADIMPLIDAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DIRETA DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL (ART. 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL), BEM COMO PELA AUSÊNCIA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO PELA PRESCRIÇÃO (ART. 269, INCISO IV, E ART. 219, § 5º, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ÓBICE INTRANSPONÍVEL DA SÚMULA N. 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INEXISTÊNCIA, NA ÉPOCA DO JULGAMENTO, DE ENTENDIMENTO PACIFICADO ACERCA DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA A COBRANÇA DE TAXAS CONDOMINIAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, INCISO V, DO CÓDIGO BUZAID. PRECEDENTE ISOLADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO REFLETIA O POSICIONAMENTO DA CORTE SUPERIOR. TRIBUNAL BARRIGA VERDE, A SEU TURNO, QUE NÃO ACOMPANHOU A JURISPRUDÊNCIA EM VIAS DE FORMAÇÃO, PROFERINDO INÚMERAS DECISÕES (INCLUSIVE RECENTEMENTE) NO SENTIDO CONTRÁRIO. JULGAMENTOS DIVERGENTES, DESDE QUE NÃO ABERRANTES, QUE NÃO PODEM SER PROFANADOS EM NOME DE UMA INEXISTENTE VIOLAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DOMINANTE. AFRONTA AO ART. 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO PELA PRESCRIÇÃO, POR SUA VEZ, QUE DECORREU LOGICAMENTE DE SUA REJEIÇÃO COMO CAUSA EXTINTIVA DA OBRIGAÇÃO. OFENSAS REFLEXAS AO ART. 269, INCISO IV, E ART. 219, § 5º, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, RECHAÇADAS. EXTINÇÃO DA RESCISÓRIA, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE, MANTENDO-SE INCÓLUME A SENTENÇA CONDENATÓRIA E O RESPECTIVO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A DECISÃO MONOCRÁTICA, VIA DE CONSEQUÊNCIA, QUE RESTOU PREJUDICADO. SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. CONDENAÇÃO DO AUTOR AO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO DESTES COM BASE NO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO ADJETIVO. ANÁLISE DETIDA DA DEMANDA, SOBRETUDO A SINGELEZA DA CAUSA E O ESFORÇO DO CAUSÍDICO NA DEFESA DO RÉU. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA E MULTA PUNITIVA PREVISTA NO ART. 488, INCISO II, DO DIPLOMA PROCESSUAL. PROCEDÊNCIA. PROVEITO ECONÔMICO QUE CORRESPONDE AO

MONTANTE EXEQUENDO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECOLHIMENTO DO VALOR COMPLEMENTAR E REVERSÃO EM FAVOR DO DEMANDADO QUE IGUALMENTE SE IMPÕE. RESCISÓRIA EXTINTA PELA INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. (TJSC, Ação Rescisória n. 2014.055179-9, de São José, rel. Des. Rosane Portella Wolff, j. 13-08-2015).

Não é demais reiterar a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sobre a matéria:

[...] a ação rescisória constitui remédio extremo, e assim não pode ser confundida como mero recurso. Em outras palavras: a sentença que possui interpretação divergente daquela que é estabelecida pela doutrina e pelos tribunais, exatamente pelo fato de que interpretações diversas são plenamente viáveis e lícitas, não abre ensejo para a ação rescisória (Súmula 343 do STF). A ação rescisória somente é cabível nos casos de ofensa indiscutível a disposição de lei. Esse requisito de indiscutibilidade vale, desde a origem do instituto, para qualquer espécie de norma jurídica (Manual do Processo de Conhecimento, SP:RT, 4ª ed., p. 635).

Na mesma linha, Sérgio Sahione Fadel:

Deve-se atentar, ainda, que na ação rescisória não se discute a justiça ou injustiça da sentença, nem se tergiversa sobre melhor ou mais adequada interpretação de norma jurídica. Há que se configurar violação expressa de um direito, não em função do interesse particular ou privado da parte, mas em atenção à defesa de uma norma de interesse público (O Processo nos Tribunais, 1ª ed., p. 42).

É dizer, portanto, que a alegação de violação manifesta à norma jurídica é inadmissível em face de texto legal que admite diferentes interpretações das quais juízes extraem decisões diversas, porém legítimas.

E mais, como ficou plasmado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 590.809/RS, no STF: a rescisória não é instrumental voltado à modificar a coisa julgada, material e formal, diante da novel uniformização da jurisprudência. Nesse sentido, o voto condutor do Ministro Marco Aurélio:

A rescisória deve ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida pelo constituinte ao instituto da coisa julgada. Disso decorre a necessária interpretação e aplicação estrita dos casos previstos no artigo 485 do Código de Processo Civil, incluído o constante do inciso V, abordado neste processo. Diante da razão de ser do verbete, não se trata de defender o afastamento da medida instrumental – a rescisória – presente qualquer grau de divergência jurisprudencial, mas de prestigiar a coisa julgada se, quando formada, o teor da solução do litígio dividia a interpretação dos Tribunais pátrios ou, com maior razão, se contava com óptica do próprio Supremo favorável à tese adotada. Assim deve ser, indiferentemente, quanto a ato legal ou constitucional, porque, em ambos, existe distinção ontológica entre texto normativo e norma jurídica.

Assente, pois, tal premissa e tendo em conta, neste caso, que o julgamento rescindendo se deu em 11-7-2011 e a pacificação dos entendimentos sobre a impossibilidade da incorporação do auxílio cesta-alimentação bem como do abono ocorreu em 27-6-2012 e 28-5-2014, respectivamente, pelos recursos repetitivos REsp n. 1.207.071/RJ, rela. Mina Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 27-6-2012 e REsp n. 1.425.326/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.5.2014, ambos sem modulação de efeitos, forçoso reconhecer a incidência da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, na espécie.

Reafirma-se, desse modo, a teor da referida Súmula, que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”, circunstância esta evidente à época do julgamento impugnado.

Por conseguinte, diante da aplicação do verbete a este caso, não há que se admitir alegação de ofensa frontal ao art. 3º da Lei Complementar n. 108/2001. Muito menos alegação de ofensa frontal aos demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais suscitados pela demandante, pois a suposta violação deles ocorreria de forma reflexa, se admitida como verdadeira a premissa anterior.

Isto porque o que se decidiu na demanda originária, essencialmente, foi a natureza das verbas pagas sob a denominação de auxílio cesta-alimentação e de abono único aos trabalhadores do Banco do Brasil S.A e, por consequência, o dever de a entidade previdenciária contemplá-las no cálculo do benefício dos seus demandados, à vista da regra estatutária nesse sentido.

Rememora-se, aqui, a orientação jurisprudencial da época, conforme precedente colacionado no acórdão, a evidenciar que, por corolário, não há a afronta a normas trabalhistas ou de equilíbrio financeiro-atuarial, de modo a prevalecer o direito adquirido e reconhecido em favor do segurado:

Na esteira de precedentes desta Corte, o auxílio cesta-alimentação, por não constituir prestação paga in natura e em observância ao princípio da isonomia, deve integrar a complementação da aposentadoria dos ex-empregados quando percebido por aqueles em atividade. (AgRg no Agravo de Instrumento n. 1.071.637/RS, rel. Min. Sidnei Benetti, j. 18-8-2009)

Adianta-se, também, que não há hipótese de afronta à norma jurídica quando a conclusão da decisão, amparada em elementos de fato e de direito, identifica que o caso em discussão não se amolda à regra tida por violada.

Diferentemente do que narra a autora, o acórdão, expresso quanto à matéria objeto de controvérsia, à luz da interpretação jurídica e legítima para a época, concluiu que a entidade previdenciária não demonstrou que se tratavam de vantagens pagas “in natura”, tampouco que houve adesão do empregador a Programa de Alimentação do Trabalhador, notadamente porque os benefícios do tipo também eram pagos a funcionários afastados do serviço por auxílio-doença e licença-maternidade.

O contexto retratado, portanto, não autoriza a rediscussão da matéria na via da ação rescisória, visto que é inadequada para se alegar afronta a dispositivo de lei com escopo retroativo, em razão de posterior procedimento de uniformização à jurisprudência.

O que se verifica, portanto, é o inconformismo da autora com o desfecho conferido à ação originária, resultante de interpretação possível e legítima, apesar de tormentosa, a respeito da natureza jurídica das referidas verbas.

Rescisão por erro de fato:

Quanto à pretensão de rescisão do acórdão com base em alegação de erro de fato, a própria autora, à luz do art. 966, § 1º, e de orientação do STJ, é capaz de entender que “erro de fato se configura quando o julgado que se pretende rescindir considera fato inexistente ou reputa inexistente fato efetivamente ocorrido, desde que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre esse fato” (AR n. 3.746/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. 23-11-2011).

Na petição inicial, a Previ alegou que o Colegiado incorreu em erro ao não levar em conta fato incontroverso de o auxílio cesta alimentação e o aludido abono estarem previstos como verbas indenizatórias em acordo coletivo.

Ora, o acordo em si, foi tido como existente. Já a natureza das verbas nele previstas – indenizatória ou remuneratória, ainda que expressa no pacto –, já foi dito, consistiu no objeto da controvérsia.

Referido ponto foi, inclusive, debatido no acórdão impugnado, na medida em que sua fundamentação registra não só a insurgência da demandante, que pretendeu fazer valer a tese do caráter indenizatório, como a conclusão da Câmara Especial Regional de Chapecó no sentido de que se tratavam de verbas salariais, mesmo diante da previsão em acordo coletivo.

Isto tudo, aliás, sob a razão da ausência de demonstração de que o patrocinador do plano previdenciário realizava pagamentos in natura ou por tíquetes com regular adesão a Programa de Alimentação ao

Trabalhador – PAT, nos termos da Lei n. 6.321/1976. Também ao fundamento de que “o só fato do referido montante ser pago através de ‘tíquetes-alimentação’ não afastaria a natureza remuneratória, porque o benefício também é pago a funcionários afastados por auxílio doença e licença-maternidade, e não aos aposentados, concluindo, assim, tratar-se de “cláusula salarial mascarada” (fl. 43).

Nesse contexto, não há que se admitir rediscussão da lide originária sob falsa aparência de erro de fato.

A autora, em verdade, dada a complexa admissibilidade da ação rescisória, não expõe com rigor o raciocínio que se operou na decisão colegiada aqui impugnada, deixando evidente, assim, a incongruência entre a sua narrativa inicial e os fatos como realmente ocorreram, bem como destes com relação à conclusão do pedido sei rescisório.

Vale-se, pois, de inadequada via processual para rediscutir a interpretação dos fatos que dizem respeito ao mérito da controvérsia, o que conduz à extinção da demanda, por carência de ação.

Pois bem. Diante da exaustiva análise acima referida, adota-se as considerações como razão de decidir, expediente idôneo que não macula o teor da decisão nem caracteriza ausência de fundamentação, consoante entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1247755/SC, rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 19-11-2013; Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 422883/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22-11-2016).

Registre-se que no caso em apreço o Acórdão rescindendo foi proferido em 12 de julho de 2011, ou seja, também é anterior ao julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia n. 1.207.071/RJ, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, realizado em 27 de junho de 2012, no qual restou sedimentada na jurisprudência da Corte da Cidadania a natureza indenizatória do auxílio alimentação e do abono único.

Assim, muito embora esteja sedimentada a natureza indenizatória dessas verbas, não há falar que o julgamento realizado na Câmara Especial Regional de Chapecó - CERC violou disposição de lei ou mesmo contém erro de fato, pois apenas aplicou o entendimento existente à época do julgado.

Ex positis, com fundamento no inciso I do artigo 487, do Código de Processo Civil, julga-se improcedente a pretensão rescisória. Deixa-se de condenar a autora em honorários advocatícios, pois o réu não respondeu ao comando citatório. Todavia, reverte-se em favor do réu o depósito efetuado pela autora (CPC, art. 968, inc. II)

Incidente de Assunção de Competência n. 0904380-86.2014.8.24.0008/50000, de Blumenau

Relator: Des. Jairo Fernandes Gonçalves

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR. UNIMED. PARTO CESARIANA. COBRANÇA DE TAXA DE DISPONIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

EXTINÇÃO DA AÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA.

INSURGÊNCIA DO ÓRGÃO MINISTERIAL. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA. PLANO DE SAÚDE QUE ASSEGURA ASSISTÊNCIA INTEGRAL À SAÚDE DA GESTANTE. ÁREA DE OBSTETRÍCIA QUE PREVÊ COBERTURA ATINENTE AO PRÉ-NATAL, PARTO E O PUERPÉRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM SER O ATENDIMENTO PRESTADO DE FORMA EXCLUSIVA PELO MESMO PROFISSIONAL MÉDICO NAS TRÊS ETAPAS DA GESTAÇÃO.

“TAXA DE DISPONIBILIDADE”. DUPLA COBRANÇA NÃO CONFIGURADA. NUMERÁRIO VINCULADO À DISPONIBILIDADE DO MÉDICO. AJUSTE PARTICULAR ENTRE PROFISSIONAL E PACIENTE. POSSIBILIDADE.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA VINCULANTE. EXEGESE DO ARTIGO 947, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Assunção de Competência n. 0904380-86.2014.8.24.0008/50000, da comarca de Blumenau (1ª Vara da Fazenda Acidentes do Trab e Reg Público), em que é suscitante a Egrégia Quinta Câmara de Direito Civil:

O Grupo de Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer e desprover o Incidente de Assunção de Competência, proposta a edição do Enunciado nos seguintes termos: “Não configura como dupla cobrança a taxa de disponibilidade, ajuste particular, visando a participação do médico, assistente do pré-natal, na realização do parto”. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 11 de dezembro de 2019, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Stanley Braga, Saul Steil, Rubens Schulz, André Carvalho, Jorge Luis Costa Beber, André Luiz Dacol, Gerson Cherem II, Paulo Ricardo Bruschi, Helio David Vieira Figueira dos Santos, José Agenor de Aragão, Selso de Oliveira, Carlos Roberto da Silva, Osmar Nunes Júnior, José Maurício Lisboa, Fernando Carioni, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes e Raulino Jacó Brüning, e as Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras Denise Volpato, Cláudia Lambert de Faria, Rosane Portella Wolff e Haidée Denise Grin.

Florianópolis, 17 de fevereiro de 2020.

Jairo Fernandes Gonçalves
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou, na comarca de Blumenau, Ação Civil Pública, registrada com o n. 09043808620148240008, contra Unimed de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico, na qual alegou que investigações realizadas através do Inquérito Civil n. 06.2014.00001906-5 demonstraram que grande parte dos médicos obstetras daquele município, atuando na condição de cooperadores do plano de saúde demandado, cobravam quantias extras denominadas “taxas de disponibilidade” que variam entre R\$ 1.800,00 a R\$ 2.300,00, como condição para realizarem partos/cesarianas nas pacientes que atenderam durante o pré-natal, e que mesmo tendo possibilitado à demandada alternativas de composição, a mesma não adotou nenhuma postura concreta para fazer cessar a referida cobrança ilegal.

Requeru, em antecipação dos efeitos da tutela, que a ré: (a) adotasse medidas cabíveis para impedir referida prática abusiva por parte de seus médicos cooperados, sob pena de multa no valor de R\$ 50.000,00; (b) estendesse os efeitos da decisão também em relação aos médicos obstetras cooperados, com a advertência de aplicação de multa no mesmo valor; (c) comunicasse a ilegalidade da cobrança a todos os seus clientes, através de correspondência, no prazo de 20 dias, sob pena de multa no valor de R\$ 20.000,00; d) informasse às usuárias do plano de saúde todas as despesas médicas e hospitalares realizadas no procedimento, e (d) lhe encaminhasse todas as ocorrências de cobranças indevidas feitas por seus obstetras, a fim de se tomar as providências penais cabíveis contra os autores do ato ilícito.

Por fim, postulou a confirmação da liminar e a condenação da ré ao pagamento de R\$ 200.000,00 a título de dano moral coletivo pelo sofrimento e prejuízo causado aos consumidores, a ser destinado ao Fundo Estadual de Bens Lesados.

Postergada a análise da liminar (fl. 234), citada (fl. 238), a parte ré apresentou resposta em forma de contestação (fls. 239-262), na qual suscitou preliminar de ilegitimidade passiva, pois possui personalidade jurídica própria, não se confundindo com os cooperativados que a compõem, os quais têm responsabilidades individuais pelos atos que praticam.

No mérito, sustentou, em apertada síntese, que conforme Parecer n. 39/12 emitido pelo Conselho Federal de Medicina – órgão de fiscalização da atividade dos profissionais médicos – a cobrança da “disponibilidade para o parto” não configura dupla cobrança, pois a disponibilidade do médico para atendimento extraordinário dos partos emergenciais, quando o profissional não está em plantão, não estaria coberto pelo plano de saúde, até porque o plano de saúde não estabelece que o mesmo médico que acompanhou o pré-natal deva necessariamente realizar o parto, pelo que requereu a improcedência dos pedidos inaugurais.

Após a réplica (fls. 426-433) e manifestação da ré sobre os documentos apresentados pelo autor (fls. 437-442), sobreveio a sentença (fls. 449-452) que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva e julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial, sob o fundamento de não constatar ilegalidade da cooperativa acionada, na medida em que é dever da operadora de plano de saúde garantir à parturiente conveniada toda a assistência devida quando da realização do parto, não podendo a gestante escolher o mesmo profissional que a acompanhou no pré-natal às custas da cooperativa.

Inconformado, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso de Apelação Cível (fls. 457-466), no qual busca a reforma integral da sentença, aduzindo, em síntese, ser direito da consumidora escolher qual profissional médico vai lhe atender, bem como o de ser atendida de forma integral pelo plano de saúde quando da contratação do serviço obstétrico, o qual compreende o pré-natal, trabalho de parto e o parto em si, sendo, portanto, completamente ilegal por parte do plano de saúde admitir que seus médicos cooperados pratiquem cobrança extra para a prestação do serviço.

Recebido o recurso nos efeitos legais (fl. 469), Unimed de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico foi intimada e apresentou contrarrazões (fls. 474-480), em que defendeu a manutenção da sentença proferida.

Logo após, os autos foram remetidos a esta superior instância, e o Ministério Público, em parecer da lavra do Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira, opinou pela extinção do feito, por entender ser a demandada parte ilegítima para responder por conduta individual perpetrada por médico credenciado (fls. 484-496).

Distribuídos à Segunda Câmara de Direito Público (fl. 483), o Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, por decisão monocrática, declinou de sua competência para uma das Câmaras de Direito Civil (fls. 498-501), sendo os autos então distribuídos a este Relator.

Na sessão de julgamento de 28-11-2016, após voto do Relator que conhecia do recurso e negava provimento a ele, a Quinta Câmara de Direito Civil concedeu vista dos autos ao Desembargador Henry Petry Júnior (fl. 508).

Retomado o julgamento na sessão realizada no dia 30-1-2017, a Quinta Câmara de Direito Civil, nos termos do § 1º do artigo 947 do Código de Processo Civil, decidiu retirar o processo da pauta e suscitar Incidente de Assunção de Competência (fl. 509), submetendo o julgamento da temática ao Grupo de Câmaras de Direito Civil.

Autuado o Incidente de Assunção de Competência, foram os autos remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, em parecer da lavra do Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira, manifestou-se pela admissão do incidente.

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de Incidente de Assunção de Competência suscitado pela Quinta Câmara de Direito Civil na Apelação Cível n. 0904380-86.2014.8.24.0008, consoante artigo 947 do Código de Processo Civil, por entender presentes a relevante questão de direito e a grande repercussão social a ser examinadas, no tocante à cobrança, pelos médicos obstetras, de quantias extras denominadas “taxa de indisponibilidade”, como condição para realizarem partos/cesarianas nas pacientes que atenderam durante o pré-natal.

Do referido dispositivo legal, extrai-se:

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

No caso em tela, não se busca prevenir ou compor divergência entre Câmaras de Direito Civil (§ 4º do art. 947), mas a possibilidade de questão de direito relevante e com grande repercussão social (*caput* do dispositivo legal).

A questão apontada pelo Órgão Fracionário suscitante apresenta questão jurídica relevante - legalidade da cobrança da chamada “taxa de disponibilidade” -, e também possui grande repercussão social - gestantes vinculadas ao plano de saúde -, estando preenchidos os pressupostos para a instauração do incidente de assunção de competência.

Na hipótese dos autos, pretende-se declarar ilegal/abusiva a cobrança, pelos médicos obstetras vinculados ao plano de saúde demandado, de quantias extras denominadas “taxa de indisponibilidade”, como condição para realizarem partos/cesarianas nas pacientes que atenderam durante o pré-natal, por entender o Órgão Ministerial que essa prática configuraria dupla cobrança.

Esta pretensão restou desacolhida pelo Magistrado João Baptista Vieira Sell, que não vislumbrou ilegal ou sequer abusiva essa prática, pois “A ‘taxa de disponibilidade’, assim denominada, consiste numa avença contratual firmada entre a gestante e o profissional médico obstetra que a assistiu durante o pré-natal para que este realize também o parto, o que é juridicamente válido e amparado pelo direito da livre contratação” (fl. 451), julgando improcedente a demanda, uma vez que o dever do plano de saúde é de “garantir à parturiente conveniada toda assistência devida quando da realização do parto, não podendo a gestante escolher para o parto o médico profissional que a acompanhou no pré-natal as custas da cooperativa”.

Todavia, antes de enfrentar as razões recursais propriamente ditas, necessário se mostra analisar a legitimidade *ad causam*, não apenas por ser matéria de ordem pública e, portanto, cognoscível de ofício, mas sobretudo porque o Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira, em seu parecer, entendeu que a Unimed não seria parte legítima para responder pela presente demanda, opinando, assim, pela extinção do feito (fls. 485-496).

Extrai-se do parecer proferido pelo douto Procurador de Justiça:

[...] o acompanhamento por determinado médico - excedente os limites do avençado com a Unimed, remete a uma situação “diferenciada” (nos moldes do que se chama atendimento particular). E é curial, atendimento particular, por ser “diferenciado” deve ser pago também de forma “diferenciada”..

E em assim sendo, não vejo como responsabilizar a Unimed/Blumenau pela conduta individual do médico, que, frisa-se, não tem subordinação exclusiva a entidade, e exerce seu ofício também em consultório ou clínica particular. [...]

A operadora privada de planos de saúde só poderá vir a ser responsabilizada civilmente, pelos tribunais, se a conduta do profissional, **na prática do ato médico**, tenha causado dano a um paciente, estando tal ato eivado, via de regra, pela negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, se o médico tiver uma conduta culposa. Portanto, se o ato médico foi executado com diligência, prudência e perícia profissional, nada há o que se imputar juridicamente ao plano de saúde (fls. 494-495).

Contudo, nada obstante o entendimento esposado pelo ilustre Procurador, em razão do que foi deduzido na presente Ação Civil Pública, também repercutir na esfera jurídica da Unimed Blumenau, e não apenas aos seus cooperados, é ela legítima a responder no polo passivo da demanda.

No mais, a jurisprudência pátria já assentou que “a operadora do plano de saúde responde pelos atos praticados pelo médico credenciado e integrante de sua rede de assistência, nos precisos termos do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor” (TJRJ, Recurso Inominado n. 0000900-04.2014.8.19.0061, rel. Juiz Marcos Antonio Ribeiro de Moura Brito, julgado em 12-3-2015).

Conforme dispõe o artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor, “o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

Além disso, diante dos pedidos formulados na exordial (fls. 19-21), tem-se que o Ministério Público catarinense, além de buscar a condenação da operadora do plano de saúde à indenização por dano coletivo, o que será enfrentado na sequência, busca também a determinação judicial de medidas preventivas e repressivas contra a cobrança da referida “taxa de disponibilidade” pelos profissionais credenciados à Cooperativa ré, sendo, portanto, plenamente legitimada para figurar no polo passivo da demanda.

Dessa forma, não há como afastar a legitimidade da ré Unimed Blumenau para figurar no polo passivo da demanda, pois, em caso de procedência, dentre as pretensões buscadas pelo órgão ministerial, muitas delas repercutirão diretamente em sua esfera de atuação, tais como, tomar providências concretas para obstar a cobrança da “taxa de disponibilidade” por seus médicos cooperados, prestar informações aos seus associados e outras, evidenciando, mais uma vez, sua necessidade de compor a lide.

No mérito, antecipa-se que a insurgência não comporta acolhimento, devendo a sentença ser confirmada por seus próprios fundamentos.

Como visto no relatório, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina pretende a reforma integral da decisão proferida pelo Magistrado João Baptista Vieira Sell, a fim de que seja reconhecida como ilegal a cobrança da “taxa de parto” ou “de disponibilidade”, para que a ré Unimed Blumenau adote medidas efetivas para coibir a reiteração de referida prática por parte de seus médicos cooperados, além de arcar com indenização por dano moral coletivo.

Pois bem. De acordo com o Contrato de Assistência à Saúde acostado às fls. 64-100, em sua cláusula 4ª, que aborda as coberturas e procedimentos garantidos, especialmente em seu item 30, referente ao atendimento obstétrico, assim esclarece:

CLÁUSULA 4ª - COBERTURAS E PROCEDIMENTOS GARANTIDOS

O beneficiário e seus dependentes regularmente inscritos no Plano de Saúde têm direito ao atendimento médico, ambulatorial e hospitalar com obstetrícia, executados nos hospitais, clínicas e laboratórios integrantes da rede própria ou credenciada da CONTRATADA, por médicos cooperados, profissionais de saúde devidamente habilitados pelo Conselho de Classe, observados os limites de carência estabelecidos neste contrato. O atendimento será realizado de acordo com os procedimentos médicos referenciados pela Agência Nacional de Saúde (ANS) no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, vigente à época do evento, devendo ser assegurado independentemente da circunstância e local de origem daquele, respeitadas a área de abrangência, área de atuação, segmentação e a cláusula de exclusão de coberturas do contrato e incluirá:

(...)

30) atendimento obstétrico acrescido dos procedimentos relativos ao pré-natal, assistência ao parto e puerpério, observadas as especificações abaixo:

a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo e sob guarda ou tutela do titular ou de seu dependente inscrito no plano, durante os primeiros 30 (trinta) dias após o parto ou 30 (trinta dias) da guarda ou tutela, desde que o pai ou a mãe do recém nascido tenham cumprido a o prazo de carência máxima de 180, vedada alegação de doença ou lesão preexistente. Ultrapassado o prazo estabelecido, cessa a responsabilidade da CONTRATADA quanto ao atendimento, salvo se o dependente estiver inscrito no plano, conforme prevê a Cláusula Condições de Admissão;

b) cobertura das despesas de um acompanhante indicado pela mulher durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato (paramentação, acomodação e alimentação de acordo com a dieta geral do hospital, exceto na internação em UTI ou similar, onde não é permitido o acompanhante), conforme indicação do médico assistente e legislações vigentes (fls. 69-75, grifo no original).

Diante do que se extrai da cláusula relativa as coberturas, não é difícil perceber a existência de previsão contratual de plena prestação de serviços de obstetrícia, assegurando, assim, o pleno e irrestrito acesso das consumidoras aos referidos serviços ali discriminados.

Dessa forma, mostra-se evidentemente claro que qualquer cobrança feita ao consumidor, referente aos serviços disponibilizados no contrato, caracterizar-se-ia como indevida, e portanto, ilegal.

Nesses termos, a cobrança pelo médico cooperado para realizar o pré-natal, ou para fazer o parto, ou mesmo durante o puerpério, por já serem custeados pelo plano de saúde, não poderia ocorrer, pois que se verificada, violaria não só a relação contratual, mas também os ditames consumeristas.

Contudo, tal situação em nada se assemelha a referida “taxa de disponibilidade”, a qual o Ministério Público tem por abusiva e ilegal, porque caracterizaria dupla cobrança, uma vez que o serviço já estaria previsto no contrato.

Reavivando a cláusula contratual acima transcrita, o plano de saúde gerido pela Unimed Blumenau assegura às parturientes cobertura obstétrica para pré-natal, parto e pós-parto.

Assim, possível concluir que em todas as fases da gestação, está devidamente assegurado à gestante o acompanhamento gestacional por um médico integrante do quadro clínico vinculado à apelada.

Exigir-se mais do que o previsto no contrato, por certo, é extrapolar os limites estabelecidos na relação contratual.

Consoante bem definiu o Magistrado sentenciante, a taxa de disponibilidade nada mais é do que uma “avença contratual firmada entre a gestante e o profissional médico obstetra que a assistiu durante o pré-natal para que este realize também o parto” (fl. 451).

Diferentemente do que sustenta o apelante, tal ajuste, estabelecido entre o médico e a parturiente, não se afigura ilícito, não ofende o contrato de plano de saúde ou mesmo afronta os preceitos consumeristas.

A uma porque não está o médico cooperado cobrando o parto propriamente dito, não é disso que se trata, até porque, *contrario sensu*, se assim procedesse, a cobrança seria ilícita, e além de antiético, a atitude ofenderia as regras contratuais estabelecidas no plano de saúde e o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Na verdade, o que se está ajustando entre o médico e a parturiente é a disponibilidade do profissional para a realização do parto, o qual, diante de sua imprevisibilidade, poderá vir a ocorrer em horários que o médico não está de plantão ou de sobreaviso nas unidades hospitalares conveniadas.

A duas porque o contrato de plano de saúde é extremamente claro nas coberturas obstétricas e, em momento algum, assegura à parturiente que o médico que lhe acompanhou durante o pré-natal será o mesmo que fará o parto, ou que irá lhe acompanhar no pós-parto.

Ora, o que o contrato de plano de saúde garante, e que deve ser cumprido a risca pela Unimed, é a assistência integral à saúde da parturiente, ou seja, que a ela seja disponibilizado, durante todo período e fases gestacionais, um profissional médico habilitado e conveniado ao plano por ela contratado.

Exigir que o médico que acompanhou o pré-natal seja o mesmo a realizar o parto é extrapolar o previsto no contrato de plano de saúde, é estabelecer extensão de coberturas onde não há, é impor, as custas do plano de saúde, e conseqüentemente dos demais associados, o ônus de encargos inexistentes, permanecendo à disposição das pacientes nos dias e horários que houver necessidade de atendimento de assistência ao parto.

Nesse particular, colaciona-se trecho do parecer exarado pelo Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira que muito bem analisou a questão:

O fato do médico de sua confiança, coincidentemente realizar atendimentos pelo sistema do plano de saúde, não significa dizer, salvo nos casos de profissionais absolutamente diferenciados em sua conduta, que gozarão de privilégios maiores ou melhores, mas sim, tão somente, terão o acompanhamento dentro da cobertura que se encaixa no perfil contratado.

Assim é que, um quarto com cama para acompanhante, um apartamento do tipo “suíte”, um cardápio diferenciado ou mesmo outras “regalias”, somente serão possíveis em decorrência, talvez, da especificidade do plano, mas muito mais provável, somente através do pagamento de uma taxa “extra” que cubra tais serviços diferenciados.

Fiz essa reflexão para concluir, simplesmente, que ao adquirir um plano de saúde, contrata-se o plano e não a pessoa física do médico (fl. 492) (sem grifo no original).

E, mas adiante, alinhava o Procurador:

Destarte, realmente não há como se comparar a relação entre o ato do médico (ainda que cooperado) que contrata com a paciente, no âmbito de seu consultório acompanhamento particular. No primeiro caso, o “direito” da paciente parturiente (conjunto de cláusulas contidas no contrato de adesão com a Unimed/ Blumenau) é o de receber atendimento em qualquer dia e hora, no exato momento em que as condições do nascimento da criança se fizerem presentes.

Já o acompanhamento por “determinado” médico – excedendo os limites do avençado com a Unimed, remete a uma situação “diferenciada” (nos moldes do que se chama atendimento “particular”). E é curial, atendimento particular, por ser “diferenciado” deve ser pago também de forma “diferenciada”... (fl. 494).

Por fim, é de se ressaltar que a própria ANS, na resolução normativa n. 428/2017, que trata do rol de procedimentos e eventos em saúde, ao abordar o plano hospitalar obstétrico deixa de mencionar ser direito da usuária do plano de saúde a escolha de qual médico realizará seu parto.

Art. 23. O Plano Hospitalar com Obstetrícia compreende toda a cobertura definida no art. 22, acrescida dos procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e puerpério, observadas as seguintes exigências:

I – cobertura das despesas, incluindo paramentação, acomodação e alimentação, relativas ao acompanhante indicado pela mulher durante:

- a) pré-parto;
- b) parto; e

c) pós-parto imediato, entendido como o período que abrange 10 (dez) dias após o parto, salvo intercorrências, a critério médico;

II - cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, ou de seu dependente, durante os primeiros 30 (trinta) dias após o parto; e

III – opção de inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do beneficiário, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de 30 (trinta) dias do nascimento ou adoção.

Parágrafo único. Para fins de cobertura do parto normal listado nos Anexos, este procedimento poderá ser realizado por enfermeiro obstétrico habilitado, conforme legislação vigente, de acordo com o art. 5º.

Assim, sendo do interesse da parturiente que o médico que lhe atendeu durante o pré-natal seja o mesmo que realizará o parto, não se mostra irregular que celebre contrato particular com este, para que fique à sua disposição para quando do parto, nos períodos em que não esteja de plantão ou sobreaviso.

Por fim, necessário se faz ponderar que a pretensão ministerial em obstaculizar que as partes - médico e paciente – estabeleçam, de forma livre e consciente, ajuste autônomo sobre a disponibilidade do profissional, na forma como proposta, tem por consequências o comprometimento do livre exercício da profissão médica, já que impede que o profissional organize não apenas sua agenda de atendimentos, mas principalmente sua vida privada, tendo em vista que deveria ficar à disposição da paciente conveniada 24 horas por dia 7 dias por semana, até que o parto fosse realizado.

Na esteira da pretensão ministerial, teria a aderente do plano de saúde, um contrato de exclusividade e disponibilidade ampla e irrestrita com o profissional médico que lhe atendeu no pré-natal.

Ocorre que não é essa - exclusividade - a finalidade a que se propõe o plano de saúde. Seu escopo de atuação é apenas de garantir assistência integral à saúde da parturiente, ou seja, e como já mencionado, que a ela seja disponibilizado, durante todo período e fases gestacionais, um profissional médico habilitado e conveniado ao plano por ela contratado. E isso, ao que se deduz do caderno processual, a Unimed Blumenau vem assegurando a todos os seus conveniados.

Ir além desse âmbito de aplicação do plano de saúde, é, por certo, exceder os limites do que fora contratado.

Sobre o tema, aliás, este Tribunal de Justiça assim já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA AUTORA.

COBRANÇA DE “TAXA DE DISPONIBILIDADE” OBSTETRÍCIA EXPRESSAMENTE ACEITA PELA AUTORA, COM CIÊNCIA DA AUSÊNCIA DE COBERTURA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA LIMITADA AOS CUSTOS DO PARTO (NORMAL OU CESÁREA), DO

HONORÁRIO DO PROFISSIONAL PLANTONISTA PARA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO E DA INTERNAÇÃO DA PACIENTE, O QUE FOI RESPEITADO PELA EMPRESA. DEVER DE REEMBOLSAR INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS (ART. 85, § 11º, DO CPC).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cíveln. 0003544-40.2014.8.24.0073, rel. Des. Rubens Schulz, julgada em 28-6-2018).

Pelo exposto, com fundamento no § 2º do artigo 947 do Código de Processo Civil, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar provimento a ele. Em atenção ao que prega o § 3º do mesmo dispositivo legal, firma-se a seguinte tese jurídica, sugerindo-se a edição do Enunciado nos seguintes termos: “Não configura como dupla cobrança a taxa de disponibilidade, ajuste particular, visando a participação do médico, assistente do pré-natal, na realização do parto”.

Ação Rescisória n. 0132124-79.2015.8.24.0000, de Braço do Norte

Relator: Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos

AÇÃO RESCISÓRIA. DOLO E ERRO DE FATO. ART. 485, III E IX, DO CPC/73. CONTEXTO ENVOLVENDO AS PARTES QUE EVIDENCIA A BOA-FÉ DOS RÉUS. DOLO PROCESSUAL NÃO DEMONSTRADO. TESE AFASTADA. DECISÃO COLEGIADA QUE RECONHECEU A EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ACERCA DO FATO E SOBRE ELE EXPRESSAMENTE SE PRONUNCIOU. HIPÓTESE QUE, NA FORMA DO §2º DO ART. 485 DO CPC/73, PRÉ-EXCLUI A POSSIBILIDADE DE SE PROPOR A AÇÃO RESCISÓRIA COM FUNDAMENTO NO INCISO III DO ART. 485 DO CPC/73. DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA.

O erro de fato deve emergir de uma questão não resolvida no processo (STJ, Resp 804.624, rel. Min. Luiz Fux). Se houve controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato, há então erro de julgamento, o que inviabiliza o uso da ação rescisória com fundamento no art. 485, IX, do CPC/73.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0132124-79.2015.8.24.0000, da comarca de Braço do Norte 2ª Vara Cível em que é/são Autor(s) Edno Orben Baschiroto e Réu(s) Maria Inês Michels e outro.

A Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Sr. Desembargador José Agenor de Aragão, Desembargadora Haidée, Denise Grin, Desembargador Selso de Oliveira, Desembargador Carlos Roberto da Silva, Desembargador Osmar Nunes Júnior, Desembargador Luiz Felipe Schuch, Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Marcus Tulio Sartorato, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargador Raulino Jacó Brüning, Desembargadora Denise Volpato, Desembargador Stanley Braga, Desembargador Saul Steil, Desembargador Rubens Schulz, Desembargador Jorge Luis Costa Beber, Desembargador Gerson Cherem II, Desembargadora Rosane Portella Wolff e Desembargador Paulo Ricardo Bruschi.

Presidiu a sessão o Exmo(a). Sr(a). Desembargador Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 09 de outubro de 2019.

Helio David Vieira Figueira dos Santos

Relator

RELATÓRIO

Edno Orben Baschiroto propôs a presente ação rescisória contra Maria Inês Michels e Sérgio Hobold Eller, almejando rescindir o acórdão proferido pela Segunda Câmara de Direito Civil deste Tribunal que seria, em tese, resultado de “dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida” (CPC/73, art. 485, III, primeira parte) e estaria fundado em “erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa” (CPC/73, art. 485, IX). A autor argumenta que foi demandado pelos réus em ação de reparação de danos, porque teria jogado, supostamente como forma de forçar o abandono da propriedade, herbicida nas terras que eles possuíam, atingindo aproximadamente 3,5 ha da área, tornando a terra improdutiva por 5 anos. Relatou que essa pretensão foi julgada improcedente em primeira instância, mas foi parcialmente acolhida em segundo grau, onde foi condenado a pagar aos réus R\$2.494,66 a pretexto de danos efetivos e a indenizar os lucros cessantes no período de 27.06.2001 a 27.06.2004, a ser apurado em liquidação de sentença.

Para justificar a propositura desta ação rescisória, defende que a decisão colegida se pautou em erro de fato e é resultado de dolo, pois as terras em que o autor teria passado o herbicida eram do seu irmão, Ênio, e que delas os réus não tiveram posse nem propriedade. Insiste que o herbicida não atingiu a propriedade dos réus, pugnando pela rescisão do acórdão proferido pela Segunda Câmara de Direito Civil deste Tribunal, com submissão do feito a novo julgamento. Em sede de tutela antecipada, pediu a suspensão do cumprimento de sentença que tramita na origem e requereu que lhe fosse concedido o benefício da gratuidade de custas.

O pedido de justiça gratuito foi deferido e determinada a citação dos réus (p. 472).

Citados, os réus apresentaram contestação (p. 505/508). Em preliminar, impugnam a concessão da gratuidade de custas. No mérito, defenderam que adquiriram dos pais do autor uma área de 14 ha, não medida na ocasião da transação, mas que foi por todos bem definida visualmente, deixando a apuração correta da delimitação e metragem do imóvel para a ocasião do registro, quando finalizados os pagamentos. Sustentam que no último pagamento, depois de já terem trabalhado a terra e erguido benfeitorias, descobriram que a área identificada no contrato era outra, imprópria para a lavoura e de valor comercial muito menor, o que levou os réus a proporem ação buscando anular o negócio jurídico. Ressaltam que, apesar da divergência envolvendo a área, sempre estabeleceram sua posse no mesmo local cuja venda os pais do autor lhe teriam prometido, justamente onde foi aplicado o herbicida, fato que ocorreu após terem movido a ação anulatória. Assim, pediram a improcedência da ação, a revogação do benefício da gratuidade de custas e que lhes fosse concedido esse mesmo benefício, dada a situação de insuficiência econômica pela qual disseram passar.

Réplica nas p. 563/577.

Intimados para comprovar a hipossuficiência econômica, os requeridos não se manifestaram (p. 591).

Este é o relatório.

VOTO

1. Da gratuidade de custas

1.1. Do pedido formulado pelo autor e impugnado pelos réus

Os réus alegaram que o autor tem boa situação financeira e que reside em casa de dois pavimentos, onde, no andar térreo, estabeleceu sua empresa.

Examinado os autos, vê-se que o autor apresentou, com o fim de comprovar a necessidade do benefício, os seguintes documentos: (i) um holerite que registra um pro-labore de R\$788,00 (p. 22), (ii) declaração de hipossuficiência (p. 469), (iii) declaração firmada por técnico contábil que informa que o autor não se enquadrava, em 2015, nas situações em que a declaração de imposto de rendas é obrigatória (p. 470), (iv) pro-labores atualizados, declarações do imposto de renda igualmente atualizadas (2017) e certidões de propriedade (veículos e imóveis – p. 580/589).

Desse conjunto de documentos, percebe-se que o autor é proprietário de um único imóvel (p. 589) e de um veículo de baixo valor comercial (GM/Chevette – p. 588). As informações prestadas à Fazenda Pública também confirmam essa situação e revelam ainda que o autor não possui contas bancárias ativas (p. 586).

Assim, considero a necessidade demonstrada. Por outro lado, a impugnação oposta pelos réus não contou com documentos a esse respeito, embora sejam públicas as informações relativas à propriedade de veículos e imóveis, disponíveis nos organismos correlatos.

Por isso, mantém-se a decisão de p. 472.

1.2. Do pedido formulado pelos réus

Os réus foram intimados para comprovar seu estado de necessidade (p. 560), mas não se manifestaram (p. 591).

Como o pedido foi feito na contestação sem fundamentação específica, era imprescindível que eles produzissem prova da insuficiência econômica, o que não ocorreu.

Assim, não preenchidos os pressupostos legais, nega-se aos réus o direito à gratuidade de custas.

2. Mérito

2.1. Antes de tratar da decisão colegiada objeto deste feito, necessárias algumas considerações a respeito dos fatos e das circunstâncias que os envolvem, pois as partes litigam há vários anos acerca do imóvel objeto desta ação.

Como bem relatou o autor, tramitaram 8 demandas envolvendo o imóvel adquirido pelos réus (p. 18), podendo-se destacar, pela relevância dos desfechos, (i) a ação de anulação de negócio jurídico proposta pelos réus contra os pais do autor, julgada procedente (n. 044.00.000321-6), (ii) a

ação de reintegração de posse movida pelo irmão do autor, Ênio, contra os réus, julgada procedente (n. 044.00.001696-2) e (iii) a ação de reparação por perdas e danos proposta pelos réus contra o autor, julgada procedente, cuja decisão transitada em julgado se pretende rescindir (n. 010.02.000452-4).

A questão central do litígio iniciou-se com um instrumento de promessa de compra e venda firmado entre os réus e os pais do autor, em que estes se comprometeram a vender àqueles um imóvel com 14 ha, certo e determinado pela partes, mas constou no contrato número de matrícula relativo a uma outra área de terras, bem pior que a pretendida, fato que só chegou ao conhecimento dos réus 3 anos depois, quando buscaram, ao fim dos pagamentos, transferir para si a propriedade perante o cartório de registros de imóveis.

O pedido anulatório foi acolhido e a rescisão, decretada, com trânsito em julgado para as partes. Na ocasião, a Segunda Câmara de Direito Civil deste Tribunal, em acórdão da relatoria do Des. Mazoni Ferreira (apelação cível n. 2003.019449-5), assentou ter havido dolo de parte dos promitentes vendedores (pais do ora autor), que fizeram constar no contrato, conscientemente, número de matrícula diverso, negando-se ainda, apesar de reconhecerem a existência do erro, a retificar extrajudicialmente o contrato, do que se presumiu sua má-fé.

O referido acórdão reproduziu, como ratio decidendi, a sentença do magistrado de primeiro grau, Juiz Augusto Cesar Allet Aguiar, que aqui também se renova porque bem retrata aquela situação litigiosa:

“Ora, se os requeridos reconhecem o ‘equivoco’ na inserção das matrículas dos imóveis no contrato, é evidente que há disparidade entre a vontade real e o que foi erroneamente celebrado. O engano como sugerem os requeridos, bem se configuraria caso estes se dispusessem a retificar o instrumento contratual, o que aliás, não parece crível, ante o transcurso de longo tempo entre a celebração e a descoberta por parte da autora que o imóvel que adquirira não correspondia ao bem descrito no contrato de promessa de compra e venda com reserva de domínio.

Além do mais, caso os requeridos realmente reconhecessem a área possuída como sendo o objeto contratual, certamente o filho do requerido não teria intentado a ação de reintegração de posse apensada a estes autos, poderiam, sim, no sentido de retificar o instrumento contratual.

Os argumentos levantados pelos requeridos se entrecrocaram. Ora reconhecem o engano na inserção do número das matrículas no contrato entabulado, ora afirmam que a autora, após, ter ‘olhado e gostado’, comprou e tomou posse no imóvel descrito no contrato de promessa de compra e venda com reserva de domínio.

Todavia, esta, efetivamente, não parece ser a verdade dos autos. Caso realmente tivesse ocorrido engano quando do preenchimento do instrumento contratual, por que os requeridos levaram quase três anos para se manifestarem? É evidente que ninguém em sã consciência permitiria uma ocupação por tão prolongado espaço de tempo em terreno de sua propriedade.

Embora, como já exposto, não haja prova incontestável de forma pela qual foram postas em prática as manobras ardilosas e dolosas dos demandados, evidencia-se dos autos, ainda assim, terem agido eles com dolo, o que ressaí de todas as circunstâncias e indícios em especial pelo fato de somente virem a se insurgir quando do pagamento da última prestação do contrato, ao que tudo indica, com intuito único de auferir vantagem ilícita, pois tinham ciência que o imóvel que constava do instrumento contratual era de inferior valor.

Quanto ao fato da autora ter construído sobre o imóvel várias benfeitorias, bem se justifica pelo fato de supor que o terreno que adquirira era aquele que possuía, fato este, aliás, perfeitamente compreensível, vez que, passou a possuir o imóvel que hoje ocupa nunca foi interpelada pelos requeridos para que o desocupasse.

Quanto as testemunhas ouvidas, obviamente merecem mais créditos as arroladas pela autora vez que confirmam que esta efetivamente, cultivava a terra desde a tomada da posse. O fato das testemunhas arroladas pelos réus afirmarem que a suplicante invadiu a propriedade destes, ressalte-se, é de nenhum valor, vez que não detinham informações acerca de qual área foi vendida e, conseqüentemente, não poderiam saber se a área ocupada pela requerente era fruto de esbulho ou posse legítima. Relevante, entretanto, é o fato das testemunhas inquiridas terem reconhecido que a autora sempre exerceu posse sobre o mesmo imóvel, fato este, que faz fortalecer, ainda mais, os indícios de dolo por parte dos réus.

GRACIANO VOLPATO, deixou consignado:

‘Que a autora sempre trabalhou na mesma área e não invadiu as terras de ninguém; que quando a autora comprou as terras não estavam divididas; (...) que a autora quando comprou o imóvel construiu e plantou em cima; que atualmente também estão plantando.’ (depoimento de fls. 129)

Da mesma forma GABRIEL THIESEN:

‘Que a área em que alegam ter sido invadida pertence a autora; que a autora construiu e plantou no imóvel; (...) que a autora sempre usou a mesma área desde a compra; (...) que o Sérgio continua usando a mesma área que comprou.’ (Depoimento de fls. 130)

JUCELINO MANOEL MATIAS, corrobora:

‘Que o negócio entre as partes não deu em razão da medição do imóvel; que isto foi afirmado por Sérgio; que conhece o imóvel mas não sabe qual a parte que cabe ao Sérgio; que a autora sempre cultivou e construiu no mesmo local desde que comprou o imóvel’ (depoimento de fls. 131)

Por fim, ROMÁRIO VOLPATO DA SILVA MATIAS, confirma:

‘Que a autora não invadiu as terras de ninguém pois sempre cultivou e construiu no imóvel em questão desde a sua compra.’

Todos os elementos contidos no caderno processual, como se vê, convergem à conclusão inarredável que os suplicados agiram com dolo, indicando um imóvel e prometendo vender outro, incutindo, propositalmente na suplicada uma idéia errônea, ou seja, um falso querer contratar.

Também o argumento utilizado pelos requeridos de que houve tão somente erro acidental, não merece prosperar.

Segundo o artigo 142, do novo Digesto Civil, (antigo artigo 91, do CC/1916):

‘O erro na indicação da pessoa, ou coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o ato, quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder intensificar a coisa ou pessoa cogitada.’

Segundo o escólio de MARIA HELENA DINIZ:

‘O erro acidental diz respeito às qualidades secundárias ou acessórias na pessoa, ou do objeto. Não terá qualquer influência na imperfeição do negócio jurídico (...).

‘O erro acidental não induz anulação do ato negocial por não incidir sobre a declaração da vontade, se se puder, por seu contexto e pelas circunstâncias, identificar a pessoa ou a coisa.’ (Código Civil Anotado, 1995, Saraiva, p. 101) (grifado)

Ainda na lição de Deocleciano Torrieri Guimarães (In, Dicionário técnico jurídico, São Paulo: Rideel, 1995, p. 298):

‘Erro Acidental: é aquele que vicia a vontade, mas não a exclui; relativo às qualidades secundárias da coisa, peculiaridades, ou concernente a uma pessoa a que se referir a declaração de vontade; é erro sanável, quando se puder identificar a coisa ou a pessoa cogitada.’

No caso versante, está claro que a requerente não ignorava qualquer qualidade do bem contratado, mas sim contratou um, imaginando, por razões plausíveis, que contratava outro, fato que sequer caracteriza erro substancial, também passível de anulação, mas sim o mais puro dolo, ante a existência de intenções nefastas.

Ora, a declaração de vontade válida e eficaz é elemento primordial para a validade e eficácia do negócio jurídico, devendo o ato estar em consonância com a verdadeira intenção das partes. Defluindo dos autos ter ocorrido defeito na ocasião da transação negocial por dolo, é o negócio jurídico passível de anulação.

Da dicção do artigo 145, do novo Código Civil, extrai-se que:

‘São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for sua causa,’

O dolo, segundo Wilson de Souza de Campos Batalha:

‘(...) consiste no artifício, ou manobra, tendente a induzir outrem a erro na celebração do negócio jurídico que o prejudica’ (Defeitos dos Negócios Jurídicos, 1985, pág. 121).

Já o lapidar Clóvis Beviláqua conceituou o dolo como sendo:

‘O emprego de um artifício ou expediente astucioso para induzir alguém á prática de um ato que o prejudica e aproveita o autor do dolo ou o terceiro’ (Comentários ao Código Civil, vol. I, 6ª ed., 1940, pág. 339).

Desta feita, por tudo o que ficou demonstrado nos autos, resta patente que a autora quando assinou o refalado contrato não sabia o verdadeiro teor do documento, acreditando que estavam regularizando sim a posse. Analisadas as peculiaridades do negócio celebrado pelos litigantes, não vislumbra-se, aliás, nenhum demérito por parte da autora, vez que, embora se trate de pessoa simples e possivelmente de pouca instrução, pela descrição do imóvel, como se encontra no contrato, difícil é para qualquer pessoa precisar a área adquirida, identificada apenas pelas matrícula e confrontações, conhecidas tão somente pelo proprietário.

Destarte, havendo vício de consentimento a macular o ato jurídico, na figura do dolo, forçosa é a sua anulabilidade.

A jurisprudência, em caso semelhante, já se manifestou:

‘ERRO SUBSTANCIAL - IMÓVEL APRESENTADO PELO VENDEDOR DIVERSO DO ADQUIRIDO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO CONFIGURADO - RESCISÃO DO CONTRATO INAFASTÁVEL - RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS - SENTENÇA MANTIDA.’ (Apelação Cível n. 98.005169-0, de Blumenau, rel. Des. Mazoni Ferreira).

E mais:

‘ATO JURÍDICO. ANULAÇÃO. APARTAMENTO. COMPRA E VENDA. ESCRITURA RASURADA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO EXISTENTE. PROCEDÊNCIA. DECISUM INCENSURÁVEL. CONFIRMAÇÃO. APELO DESPROVIDO.’

A emissão da vontade válida e eficaz de ambas as partes é pressuposto de validade e eficácia dos atos jurídicos que têm por objetivo a transmissão da propriedade de bens imóveis. Defluindo dos autos, por indícios e circunstâncias que cercaram a transação negocial, ter sido a anuência da parte alienante obtida por meios escusos e reveladores de manobras fraudulentas e dolosas do pretense adquirente, a anulação da celebração contratual é imposta pela própria lei.’ (Apelação Cível n. 98.000741-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos)

Ainda:

'ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO - CONTRATO DE COMODATO - ALEGAÇÃO DE DEFEITO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO EXISTENTE - OCORRÊNCIA DE DOLO - PROVA EMPRESTADA - ADMISSIBILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARTIGO 20, § 4º DO CPC - DECISUM INCENSURÁVEL - CONFIRMAÇÃO - APELO DESPROVIDO.

Restando evidenciado nos autos ter sido o ato jurídico entabulado entre as partes maculado por algum dos vícios de consentimento, a sua anulação mostra-se imperativa. (Apelação Cível n. 01.018751-5, de Jaguaruna, rel. Des. Ruy Pedro Schneider).

Por fim:

'VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. PROVA. RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO CONFIGURADA. ANULAÇÃO DO ATO VOLITIVO.

"O dolo, a fraude, ou a simulação, não podem prevalecer sobre a boa fé e a justiça, a pretexto da sentença apegar-se em artifícios conjecturais, relegando circunstâncias, presunções e indícios graves, precisos e concludentes, que resultam em base suficiente para a convicção do juiz' (Ap n. 22.549, de Lages, rel. Des. Volnei Carlin). (fls. 151 a 156)." [grifou-se]

Como visto, a decisão de segunda instância cuidou de registrar que os réus sempre estiveram na terra que almejavam adquirir, não havendo nenhuma situação de posse irregular.

Por outro lado, a ação de reintegração de posse ajuizada pelo irmão do autor contra os réus, ao contrário do que se sustentou na inicial, não foi julgada procedente em razão da constatação de esbulho ou turbacão, mas pelo fato de que a reintegração era uma consequência lógica da rescisão conquistada pelos ora réus na ação anulatória.

É o que se extrai da decisão, também da relatoria do Des. Mazoni Ferreira (apelação cível n. 2003.019450-9), julgada conjuntamente com a anulatória:

"A sentença proferida nos autos da ação anulatória e da rescisória foi revista por esta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento das Apelações Cíveis n. 2003.019449-5 e 2003.019451-7, respectivamente, que decidiu manter a decisão proferida na ação de anulação de ato jurídico, e determinou a remessa dos autos à liquidação de sentença apenas para que se possa apurar o valor das benfeitorias e acessões a serem ressarcidos aos ora apelantes, bem como para manter a decisão que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de rescisão de contrato, aforada pelos pais do ora apelado.

Uma vez determinado que as partes, no processo anulatório, retornem ao status quo ante, não possuem os apelantes mais legitimidade para permanecer no imóvel objeto da controvérsia; portanto assiste razão ao apelado, quando postula sua reintegração. Cabe aos apelantes tão-somente buscar ressarcimento pelas benfeitorias que lhes são devidas, conforme foi determinado.

Logo, diante do que ficou consignado acima, não há acolher o pleito dos apelantes, tendo em vista que, pela anulação das avenças, a situação volta para o estado inicial, com a reintegração do apelado na posse de seu imóvel, que foi adquirido de seus pais." [grifou-se]

Logo, seja na anulatória, seja na reintegratória, não há nada que indique, minimamente, que os réus ocupavam área diversa daquela que sempre buscaram adquirir.

2.2. Na ação de ressarcimento por perdas e danos e lucros cessantes proposta contra o autor (n. 010.02.000452-4), em que ele foi condenado a ressarcir os prejuízos materiais suportados pelos ora réus e que é objeto da presente ação rescisória, a Segunda Câmara de Direito Civil deste Tribunal, agora em decisão do Des. Gilberto Gomes de Oliveira (apelação cível n. 2008.038955-3), consignou o seguinte:

“Veja-se, pois, que o primeiro demandado assumiu, naquele momento, ter realmente passado o herbicida Tordon na terra que era de seu irmão, mas não dos demandantes. Ocorre que, como visto, aí reside grande celeuma entre as partes, haja vista que a principal contenda era com referência a qual terreno era de propriedade dos suplicantes, ao passo de que haviam tomado posse de uma determinada extensão de terra, mas que esta não correspondia à descrita no contrato de compra e venda, o que só ocorreu por dolo da parte vendedora.

Assim, ainda que o suplicado afirme que tenha passado herbicida nas terras de seu irmão, a propriedade da suplicante à época é que foi atingida, como deixou claro o perito Rogério Dias de Andrade, no depoimento que prestou na audiência de instrução e julgamento, prova esta que substituiu a perícia efetuada no terreno (fl. 58):

(...) que em várias áreas do imóvel da autora verificou-se a aplicação do herbicida Tórdon; que no imóvel havia área ainda de vegetação nativa e os canteiros de muda de fumo; que as mudas estavam mortas provavelmente por aplicação de algum herbicida. Pelo autor: que a deriva é quando ocorre a colocação de um determinado produto e pela ação do vento este produto é levado para uma outra área; que em face da deriva, e dependendo da concentração do produto, poderia ela ocasionar a morte das mudas; que o local atingido pelo herbicida ainda não estava preparada para a lavoura, mas era terreno utilizado para lavoura; que a mediação do imóvel foi realizada com trena e chegou a 31.600 m², que o depoente acha que na área há possibilidade de plantio de 45 à 50.000 pés de fumo; que o depoente pode afirmar que segundo informações do fabricante o plantio de plantas sensíveis ao produto poderiam ser plantadas a partir de 2 à 3 anos; que das mudas mortas não havia possibilidade de aproveitamento das mesmas; que as bandejas onde são colocadas as mudas podem ser re-aproveitadas, mesmo com a presença de herbicida desde que haja uma limpeza bem feita; que as culturas não sensíveis ao Tórdon podem ser citadas graminhas, cana-de-açúcar, milho etc...; que o plantio de fumo em relação a milho e cana-de-açúcar existe uma grande diferença em relação ao preço (...) (fl. 58).

Como se vislumbra no depoimento prestado pelo perito, foi verificada a aplicação do herbicida Tordon nas terras dos suplicantes e, em consequência, a morte de mudas que seriam usadas para o plantio.

Nesse sentido também foi o depoimento da testemunha Gabriel Thiesen (fl. 59):

(...) que o depoente viu no terreno da autora as mudas de fumo mortas e o terreno ‘trilhado’, que havia cerca de 60.000 a 80.000 mudas de fumo; que não ouviu nenhum comentário de quem teria passado o herbicida. Pelo autor: que a aplicação do herbicida foi feito em faixas; que o herbicida foi passado em três hectare aproximadamente; que após esses fatos os requerentes não plantaram fumo por medo de estragar (...).

E de Jucelino Manoel Matias (fl. 60):

(...) que a autora perdeu mudas de fumo porque foi passado veneno (...), que o veneno foi passado no lado dos canteiros tudo em risco, ou seja, em faixas determinadas; que o veneno não foi colocado de maneira uniforme em todo o terreno; que o tamanho da área atingida foi de mais ou menos três e meio hectare que após o fato os autores não plantaram mais fumo; que antes da aplicação do herbicida os autores não plantavam nada; que atualmente os autores não plantam fumo; que os autores pediram mudas emprestado

para o depoente, após o aparecimento do uso de herbicida; que o depoente não possuía mudas e os autores tiveram que pedir mudas para outros (...)" [grifou-se e destacou-se]

O autor Edno, relembre-se, sustentou que a decisão rescindenda incorreu em erro de fato porque teria ignorado que os ora réus, na verdade, teriam invadido área que pertencia a Ênio, seu irmão, apresentando um croqui no corpo da inicial que supostamente retrataria essa situação.

Apesar disso, olvidou-se que, para amparar o pedido rescisório com fundamento na existência de erro de fato, **não pode ter havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato:**

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato. [grifou-se]

A decisão colegiada, como se viu, expressamente se pronunciou não apenas sobre a controvérsia que se instaurou sobre o imóvel (o fato), como também assentou que os ora réus sempre tiveram a posse da área afetada pelo herbicida, de modo que esse tema constituiu objeto da controvérsia e do pronunciamento judicial da instância superior.

Nesse sentido, ensina Pontes de Miranda:

“O art. 485, § 2º fez indispensável, em se tratando de erro quanto a existência ou a inexistência do fato, que não tivesse havido controvérsia entre as partes e interessados, o que teria permitido investigação suficiente, nem pronunciamento judicial sobre o erro. Tem-se de perguntar se afastaria a incidência do art. 485,

IX, ter havido controvérsia sem pronunciamento do juiz, ou o pronunciamento do juiz sem ter havido controvérsia. Havemos de entender que sim, porque as partes teriam de levar à decisão judicial, na primeira instância, ou em superior instância, ou em única instância, aquilo que as levava à controvérsia; e, se não houve controvérsia, mas o juiz se pronunciou, tinham as partes de exercer as pretensões recursais. O que se afasta é a rediscussão ou rediscutibilidade na ação rescisória” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1974, Tomo VI, p. 333).

O erro de fato deve emergir de uma questão não resolvida no processo (STJ, Resp 804.624, rel. Min. Luiz Fux). Se houve controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato, há então erro de julgamento, o que inviabiliza o uso da ação rescisória com fundamento no art. 485, IX, do CPC/73.

2.3. Por tudo que se expôs, especialmente no item em que se fez uma retrospectiva das ações propostas e da participação dos demandados em cada uma delas, não há como estabelecer a premissa de que a decisão colegiada é resultado de dolo da parte dos réus (vencedores) em detrimento do autor (vencido). Pelo contrário, o que ficou comprovado é que eles sempre agiram de boa-fé.

Ademais, “A hipótese de cabimento da ação rescisória insculpida no inciso III, primeira parte, do artigo 485 do Código de Processo Civil/1973 (dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida) deve estar estampada em atos intencionais graves, que configurem deslealdade processual, de modo a influenciar negativamente a decisão judicial” (REsp n. 1.590.902/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26-4-2016), o que também evidencia a absoluta fragilidade da tese levantada pelo autor.

Assim, voto pela improcedência desta ação rescisória.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa (CPC, art. 85, §2º), sobretudo porque exigiu dos procuradores dos réus uma única manifestação e não houve dilação probatória. A exigibilidade, no entanto, fica suspensa em razão do deferimento da gratuidade de custas.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0307190-22.2016.8.24.0038

Relator: Des. Paulo Ricardo Bruschi

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE TRÂNSITO. COLISÃO COM SEMOVENTE. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E INSPEÇÃO DA VIA. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO.

CULPA EXCLUSIVA DO PROPRIETÁRIO DO ANIMAL. TESE AFASTADA. ZELO PELA SEGURANÇA DA VIA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE RESPONDE PELO DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO OUTORGADO PELO ESTADO. DEVER REPARATÓRIO CONFIGURADO.

DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO ACERCA DE EVENTUAL COBERTURA SECURITÁRIA A AFASTAR O DEVER INDENITÁRIO DA RÉ. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO JUDICIAL À FENSEG. DEDUÇÃO RECHAÇADA. POSSIBILIDADE DE FORMULAÇÃO DE CONSULTA PÚBLICA. INCUMBÊNCIA DA PRÓPRIA CONCESSIONÁRIA PELA MISSIVA (ART. 373, II DO CPC).

RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM GUINCHO. INVIABILIDADE. SERVIÇO OFERTADO DE FORMA GRATUITA PELA CONCESSIONÁRIA. INEXISTÊNCIA DE INFORMAÇÃO ACERCA DE EVENTUAL NEGATIVA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

DANOS MORAIS. AUTOR QUE, EM DECORRÊNCIA DO SINISTRO, SOFREU CORTE NA CABEÇA E DIVERSAS ESCORIAÇÕES NO TÓRAX. NECESSIDADE ULTERIOR DE SUBSTITUIÇÃO DE UM DOS DENTES POR PRÓTESE. SURGIMENTO DE DOENÇAS GÁSTRICAS.

INSURGÊNCIA COMUM. READEQUAÇÃO DO QUANTUM. INCABIMENTO. VERBA FIXADA EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. VERBA FIXADA COM PARCIMÔNIA E EM RESPEITO ÀS DISPOSIÇÕES LEGAIS.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0307190-22.2016.8.24.0038, da comarca de Joinville (1ª Vara Cível) em que é Apelante Recorrido Adesivo Autopista Litoral Sul SA e Apelados Recorrentes Adesivo Celio Rosnei dos Santos e outro.

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gerson Cherem II.

Florianópolis, 31 de outubro de 2019.

Desembargador Paulo Ricardo Bruschi

RELATOR

RELATÓRIO

Autopista Litoral Sul SA e Celio Rosnei dos Santos e outra, devidamente qualificados nos autos e inconformados com a decisão proferida, interpuseram Recursos de Apelação e Adesivo, respectivamente, objetivando a reforma da respeitável sentença prolatada pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível, da comarca de Joinville, na “*Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais*” n. 0307190-22.2016.8.24.0038, a qual julgou procedentes os pedidos formulados na exordial e, por consequência, condenou a requerida ao pagamento da indenização por danos materiais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), e danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Na inicial (fls. 01/07), os autores postularam o ressarcimento das despesas materiais e os danos emergentes, além da condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, que, segundo aludiram, teriam sofrido em decorrência de conduta omissiva atribuída à ré.

Justificaram o pedido fundamentando-o no argumento de que, na madrugada do dia 22/02/2016, o primeiro autor, Célio Rosnei dos Santos, trafegava regularmente com o veículo de propriedade da segunda autora, Sra. Andreia Floriano dos Santos, um Renault/Clio, ano 2006, de placas KQF-0958, na BR 101, no KM 90, sentido norte, quando veio a colidir com uma vaca, que, de inopino, invadiu a sua mão de direção, causando o acidente.

Destacaram que o trecho em que ocorreu o sinistro é de concessão da demandada, que deveria manter a rodovia em segurança para o tráfego, livre de semoventes, razão pela qual tem o dever de indenizar os danos materiais e morais sofridos.

Efetuaram os requerimentos de praxe, neles incluída a assistência judiciária gratuita e juntaram documentos (fls. 08/58).

Deferido o benefício da gratuidade judiciária, designou-se audiência de conciliação (fl. 59), que restou infrutífera (fl. 89).

Na sequência, veio a ré aos autos e, contestando o feito (fls. 90/113), em síntese, sustentou que, por ser concessionária de serviço público, sua responsabilidade decorrente da prestação dos serviços é de natureza subjetiva, fazendo-se imprescindível a prova da culpa, do dano e do nexo de causalidade.

Noutro viso, asseverou ter agido no exercício regular do direito, cumprindo com os deveres que lhe foram impostos no contrato de concessão, tendo procedido à fiscalização do trecho da Rodovia em que ocorreu o acidente, dentro do interregno de 90 (noventa) minutos previsto no pacto, sem ter detectado a presença de nenhum animal.

Ademais, aduziu que a responsabilidade indenizatória pelo evento danoso deveria recair de forma exclusiva sobre o responsável pelo bovino, impugnando os danos materiais almejados, ao argumento de que não restaram demonstrados, além do que sustentou a inexistência de qualquer

abalo anímico indenizável, devendo eventual *quantum*, de todo modo, ser fixado conforme os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Colacionou documentos (fls. 114/129).

Na réplica (fls. 131/140), os autores rebateram as assertivas da ré e repisaram os argumentos da exordial.

Sobreveio, então, a sentença de fls. 158/162, na qual o douto Magistrado *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, sob o fundamento de que, pela falta de cuidado da ré, um animal invadiu a rodovia e causou acidente de grandes proporções, gerando dever indenitário.

Irresignada com a prestação jurisdicional efetuada, a ré tempestivamente apresentou recurso a este Colegiado. Em sua apelação (fls. 166/175), lastrou o pedido de reforma da sentença no argumento de que agiu no exato cumprimento dos deveres impostos através do contrato de concessão, eis que procedeu à fiscalização da Rodovia na data dos fatos e não constatou a presença de nenhum animal.

Asseverou, ainda, que a responsabilidade indenizatória pelo evento danoso deveria recair de forma exclusiva sobre o detentor do bovino, uma vez que este atuou de modo negligente por não conter o animal dentro de sua propriedade rural.

Sustentou, noutro viso, a necessidade de expedição de ofício à FENSEG, a fim de se apurar eventual existência de seguro, o que impediria o pagamento pretendido.

Aliado a isso, aduziu não haver qualquer situação capaz de ultrapassar o mero dissabor, não havendo se falar em abalo anímico reparável, salientando, todavia, em eventual manutenção da obrigação a necessidade de minoração da quantia arbitrada.

Os apelados apresentaram contrarrazões às fls. 182/187 e, igualmente inconformados, interpuseram recurso adesivo (fls. 189/193), postulando a condenação da ré ao pagamento das despesas com guincho, bem como a majoração do valor relativo aos danos morais e a título de honorários advocatícios.

Com as contrarrazões ao recurso adesivo (fls.197/205), ascenderam os autos a esta Corte.

Recebo os autos conclusos.

Este o relatório.

VOTO

Objetivam as partes, em sede de recursos de apelação e adesivo, a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais, nos termos delineados no preâmbulo do relatório.

Em prelúdio, de bom alvitre se elucidar quanto à questão de fundo, que, em se tratando de responsabilidade civil do Estado (*in casu*, uma concessionária de serviço público), a regra adotada

pela Constituição Federal (art. 37, § 6º) é a da responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela que dispensa a comprovação da culpa pelos danos causados por ação (atos comissivos) de seus prepostos.

Todavia, o caso dos autos não retrata circunstância atinente a eventual ação culposa da requerida, ou de seus prepostos, mas, sim de eventual omissão por ela praticada, o que, como consequência, seria a causa dos danos ocasionados.

Não obstante, no que tange à responsabilidade civil do Poder Público decorrente de atos omissivos, algumas considerações devem ser tecidas.

Isso porque, embora a matéria ainda seja controvertida, ao menos em princípio, nos atos omissivos praticados pelos prestadores de serviço público, a responsabilidade daí decorrente terá assento na culpa e, portanto, em regra, será subjetiva.

Aliás, a doutrina do Direito Administrativo, capitaneada pelo ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Melo, assim tem se manifestado:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva” (Curso de Direito Administrativo. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 895-896).

Lúcia Valle Figueiredo orienta no mesmo sentido:

“No tocante aos atos ilícitos decorrentes de omissão, devemos admitir que a responsabilidade só poderá ser inculcada ao Estado se houver prova de culpa ou dolo do funcionário. Esta é a posição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello e do ilustre, querido e saudoso mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Deveras ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjetiva.

Assim é porque, para se configurar a responsabilidade estatal pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado.

Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.

Não há como provar a omissão do Estado sem antes provar que houve 'faute de service'. É dizer, não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente" (Curso de Direito Administrativo, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 269).

A propósito, da jurisprudência sobre o assunto, colhe-se o seguinte julgado:

[...] Quando o ente estatal é acusado de conduta omissiva, a análise do caso deve orientar-se pela teoria da responsabilidade subjetiva. Assim, além da demonstração da culpa, deverá estar comprovado que a omissão estatal foi específica e não meramente genérica e, sobretudo, que ela foi o fator determinante do evento danoso [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0002577-95.2012.8.24.0030, de Imbituba, Relator. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 20/02/2018).

Não obstante, quando o fato tiver por norte se eventual omissão do Estado ou de suas prestadoras de serviços públicos, evoluiu a doutrina para o entendimento de que a simples constatação de uma conduta omissiva não será razão suficiente para, por si só, suportar de plano a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva.

É que, nestes casos, para a sua correta elucidação, imprescindível será a investigação sobre a natureza desta omissão, isto é, se específica ou genérica.

Como corolário, sendo genérica a omissão, efetivamente será apenas subjetiva a responsabilidade do ente estatal, lastrada, pois, na culpa ou no dolo do ato ou de seus agentes. Caso contrário, ou seja, havendo omissão específica, isto é, quando tinha o dever de obstar o ato causador do dano, a responsabilidade será objetiva, eis que, nas palavras do eminente doutrinador alhures citado, Celso Antonio Bandeira de Mello, "*[...] só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo*", porquanto hipótese em que objetiva será a sua responsabilidade.

Aliás, discorrendo sobre a diferença entre os tipos de omissão que podem permear a conduta estatal e a sua consequente responsabilidade, explica o doutrinador Sérgio Cavalieri Filho:

"A atividade administrativa a que alude o art. 37, § 6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva como também a omissiva, pelo que merece temperamento aquela parte da doutrina capitaneada pelo insigne Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso Administrativo, 15ª ed., Malheiros Editores, pp. 871-872) que sustenta ser subjetiva a responsabilidade da Administração sempre que o dano ocorrer de uma omissão do Estado. Neste ponto é preciso distinguir omissão genérica do Estado (item 77) e omissão específica. Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, 'não ser correto dizer, sempre, que toda a hipótese proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir (A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 1997, p. 37). Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação

propícia para a ocorrência do evento em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve seu veículo parado mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso, haverá responsabilidade objetiva do Estado” (Programa de Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 261).

Neste diapasão, como evidenciado, situações existirão em que a omissão será genérica, hipótese em que haverá um dever geral de ação, fato em que a omissão não será o móvel direto do dano sofrido pelo particular.

E, em situações tais, incabível será exigir-se do ente público a onipresença, com o intuito de se evitar todo e qualquer tipo de dano ao indivíduo de forma particularizada, aplicando-se, então, indubitavelmente, a teoria da responsabilidade subjetiva, com seus desdobramentos, na qual, como cediço, haverá a necessidade de, via de regra, haver pela parte a prova da culpa do Estado, em qualquer de suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), para, assim, se evidenciar o dever de reparação do dano ocorrido.

A *contrario sensu*, como conclui Guilherme Couto de Castro, “*sendo caso de conduta administrativa específica, omissiva ou comissiva, basta aferir o nexo de causalidade e o dano e, inexistindo fortuito ou culpa exclusiva da vítima, a indenização será devida*” (A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro: o papel de culpa em seu contexto. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 57).

Aliás, acatando tais ensinamentos, já sedimentado neste Areópago o entendimento de que “*será preciso distinguir se a questão versa sobre omissão genérica ou específica. Tratando-se de conduta omissiva genérica, o Poder Público não pode ser responsabilizado com fundamento na teoria da responsabilidade objetiva, pois os danos decorrentes de sua inação refogem à égide do controle público. [...] De outro lado, havendo um omissão específica, o Estado deve responder objetivamente pelos danos dela advindos. Logo, se o prejuízo é consequência direta da inércia da Administração frente a um dever individualizado de agir e, por conseguinte, de impedir a consecução de um resultado a que, de forma concreta, deveria evitar, aplica-se a teoria objetiva, que prescinde da análise da culpa*” (TJSC, AC n. 2009.046487-8, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 15.9.09)” (in TJSC, Apelação Cível n. 2011.082751-0, da Capital, Relator: Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 12/08/2014).

Neste contexto, perpassadas tais digressões doutrinárias, volvendo-se ao caso em tela, tendo em vista que o trecho em que ocorreu o acidente é de concessão da demandada, exsurge sua responsabilidade pelo ocorrido, porquanto era sua obrigação vigiar e fiscalizar a rodovia, impedindo, por consequência, o ingresso de animais na pista de rolamento, com o que, por evidente, evidenciou-se omissão específica, fazendo com que sua responsabilidade seja analisada pela ótica objetiva.

Neste contexto, ao descumprir com o dever de vigilância e fiscalização da rodovia, não impedido a presença de animais na pista, com isso colocando em risco a vida e a dignidade do autor e dos demais usuários da rodovia, deve responder objetivamente pelos danos causados ao usuário.

A questão, aliás, não é nova nessa Corte de Justiça, que já decidiu de forma reiterada pela ocorrência de omissão específica no caso de ingresso de animais na via de circulação. Confira-se:

1) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO COM ANIMAL MORTO SOBRE PISTA DE ROLAGEM. FALTA DE INTERESSE RECURSAL ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS. PRELIMINAR AFASTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRETENSÃO DE ATRIBUIR A RESPONSABILIDADE PELO ACIDENTE AO DONO DO ANIMAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE DETÉM OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR E MANTER A PISTA EM CONDIÇÕES DE SEGURANÇA. VÍTIMA QUE, DADA A APARENTE CONCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADES, TEM O DIREITO DE OPTAR CONTRA QUEM ENDEREÇAR A PRETENSÃO. LEGITIMIDADE DA RÉ PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. **CONDUTA OMISSIVA ESPECÍFICA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE TINHA O DEVER DE AGIR PARA EVITAR ACIDENTES EM RAZÃO DA PRESENÇA DE ANIMAIS NA PISTA. DANO CAUSADO POR CONSEQUÊNCIA DIRETA DA INÉRCIA DA CONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFIRMADA.** SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0006845-14.2011.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 18-06-2019 – grifou-se).

2) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. RECURSO DA RÉ. INTERPOSIÇÃO DE DOIS APELOS CONTRA A MESMA SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO DO SEGUNDO RECLAMO. 1) PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INOCORRÊNCIA. IMPUTAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO DO ANIMAL QUE NÃO IMPLICA EM AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA. PROEMIAL AFASTADA. “É parte legítima para figurar no polo passiva da demanda concessionária de serviço público que permite o trânsito de animais em rodovias sob seu domínio.” (AC n. 2012.073951-7, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 21.05.2013). 2) **MÉRITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS OCORRIDO EM VIRTUDE DE ANIMAL NA PISTA. AVENTADA INEXISTÊNCIA DE CULPA DA DEMANDADA. INVIABILIDADE. DEVER DE VIGILÂNCIA. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICABILIDADE DOS ARTS. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 22, DO CDC. NEXO CAUSAL COMPROVADO POR MEIO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE VERACIDADE NÃO DERRUÍDA PELA CONCESSIONÁRIA. ÔNUS DA RÉ, CONSOANTE O ART. 373, II, DO CPC/15. RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTATADA. RESSARCIMENTO DEVIDO. DECISÃO INALTERADA NO PONTO. “A presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, respondendo as concessionárias pelo defeito na prestação do serviço que lhes é outorgado pelo Poder Público concedente”.** (STJ, REsp n. 687.799/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 15.10.2009). 3) TENCIONADA ALTERAÇÃO DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS PARA A DATA DA CITAÇÃO. DANOS MATERIAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EFETIVO PREJUÍZO (SÚMULA 43, DO STJ). TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 53, DO STJ). DECISUM PRESERVADO NO TÓPICO. 4) INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. DESCABIMENTO. 5) DAS CONTRARRAZÕES. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS.

FIXAÇÃO DO IMPORTE DE 5% (CINCO PORCENTO) DO VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO, INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0305993-81.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 06-06-2019 – grifou-se).

Assim sendo, demonstrado o dano e o nexo de causalidade entre o evento danoso e o ato omissivo da ré, a concessionária somente poderia afastar sua responsabilidade caso evidenciado que o sinistro se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, bem como por eventual caso fortuito ou força maior, com esteio na Lei Substantiva Civil, o que não se vislumbra nos autos.

Com efeito, a fim de afastar sua responsabilidade pelo ocorrido, aduziu que, além de ter cumprido rigorosamente as exigências mínimas relativas às inspeções de tráfego, consoante o contrato de concessão, o acidente ocorreu por culpa exclusiva do dono do semovente, fato de terceiro, pois.

Entrementes, ao que se dессome do processo, embora a apelante tenha informado que o trecho em que ocorreu o acidente fora vistoriado como determina o contrato de concessão, ou seja, a cada 90 minutos, quedou-se inerte em colacionar provas nesse sentido.

Neste sentido, de bom alvitre se assentar que a ré tinha plena possibilidade de carrear eventuais filmagens da via ou as informações contidas no seu sistema de monitoramento e gerenciamento operacional, pois conforme aduziu em sua peça defensiva, tal sistema é informado continuamente sobre as condições de tráfego da rodovia, como disposto no item 6.3.2.6. (fls. 126/127), o que todavia não fez.

Aliado a isso, imperioso ressaltar que o fato de um animal de propriedade de terceiro invadir a pista de rolamento não afasta a obrigação da concessionária de fiscalizar e conservar as estradas ou rodovias, devendo responder por eventuais defeitos na prestação de seus serviços e que coloquem em risco a segurança de quem as utiliza, especialmente quando não comprova ter agido dentro dos rigores do contrato de concessão entabulado.

Nessa tessitura, vênia, embora não se afaste eventual responsabilização do dono do animal em ação regressiva, cujo intento deverá perseguir a apelante, se assim o desejar, tal fato, porém, não elide a legitimidade passiva da ré para responder pelos danos advindos da má prestação do serviço.

A propósito, os julgados deste Tribunal:

1) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO COM ANIMAL MORTO SOBRE PISTA DE ROLAGEM. FALTA DE INTERESSE RECURSAL ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES RECURSAIS. PRELIMINAR AFASTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRETENSÃO DE ATRIBUIR A RESPONSABILIDADE PELO ACIDENTE AO DONO DO ANIMAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE DETÉM OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR E MANTER A PISTA EM CONDIÇÕES DE SEGURANÇA.

VÍTIMA QUE, DADA A APARENTE CONCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADES, TEM O DIREITO DE OPTAR CONTRA QUEM ENDEREÇAR A PRETENSÃO. LEGITIMIDADE DA RÉ PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. CONDUTA OMISSIVA ESPECÍFICA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE TINHA O DEVER DE AGIR PARA EVITAR ACIDENTES EM RAZÃO DA PRESENÇA DE ANIMAIS NA PISTA. DANO CAUSADO POR CONSEQUÊNCIA DIRETA DA INÉRCIA DA CONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFIRMADA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0006845-14.2011.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 18-06-2019 – grifou-se).

2) RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO COM ANIMAL QUE SE DESLOCAVA SOBRE A PISTA DE ROLAMENTO. RODOVIA SOB CONCESSÃO. **ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRETENSA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXCLUSIVA AO DONO OU DETENTOR DO ANIMAL. INOCORRÊNCIA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE FALTOU COM O DEVER DE VIGILÂNCIA A FIM DE MANTER SEGURO O TRECHO, LIVRE DA PRESENÇA DE ANIMAIS. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NO POLO PASSIVO.** LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS. DOCUMENTOS APRESENTADOS EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO. VERBA HONORÁRIA MANTIDA EM OBSERVÂNCIA AO CASO CONCRETO E CRITÉRIOS LEGAIS. RECURSOS DESPROVIDOS.

‘É parte legítima para figurar no polo passivo da demanda concessionária de serviço público que permite o trânsito de animais em rodovias sob seu domínio.

A presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, respondendo as concessionárias pelo defeito na prestação do serviço que lhes é outorgado pelo Poder Público concedente (STJ. REsp n. 687799/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, j. em 15.10.09). (AC n. 2012.073951-7, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 21.05.2013)” (Apelação Cível n. 2012.022125-4, de Itajaí, rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, j. em 28-7-2015 – grifou-se)

Neste diapasão, negligenciando o dever de manutenção da rodovia em condições ideais de trafegabilidade, garantindo a segurança dos que ali transitam, escoreta a decisão de Primeiro Grau que concluiu pela imposição da obrigação indenizatória, como bem consigna o artigo 927 do Código Civil, pois *“aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*.

Firmada a responsabilidade, no tocante aos danos materiais, de se destacar que a concessionária ré se limitou a aduzir que, diante da não expedição de ofício judicial à Federação Nacional de Seguros Gerais – FENSEG, não pode colher informações precisas acerca de eventual existência de seguro veicular à época do sinistro, o que, ao seu ver, acarreta a impossibilidade de ressarcimento das avarias do veículo.

Entrementes, em que pese tais ilações, razão não lhe assiste, pois o ônus de buscar informações acerca de eventual relação securitária envolvendo o veículo sinistrado era de sua incumbência, eis que lhe cabe o ônus de evidenciar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, II do CPC).

Ademais, importa salientar que a aludida Federação mantém formulário público em seus domínios, através do qual é possível o requerimento de tal informação, inexistindo, assim, qualquer óbice para que a requerida efetue a mencionada diligência por sua conta.

Aliás, somente não hipótese de não lograr obtenção da informação, comprovado ter assim diligenciado, é que caberia a intervenção do Poder Judiciário.

A propósito, já se decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO EM RODOVIA FEDERAL OBJETO DE CONCESSÃO. PRESENÇA DE ANIMAL NA PISTA. PRETENDIDA REPARAÇÃO A TÍTULO DE DANOS EMERGENTES NO VEÍCULO ENVOLVIDO E DE LUCROS CESSANTES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, COM A APURAÇÃO DOS DANOS EMERGENTES RELEGADA À LIQUIDAÇÃO. INSURGÊNCIA DA RÉ/CONCESSIONÁRIA. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. AVENTADO NÃO SER HIPÓTESE DE JULGAMENTO ANTECIPADO, EIS QUE **REQUERIDA PRODUÇÃO DE PROVA ORAL E DOCUMENTAL, ESTA CONSISTENTE NA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E À EMPRESA SUPOSTAMENTE RESPONSÁVEL PELO CONSERTO DO VEÍCULO, VISANDO OBTER INFORMAÇÕES A RESPEITO DE EVENTUAL COBERTURA SECURITÁRIA E SOBRE O PAGAMENTO DOS REPAROS. PREFACIAL RECHAÇADA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS QUE ERA INCUMBÊNCIA DA PRÓPRIA RÉ (ART. 333, II, CPC/1973).**(...) (TJSC, Apelação Cível n. 0021326-21.2011.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Selso de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 24-10-2018 – grifou-se).

De outro viso, no que tange ao ressarcimento das despesas relacionadas ao uso do guincho para a remoção do veículo, agora já adentrando ao reclamo adesivo do autor, melhor sorte não o acompanha.

Isso porque, em que pese não utilizado, a concessionária de serviço público coloca a disposição dos usuários que trafegam pela via, de forma gratuita, serviço de guincho, não podendo ser responsabilizada pelo simples fato de o autor ter optado por contratar a prestação da iniciativa privada, sobretudo considerando qualquer informação acerca de eventual negativa de prestação de tal serviço pela ré.

Ultrapassada *tal quaestio*, no que pertine aos danos morais, frisa-se, incontestável a sua configuração no caso, especialmente porque, quando da colisão, o condutor do veículo sofreu um corte significativo em sua cabeça, além de diversas outras escoriações em seu tórax, tendo sido encaminhado para atendimento hospitalar.

Aliado a isso, os reflexos do acidente perduraram no tempo, tendo ocorrido, inclusive, a deterioração ulterior de um dente e o surgimento de esofagite, gastrite e úlcera gástrica, o que, evidentemente, ultrapassou o limite do mero dissabor, fazendo nascer para o autor o direito de, por isso, se ver ressarcido.

Sedimentado, portanto, o dever indenitário, passa-se à análise do valor fixado a título de reparação pelos danos morais causados, objeto de ambos os recursos.

Com efeito, não se olvida que, como cediço, do quantum indenizatório pelos danos imateriais não há parâmetros previstos na legislação, motivo pelo qual sua estipulação deve se dar consoante ao livre convencimento motivado do Juiz, devendo-se, sobretudo, focar a situação financeira dos contendores - vez que obstado o enriquecimento sem causa -, o grau de culpa com que se houve a ofensora e, por outro lado, que a verba indenizatória seja suficiente a impedir a continuidade da prática do ato ilícito, vez que também possui caráter educativo.

Ademais, como deixou assente Humberto Theodoro Júnior, “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 “o problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão” (Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil, RT 662/7-17).

Complementando tal entendimento, Carlos Alberto Bittar, elucida que “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante” (Reparação Civil por Danos Morais, RT, 1993, p. 220).

Por sua vez, recomenda Caio Mário da Silva Pereira que se levem em consideração duas noções no momento de se quantificar uma possível indenização: “a) de um lado, a ideia de punição do infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia; b) de outro lado, proporcionar à vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é o pretium doloris” (Instituições de Direito Civil, 8ª ed., RJ, Forense, 1986, v. II, n. 176, p. 235). Tutela-se, assim, o direito violado. E tal se dá, porquanto a reparação por dano moral, na acepção dos estudiosos, não visa criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa.

Deve, pois, ser razoável a quantificação. Aliás, sobre o tema, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

“Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela

vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes” (Programa de responsabilidade civil. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116).

No mesmo sentido aponta, novamente, a lição de Humberto Theodoro Júnior, para quem “[...] os parâmetros para a estimativa da indenização devem levar em conta os recursos do ofensor e a situação econômico-social do ofendido, de modo a não minimizar a sanção a tal ponto que nada represente para o agente, e não exagerá-la, para que não se transforme em especulação e enriquecimento injustificável para a vítima. O bom senso é a regra máxima a observar por parte dos juízes” (Dano moral. 6. ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009. p. 61).

Feitas tais digressões, considerando-se que o valor indenizatório deve obedecer aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade e sua fixação deve levar em consideração as particularidades do processo, bem como as premissas da inexistência de enriquecimento indevido, o grau de culpa e as condições financeiras das partes, analisando-se, ainda, o caráter pedagógico da pena, entende-se ser verba originariamente arbitrada de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) suficiente para compensar o abalo anímico advindo do infortúnio.

Isso porque, embora não se olvide dos revérberos do acidente na vida do autor, notadamente a dor e outras sensações angustiantes por ele experimentadas por conta das lesões decorrentes do acidente, *v.g.*, diversas escoriações em seu rosto e no seu tórax, bem como dos reflexos posteriores, como a deterioração de um dente e o surgimento de esofagite, gastrite e úlcera gástrica, o montante fixado pelos danos morais consubstancia efetiva reprimenda ao ato praticado, na medida em que tem efeito pedagógico sobre a omissão da demandada, sem causar sua ruína financeira e, de outro lado, não gera enriquecimento sem causa em favor do demandante.

Por fim, especificamente no que tange à majoração do valor arbitrado a título de honorários advocatícios, não merece provimento o recurso adesivo do autor.

Vislumbra-se que foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, os quais devem assim ser mantidos, porquanto arbitrados em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além do que, ao que se extrai, a causa não revela complexidade, não necessitando, por isso, de maiores esforços, além do que houve julgamento antecipado da lide, razão por que estipulados em montante condizente com o labor desempenhado.

Derradeiramente, passa-se à análise dos honorários recursais, assentando-se, de início, tratar-se de uma inovação trazida pelo novel Código de Processo Civil, contemplada pelo art. 85, §§ 1º e 11, que assim se reporta, *verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e **nos recursos interpostos**, cumulativamente.

[...]

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, **majorará** os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento (sem grifo no original).

Neste contexto, sucumbindo a ré em seu reclamo, majoram-se em 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação os honorários a serem suportados pela Autopista Litoral Sul S.A., os quais devem ser aditados ao montante instituído no Primeiro Grau, em favor do patrono do autor.

E, diante da sucumbência do postulante em seu Recurso Adesivo, o trabalho adicional do procurador da requerida também deveria ser recompensado, com a fixação dos honorários recursais.

Entrementes, tendo em vista ser outro o entendimento esposado pela colenda Câmara, por não ter havido condenação do demandante em Primeira Instância neste sentido, circunstância consolidada, inclusive, por julgamento em colegialidade ampliada, oportunidade em restei vencido no ponto, ao argumento de que cabíveis somente nas hipóteses previstas pelo STJ, ainda que dele não comungue, a bem da segurança jurídica, a tal entendimento se adere e, portanto, deixa-se de arbitrá-los, pois incabíveis.

Ante o exposto, vota-se no sentido de se conhecer dos recursos e negar-lhes provimento, mantendo-se hígida a sentença de Primeiro Grau.

É como voto.

Apelação Cível n. 0009027-02.1999.8.24.0033, de Itajaí

Relatora: Desembargadora Rosane Portella Wolff

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO. JUÍZO A QUO QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL E CONDENOU AMBOS OS NOSOCÔMIOS À OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. IRRESIGNAÇÕES DOS RÉUS.

APELO DO HOSPITAL QUE PRESTOU O PRIMEIRO ATENDIMENTO.

PACIENTE QUE SOFREU ACIDENTE DE TRÂNSITO E FOI ATENDIDO EMERGENCIALMENTE NO PRIMEIRO HOSPITAL RECEBENDO ASSEPSIA COM SORO FISIOLÓGICO E SUTURA NO LOCAL DO FERIMENTO SENDO ENCAMINHADO A UM SEGUNDO ESTABELECIMENTO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. ATENDIMENTO INADEQUADO POR TER DEIXADO CORPO ESTRANHO DENTRO DA SUTURA O QUAL POSTERIORMENTE CONTRIBUIU PARA INFECÇÃO. IMPERÍCIA DO NOSOCÔMIO RÉU AO NÃO OBSERVAR A MELHOR PRÁTICA PARA O ASSISTIDO EM VISTA DA CONCLUSÃO PERICIAL. AUSÊNCIA DE PROVA NEGATIVA DO DIREITO DO AUTOR. CULPA CONFIGURADA. PRÁTICA DE ATO ILÍCITO E DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. EVENTO LESIVO QUE RESULTOU EM AMPUTAÇÃO DE MEMBRO INFERIOR ESQUERDO DO AUTOR. INTERNAÇÃO EM HOSPITAL E CIRURGIA. AUTOR QUE À ÉPOCA DOS FATOS POSSUÍA 16 ANOS. ABALO ANÍMICO CARACTERIZADO. DANOS ESTÉTICOS. LESÃO FÍSICA INCONTESTÁVEL. AMPUTAÇÃO DA PERNA ESQUERDA. PREJUÍZO ESTÉTICO EVIDENTE.

PLEITO DE REDUÇÃO DO QUANTUM FIXADO NA SENTENÇA. ACOLHIMENTO EM PARTE. DANOS MORAIS. ADEQUAÇÃO DO MONTANTE ESTIPULADO NA ORIGEM, QUE GUARDA PROPORÇÃO ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, INCLUSIVE NO QUE TRATA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DANOS ESTÉTICOS. MINORAÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. VALORES QUE DEVEM SER CORRIGIDOS PELO INPC/IBGE A CONTAR DA RESPECTIVA FIXAÇÃO, ALÉM DOS JUROS DE MORA EXIGÍVEIS DESDE A CITAÇÃO.

APELO DO SEGUNDO HOSPITAL PARA O QUAL FOI TRANSFERIDO O AUTOR.

NOSOCÔMIO QUE AO RECEBER O PACIENTE ENCAMINHADO ADOTOU PROCEDIMENTO DE MEDICAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DE EVOLUÇÃO DE QUADRO CLÍNICO, SEM REABERTURA DA SUTURA. PIORA DO ESTADO. ENCAMINHAMENTO AO CENTRO CIRÚRGICO. CONSTATAÇÃO DE INFECÇÃO NO MEMBRO SUTURADO. PACIENTE ENCAMINHADO A UM TERCEIRO HOSPITAL PARA TRATAMENTO ESPECIALIZADO. AMPUTAÇÃO. PERÍCIA QUE ATESTA LESÃO VASCULAR E INFECÇÃO COMO CAUSA DO DANO. AUSÊNCIA DE PROVA DE RESPONSABILIDADE DO SEGUNDO HOSPITAL POR NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CULPA POR PARTE DO SEGUNDO NOSOCÔMIO POR NÃO TEREM SIDO APONTADOS ERROS NO PROCEDIMENTO ADOTADO. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL AFASTADA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE CONDENOU O SEGUNDO NOSOCÔMIO SOB A ÉGIDE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO QUE CONSISTE EM PEDIDO AUTÔNOMO EM RELAÇÃO ÀQUELE QUE PLEITEIA O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE CONDUITA E DANO PROPRIAMENTE DITO. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. ART. 5º, LV, CF/88. NULIDADE SANADA PELO ART. 1.013, §3º, II. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

REFORMA DA SENTENÇA QUE ENSEJA A MODIFICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS

DA DERROTA. PRETENSÃO AUTORAL JULGADA IMPROCEDENTE EM RELAÇÃO AO HOSPITAL PARA O QUAL FOI TRANSFERIDO O AUTOR, E SIGNIFICATIVO DECAIMENTO DO HOSPITAL QUE PRESTOU O PRIMEIRO ATENDIMENTO AO DEMANDANTE. NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO À PROPORÇÃO DO ÊXITO OBTIDO PELAS PARTES.

HONORÁRIOS RECURSIAS DESCABIDOS. SENTENÇA PROLATADA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO BUZAID.

RECURSO DO PRIMEIRO HOSPITAL QUE PRESTOU ATENDIMENTO AO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE E RECURSO DO SEGUNDO NOSOCÔMICO, PARA O QUAL FOI TRANSFERIDO O REQUERENTE, CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0009027-02.1999.8.24.0033, da comarca de Itajaí 3ª Vara Cível em que são Apelantes Instituto das Pequenas Missionárias de Maria Imaculada Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen e Maternidade Santa Inês S.A. e Apelados Adra Gonçalves de Almeida, Marco Aurélio de Almeida e Mário Sérgio de Almeida Filho (espólio de Mário Sérgio de Almeida).

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso do Hospital e Maternidade Santa Inês S.A. e dar-lhe parcial provimento e conhecer do Recurso do Instituto das Pequenas Missionárias de Maria Imaculada Hospital e Maternidade Marieta Konder Bonhausen e dar-lhe provimento. Por maioria de votos, estabelecer como marco inicial dos juros moratórios, a data da citação. Vencidos, no ponto, o Des. Gerson Cherem II e o Des. Raulino Jacó Bruning, que votaram pela fixação a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ). Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Bruning, com voto, e dele participaram o Des. Gerson Cherem II, Paulo Ricardo Bruschi e José Maurício Lisboa.

Florianópolis, 24 de outubro de 2019.

Desembargadora Rosane Portella Wolff

Relatora

RELATÓRIO

Mário Sérgio de Almeida, ajuizou Ação de Indenização por Ato Ilícito, Dano Moral e Estético n. 0009027-02.1999.8.24.0033 contra Lina Cláudia Almeida, Hospital Santa Inês e Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, na 3ª Vara Cível da comarca de Itajaí.

A lide restou assim delimitada, consoante exposto no relatório da sentença da lavra do magistrado José Agenor de Aragão (pp. 667-669):

Mário Sérgio de Almeida, devidamente qualificado nos autos, por intermédio de bastante procurador, ajuizou a presente Ação de Indenização por Ato Ilícito e Dano Moral e Estético contra Lina Cláudia Almeida, Hospital Santa Inês e Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, igualmente identificados, alegando em síntese que, aos 26.02.1995, foi vítima de acidente de trânsito ocasionado pela primeira demandada, a qual perdeu o controle do veículo que conduzia e atropelou o autor quando este estava parado no abrigo de pedestres aguardando o ônibus coletivo.

Afirma que a primeira requerida fugiu sem prestar socorro, e foi atendido por profissional de medicina que transitava pelo local e levado ao hospital Santa Inês, onde foi feita a limpeza da perda e a sutura do corte existente na coxa. Mas, como continuava com fortes dores e, considerando que a mãe do autor trabalhava no Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, foi para lá transferido, entretanto permaneceu três dias sem ser examinado e sem atendimento médico. No quarto dia foi atendido e encaminhado para tratamento especializado no Hospital Evangélico de Curitiba, onde, diante do estado deplorável do autor, foi amputada sua perna esquerda, haja vista o adiantado estágio de infecção, e além disso foi constatada fratura da clavícula esquerda. O autor permaneceu internado por 30 dias, com acompanhamento médico e psicológico, tendo dispendido o valor de R\$ 10.600,00.

Salienta que houve negligência em seu atendimento, motivo pelo qual faz jus à indenização pelos danos suportados.

Arremata pugnando pela procedência da ação, com a consequente condenação solidária das requeridas ao pagamento de indenização pelos danos materiais, lucros cessantes, danos morais, dano estético e, ainda, o valor correspondente à prótese articulada de perna que lhe é necessária.

Atribuiu valor à causa e anexa os documentos de fls. 05/222.

A terceira requerida contestou às fls. 241255, argumentando que a fatalidade ocorrida com o autor não tem nexo de causalidade com o atendimento a ele prestado no Hospital Marieta, o qual foi feito de modo adequado. Arguiu sua ilegitimidade passiva, denuncia à lide os médicos João Carlos Schelder e Luiz Carlos Lenz que prestaram atendimento ao autor. Insurge-se contra os pedidos indenizatórios formulados na exordial. Requer a improcedência da lide e junta os documentos de fls. 256/260.

O auto postulou pela desistência da ação em relação à primeira requerida (fl. 261), e apresentou a réplica de fls. 262/267.

A desistência foi acolhida e homologada (fl. 269).

A segunda demandada ofertou a contestação de fls. 270/280, arguindo a preliminar de inépcia da exordial. No mérito, argumenta que o nosocômio estava lotado quando recebeu o autor, que todos os procedimentos de limpeza e higienização estavam sendo feitos exclusivamente com soro fisiológico, e que, diante da pressão dos parentes da vítima a transferência somente foi precedida de um curativo provisório, com pontos esparsos, para evitar hemorragia, cabendo ao médico que efetuasse o próximo atendimento reabrir o local da lesão e proceder o tratamento adequado. Frisa que não agiu com qualquer forma de culpa para a fatalidade suportada pelo autor. Impugna os documentos colacionados à inicial. Discorre sobre a responsabilidade de meio dos profissionais médicos e sobre a ausência do nexo de causalidade entre o atendimento prestado pelo Hospital Santa Inês e os danos suportados pelo autor. Requer a improcedência da lide e anexa instrumento de mandato (fls. 281/282).

O autor impugnou a contestação (fls. 285/291).

Em despacho saneador foi afastada a preliminar de inépcia da exordial e relegada a apreciação da legitimidade passiva para a ocasião da sentença. Foi indeferido o pedido de denúncia à lide e designada audiência de instrução e julgamento (fls. 295/296). Em razão dos embargos declaratórios opostos pelo autor, foi proferida

a decisão de fls. 311/312, com a inversão do ônus da prova, a determinação às requeridas de juntada dos documentos solicitados pelo autor e o deferimento da prova pericial.

A terceira requerida juntou os documentos de fls. 332/333 e afirmou que o relatório médico não acompanhou o autor quando de sua internação.

Realizada a audiência, foi afastada a proposta de conciliação, tomando o depoimento da procuradora do autor e ouvidas as testemunhas arroladas (fls. 362/378).

O laudo pericial foi juntado às fls. 397/399.

O sr. Perito nomeado foi intimado a manifestar-se acerca dos quesitos faltantes, mas declinou do cargo, motivo pelo qual novo expert foi nomeado (fls. 481 e 499).

Em razão do falecimento do autor, foi requerida a substituição processual, passando a constar no polo ativo Adra Gonçalves de Almeida, Marco Aurélio de Almeida e Mário Sérgio de Almeida Filho (fls. 532/542).

Os autos, lamentavelmente, permaneceram com o perito nomeado por quase dois anos, conforme certificado à fl. 555.

Novo laudo pericial foi juntado às fls. 568/583.

As partes foram intimadas a se manifestarem acerca do laudo (fl. 584). A terceira requerida apresentou a petição de fls. 588/591 e os demais litigantes deixaram o prazo transcorrer in albis (fl. 591v.).

Foram apresentadas alegações finais (fls. 595/637).

O Ministério Público exarou o parecer de fls. 645/666.

Vieram os autos conclusos.

[...]

(p.p. 667-669; com destaques no original).

Na parte dispositiva da decisão constou:

Ante o exposto, Julgo Parcialmente Procedentes os pedidos iniciais formulados na presente Ação de Indenização, autuada sob o n. 033.99.009027-5, ajuizada por Adra Gonçalves de Almeida, Marco Aurélio de Almeida e Mário Sérgio de Almeida Filho contra Hospital Santa Inês e Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, para condenar as requeridas, solidariamente, ao pagamento em favor dos autores:

- do valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de danos morais, a ser corrigido monetariamente pelo INPC a contar desta data e com incidência de juros de mora de 1% ao mês a partir da data do fato, ou seja, 03.03.1995;

- da quantia de R\$ 8.067,32, relativa aos danos materiais, a ser corrigida monetariamente a partir da data das respectivas notas fiscais e recebidos acostados aos autos, acrescida, ainda, de juros de mora de 1% ao mês, este a contar da citação;

- do valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de indenização por danos estéticos, a ser atualizado monetariamente e com incidência de juros de 1% ao mês, a contar da data da decisão.

Os valores relativos aos menores Marco Aurélio de Almeida e Mário Sérgio de Almeida Filho deverão permanecer depositados em conta vinculado ao feito, até que atinjam a maioridade.

Em razão da sucumbência recíproca, condeno os litigantes ao rateio das custas processuais, honorários periciais, sendo 20% a cargo dos autores e 80% a ser pago pelas requeridas. Condeno os autores ao pagamento do valor de R\$ 600,00 em favor dos patronos de cada uma das requeridas, ficando a exigibilidade suspensa

em razão do benefício da justiça gratuita concedida aos mesmos e condeno as demandadas ao pagamento de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação a título de honorários advocatícios em favor do patrono das requerentes.

P.R.I.

(p.p. 689-690; com destaques do original).

Irresignados, ambos os Requeridos interuseram Recurso de Apelação.

O Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, em suas razões recursais (pp. 694-708), defendeu, em síntese, que: a) os procedimentos realizados foram de acordo com o que leciona a doutrina médica, não havendo o que se falar em omissão; b) quando o paciente Requerente deu entrada no HMMKB, já apresentava o ferimento devidamente limpo e suturado, não havendo necessidade de se impor novo sofrimento à lesão apenas para “verificar se o Hospital Santa Inês havia realizado corretamente a limpeza do local”; c) ministraram os medicamentos indicados para uso (antibióticos) e aguardou-se a reação do organismo, exatamente como determina os ditames médicos; d) na ocasião da internação, verificou-se que Mário Sérgio apresentava fratura na clavícula, constatação esta não dada pelo primeiro nosocômio, o que demonstra a realização de avaliação do estado clínico do paciente e, por conseguinte, a cautela e responsabilidade com que fora atendido desde o início; e) a responsabilidade civil do hospital é aferida a partir da culpa na ocorrência do dano, porquanto, a decisão objurgada equivocou-se ao condenar o nosocômio Apelante, vez que não constatou-se erro médico (omissão) na conduta dos profissionais do Apelante, salientou, ainda, que a obrigação do médico, em regra, é de meio, razão pela qual o profissional da saúde assume a obrigação de prestar os seus serviços atuando em conformidade com o estágio de desenvolvimento de sua ciência, com diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando-se dos recursos de que dispõe; f) o Conselho Regional de Medicina - CREMESC - apreciou o caso e concluiu que não houve erro médico, excluindo, assim, a participação do nosocômio no infausto; g) na sentença vergastada utilizou-se da teoria da perda de uma chance para justificar o pagamento da indenização aos Demandantes, a qual não pode ser aplicada no caso, pois não houve ato ilícito perpetrado pelo Apelante, tampouco havia posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria; h) os valores fixados a título de indenização por danos morais e estéticos ultrapassam a linha do razoável, porquanto a correção baseada na data em que ocorreu o suposto dano irá triplicar a quantia.

Ao final, requereu o provimento do Recurso ou, alternativamente, a adequação da condenação, porquanto, os valores arbitrados representam enriquecimento sem causa, razão pela qual pugnou pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para minorar o valor da condenação aos danos morais e estéticos.

Por outro lado, o Hospital Santa Inês, em suas razões recursais (pp. 710-732) suscitou, em resumo, que: a) o acidente ocorreu às 7h00 da manhã do dia 26-02-1995, tendo Mário Sérgio dado entrada no nosocômio por volta das 8h00 da manhã e, conforme consta da ficha de evolução clínica, às 12h00 do citado dia estava realizando exame de Raio X no Hospital Marieta; b) o Requerente recebeu os primeiros cuidados médicos e, tão logo os familiares ficaram sabendo do ocorrido,

solicitaram emergencialmente sua transferência para o hospital e Maternidade Marieta Konder na cidade de Itajaí, tendo permanecido menos de três horas no nosocômio Apelante desde sua entrada no pronto socorro até a sua transferência; c) todos os procedimentos que estavam ao alcance do Hospital Recorrente foram realizados quando do atendimento de urgência e emergência do Autor, tendo em vista o pequeno período de tempo em que permaneceu no nosocômio, não restando caracterizado qualquer forma de culpa pela fatalidade ocorrida; d) após a transferência para o Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, conforme relato do Demandante, Mário Sérgio, permaneceu “praticamente três dias sem ser examinado e sem atendimento médico”; e) somente em 03-03-1995, quando foi transferido para o Hospital Evangélico localizado na cidade de Curitiba restou diagnosticado que o membro inferior esquerdo estava danificado, sendo necessária a amputação; f) por meio do laudo pericial é possível concluir que a gravidade do acidente sofrido pelo Autor poderia ter levado este, inclusive, a óbito não podendo o atendimento inicialmente realizado pelo Apelante ser o responsável pela amputação da perna do Requerente; g) que a relação entre médico e paciente é de meio e não restou comprovada culpa do Recorrente; h) o Autor não permaneceu internado no nosocômio Apelante para o seu completo tratamento, tão somente, por sua vontade e de seus familiares que realizaram sua transferência assim que tomaram conhecimento do acidente ocorrido; i) o valor arbitrado é exorbitante configurando em instrumento de enriquecimento indevido dos Apelados, o que fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; j) os juros moratórios com base de 1% ao mês desde a data do evento danoso é incabível, pois em se tratando de dano moral puro inexistente mora, posto que não é possível fixação de valores antes do arbitramento; k) em relação a incidência de juros o índice de 1% não deve prosperar, pois somente a partir da vigência do novo Código Civil que passou a vigorar tal correção, sendo que anteriormente com base no Código Civil de 1916, o valor do cálculo era com base em 0,5 ao mês.

Ao final, postulou o provimento do Apelo e o prequestionamento da matéria quanto a incidência dos juros de mora.

Instados, o Hospital Santa Inês S.A. deixou fluir in albis o prazo para manifestação (p. 773), e o Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen apresentou contrarrazões às pp. 768-772.

Após, os autos vieram a esta Corte.

Oportunizada a manifestação do Ministério Público, ofertou parecer a Procuradora de Justiça Monika Pabst, que opinou pelo conhecimento dos Recursos, pois intentados tempestivamente, e que: 1) sejam desprovidos os recursos interpostos por Instituto das Pequenas Missionárias de Maria Imaculada Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen e Hospital Santa Inês S/A; 2) seja alterada a data inicial dos juros de mora relativos aos danos morais e estéticos, para que corram desde a citação dos requeridos.

Este é o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos Recursos.

Trata-se de Ação de Indenização por Danos Morais e Estéticos no qual o autor pleiteia o ressarcimento dos danos sofridos por ter sua perna amputada por erro médico-hospitalar após o acidente de trânsito causado pela condutora do veículo.

Inicialmente, salienta-se que são aplicáveis ao presente caso os regramentos do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista que a sentença foi publicada em 20-01-2015 (fl. 691) e os Recursos interpostos em 09-02-2015 e 23-02-2015 (fl. 763).

De saída, cumpre assentar as bases a partir das quais será apurada a responsabilidade, se existente, dos Réus.

Da natureza da lide e composição dos fatos

É certo que a responsabilidade dos profissionais da medicina não é de fim, ou seja, não se responsabilizam pela cura do paciente submetido ao tratamento prescrito.

Ao revés, esses profissionais possuem responsabilidade de meio, sendo-lhes exigido apenas que atuem com a diligência adequada a lograr o melhor resultado possível, a qual deve ser apurada de forma subjetiva, a partir da verificação de imprudência, imperícia ou negligência no ato médico para que reste configurado seu dever de indenizar.

Igualmente, os hospitais para os quais funcionem os médicos como prepostos, terão a sua responsabilidade civil apurada subjetivamente em razão da atuação técnico-profissional dos empregados, consoante assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPROVAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AVERIGUAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. REQUISITOS VERIFICADOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. NÃO CABIMENTO DE ALTERAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. (...) 4. **A responsabilidade da instituição médica no que tange à atuação técnico-profissional (erro médico) de seu preposto é subjetiva, dependendo, portanto, da aferição da culpa pelos danos causados.** 5. A revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso. 6. A transcrição da ementa ou do inteiro teor dos julgados tidos como divergentes é insuficiente para a comprovação de dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial. 7. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no AREsp 805.129. 3ª Turma. Rel. Min. João Otávio De Noronha. J. 15-03-2016 destacou-se).

Assim, apenas se estará diante da responsabilidade objetiva do nosocômio, quanto aos danos decorrentes de falhas nos serviços exclusivos do hospital e não do médico.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CREDENCIAMENTO DE PROFISSIONAIS PELO HOSPITAL PARA UTILIZAÇÃO DE SUAS INSTALAÇÕES. AUSÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE O MÉDICO E O HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. **Consoante a jurisprudência desta Corte, a “responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem vínculo com o hospital - seja de emprego ou de mera preposição -, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar”** (REsp 908.359/SC, Segunda Seção, Relator para o acórdão o Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 17/12/2008). Decisão agravada mantida. 2. Agravo interno desprovido. (Agravo Interno no REsp 1.739.397. 3ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. J. 14-08-2018 destacou-se).

Nada obstante a atribuição de responsabilidade subjetiva ao médico, é sabido que ele ainda assim se enquadra no conceito de fornecedor do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, imperativa a aplicação da regência consumerista à relação entabulada entre ele e os seus pacientes.

Destarte, “A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art.14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis” (REsp n. 1.540.580. 4ª Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 02-08-2018).

Com efeito, considerando-se que o Autor é hipossuficiente em relação aos Réus, que são pessoas jurídicas de considerável patrimônio, aliada sua vulnerabilidade técnica, impõe-se a inversão do ônus da prova.

Ultrapassadas essas questões iniciais, passa-se a breve síntese dos fatos.

Na hipótese, o Autor foi vítima de um acidente de trânsito ocorrido em 26 de fevereiro de 1995, às 7:00 horas, na cidade de Camboriú, provocado pelo veículo Fiat 147, placas EB 8512, de propriedade e conduzido por Lina Cláudia Almeida, “quando esta perdeu a direção do veículo, vindo a colidir com o abrigo de pedestres num ponto de ônibus próximo ao Hospital Santa Inês, apanhando o Autor que se encontrava no abrigo de pedestres aguardando o coletivo que o levaria até a cidade de Itajaí.” (fl. 2).

A condutora do veículo fugiu sem prestar socorro, tendo sido o Requerente acudido por profissional de medicina que transitava pelo local no momento, levando-o até o Hospital Santa Inês.

Em sede de emergência, foi atendido pelo plantonista do corpo médico - Dr. Luis Carlos Mendes -, o qual procedeu à realização de limpeza no local do ferimento (perna esquerda) com soro fisiológico, e após, sutura do corte existente na coxa esquerda com pontos esparsos.

Posteriormente, por volta das 12:00 horas foi encaminhado, a pedido de familiares, ao Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, local no qual trabalhava sua mãe.

Neste nosocômio, o Autor permaneceu por três dias com medicação e acompanhamento, quando no quarto dia após ser examinado foi diagnosticada a infecção e a presença de corpos estranhos no ferimento, tendo sido, então, encaminhado, em 02-03-95, para procedimento cirúrgico em vista não ter condições de realizar arteriografia de membros inferiores.

Realizada a remoção de tecidos necrosados o Hospital Marieta Konder, tendo em vista que não tinha condições de realizar o exame de arteriografia de membros inferiores, transferiu o Autor, em 03-03-95, ao Hospital Evangélico de Curitiba, para tratamento especializado, quando então foi diagnosticado quadro clínico grave de infecção que conduziu à amputação aberta em terço superior da coxa da vítima, conforme relato do Dr. Nelson Mesquita Júnior:

“Recebemos o paciente agitado, torposo, com sinais de toxemia, dor intensa em membro inferior esquerdo, edema intenso de perna e coxa esquerda, ferimento suturado em face interna de coxa esquerda, área de sofrimento de pele em face externa de perna e coxa esquerda com drenagem de secreção purulenta por ferimento em face posterior de coxa de aproximadamente 1 cm (um centímetro), fratura de clavícula esquerda. Realizamos estudo angiográfico que mostrou lesão (stop) de artéria femoral superficial em seu terço proximal com reabite em transição fêmuro-poplitea. Ao levarmos ao Centro Cirúrgico constatamos a presença de fleimão de coxa, sendo submetido a amputação aberta em terço superior de coxa (doc. 10)”. (p. 03).

Diante de tais ponderações iniciais, passa-se à análise das razões recursais, de acordo com as delimitações do processo que se encontram encartadas.

Cumprido esclarecer que o fundamento fático da causa de pedir concentra-se na incontroversa amputação de membro inferior esquerdo enquanto dano evidente, razão pela qual a avaliação do nexo de causalidade entre dano e a conduta dos médicos apresenta-se como imposição lógica.

Do Hospital Santa Inês

Segundo o que se infere dos autos, do cotejo dos elementos fáticos-probatórios observa-se que o médico que prestou o pronto atendimento ao Autor no nosocômio Apelante efetuou a limpeza do ferimento e procedeu com suturas esparsas na coxa esquerda da vítima do acidente de trânsito, o que, diante das provas encartadas aos autos, permite concluir que tal procedimento foi causa concorrente ao desfecho trágico que culminou com a intervenção incisiva contra a integridade física do Autor.

Isto porque, do prontuário médico n. 17.561 emitido pelo Hospital Evangélico de Curitiba, para o qual foi transferido o Autor em 03-03-95, consta que:

O paciente a 6 dias sofreu atropelamento em Camburiu (SC) apresentando extensa ferida corto-contusa em coxa E; fratura de clavícula esquerda. Paciente transferido p/ Itajaí (SC) e; após 5 dias p/ este hospital, sendo internado desidratado, taquipneico, com infecção da ferida de coxa (séptico).

Feita arteriografia de emergência, mostrou oclusão de art. femoral sup., necessitando tratamento cirúrgico. [sic].

(fl. 15)

Com efeito, os documentos aportados aos autos consistem numa coletânea de declarações e prontuários médicos de descrição de operação, que exprimem as intervenções realizadas no paciente no período entre 10-03-95 e 26-03-95 (fls. 14-77), e explicam que a amputação se deu por conta da lesão vascular e da infecção ocorridas na perna da vítima, a ver pela declaração de fl. 14:

“Declaro para os devidos fins, que recebemos no dia 03/03/95 (três de março de um mil novecentos e noventa e cinco), aproximadamente as 22 horas (vinte e duas horas) no Pronto Socorro do Hospital Evangélico de Curitiba – Paraná, o paciente Mário Sérgio de Almeida proveniente de Itajaí – Santa Catarina, aonde encontrava-se em tratamento médico após atropelamento em Camburiú – Santa Catarina no dia 26/02/95 (vinte e seis de fevereiro de um mil novecentos e noventa e cinco).

Recebemos o paciente agitado, torporoso, com sinais de toxemia, dor intensa em membro inferior esquerdo, edema intenso de perna e coxa esquerda, ferimento suturado em face interna de coxa esquerda, área de sofrimento de pele em face externa de perna e coxa esquerda com drenagem de secreção purulenta por ferimento em face posterior de coxa de aproximadamente 1 cm (um centímetro), fratura de clavícula esquerda.

Paciente apresentava pulso femoral e ausência de pulsos popliteo, pedioso e tibial posterior em membro inferior esquerdo com parestesia de pododactilos e diminuição da motricidade e sensibilidade.

Realizamos estudo angiográfico que mostrou lesão (stop) de artéria femoral superficial em seu terço proximal com reabite em transição fêmuro-poplitea. Ao levarmos ao Centro Cirúrgico constatamos presença de fleimão de coxa, sendo submetido a amputação aberta em terço superior de coxa.

Encontra-se nesta data, internado com melhora do estado geral, em regime de curativos diários sem programação de alta definida.” (grifou-se).

Ademais, as provas judiciais elaboradas pelos peritos também contribuem no mesmo sentido para a formação da conclusão de que a amputação, como já destacado, foi realizada em razão da infecção e da lesão vascular com necrose e gangrena dos tecidos do ferimento na coxa esquerda do paciente, de acordo com o laudo de fls. 397-399, que conforme consta em seu item de número 4, foi fundamental para o desfecho:

“4. Poderia a amputação da perna do Autor, ter como causa, o grande número de músculos dilacerados, ocasionados exclusivamente pelo acidente de trânsito? Por quê?”

Resposta: Não, porque para se chegar a uma necrose do membro inferior, como no caso em pauta, o que determinou foi a lesão vascular, e secundariamente a infecção.”

No mesmo norte, extrai-se do item 2 do laudo pericial de fls. 569-572:

“2. Qual o motivo (complicação ou mal) que acometeu o autor, e como consequência, levou a amputação da sua perna?”

Resposta: As complicações decorrentes da evolução do quadro clínico, quadro infeccioso apresentado e deterioração do quadro vascular do MIE.”

Nesse passo, comprovados os motivos que deram ensejo a amputação da perna esquerda do Autor - lesão vascular e infecção -, resta identificar a culpa atinente a necrose do membro inferior que acometeu o paciente.

Nessa perspectiva, o relatório extrajudicial do Hospital Marieta Konder Bornhausen emitido em 02-03-95 (4 dias após o acidente), descreve em seu conteúdo as seguintes informações (fls. 95-96):

“Paciente apresentando ferimento na coxa que foi suturado no Hospital Santa Inês, apresentando agora infecção da ferida com necrose tecidual caracterizando gangrena de origem infecciosa, feito ressecção de todo tecido infectado gangrenado e limpeza cirúrgica de restos necróticos.

Notamos a presença de corpo estranho com pequenos fragmentos de tijolo dentro do ferimento que não foi retirado quando da realização da sutura (1º atendimento).

Foi colocada drenagem para limpeza das secreções e orientado e alertado à família quanto ao risco de progressão da gangrena infecciosa.” (fls. 95-96). (grifei)

Do exposto, tão logo é possível avistar o nexo de causalidade entre a prestação negligente de serviços e o resultado final, ao sublinhar a existência de corpos estranhos no membro suturado que, em sede de um primeiro atendimento no Hospital Santa Inês, não foram completamente retirados.

No mesmo sentido, o laudo pericial de fls. 579-580 aponta, em seu item 09, a conexão entre os restos de areia e tijolos presentes no ferimento e a infecção que se estendeu na coxa do ofendido:

“09- O ato de ter deixado dentro do ferimento restos de areia e tijolos pode ter desencadeado infecção que atingiu o paciente? Se não, se a Sr. Perito pode enfocar as possíveis causas?”

Resposta: Sim. O ato de se ter deixado e permanecido restos de areia e tijolos podem ter sido a etiologia infecciosa do Autor. (sic)”

Na mesma linha, o item n. 5 da perícia de fls. 397-399:

“5. Quanto as infecções adquiridas pelo Autor, estas poderiam ser adquiridas junto ao(s) estabelecimento(s) hospitalar(es) em que o paciente ficou internado?”

Resposta: Tudo é possível, mas acredito que neste caso os responsáveis certamente foram os materiais estranhos.”

Diante de tais provas, o Apelante Hospital Santa Inês se defende sob a alegação de que haveria ofertado ao paciente todos os meios possíveis quando da sua custódia, de tal forma que haveria procedido de acordo as práticas e tecnologias da ciência médica, conforme sua própria disponibilidade de recursos. Em especial, menciona que o médico procedeu à limpeza do ferimento com soro fisiológico e que efetuou uma sutura do ferimento com “pontos esparsos”, com a intenção de provisoriamente conter o sangramento e preparar o paciente para transferência ao hospital de escolha da sua família.

No mais, aduz que a gravidade das consequências do acidente poderia levar a vítima inclusive a óbito, e que no pouco período em que o assistido esteve sob sua custódia obteve todos os cuidados emergenciais que necessitava.

Por fim, argumentou que, quando o Autor foi transferido ao Hospital Marieta Konder Bornhausen foi encaminhado relatório médico, e que ao dar entrada naquele nosocômio deveria ter sido reavaliado pela equipe médica para atendimento complementar, não se configurando qualquer culpa ao Apelante.

No entanto, não é o que se observa por meio das provas acostadas ao caderno processual, pois dos elementos fáticos-probatórios é possível verificar que houve imperícia no procedimento realizado no paciente quando do atendimento emergencial prestado no Hospital Santa Inês.

Isso porque, não obstante o soro fisiológico seja considerado um material correto para higienização de ferimentos, tal medida não foi considerada pela perícia judicial como aquela que ofereceria um tratamento adequado ao então paciente, visto que, em prática, o procedimento adotado deixou fragmentos de areia e tijolos os quais posteriormente impulsionaram um quadro infeccioso na coxa esquerda da vítima do acidente.

Além disso, o expert apontou que a limpeza com soro fisiológico não foi a escolha mais correta, visto que, como consta dos autos, a dimensão da ferida da vítima era de grandes proporções em face da dilaceração de músculos do membro inferior esquerdo (fl. 581):

3. É recomendável a utilização de soro fisiológico para a limpeza e higienização de ferimentos?

Resposta: O recomendável é se efetuar a limpeza e higienização dos ferimentos da melhor maneira possível, o que determina a utilização de material seria a contaminação e a extensão dos ferimentos, a gravidade e o estado geral do paciente. O médico avaliará qual as medidas a serem utilizadas. O soro fisiológico tem sua utilização em ferimentos pequenos e como complementação de limpeza e higienização em ferimentos maiores contaminados.

Neste caso, necessário frisar que o pouco tempo em que o paciente esteve sob custódia do Hospital Santa Inês não é fator impeditivo para que o primeiro atendimento tivesse sido realizado em centro cirúrgico, para uma correta sutura e higiene do ferimento, como se pode interpretar do item 10, do laudo pericial de fls. 579-580:

“10- Se o procedimento aplicado no paciente quando chegou ao Hospital santa Inês foi correto? Explique? A falta de água prejudicou o atendimento?

Resposta: Existe uma dificuldade temporal de análise do procedimento realizado inicialmente, as informações contidas nos Autos são insuficientes. As lesões apresentadas pelo Autor extensas e contaminadas deveria ter sido higienizadas de maneira apropriada, inclusive no Centro Cirúrgico, com analgesia. A limpeza, apesar de falta de água alegada, poderia e deveria ser realizada com Soro Fisiológico.” (grifei).

Seguindo o mesmo entendimento, acrescenta-se o item 4 do laudo de fls. 569-572:

“4. Pode o perito informar, se houve erro no diagnóstico médico, ou ministração de medicamentos ou procedimentos incorretos;

Resposta: A conduta médica, pelo que consta dos autos, foi determinada pelas condições nas instalações, pelo recurso de exames laboratoriais e de imagem existentes na época do fato ocorrido. Ao perito, dado ao fato temporal, opinar sobre uma lesão grave sofrida pelo Autor é extremamente difícil. O procedimento de assepsia do ferimento, no entendimento do perito, deveria ter sido realizado no Centro Cirúrgico, por cirurgião, sendo que a afirmação de falta de água não procederia se tal conduta fosse utilizada. A assepsia em Centro Cirúrgico não utiliza água corrente no procedimento, somente na limpeza inicial das mãos dos médicos e funcionários do local. Determinadas ocasiões existe uma “pressão” dos familiares para que a transferência se faça para outro Hospital. A situação de erro médico foi analisada pelo Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina (CREMESC), com parecer constante nos Autos (pag. 258 a 259) datado de 23 de abril de 1996.” (grifei).

Desta forma, considerando o fato de que o paciente não fora submetido ao método adequado quando do primeiro atendimento no Hospital Santa Inês, e ausente qualquer prova por parte do Apelante que pudesse justificar o porquê desta omissão - a exemplo de “falta d’água” ou “lotação do centro cirúrgico” - , isso somado ao nexo de causalidade direto entre a amputação em membro inferior esquerdo e a infecção ocasionada por corpos estranhos deixados no ferimento quando da

sua sutura, tem-se que o atendimento prestado pelo médico Luiz Carlos Lenz incute em culpa por imperícia em relação ao Autor.

Vale mencionar, embora o parecer do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina - CREMESC (fls. 257-259) aponte para erro “técnico”, e não “médico”, por parte do Hospital Santa Inês, tem-se que tal conclusão tem o condão de coadunar-se com a ideia da necessidade de demonstração das incapacidades laborais do estabelecimento, visto que se trata de fato negativo do direito dos Apelados (art. 333, II, CPC/73), exigindo assim, imperativamente, contraprova concreta da matéria.

Ademais, a respeito do tema, colho dos ensinamentos da doutrina de Sérgio Cavalieri Filho:

“A prova da culpa, imprescindível, pelo que ficou exposto, não é fácil de ser produzida. Em primeiro lugar porque os Tribunais são severos na exigência da prova. Só demonstrando-se erro grosseiro no diagnóstico, na medicação ministrada, no tratamento desenvolvido, ou, ainda, injustificável omissão na assistência e nos cuidados indispensáveis ao doente, tem-se admitido a responsabilização do médico.” (Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 386).

Assim, em razão das circunstâncias apresentadas denota-se que o médico não realizou a completa limpeza na perna esquerda do paciente que guardava fragmentos de tijolo decorrentes do acidente de trânsito, os quais ocasionaram a infecção que por conseguinte concorreu à amputação.

Logo, reputa-se configurada a culpa do médico plantonista que prestou o pronto atendimento ao Autor, razão pela qual afere-se a responsabilidade do Hospital Santa Inês, uma vez existente relação empregatícia entre o estabelecimento e o profissional que atendeu o paciente.

Dessa forma, inegável a responsabilidade do nosocômio Apelante, o não provimento do Recurso é medida que se impõe.

Do Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen

Por outro lado, o Hospital Marieta Konder pretende a reforma da sentença sob o argumento de que não houve omissão na prestação de seus serviços médicos, inexistindo nexos causal entre a conduta de seus profissionais e a amputação da perna do Autor, bem como é descabida a teoria da perda de uma chance, alternativamente, postulou a minoração do valor arbitrado a título de indenização.

Em relação a narrativa fática, sabe-se que a vítima do acidente permaneceu sob a custódia do Hospital Apelante entre os dias 26-02-95 à 02-03-95, quando foi transferida ao Hospital Evangélico de Curitiba, pois, conforme declaração médica emitida pelo Dr. João Carlos Schleder, vinha “evoluindo com necrose local e isquemia do membro. Atualmente com quatro dias de evolução como membro clinicamente viável. Encaminhamos para tratamento especializado, tendo em vista não termos condições de realizar arteriografia mi” (fl. 13).

Com efeito, da análise dos elementos probatórios observa-se que a motivação da amputação da perna esquerda do Autor deu-se em razão da gangrena e necrose ocasionadas pela lesão vascular e infecção do ferimento na coxa da vítima do acidente, consoante extrai-se do prontuário médico do Hospital Evangélico de Curitiba e da perícia judicial.

Do que consta dos documentos de fls. 90-100, concernentes aos prontuários médicos, fichas de internação, descrição de operação e cópia de exames, o paciente recebeu atendimento adequado com as práticas e técnicas da ciência médica para o caso, tendo sido constantemente acompanhado, medicado, com realização de exames e, posteriormente, encaminhado à cirurgia.

Além disso, da leitura conjunta dos laudos periciais, não foi apontado qualquer erro nos procedimentos adotados pelo profissional da saúde, mas tão somente levantadas outras hipóteses para o caso, como a realização do exame de “angiografia”, o qual o Hospital em questão não tinha estrutura para oferecer.

De outro norte, as conjecturas projetam-se no ponto que trata da reabertura do ferimento suturado no primeiro atendimento, pelo segundo nosocômio. Dentro deste tema, reside um conflito deliberativo-procedimental em virtude de a matéria não ser uníssona quanto à postura adequada a ser tomada, visto que entre a ética médica sobre interferência em tratamento já realizado previamente e a responsabilidade pela assunção do paciente reside em uma gama de possibilidades sobre tomada de decisão.

Assim, certo é que, quando o paciente chega transferido de um outro hospital, deve ser devidamente reavaliado. Sobre isso, assinalam os experts:

“6. Deveria o 3º Requerido (Hospital Marieta K. Bornhausen), após receber o paciente transferido, atendido junto ao Pronto Socorro da ora Requerida, analisar o estado de saúde deste? Por quê?”

Resposta: Sim, sempre um paciente deve ser reavaliado ao chegar no hospital mesmo que tenha vindo de outro nosocômio, e com uma avaliação já feita.” (fl. 398)

“6. Deveria o 3º Requerido (Hospital Marieta K. Bornhausen), após receber o paciente transferido, atendido junto ao Pronto Socorro da hora Requerida, analisar o estado de saúde deste? Por quê?”

Resposta: Sim. O autor foi examinado, solicitado exames medicado e encaminhado para o médico assistente para os procedimentos especializados.” (fl. 582). (grifei)

Sabe-se pelos documentos de fls. 90-100 que o paciente foi devidamente examinado, inclusive sendo diagnosticado com uma fratura na clavícula, não identificada em sede de atendimento emergencial no primeiro hospital. Ademais, caso o paciente apresente dores, piora do quadro clínico, e outros sintomas de alerta, como evidentemente ocorreu, deve o médico ater-se à necessidade de intervir novamente no problema, ainda que já realizado qualquer tratamento anterior, visto que a responsabilidade pela saúde do paciente passa a ser eminentemente sua. Sobre isso, discorre o laudo pericial de fls. 573-578:

“05- É norma usual o paciente, que já foi atendido e tratado em outro Hospital, pela transferência ter seu ferimento reaberto, sem qualquer indicação ou recomendação médica da necessidade do procedimento?”

Resposta: Não. Compete ao médico que assiste e recebe o paciente efetuar o tratamento e/ou procedimento que julgar necessário para a resolução do quadro clínico e/ou cirúrgico para a cura do quadro clínico apresentado. Todo tratamento passa ser de responsabilidade do médico e do hospital ao qual o paciente foi transferido e internando.”

“06- Se é ético reabrir ferimento já suturado em atendimento anterior, sem fratura, para avaliar se o procedimento aplicado foi correto?”

Resposta: A responsabilidade do tratamento do paciente é de responsabilidade do médico assistente, se na sua avaliação for importante reabrir ou reintervir em outro procedimento já realizado não há quebra de conduta ética, posto que a responsabilidade é sua e o fundamental é o bem-estar e cura do paciente.”

Desta forma, importante destacar que na decisão de medicar o paciente, e acompanhar a evolução do seu estado, para posteriormente operá-lo em centro cirúrgico, não foram apontados quaisquer erros. A ver (fl. 579):

“07- A medicação usada no Hospital Marieta foi adequada ao quadro clínico do paciente?”

Resposta: Sim. O Autor quando da internação recebeu antibioticoterapia, analgesia e cuidados gerais, realizados Rx (laudo fls. 98). Após 2º dia, realizado exames (fls. 97) com hemograma apresentando quadro infeccioso sendo acrescentado antibióticos de largo espectro.”

E mais (fl. 569):

“3. Pelos documentos descritos no despacho que decidiu os Embargos de Declaração, pode o perito informar a evolução do quadro clínico, e se o tratamento foi ministrado foi o correto;

Resposta: Creio que sim, de acordo com a evolução do quadro. É de competência do médico assistente avaliar e proceder o tratamento. A documentação apresentada nos autos relativa ao atendimento no Hospital Santa Inês e HMMKB não está completa, faltando documentos (Encaminhamento do médico plantonista), fora da ordem cronológica, não pertinente (consulta da Sra. Lina Cláudia Almeida, pág.129 e 131). Prejudicando ao Perito uma avaliação mais pertinente. Diferentemente aos documentos apresentados pelo Hospital Evangélico (consta desde o ingresso do Autor até sua Alta, com pareceres de todos os profissionais, evolução clínica e laboratorial).”

Por fim (fl. 582):

“7. No presente caso, ante as inúmeras alegações do Requerente quanto a dor intermitente que sentia junto ao membro que posteriormente fora amputado, enquanto internado junto ao Hospital Marieta, qual deveria ser o procedimento do referido nosocômio? Por quê?”

Resposta: Resposta prejudicada por fator temporal, pelo constante nos autos os procedimentos foram efetuados, exames solicitados medicação prescrita.”

Nesse passo, diferentemente do contexto que engloba o Hospital Santa Inês, não é possível estabelecer uma linearidade que conecte, com segurança, uma das causas da fatalidade com os procedimentos realizados pelo médico João Carlos Schleder.

Pois, ainda que não se tenha reaberto o ferimento de imediato, em face da decisão de realizar um acompanhamento especializado e com prescrição de medicamentos, sabe-se que após 3 dias deste tratamento e de supervisão da evolução do quadro clínico, tendo em vista o agravamento da condição do paciente, tal ato foi efetuado por meio cirúrgico, conforme se depreende das fls. 94-96. Neste procedimento, por consequência, foi onde constatarem-se corpos estranhos com a presença de fragmentos de areia e tijolos que, como já exposto em capítulo anterior, tiveram influência direta no processo infeccioso do membro lesionado.

Isto posto, importa assimilar que a conduta do médico que assistiu o paciente no Hospital Marieta Konder não compatibiliza-se com a modalidade omissiva da culpa, uma vez que esta se propõe justamente a reprovar a falta de cuidados, ou, em outro termo, a negligência perante um dever jurídico, situação que não ocorreu.

Por outro lado, quanto ao acerto ou desacerto na escolha do procedimento médico, hipótese que sustaria as categorias de imperícia ou imprudência, não se verifica da análise dos experts resposta que demonstre erro na conduta do profissional da saúde, ou desprendimento das práticas médicas possíveis e adequadas para o caso. Ademais, em relação a isso, o parecer da CREMESC concluiu pela desconsideração de infração ao Código de Ética Médica (fls. 257-259).

Por fim, cumpre estender a argumentação ao fato de inexistir no processo o relatório de transferência do paciente do Hospital Santa Inês para o Hospital Marieta Konder, sobretudo porque este elemento poderia influenciar pontualmente esta decisão. Com ele, seria possível auferir se o Hospital Santa Inês efetivamente comunicou ao nosocômio receptor aquilo que havia sido feito em face de um primeiro atendimento, e assim fornecer elementos cognitivos suficientes aos peritos a ponto de que pudessem indicar se o corpo médico do Hospital Marieta Konder deveria ter agido de modo diverso dadas as circunstâncias, como afirmam propriamente:

“3. Pelos documentos descritos no despacho que decidiu os Embargos de Declaração, pode o perito informar a evolução do quadro clínico, e se o tratamento foi ministrado foi o correto;

Resposta: Creio que sim, de acordo com a evolução do quadro. É de competência do médico assistente avaliar e proceder o tratamento. A documentação apresentada nos autos relativa ao atendimento no Hospital Santa Inês e HMMKB não está completa, faltando documentos (Encaminhamento do médico plantonista), fora da ordem cronológica, não pertinente (consulta da Sra. Lina Cláudia Almeida, pág.129 e 131). Prejudicando ao Perito uma avaliação mais pertinente. Diferentemente aos documentos apresentados pelo Hospital Evangélico (consta desde o ingresso do Autor até sua Alta, com pareceres de todos os profissionais, evolução clínica e laboratorial)” (fl. 570). (grifei).

“10.2 A falta de remessa do Prontuário ou Relatório, pode ter atrapalhado na sequência do tratamento dos ferimentos na perna do Autor, ou o Hospital que recebeu o paciente deveria ter iniciado a avaliação do paciente como se fosse o primeiro atendimento?

Resposta: É competência do médico assistente assumir o paciente de modo integral realizando o que achar necessário para melhor tratamento do seu, agora, paciente.” (fl. 577).

Além disso, à época dos fatos (1995) não havia regulamentação sobre a transferência regular de pacientes de um hospital para outro:

“10.1 Pode o Sr. Perito informar, se é obrigatório ou de costume, entre médicos e hospitais, quando de transferência de paciente remeter cópia do prontuário médico detalhado ou relatório circunstanciado constado toda a evolução de tratamento ministrado, a fim de propiciar melhores informações para o atendimento ao novo médico que assumirá a responsabilidade pelo paciente.

Resposta: Na época as normativas legais e institucionais vigentes não contemplavam as regras efetivas para transferência dos pacientes. (Normatização se deu através da Portaria nº814/GM em 01/06/01, e o Código de Ética Médica – Resolução CFM nº1 154 de 13/04/84 que vigorou até 2000 era genérico quanto ao procedimento específico- Capítulo 5, Art.71). O recomendado era contato telefônico com o colega médico e hospital para saber da disponibilidade de leito e da especialidade, e posteriormente encaminhar o paciente com documentação que facilitasse o seu atendimento.” (fl. 577).

Por estas razões, ausente a caracterização de omissão por parte do médico que assistiu o Autor quando da sua internação no Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, não tendo a perícia ou qualquer outro elemento convincente apontado erro no procedimento adotado pelo profissional de saúde, por ser a obrigação prestacional “de meio”, não havendo culpabilidade na conduta do agente posto que o nexo de causalidade se apoia em dois fatores que não tiveram sua contribuição direta, descarta-se a culpa subjetiva do médico e, conseqüentemente, a responsabilização objetiva do nosocômio em questão.

Da teoria da perda de uma chance

A título de condenação indenizatória pautada na responsabilidade civil, o juízo a quo atribuiu culpa a ambos os Hospitais Apelantes pelo fato de ter o paciente perdido a chance de cura do ferimento, e conseqüentemente mantido sua integridade física, sobrelevando do conteúdo da perícia judicial a parte que conceituou a lesão inicialmente como reversível, e com possibilidades reais de recuperação. O argumento restou assim exposto no conteúdo decisório (fls. 679-681):

“Não se olvida que a obrigação dos profissionais médicos em casos tais não é de resultado, mas de meio. Mas, in casu, os meios apropriados não foram seguidos, o que autoriza a responsabilização dos requeridos pela perda da perna esquerda do autor.

É bem verdade que dos documentos carreados aos autos, e das conclusões dos laudos periciais apresentados, não se pode concluir que, caso o falecido autor tivesse sido submetido a tratamentos adequados, a amputação da perna não teria ocorrido, tendo em vista a gravidade do ferimento que sofreu. Mas não se pode ignorar que o autor perdeu a chance de ter uma correta investigação, um correto diagnóstico e um tratamento adequado, o que poderia ter salvado a sua perna.

A teoria da perda de uma chance teve origem no direito francês (*perte d'une chance*), ordenamento em que vem se consolidando desde a década de 1960, quando das primeiras discussões na Court de Cassation. A teoria tem aplicação nas hipóteses em que o ato ilícito praticado pelo agente faz desaparecer a probabilidade

ou a possibilidade de ocorrência de um evento, de modo a retirar da vítima a oportunidade de obter uma situação futura mais favorável, a exemplo da perda do prazo para interposição de recurso contra sentença desfavorável, obstando que a parte obtenha possível reforma benigna do decisório.

[...]

Consoante a prova pericial produzida, entende este juízo que caso o autor tivesse sido submetido a adequado tratamento teria ele a chance de não ter perdido sua perna.

[...]

In casu, a omissão dos nosocômios requeridos em prestar o adequado atendimento tirou do autor a chance de ter a perna amputada.

[...]

Nesse passo, concluo que o lamentável fato ocorrido com o autor poderia ter sido evitado caso houvesse a observância do dever de cuidado pelos profissionais que prestam atendimento nos hospitais requeridos.

Configurada, portanto, a negligência dos profissionais que atenderam o autor, o dano e o nexo de causalidade entre tais elementos, resta configurada a responsabilidade civil dos hospitais requeridos pelos danos suportados pela vítima. [...]”

Contudo, de antemão, cumpre destacar dois pontos essenciais: a condição do pleito indenizatório pela perda de uma chance ser autônomo em relação àquele de dano diretamente ligado à negligência, e o fato de tal tese, e por consequência o pedido indenizatório, não terem sido ventilados pelo Autor em nenhum momento do curso processual.

Por tal razão, ausente contraditório a respeito, não se pode decidir pela sua admissão.

Sobre o tema importa observar que, embora situada sobre os mesmos fatos, a teoria da perda de uma chance trata de modalidade diversa de culpa daquela que pleiteia indenização por conta do dano; caracteriza-se, fundamentalmente, por manter relação com a não possibilidade de ter-se colocado em situação mais vantajosa perante uma realidade auferível, o que não se confunde com a culpa pelo dano propriamente dito.

Isto implica dizer que há autonomia na formulação de cada pedido, e não uma subsidiariedade implícita, ou seja, requerer um não significa também ter requerido o outro, suplementarmente. Tratariam-se, no caso, de pedidos alternativos.

Ademais, a fundamentação de cada um leva em conta uma interpretação diferente dos fatos, uma vez que a teoria da perda de uma chance, ainda que não considere o vínculo expresso da conduta com o dano, sopesa a hipótese de ter sido o requerente privado de uma melhor condição em vista das chances reais.

Assim, conseqüentemente, o pedido de indenização será proporcional à perda da chance, e não ao dano suportado, e por conta disso, é imprescindível que se permita que aquele que ocupe o polo passivo da demanda tenha o direito de se defender da argumentação que recai diante de si.

Sobre isso, a Corte da Cidadania em seu informativo nº 0513, já sedimentou:

“DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PARA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OCACIONADA POR ERRO MÉDICO.

“A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência denexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexocausal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexocausal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente. (REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 4/12/2012.)” (grifou-se).

No caso, o Autor fundamentou seu pleito na peça exordial tão somente sobre a negligência que repercutiu no dano, como se a ação de cada Hospital tivesse contribuído para o desfecho danoso, o que já foi abordado nos capítulos anteriores.

Por sua vez, o art. 5º, LV, da Constituição, assegura aos litigantes o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes, com intuito de fortalecer a democracia na prestação jurisdicional com a participação efetiva e a escuta substancial dos argumentos de cada uma das partes.

Sobre isso, convém citar ensinamento do Curso de Direito Constitucional dos autores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, e Daniel Mitidiero:

“O direito ao contraditório rege todo e qualquer processo: pouco importa se jurisdicional ou não. A Constituição é expressa, aliás, em reconhecer a necessidade de contraditório no processo administrativo. Existindo possibilidade de advir para alguém decisão desfavorável, que afete negativamente sua esfera jurídica, o contraditório é direito que se impõe, sob pena de solapado da parte seu direito ao processo justo: desde o processo penal até o processo que visa ao julgamento de contas por prefeito municipal ou àquele que visa à imposição de sanção disciplinar a parlamentar, todo processo deve ser realizado em contraditório,

sob pena de nulidade. Não há processo sem contraditório.

[...]

Atualmente, porém, a doutrina tem identificado no direito ao contraditório muito mais do que simples bilateralidade da instância. Ao binômio conhecimento-reação tem-se oposto a ideia de cabal participação como núcleo-duro do direito ao contraditório. É lógico que o contraditório, no processo civil do Estado Constitucional, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório.

Consequência dessa nova impostação da matéria é que a dinâmica do processo é alterada significativamente. Por força dessa nova conformação da ideia de contraditório, acolhida integralmente no CPC de 2015 (art. 10), a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes. Em outras palavras, veda-se o juízo de “terza via”. Há proibição de decisões-surpresa (*Verbot der Überraschungsentscheidungen*). O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado.

Essa nova ideia de contraditório, como facilmente se percebe, acaba alterando a maneira como o juiz e as partes se comportam diante da ordem jurídica a interpretar/aplicar no caso concreto. Nessa nova visão, é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de pronunciar-se sobre tudo que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício. Vários outros ordenamentos, aliás, também preveem expressamente esse dever de debate, de consulta do órgão jurisdicional às partes.

Exigir que o pronunciamento jurisdicional tenha apoio tão somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de se manifestarem significa evitar a decisão-surpresa no processo. Nesse sentido, têm as partes de se pronunciar, previamente à tomada de decisão, tanto a respeito do que se convencionou chamar questões de fato e questões de direito, como no que atine à eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa daquela aportada por essas ao processo. [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1668 p.) (pp. 895-896). (grifei).

Somando-se, da jurisprudência desta Corte de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INTERLOCUTÓRIA QUE ACOLHE O PLEITO DE IMPENHORABILIDADE E DETERMINA O LEVANTAMENTO DA CONSTRUÇÃO REALIZADA SOBRE OS BENS MÓVEIS SUB EXAMINE. MANIFESTAÇÃO DAS PARTES NÃO OPORTUNIZADA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA (ART. 10 DO CPC/2015), DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, LV, DA CRFB/88). NULIDADE CARACTERIZADA. DECISUM CASSADO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO RECORRIDA E DA CONSEQUENTE INEXISTÊNCIA DE FIXAÇÃO DA VERBA EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Nos termos do art. 10 do CPC/2015, o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Ausente a intimação da parte para se manifestar sobre a matéria, deve

ser declarada a violação ao princípio da vedação de decisão surpresa. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4009390-87.2017.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 04-09-2018).

Por assim ser, diante do exposto, deixa-se de apreciar o mérito quanto à hipótese de responsabilização pela perda de uma chance, sem que isso interfira no imediato julgamento das outras questões já expostas, como prevê o art. 1.013, § 3º, inciso II, do CPC

Da indenização

Configurada a culpa do profissional que atendeu o Autor durante sua internação no Hospital Santa Inês observado o nexo de causalidade, tem-se que o referido nosocômio deve responder objetivamente pela condenação em observância ao art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor.

A propósito, acerca do tema doutrina Fabrício Zamproga Matielo:

“Estes, por força do disposto genericamente no Código Civil e mais especificamente no Código de Defesa do Consumidor (caput do art. 14), estará sujeito aos efeitos da teoria da responsabilidade objetiva, que prescinde da demonstração do liame entre a conduta e o dano, forte no reconhecimento legal da desvantagem existente entre o paciente e a instituição.” (Responsabilidade Civil do Médico. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 83-84).

Por conseguinte, ante a inquestionável relação de consumo estabelecida entre paciente e Hospital, responde objetivamente a instituição por danos causados pelos profissionais integrantes de seu corpo clínico, que nessa condição tenham atuado.

Danos materiais

Em sede de indenização por danos materiais, a sentença de primeira grau condenou solidariamente ambos os Hospitais ao pagamento da quantia de R\$ 8.067,62 (oito mil e sessenta e sete reais e sessenta e dois centavos), levando em conta as despesas havidas pelo então Autor conforme os documentos de fls. 73-81.

De outro lado, em suas razões recursais, o Apelante Hospital Santa Inês não se insurgiu quanto ao tema.

Logo, mantêm-se o valor da indenização no patamar de R\$ 8.067,62 (oito mil e sessenta e sete reais e sessenta e dois centavos), corrigidos monetariamente desde a data do desembolso, mantendo-se os consectários legais fixados na sentença.

Danos morais

No que tange ao valor da indenização por danos morais, fixados pelo Togado a quo em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), entende-se que foram arbitrados de modo a compatibilizar com o raciocínio de mérito aplicado à responsabilização pela perda de uma chance e à proporção de culpa de cada nosocômio, razão pela qual, apesar de reformada a sentença quanto a solidariedade dos Requeridos, deve-se manter o valor.

Neste norte, insurge-se o Apelante Hospital Santa Inês quanto ao montante definido pelo Juízo a quo, sob a alegação de que tal valor seria exorbitante, estando assim em desacordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e com as próprias capacidades econômicas da instituição.

Pois bem.

Salienta-se que a aplicação de indenização a título de danos morais deve ser contemplada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de tal forma que não consista em condenação simbólica ou, por outro lado, que possa dar margem ao enriquecimento ilícito do Autor.

Dessa forma, sua delimitação deve atender a uma pretensão de compensação à vítima pelo episódio vivido, penalizando civilmente aquele responsabilizado pela ofensa.

Sobre o tema, destacam-se os ensinamentos da doutrina de Sérgio Cavalieri Filho:

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.”

(Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98).

Isto posto, considerando o abalo sofrido pela vítima, que na época vivia seus dezesseis anos de idade, e que a culpa do hospital em apreço está ligada a apenas um dos dois fatores que levaram o paciente a ter sua perna amputada — infecção —, tendo o mesmo recebido somente cuidados emergenciais no pouco tempo que permaneceu internado no Hospital Santa Inês, não podendo ser incluída para fins de quantificação da reparação civil a culpa pela perda de uma chance, bem como o caráter indenizatório e pedagógico, e de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, todavia, considerando-se o grave abalo experimentado pelo Demandante, cuja extensão da negligência da Ré implicou na amputação de sua perna, mantém-se o valor estipulado na origem, de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Outrossim, não obstante esse valor ser corrigido pelo INPC/IBGE a contar da data de sua fixação na sentença, por se tratar de indenização por danos morais por erro médico, os juros de mora fluem a contar da citação.

No ponto, confira-se:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. DANOS MATERIAIS. PEDIDO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PRETENSÃO AUTORAL. PREJUÍZO AO DIREITO DE DEFESA DA PARTE ADVERSA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado 2 do Plenário do STJ).

2. Somente é possível a formulação de pedido genérico quando for extremamente difícil a imediata mensuração do quantum devido a título de dano material. Entretanto, a pretensão deve ser devidamente individualizada de modo a permitir sua correta compreensão para que não haja prejuízo ao direito de defesa da parte adversa. Precedentes.

3. Nos casos de responsabilidade contratual decorrente de erro médico, os juros moratórios devem fluir a partir da citação.

Precedentes.

4. Agravo interno a que se dá parcial provimento.

(AgInt nos EDcl no REsp 1390086/PR, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018). (grifou-se).

E mais:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTENTE. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE CATARATA. INFLAMAÇÃO SEVERA. AUSÊNCIA DE CUIDADOS EXIGÍVEIS DO MÉDICO. CEGUEIRA UNILATERAL. LAUDO PERICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. SÚMULA 7/STJ. ARBITRAMENTO DO DANO MORAL. EXORBITÂNCIA. INEXISTÊNCIA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CITAÇÃO VÁLIDA DAS PARTES. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA.

1. Ação ajuizada em 17/01/07. Recursos especiais atribuídos ao gabinete em 25/08/16. Julgamento: CPC/73.

2. Causa de pedir formulada na petição inicial da ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais referente a não adoção dos cuidados médicos pós cirúrgicos necessários à remoção de material capaz de provocar reação inflamatória severa no olho esquerdo da paciente. Erro médico causador de cegueira parcial cuja responsabilidade é imputada, solidariamente, ao instituto e ao cirurgião.

3. O propósito recursal consiste em definir: i) se há negativa de prestação jurisdicional pelo Tribunal de origem; ii) se houve demonstração de culpa médica na realização da cirurgia de catarata que ocasionou a cegueira do olho esquerdo da paciente; iii) se é cabível compensação por danos morais no particular, bem como se a quantia arbitrada é exorbitante; iv) qual o termo inicial de incidência dos juros moratórios.
4. Resolvida integralmente a controvérsia, sem qualquer omissão no julgamento, não há que se falar em violação dos arts. 165, 458, 535, II, do CPC/73.
5. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles laboram, é subjetiva, dependendo da demonstração de culpa do preposto, não se podendo, portanto, excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital.
6. O julgador não está vinculado ao laudo pericial produzido nos autos, quando presentes concretos elementos de convicção acerca da efetiva ocorrência do ato ilícito. Ante o exercício do livre convencimento devidamente motivado do julgador, não há que se falar em cerceamento de defesa apenas porque as conclusões obtidas diante das provas dos autos foram contrárias aos interesses de uma das partes. Precedentes.
7. A argumentação tecida pelo recorrente de inexistência de erro médico - ao destacar trechos do laudo pericial que, em tese, amparam sua pretensão - encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois inadmissível em recurso especial a revisão de fatos e provas que atestaram a culpa do profissional causador do dano à paciente, tal como registrado soberanamente pelo Tribunal de origem.
8. A alteração do valor arbitrado a título de compensação por danos morais exige o revolvimento de fatos e provas, circunstância vedada em recurso especial pela Súmula 7/STJ. Apenas em hipóteses excepcionais, em que configurado evidente exagero ou irrisoriedade da quantia, o STJ estabelece nova fixação excepcional.
9. Os juros de mora incidem a partir da data da citação na hipótese de condenação por danos morais fundada em responsabilidade contratual. Precedentes.
10. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema.
11. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.
12. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, parcialmente providos. (REsp 1677309/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 03/04/2018). (grifou-se).

Portanto, o valor da indenização (R\$ 50.000,00) deverá ser acrescidos de correção monetária pelo INPC-IBGE desde a data da sua fixação na sentença, e de juros de mora de 0,5 ao mês, a contar da citação, em 30-08-99 (p. 236 - verso), com elevação para 1% ao mês a contar da vigência do atual Código Civil.

Danos estéticos

Quanto aos danos estéticos, fixados no Juízo de primeiro grau em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), certo é que este corresponde a um abalo de ordem física, caracterizado por um constrangimento devido a alguma transformação suportada pela vítima. Assim, por fundamento, não se confunde com os danos morais, estes de foro íntimo, razão pela qual torna-se viável sua cumulação.

Sobre o tema, conveniente mencionar a doutrina de Arnaldo Rizzardo:

“Dano estético é aquele que atinge o aspecto físico da pessoa. Compreende o aleijão, que é amputação ou perda de um braço, de uma perna, de dedos, de um órgão que é o canal do sentido. Já a deformidade, envolve a cicatriz, a ferida, a marca deixada pelo ferimento.

Uma ou outra situação enfeia a pessoa, prejudica a aparência, causa o desequilíbrio na disposição do corpo humano, prejudicando sua integridade, e infunde uma sensação de desagradabilidade”. (A reparação nos acidentes de trânsito. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 237).

No caso, tendo como incontroversa a lesão física suportada pelo Autor, visto que teve sua perna amputada devido à lesão vascular e infecção que acometeram seu membro inferior esquerdo, justa se faz a indenização por esta causa.

Por sua vez, em suas razões recursais, o Apelante Hospital Santa Inês posicionou-se pela redução do valor, suscitando sua incapacidade financeira, a possibilidade de enriquecimento ilícito dos Apelados e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Com isso, amoldando o caso às suas proporções, em se considerar sua extensão e prejuízo estético, entende-se plausível a minoração almejada.

Isso porque, consoante se verifica, o Autor, apesar de ter perdido a perna, tem-se que esse dano possui maior caráter moral, razão pela qual se manteve o valor estipulado na origem para esse fim.

No que trata do dano estético propriamente dito, a perda da perna não causa enfeimento ou situação de constrangimento (asco ou posição vexatória por si só).

A perda de um membro, por óbvio, acarreta grave abalo moral e dano estético pela sua falta por culpa da Ré.

Então, o valor estipulado na origem de reparação do dano estético em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) deve ser minorado para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), sendo que essa quantia deve ser aditada de correção monetária pelo INPC/IBGE, a contar do presente julgamento, e de juros de mora de 0,5% ao mês, desde a citação e, a contar da entrada em vigência do Código Civil de 2002, em 1% ao mês.

Sucumbência

Diante da sucumbência em relação à lide principal, ausente contrarrazões de Apelação por parte dos Apelados, os ônus respectivos devem ser fixados na medida da derrota do Apelante Hospital Santa Inês.

Assim, tendo sido afastada a culpa do Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen e, portanto, julgada improcedente a demanda quanto aos pedidos formulados na inicial, a saber: indenização por danos materiais, morais, estéticos, lucros cessantes e indenização do valor de uma

prótese articulada de perna, condena-se a parte Apelada ao pagamento proporcional de 40% das custas e despesas processuais.

Por outro lado, tendo o Hospital Santa Inês decaído de grande parte dos pedidos - indenização por danos morais, materiais e estéticos - mantêm-se a condenação ao pagamento das custas e despesas processuais na proporção remanescente de 60%.

Quanto aos honorários advocatícios, considerando que, embora acolhido o pedido recursal de redução do quantum indenizatório não se modifica a parcela do êxito obtido pelo Autor, mantendo-se a condenação da parte Apelada ao pagamento do valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) em favor do Hospital Santa Inês, porquanto inexistente recurso sobre este ponto pelo Interessado, ficando sua exigibilidade suspensa em razão do benefício de justiça gratuita (fl. 224). E, no tocante aos honorários advocatícios devidos ao causídico do Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, condena-se o Apelado ao pagamento da importância de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

No mais, fica mantida a condenação do Hospital Santa Inês no pagamento de honorários advocatícios aos Autores, em 15% sobre o valor da condenação, tal qual fixado na origem, sendo que esse percentual, agora, incide sobre o novo valor da condenação, conforme rebaixado por esta Corte de Justiça.

Finalmente, impende ressaltar que é descabida a fixação de honorários recursais, porquanto a sentença foi prolatada antes da vigência no Código de processo Civil de 2015, devendo ser observado o Enunciado Administrativo n. 7 do STJ.

É o quanto basta.

Ante o exposto:

a) por unanimidade:

a.1) conhece-se do Recurso do Hospital Marieta Konder Bornhausen e dá-se-lhe provimento para afastar a culpa, julgando-se improcedente os pedidos formulados na inicial; e

a.2) conhece-se do Recurso do Hospital Santa Inês e dá-se-lhe parcial provimento, a fim de:

a.2.1) minorar a indenização por danos estéticos para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), aditado de correção monetária pelo INPC/IBGE a contar do presente julgamento, incidindo juros de mora de 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e, daí em diante, em 1% ao mês; e

a.2.2) sobre o valor estipulado na origem a título de danos morais, além da correção monetária já balizada, determinar que os juros de mora sejam computados em 0,5% ao mês até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e, daí em diante, em 1% ao mês; e

a.3) redistribuir-se os ônus sucumbenciais, nos termos da fundamentação; e

b) por maioria, estipula-se que, sobre o valor da indenização por danos morais e estéticos, os juros de mora incidam desde a data da citação, que se deu em 30-8-1999.

Apelação Cível n. 0008597-28.2010.8.24.0045, de Palhoça

Relator designado: Desembargador Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE C/C PERDAS E DANOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DOS RÉUS.

CONTROVÉRSIA ENVOLVENDO ÁREA DE TERRAS POSSUÍDA PELO AUTOR DA HERANÇA ENTRE 1996 E ABRIL DE 2003, QUANDO UM INCÊNDIO ATINGIU O LOCAL, DESTRUINDO A RESIDÊNCIA E CEIFANDO-LHE A VIDA. DISSENSO QUANTO À CONTINUIDADE DA POSSE PELOS HERDEIROS. - RÉUS/APELANTES QUE, MENCIONANDO TEREM CONSTATADO O APARENTE ABANDONO DA ÁREA, “RETOMARAM A SUA POSSE” EM 2007, PROMOVENDO ATOS DE CONSERVAÇÃO ATÉ 2010, QUANDO OS SUCESSORES TOMARAM CIÊNCIA DA INVASÃO. - MAGISTRADO SENTENCIANTE QUE REFUTA A TESE DE ABANDONO, DETERMINANDO A REINTEGRAÇÃO DOS SUCESSORES NA POSSE DO BEM.

MERA AUSÊNCIA DE ATOS DE CONSERVAÇÃO, POR LAPSO TEMPORAL NÃO SIGNIFICATIVO, INCAPAZ DE CARACTERIZAR A PERDA DA POSSE. HERDEIROS QUE RECEBERAM O IMÓVEL POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA SAISINE, DECLARANDO, NO RESPECTIVO INVENTÁRIO, O DIREITO DE POSSE, E LANÇARAM MÃO DA PRESENTE AÇÃO INTERDITAL TÃO LONGO CIENTES DO ESBULHO. AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE QUANTO AO ABANDONO.

INGRESSO DOS RÉUS NO IMÓVEL QUE SE DEU DE FORMA INJUSTA. DEMANDADOS QUE TINHAM CIÊNCIA DO EXERCÍCIO ANTERIOR DA POSSE PELO DE CUJUS. ESBULHO CARACTERIZADO. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA BEM CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA.

EMBARGOS DE TERCEIRO MANEJADO PELOS RÉUS NO INVENTÁRIO ONDE ARROLADA A ALUDIDA POSSE COMO DIREITO TRANSMISSÍVEL POR HERANÇA. EXCLUSÃO DA ÁREA POSSUÍDA DO ROL DE BENS E DIREITOS A INVENTARIAR EM VIRTUDE DA PENDÊNCIA DA AÇÃO POSSESSÓRIA. QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO, DEPENDENTE DE PROVA. SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA RELEGADA À DEMANDA POSSESSÓRIA, SEM PREJUÍZO DA SOBREPARTILHA, UMA VEZ RECONHECIDO O DIREITO DOS HERDEIROS. EMBARGOS DE TERCEIROS QUE TÃO SOMENTE DECIDIU PELA AFERIÇÃO DA MELHOR POSSE, CONTROVERTIDA ENTRE OS LITIGANTES, NAS VIAS ORDINÁRIAS, RESSALVANDO EXPRESSAMENTE A VIABILIDADE DA SOBREPARTILHA, NA HIPÓTESE DA POSSESSÓRIA INTENTADA PELO ESPÓLIO SER ACOLHIDA. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA CAPAZ DE IMPEDIR A TRANSMISSÃO HEREDITÁRIA DA POSSE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0008597-28.2010.8.24.0045, da comarca de Palhoça 1ª Vara Cível em que são Apelantes Robson Luz Varela e outro e Apelado Espólio de Paulo Gevaerd Ferreira.

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, em colegialidade ampliada, na forma do art. 942 do CPC e deliberação n. 1/2019 da Comissão Permanente de Regimento Interno, por maioria de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo integralmente a sentença de origem. Vencido o Des. Raulino Jacó Bruning, que votou no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe

provimento, julgando-se improcedente a presente demanda possessória. E, vencido o Des. Gerson Cherem II, que votou no sentido de reconhecer, de ofício, a coisa julgada dos Embargos de Terceiro, restando prejudicada a análise do recurso interposto, que, vencido na questão, acompanhou a divergência para dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de outubro de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Gerson Cherem II, Des. Luiz César Medeiros e Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 29 de outubro de 2019.

Desembargador Jorge Luis Costa Beber
Relator designado

RELATÓRIO

Robson Luz Varella e Daniela Gastaldi Varella interpuseram recurso de apelação contra a sentença que acolheu parcialmente os pedidos formulados na ação de manutenção de posse c/c perdas e danos e pedido liminar proposta pelo Espólio de Paulo Gevaerd Ferreira, determinando a reintegração do autor na posse do imóvel descrito na petição inicial.

Após tecerem considerações sobre os fatos que culminaram com a presente demanda, afirmaram que não há dissenso quanto à posse exercida pelo falecido Paulo Gevaerd Ferreira no período compreendido entre 1996 e 2003, mas tão somente quanto à continuidade do exercício da posse pelos seus herdeiros, insurgindo-se contra a conclusão do magistrado sentenciante pela inocorrência de abandono.

Aduziram que, ao tomarem conhecimento do falecimento do Sr. Paulo em 2007, e que o imóvel em litígio estava em situação de completo abandono, dirigiram-se ao local e, constatando a deplorável condição do bem, totalmente desprovido de manutenção, o que foi confirmado pelos moradores da localidade, imbuídos do animus possidendi, cercaram a área, assearam o terreno, dentre outros atos típicos de senhorio, deixando-o com aparência de terra zelada, “coisa que o apelado simplesmente ignorou”.

Destacaram que os recorridos teriam verificado a “suposta invasão” após três longos anos, o que corrobora a conclusão de que não estavam exercendo atos de tutela do bem, dizendo, mais, que não se trata de breve período de tempo, como consignado pelo julgador a quo, mas sim de lapso suficiente para revelar o abandono da área.

Afirmaram que só vieram a sofrer resistência na posse no ano de 2010, negando tivessem tomado o imóvel à força ou que houvesse conflito, não tendo experimentado qualquer oposição nos três primeiros anos.

Enumeraram os atos promovidos para a manutenção e conservação do imóvel, insistindo que os herdeiros não deram continuidade ao exercício possessório então mantido pelo falecido, vindo a perdê-la, razão pela qual não possuem qualquer direito a ser tutelado na presente demanda.

Discorreram sobre a prova produzida, sustentando que a sentença destoa diametralmente do que consta dos autos, negando tivessem agido embuídos de má-fé.

Formularam pedido de antecipação da tutela recursal, arrematando com pedido de provimento do recurso, julgando-se improcedente o pedido possessório, com a manutenção dos apelantes na posse do imóvel.

Contrarrazões às fls. 387/395.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Robson Luiz Varella e sua esposa, Daniela Varella, em desfavor da sentença de parcial procedência proferida nos autos da ação de manutenção de posse c/c perdas e danos intentada pelo Espólio de Paulo Gevaerd Ferreira.

Contendem as partes acerca de um imóvel de 3.473,00m², situado na Estrada Geral da Enseada do Brito, Município de Palhoça, possuído de boa-fé, pelo de cujus, de 1996 a abril de 2003, quando um incêndio destruiu a residência por ele edificada no local, ceifando-lhe, também, a sua própria vida. Esses fatos, registre-se, são incontroversos, admitidos expressamente pelos apelantes

Ainda em 2003, após o sinistro que vitimou o possuidor Paulo Gevaerd, seus herdeiros ajuizaram o competente processo de inventário dos seus bens, arrolando, dentre eles, a indigitada gleba e declinando, inclusive, que se tratava de imóvel de posse.

Nada obstante, em 2007, os réus, tendo tomado conhecimento de que falecido o último esbulhador de uma área de terras maior de propriedade do pai de Robson desde a década de 70, na qual se inseria a gleba litigiosa, e deparando-se com o aparente abandono do terreno, “retomaram a sua posse” (é o que afirmam) e passaram a proceder com inúmeros atos de conservação.

A situação, tal como posta, persistiu até 2010, quando os sucessores de Paulo Gevaerd Ferreira, enfim, constataram que o imóvel do falecido patriarca havia sido invadido e, fracassando nas tentativas de retomá-lo, ajuizaram a ação possessória alvo do recurso agora analisado.

A sentença, de parcial procedência, funda-se no princípio da saisine, segundo o qual a herança transmite-se, no instante da morte, aos herdeiros do falecido. Pauta-se, ainda, na má-fé dos réus/apelantes quando ingressaram no imóvel e, principalmente, na conclusão de que a demora na reação dos herdeiros e, mesmo, a falta de atos de conservação da coisa, no contexto dos autos, não configura o seu abandono, o qual requer, antes, conduta intencional do possuidor.

Irresignados, repisam os apelantes a versão da retomada da posse. Sustentam, em acréscimo, que desde 2007 até 2010 a exercem de forma mansa e pacífica, com a execução de diversas obras de melhorias e conservação, diversamente dos apelados, que não deram continuidade ao exercício possessório do falecido. Asseveram, dentre inúmeros outros argumentos, que o abandono, na hipótese, é patente, pois o descuido com a coisa foi absoluto, deixando-a em ruínas, à mercê de vândalos e usuários de drogas.

E é este, insofismavelmente, o ponto nodal da controvérsia em questão: saber se os herdeiros mantiveram a posse adquirida por sucessão, ou a abandonaram, caso em que desmerecem a proteção possessória, justamente porque carentes de um dos requisitos necessários a tanto, qual seja, a posse anterior.

Adianto que, a meu aviso, os herdeiros mantiveram a posse, como bem examinado pelo magistrado sentenciante, Dr. Ezequiel Rodrigo Garcia.

Com efeito, não há abandono, como caracterizador da perda da posse, na mera ausência de atos de conservação que perdura por lapso temporal não significativo (três anos não o são), máxime quando declarado, no inventário, o direito de posse existente sobre a coisa desde a sua abertura, apenas seis meses após o óbito.

Essa circunstância, embora pareça mínima, mormente frente aos inúmeros e dispendiosos atos de conservação patrocinados pelos réus, é, na verdade, crucial, na exata medida em que revela, sem margem para dúvidas, a intenção real e concreta dos herdeiros de preservarem a posse, alcançada por herança. E a inexistência de voluntariedade quanto ao abandono, afasta, em absoluto, a caracterização da figura, forte na própria definição do instituto.

É dizer, sem que exista evidências precisas da vontade de abandonar, ou seja, da intenção deliberada do respectivo titular de não mais ter a posse ou a propriedade - o que não se presume, devendo ser revelada por atos externos reveladores da vontade de não mais querer - não se pode reconhecer a figura do abandono.

Nesse sentido, a oportuna lição de SILVIO DE SALVO VENOSA, já citada na sentença:

“No abandono ou derrelição, o proprietário desfaz-se do que lhe pertence sem manifestar expressamente a sua vontade. Derrelição é ato de disposição. O abandono é percebido pelo comportamento do titular. É preciso, no entanto, avaliar se existe voluntariedade. [...]. O fato de o proprietário não cuidar do que é seu por período mais ou menos longo não traduz de per si o abandono. Por mais de uma vez, enfatizamos que o singelo não-uso não implica perda da propriedade. Importante investigar a intenção de despojar-se da propriedade. Como também se trata de ato de disposição de direitos, na dúvida, o abandono não se presume”. (VENOSA, Sílvio de Salvo: Direito civil: direitos reais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 250-251, v. V).

Na mesma direção, a doutrina de ORLANDO GOMES:

“A perda da posse em razão da ausência de seus dois elementos constitutivos (animus e corpus) ocorre pelo abandono ou pela tradição; nesse grupo “incluem-se os modos de perda da posse pelos quais o possuidor se

demite intencionalmente do poder material sobre a coisa, porque não a quer mais”

[...]

Perda do corpus e do animus. O abandono (derelictio) é o primeiro modo de perda da posse em que se realiza o perecimento concomitante dos elementos animus e o corpus. Desfazendo-se de coisa que não mais se deseja, o possuidor manifesta a intenção de tirá-la do seu poder. Assim ocorre quando alguém joga fora determinado objeto que lhe pertence. Distingue-se o abandono da perda em que, nesta, a coisa sai do poder do possuidor contra a sua vontade. A coisa abandonada perde-se para o possuidor por ato intencional, deliberado, propositado.” (Direitos Reais, 21ª ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Forense: Rio de Janeiro: 2012, p. 68 e 69 – grifos meus)

Com o perdão da insistência, mas como falar-se, no caso em foco, de intenção abdicativa dos herdeiros de Paulo Gevaerd se após a morte ingressaram com o inventário e arrolaram a aludida posse como direito transmissível? E mais do que isso: assim que souberam da invasão pelos réus/apelantes, buscaram reaver a área esbulhada, ingressando com a presente ação possessória.

Quem assim procede, age de modo a não mais querer a coisa?

É óbvio que não.

Abandono, reitero, é modalidade de perda da posse/propriedade que se dá por um ato voluntário e unilateral do titular que abre mão de seus direitos sobre a coisa, o que jamais ocorreu alusivamente à área controvertida, pelo menos não por obra dos herdeiros de Paulo Gevaerd.

A jurisprudência não discrepa do que restou até aqui expandido, somando-se aos inúmeros julgados já referidos na origem, outros tantos:

“O abandono não se presume pelo simples descuido com a propriedade por um período - mesmo longo - de tempo. Isto porque o abandono impescinde de investigação do elemento anímico do proprietário, o que não se comprova com o simples não-uso do bem. Por esta razão, o fato de a propriedade ficar em desuso por um lapso temporal não confere a ele status de abandonado a legitimar a tomada da posse” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.070751-4, de Capivari de Baixo, Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira, julgado em 16/12/2011, grifos meus).

“APELAÇÃO CÍVEL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - REQUISITOS - COMPROVAÇÃO - POSSUIDOR - ABANDONO DO IMÓVEL - INEXISTÊNCIA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - PARTE REQUERIDA-DEPOIMENTO PESSOAL - AFIRMAÇÕES CONTRÁRIAS A FATOS INCONTROVERSOS - PROPÓSITO DE ALTERAÇÃO DA VERDADE - IMPOSIÇÃO DE MULTA.

- É reconhecido o direito à reintegração na posse de imóvel, quando comprovadas as situações descritas no art. 561, do Código de Processo Civil.

- O abandono, que determina a perda da posse, demanda a existência de conduta hábil a revelar o desinteresse do seu titular em dispor da coisa, sendo insuficiente, para a sua caracterização, a mera ausência do possuidor ou a inexistência temporária de utilização do bem.

- O depoimento pessoal, quando prestado com afirmações contrárias a fatos incontroversos e com o

deliberado propósito de alteração da verdade, configura deslealdade processual, por exceder o regular exercício do direito de defesa, malferindo as diretrizes ético-jurídicas postas no art. 77, I e II, do Código de Processo Civil, e justificando a aplicação da multa por litigância de má-fé”. (TJMG - Apelação Cível 1.0251.13.002393-9/002, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/04/2017, publicação da súmula em 03/05/2017, grifos meus)

“DIREITO CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENO ADQUIRIDO POR MEIO DE LICITAÇÃO DA TERRACAP. PROPRIEDADE COMPROVADA. PERDA DA PROPRIEDADE PELO ABANDONO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. VERDADE DOS FATOS. COISA JULGADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL. PONDERAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1 - O artigo 1.275, inciso III, do Código Civil dispõe que se perde a propriedade por abandono, o qual exige, para sua configuração, a presença de dois requisitos concomitantes: o comportamento do proprietário de desistir do bem (objetivo) e a intenção de fazê-lo (subjetivo). Assim, não é suficiente para a configuração do abandono o simples desprezo pela coisa, quando desacompanhado de sinais evidentes do ânimo de abdicar da propriedade.

2 - O próprio art. 1.276 do Código Civil de 2002, mediante seu § 2º, sem correspondência no CC/16, estabelece que a satisfação dos ônus fiscais pelo proprietário afasta a presunção de abandono do imóvel. Segundo o referido dispositivo legal, presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

3 - A verdade dos fatos não faz coisa julgada, conforme dispõe o artigo 469, inciso II, do Código de Processo Civil, razão pela qual, em ação reivindicatória, não está o Julgador adstrito a fundamento de decisão prolatada no bojo de anterior ação de reintegração de posse entre as mesmas partes.

4 - A exigência de atendimento à função social da propriedade não serve como argumento para a ocupação de terrenos vazios, sob pena de esvaziamento do direito de propriedade, pois autorizaria a invasão de qualquer imóvel desocupado, além de gerar instabilidade social.

5 - Afasta-se a alegação de cumprimento da função social da propriedade, formulada com base na construção de um templo religioso em terreno alheio, para privilegiar-se o direito de propriedade do titular do domínio, o qual fora adquirido mediante regular processo público de licitação realizado pela Companhia Imobiliária de Brasília - TERRACAP.

Apelação Cível desprovida”. (APC - Apelação Cível Relator(a): ANGELO CANDUCCI PASSARELLI, Processo: 20121010083593APC, julgado em 12.03.14, grifos meus)

“AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PRELIMINAR – INTERESSE PROCESSUAL – Ação proposta que é necessária e adequada à satisfação da autora – Não há que se falar em perda da posse por parte da autora por abandono, que, ainda que tenha deixado o imóvel por algum tempo, não exercendo posse física sobre o bem, continuou, sem interrupção, exercendo posse jurídica ou indireta – Interesse processual presente – Preliminar afastada”. “POSSE – ESBULHO – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – DIREITO À MORADIA – ACIONAMENTO DO GAORP – Autora que logrou provar sua posse, bem como o esbulho praticado pelos réus – Documentos juntados que comprovam que a autora exercia a posse indireta sobre o imóvel – Análise dos princípios da função social da propriedade e do direito de moradia que extravasam os limites do interdito possessório, devendo ser temas de discussão nos autos de ação autônoma – Princípios que devem ser efetivados pelos instrumentos atribuídos ao Poder Público, e não por ações de particulares em detrimento de propriedades privadas, sendo que a exemplo do direito social de moradia o direito à propriedade privada também é de índole constitucional – Prejudicada a alegação de que há necessidade de acionamento do GAORP, uma vez que os réus já desocuparam o imóvel, tendo havido a reintegração de posse da autora, em cumprimento à liminar deferida – Devidamente comprovado o exercício anterior da

posse sobre o imóvel pela autora, bem como o esbulho possessório praticado pelos réus – Ação procedente, com decreto de reintegração – Sentença mantida pelos próprios fundamentos – Art. 252 do Regimento Interno do TJSP – Sentença proferida e publicada quando já em vigor o NCPC – Honorários advocatícios majorados para 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §11, do NCPC - Apelo improvido”. (TJSP; Apelação 1035594-30.2015.8.26.0100; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/06/2018; Data de Registro: 08/06/2018, grifos meus)

Imagine-se, apenas por exercício ilustrativo, que alguém, detentor da posse ou propriedade de um terreno no litoral catarinense, deixasse o país para morar no exterior, por prazo de três anos anos, realizando especialização profissional.

Nesse caso, permanecendo o imóvel sem qualquer ato de conservação, poder-se-ia reconhecer a hipótese de abandono?

Penso que não.

E o exemplo não se afasta da temática controvertida nos autos, porque não se olvida que os herdeiros de Paulo, após imediatamente arrolarem a posse do imóvel por ele ocupado nos autos do seu inventário, tivessem ficado no aguardo da partilha para, na sequência, darem a respectiva destinação na fração que tocaria a cada um dos beneficiários.

Não há como eclipsar, também, como bem sopesado na origem, que há elementos de ordem emocional para a pouca ou inexistente diligência dos sucessores junto ao imóvel por certo período de tempo (lá perderam tragicamente um ente querido), além do que a edificação havia sido parcialmente destruída pelo incêndio que vitimou o seu proprietário, exigindo, bem por isso, a realização de ampla reforma ou, como acabaram por fazer os réus, a completa demolição da estrutura restante, ambas providências significativamente onerosas.

Inviável, portanto, defender a ocorrência do abandono, porquanto esse, como se disse, exige que se investigue a volição do possuidor, a qual, in casu, não se compactua, em absoluto, com a vontade dos sucessores de se despojarem da posse do imóvel.

Há mais. O Código Civil de 2002, que disciplina a resolução da contenda em questão, prevê apenas dois dispositivos acerca “Da Perda da Posse”, quais sejam, os artigos 1.223 e 1.224.

O primeiro disciplina que “Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196” – o que, em leitura apressada, pode parecer amoldado à hipótese telada.

O segundo dispositivo, nada obstante, deixa clarividente que não houve a perda da posse pelos herdeiros, na interpretação do instituto que lhe atribuem os réus: “Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido” (grifei e sublinhei).

No caso, os herdeiros de Paulo, tão logo cientes do esbulho (meados de 2010), tentaram retomar a sua posse, inclusive mediante a afixação de placas de “propriedade particular” no local e troca dos cadeados que cerravam os portões. Sofrendo novas moléstias, lançaram mão do presente interdito possessório, não se lhes podendo, pois, imputar qualquer omissão capaz de ceifar os direitos que a própria lei em favor dos mesmos garante.

FLÁVIO TARTUCE, acerca do art. 1.224 do CC, pondera:

“[...] se o possuidor não presenciou o momento em que foi esbulhado, somente haverá a perda da posse se, informado do atentado à posse, não toma as devidas medidas necessárias ou se sofrer violência ao tentar fazê-lo, não procurando outros caminhos após essa violência. A norma mantém relação com a boa-fé objetiva, particularmente com a perda de um direito ou de posição jurídica pelo seu não exercício no tempo (supressio). Isso porque o possuidor que não toma as medidas cabíveis ao ter conhecimento do esbulho não pode, após isso, insurgir-se contra o ato de terceiro. A lei acaba por presumir que a sua posse está perdida, admitindo-se, obviamente, prova em contrário” (grifei e sublinhei - TARTUCE, Flávio: Manual de direito civil: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 892, grifei).

E nem se diga que a possessória somente foi detonada após o ajuizamento dos embargos de terceiro pelos réus, pois tanto uma ação, quanto a outra foram distribuídas no curto espaço de um mês (a primeira em 15.04.2010, a segunda em 11.05.2010), em reflexo ao conflito que no plano fático já se instaurara. A ação de manutenção (em verdade, reintegração), ademais, foi distribuída antes da citação do então embargado, ora autor, e antes, também, do deferimento da liminar nos embargos, não havendo nada nos autos que demonstre a ciência do autor da possessória sobre o manejo dos embargos nos autos do inventário, a revelar absoluta boa-fé (que se presume) no aforamento da pretensão visando a manutenção da posse que sempre foi exercida pelo parente falecido.

Nesse particular, a propósito, impende transcrever o seguinte trecho da sentença de parcial procedência dos embargos, a bem de se ver que, nem de longe, imiscuiu-se na análise da melhor posse, limitando-se, tão somente, a excluir do inventário o bem porque litigioso:

“(...) a liminar de fls. 112/114 foi deferida apenas para impedir, momentaneamente, eventual alienação do bem por parte dos embargados, nos autos de inventário n.º 045.03.002271-6 (em apenso), até que fosse decidida a questão acerca da inclusão (ou não) do imóvel no rol de bens a inventariar.

Os autos em apenso (0008597-28.2010.8.24.0045) tratam especificamente da matéria, e, contrariu sensu, com o indeferimento da liminar, reconheceu estar o embargante na posse do imóvel, importando em manter a situação inalterada, até o provimento final.

Por isso, entendo que os presentes embargos devem se restringir ao pedido de exclusão (ou não) do imóvel em tela do rol de bens a inventariar, pedido este que guarda relação direta com o feito sucessório em apenso, relegando a questão afeta à posse aos autos 0008597-28.2010.8.24.0045.

[...] Cumpre destacar que, caso seja comprovado, em eventual ação possessória, que o bem imóvel efetivamente pertença ao espólio, caberá ao inventariante promover futuramente sua sobrepartilha, forte no art. 669, III, do NCPC”. (grifei e sublinhei - Autos n. 0006794-10.2010.8.24.0045, consulta via SAJPG – grifos meus).

Mas adiante, o digno e operoso magistrado singular, com uma clareza que chega a ferir os olhos, reiterou que o afastamento do “imóvel” (leia-se, direito de posse sobre a área controvertida) importou em mero sobrestamento momentâneo da divisão daquela área, até que decidida a presente ação possessória.

Disse S.Exa:

“3. Do pedido de exclusão do imóvel do rol de bens a inventariar:

Em relação ao pedido de exclusão do referido imóvel do rol de bens a inventariar nos autos de inventário n.º 045.03.002271-6, entendo que razão assiste ao embargante.

É que, enquanto não resolvida a questão acerca da posse do imóvel, por meio da competente ação possessória, inviável a sua inclusão no rol de bens a inventariar, devendo o mesmo ser excluído do plano de partilha dos bens deixados pelo alegado esbulhador, até que as questões acerca de sua titularidade sejam resolvidas em ação própria.

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DISCUSSÃO SOBRE A POSSE DO TERRENO. EXCLUSÃO DO BEM DA PARTILHA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. Considerando a existência de discussão a respeito de quem efetivamente exercia a posse sobre o terreno arrolado, nada a reparar na decisão que excluiu o direito da partilha, remetendo a discussão, que é de alta indagação, para as vias ordinárias. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.” (TJRS, Agravo de Instrumento n.º 70047351481, Oitava Câmara Cível, rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. em 29/03/2012) Grifei

Cumprе destacar que, caso seja comprovado, em eventual ação possessória, que o bem imóvel efetivamente pertença ao espólio, caberá ao inventariante promover futuramente sua sobrepartilha, forte no art. 669, III, do NCPC.

Além do mais, vejo que os próprios herdeiros já apresentaram novo plano de partilha às fls. 658/660 dos autos de inventário n.º 045.03.002271-6, excluindo dito bem imóvel do rol de bens a inventariar e remetendo-o para futura ação de sobrepartilha, após resolvida a questão possessória nos autos de ação de manutenção de posse n.º 0008597-28.2010.8.24.0045 (esta ação possessória já foi encaminhada ao juízo competente).

Por isso, penso que o pedido de exclusão do imóvel descrito na inicial do rol de bens a inventariar nos autos n.º 045.03.002271-6 merece prosperar.

Ante o exposto, nos termos do art. 487, I, do NCPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os presentes embargos de terceiro para, em consequência EXCLUIR o bem imóvel descrito na inicial do rol de bens a inventariar nos autos de inventário n.º 045.03.002271-6.

TRANSLADE-SE cópia desta sentença para os autos de inventário em apenso.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

Como se vê, claramente, duas eram as questões tratadas nos embargos: a melhor posse defendida pelos embargantes e a necessidade de exclusão do bem litigioso do inventário. A discussão da primeira foi expressamente relegada à sede própria, qual seja, a presente ação de reintegração de posse, cujo recurso de apelação ora se analisa; ao passo que a segunda, portanto a única resolvida no

mérito, foi acolhida, culminando na exclusão do bem imóvel disputado do inventário, não porque os embargantes tinham melhor posse, mas pura e simplesmente porque a titularidade do bem era litigiosa (rectius: conflituosa, indefinida).

Tanto isso é verdade, que o resultado da ação, a parte dispositiva da sentença, foi de PARCIAL PROCEDÊNCIA, não de procedência total. Ainda que assim não fosse, concessa maxima venia, a coisa julgada produzida pelo dispositivo não se dissocia daquilo que o fundamenta, sobretudo porque o iter intelectual que o suporta é indispensável à compreensão do seu alcance.

Agiu com inteiro acerto o togado a quo na solução dos embargos de terceiro intentados pelos réus e ora apelantes. Se havia divergência quanto aos direitos originários do exercício da posse na área respectiva, a matéria não tinha como ser solvida nos estreitos limites do inventário, devendo ser enfrentada nas vias ordinárias – onde já estava em curso a presente possessória - como deliberado.

Dispõe o art. 612 do CPC:

“Art. 612. O juiz decidirá todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documento, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas.”

Da lição de NELSON NERY e ROSA NERY retira-se a seguinte passagem:

“...há questões de fato que demandam dilação probatória e exigem, por isso, processo à parte, no qual possam ser dirimidas. Essas devem tramitar perante o juízo competente, em rito próprio, com ampla cognição. Também assim devem ser processadas as questões de fato e de direito estranhas à ação de inventário e partilha”. (Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 148).

É dizer, no juízo universal do inventário devem ser apuradas e decididas todas as questões pertinentes às relações econômicas do falecido, visando a ultimação da partilha, sejam essas questões relativas aos bens, às obrigações ou quaisquer outros direitos transmissíveis da pessoa falecida, além de eventuais questionamentos atinentes à qualidade sucessória daqueles que almejam a herança.

Havendo, no enfrentamento dessas temáticas, situações estranhas ao inventário e que demandem a produção de provas, deverão as partes interessadas se digladiarem nas vias ordinárias.

Foi exatamente isso – e somente isso – que restou decidido nos embargos de terceiro intentados pelos réus/apelante, ou seja, a determinação para que as partes, nas vias ordinárias (mais precisamente na ação presente ação de reintegração), discutissem a matéria relativa a melhor posse, com afastamento temporário da área controvertida da partilha que seria decidida no inventário.

E para que não passe sem registro, não soa despropositado rememorar que os limites objetivos da coisa julgada, nos embargos de terceiro, ficam restritos ao tema apreciado, ou seja, a necessidade de exclusão da área litigiosa do rol de bens a serem partilhados no inventário, até que fosse decidida a questão acerca da melhor posse.

Por outras e por melhores palavras: a sentença proferida nos embargos de terceiro transitou em julgado ordenando que: (a) resolva-se a melhor posse na ação possessória n. 0008597-28.2010 (esta, que estamos discutindo); e (b) exclua-se o bem do inventário até solucionada a questão da posse, promovendo-se a sua sobrepartilha, acaso ele toque aos herdeiros na possessória (grifei e sublinhei).

A mim, portanto, com serena convicção, a tese da coisa julgada, defendida por um dos votos vencidos, não convence.

Em situação semelhante, assim decidiu o Tribunal de Justiça dos Estado de São Paulo:

APELAÇÃO. INVENTÁRIO E PARTILHA. QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO. A questão relativa à legitimidade da escritura que veio a ensejar a transferência de bem imóvel, objeto da partilha, prescinde de prova técnica a respeito da sua higidez. Necessidade de remessa às vias ordinárias para a resolução da lide. Inteligência do art. 612 do CPC/15. Sobrestamento da partilha em relação ao imóvel sobre o qual recai a controvérsia.” (TJSP – Ap. Civ nº 2077966-49.2016.8.26.0000, Comarca de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Privado, Relª. Desª. Rosângela Telles – grifei e sublinhei).

Feito esse recorte, de resto, não há como refutar que o ingresso dos réus na posse da gleba – que, é salutar lembrar, foi transferida aos sucessores de Paulo ope legis, no instante da sua morte, independentemente da prática de qualquer outro ato ou exercício fático – deu-se de forma injusta, porque perpetrada por atos de violência, apurados, gize-se, não só na invasão de cercas e na demolição da edificação previamente existente, mas, também, e principalmente, no instante em que os herdeiros, cientes do esbulho, tentaram recuperar o bem e foram violentamente repelidos, mediante o uso de seguranças, correntes, cadeados e afins.

Impõe-se reconhecer, ainda, que os réu/apelantes nunca deixaram de reconhecer o exercício anterior da posse por terceiro (“o demandado, empenhado em recuperar o imóvel, vislumbrou a possibilidade de retomar parte do bem adquirido pelo seu genitor, quando tomou conhecimento, através da Sra. Aurélia Faustino Ramon, que o último esbulhador, Sr. Paulo Gevaerd Ferreira, havia falecido” – contestação, fl. 160), a despeito do que, clandestinamente e decidindo ignorar a existência dos direitos possessórios sucessórios, tomaram para si a posse do bem.

Não fosse suficiente a confissão, promoveram a destruição de uma casa de bom tamanho e padrão financeiro – parcialmente em ruínas, é verdade – mas reconhecidamente habitada, segundo conhecimento de todos da pequena comunidade local.

É dizer, se perda da posse houve, essa decorreu não do abandono perpetrado pelos herdeiros de Paulo, mas pelo esbulho praticado pelos réus/apelantes.

A prova testemunhal, a propósito, ratifica a posse lícita e anterior de Paulo (embora sequer fosse necessário por tratar-se de fato incontroverso) e em nada contribui para o sucesso da tese defensiva. Conforme minuciosa análise já empreendida na sentença, a prova oral simplesmente confirma fatos

não controvertidos – a posse lícita de Paulo, a ausência de manutenção pelos herdeiros em 2006 e a sua conservação pelos réus a partir de 2007 – não tendo espessura, data venia, para caracterizar o defendido abandono da coisa, como tentam fazer crer os réus/apelantes.

De resto, o contrato inserto às fls. 108/109, que trata de suposta doação da área, pelo genitor, Norton, em favor do filho, Robson, foi formalizado em fevereiro de 2009, bem depois da invasão, em maio de 2007. A liberalidade, outrossim, nenhuma validade tem, pois celebrada por quem não tinha nem a posse, nem a propriedade do objeto da doação.

O que se tem nos autos, então, é que a posse adquirida ex lege pelos herdeiros de Paulo, tendo em vista a ocorrência de fato jurídico (a morte do autor da herança) em virtude do princípio de saisine, permanece intacta e não foi perdida por força do descuido com que trataram o imóvel, pois que esse não perdurou por lapso exagerado, além do que não traduz o propósito dos sucessores de, voluntariamente, desalijar-se da coisa. Ao contrário disso, preservam o mesmo clarividente interesse no bem, já manifestado quando, ainda em 2003, o arrolaram no inventário.

Subsistente a posse, a invasão do imóvel em 2007, pelos réus/apelantes, só pode ser interpretada como esbulho, pois que há muito já não ostentavam qualquer relação jurídica com a gleba, de modo que a concessão da almejada proteção possessoria, presentes os requisitos do art. 561 do CPC/15 (art. 927 do CPC/73), no cenário delineado, é medida que se impõe.

Por derradeiro, transcrevo pertinente excerto timbrado na sentença recorrida: “A inércia de NORTON PAULO VARELLA e seus herdeiros no período de 1990 a 2007, sem qualquer esforço para retomar a suposta posse anterior, é suficiente para configurar o abandono e determinar a perda da posse.

Mas o descuido dos herdeiros de PAULO GEVAERD FERREIRA não possui o mesmo efeito porque verificado em período muito menor (de abril de 2007) e sem o propósito real de abdicar do imóvel (dado que declarado no inventário e no aguardo da partilha)”.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento do apelo, deixando de arbitrar honorários recursais (art. 85, §11, CPC), por já terem sido fixados no patamar máximo na origem.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0302234-85.2016.8.24.0062, de São João Batista

Relatora: Desembargadora Rosane Portella Wolff

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CANCELAMENTO DE VOO. MAGISTRADO QUE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL. INSURGÊNCIA DOS AUTORES.

DANOS MORAIS. PRETENDIDA MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR QUE SE MOSTRA ADEQUADO AO CASO EM COMENTO. SENTENÇA MANTIDA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLEITO DE ELEVAÇÃO AO ARGUMENTO DE QUE NÃO DECAÍRAM DE PARCELA MÍNIMA DOS PEDIDOS. INOBSERVÂNCIA DOS PEDIDOS CONTIDOS NA EXORDIAL. ACOLHIMENTO DA TESE APENAS PARA CONSTAR QUE O JULGAMENTO FOI DE TOTAL PROCEDÊNCIA, SEM CONTUDO MAJORAR O ESTIPENDIO ADVOCATÍCIO ARBITRADO NA ORIGEM. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO ART. 85, §2º, DO CPC NA OCASIÃO DA FIXAÇÃO NA SENTENÇA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA DE SUCUMBÊNCIA EM ATENÇÃO AO COMANDO CONTIDO NO ART. 85, §11, DO CPC.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302234-85.2016.8.24.0062, da 1ª Vara da comarca de São João Batista, em que são Apelante Jackson Eston Setti e outros e Apelado American Airlines INC.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso, dar-lhe parcial provimento e fixar honorários recursais. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Luís Costa Beber, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargadora Rosane Portella Wolff

Relatora

RELATÓRIO

Jackson Eston Setti e outros ajuizaram Ação de Indenização Por Dano Materiais e Morais n. 0302234-85.2016.8.24.0062, em face de American Airlines Inc., perante a 1ª Vara da comarca de São João Batista.

A lide restou assim delimitada, consoante exposto no relatório da sentença da lavra da magistrada Maria Augusta Tridapalli (pp. 140-146):

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por JACKSON ESTON SETTI, CAROLINA BARNABÉ SETTI, JAISON ELTON SETTI, JACIRA MAFEÇOLI SETTI, LUIS GUSTAVO SETTI, VALDECIR JOSÉ SETTI, SONIA ALBERTINA SETTI, JOYCE DAYANA SETTI e LEVI SOTTOMAIOR DE SOUZA FILHO em face de AMERICAN AIRLINES INC, todos devidamente qualificados.

Em síntese, os autores alegaram que adquiriram da empresa ré passagens de ida e volta, com destino a Las Vegas, partindo de Curitiba em 05/05/2015 às 20:45 horas e chegada no destino final prevista para 09/05/2015, às 11:56 horas.

Relataram que saindo de Curitiba às 20:45h, chegaram em Porto Alegre perto das 22:00 horas e, após um cheiro muito forte de combustível dentro da aeronave, o comandante determinou que todos saíssem para manutenção de emergência.

Argumentaram que a parte ré, passadas das 6:00 horas da manhã, indicou hotel de sua preferência para que os passageiros fossem alojados, tendo em vista que o próximo voo sairia somente às 23:30h do dia seguinte, ou seja, 24 horas após o horário inicialmente proposto.

Disseram que o voo decolou apenas à 1:00h da manhã e que como chegaram com atraso em Miami, perderam a conexão para Las Vegas e tiveram que aguardar até às 18:30 horas do dia 10.05, chegando em LAS VEGAS apenas por volta das 23:00 horas do dia 10.05, ocasionando a perda de uma diária no hotel reservado.

Em razão disso, requereram a condenação da ré ao pagamento da indenização por danos materiais e morais. Citada, a ré apresentou contestação e documentos (fls. 120/130).

Réplica (fls. 133/138).

Na audiência conciliatório, não se obteve acordo.

Vieram-me os autos conclusos para sentença.

Na parte dispositiva da decisão constou:

Pelo exposto, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na presente ação movida por JACKSON ESTON SETTI, CAROLINA BARNABÉ SETTI, JAISON ELTON SETTI, JACIRA MAFEÇOLI SETTI, LUIS GUSTAVO SETTI, VALDECIR JOSÉ SETTI, SONIA ALBERTINA SETTI, JOYCE DAYANA SETTI e LEVI SOTTOMAIOR DE SOUZA FILHO contra American Airlines Inc. para:

- a) CONDENAR a parte ré ao pagamento, em prol de cada um dos autores, do montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, com correção monetária pelo INPC a partir do arbitramento e juros de mora de 1%, ao mês, a contar do evento danoso (data do atraso do voo);
- b) CONDENAR a parte ré ao pagamento de danos materiais em favor dos autores no importe de R\$ 6.235,89 (seis mil duzentos e trinta e cinco reais e oitenta e nove centavos), referente à estadia no hotel no dia 09/05/2015 (fl. 57), a título de danos materiais, atualizado pelos índices da CGJ/TJSC, cujo termo inicial será a data do desembolso (súmula n. 43 do STJ), e acrescidos de juros de mora a razão de 1% ao mês, desde a citação (art. 405 do Código Civil).

Considerando que os autores decaíram de parte mínima dos pedidos, condeno a ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor total da condenação.

P. R. I.

Na hipótese de interposição de recurso, intime-se, por ato ordinatório e sem conclusão dos autos, a parte recorrida para responder, no prazo legal, com o envio do feito à superior instância, dispensado o juízo de admissibilidade neste grau jurisdicional.

Transitada em julgado, archive-se.

(p. 145-146)

Irresignados, os Autores interpuseram Recurso de Apelação (pp. 156-167), defendendo, em suma, que: a) adquiriam passagens aéreas junto à companhia Ré com trecho partindo da cidade de Curitiba/PR com escalas em Porto Alegre/Miami com destino a Las Vegas (voo AA203 e AA2236); b) a partida estava prevista para o dia 08-05-2015 às 20:45h com chegada ao destino às 11:56h do dia 09-05-2015; c) ao aterrizarem na cidade de Porto Alegre foram informados do cancelamento do voo por motivo de manutenção de última hora; d) permaneceram por mais de 6 horas no saguão do aeroporto, tendo que dormir no chão pelo período em que lá permaneceram, bem como não foi fornecida alimentação pela companhia aérea; e) posteriormente, foram encaminhados ao hotel a fim de aguardar o próximo voo no dia seguinte; f) quando retornaram para embarcar em outro voo, com 24 horas de atraso, houve novamente atraso de 1:30h; g) em razão dos atrasos perderam a conexão de Miami à Las Vegas; h) até o destino final suportaram diversos atrasos (total de 39 horas) e contratempos; i) possuem indústria no segmento de calçados com cerca de 500 funcionários e faturamento de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); j) possuem padrão de vida elevado, devendo tais informações serem levadas em conta para majoração dos danos morais fixados na sentença; k) o decisum vergastado está eivado de erro material, porquanto, o fato lançado em relação à assistência fornecida pela Ré na cidade de Miami é inverídica; l) a companhia Requerida nunca forneceu hospedagem em Miami, pelo que tiveram que permanecer no aeroporto das 9:30h até às 18:30h, ou seja, 9h sem nenhuma assistência; m) em razão disso o magistrado de origem julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e arbitrou honorários advocatícios em favor do causídico dos Requerentes em 10% sobre o valor da condenação, por terem decaído de parcela mínima dos pedidos.

Ao final, postularam pelo provimento do Apelo para majorar o quantum devido a título de danos morais, bem como seja arbitrado honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da condenação.

Com as contrarrazões (pp. 173-177), os autos vieram a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Recurso.

Os Apelantes se insurgem com relação ao quantum fixado a título de compensação pecuniária

por danos morais, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada Autor. Nesse passo, requerem a majoração do valor ao argumento de que houve atraso de 39 horas entre o voo de origem e a chegada ao destino e enfrentaram diversas situações vexatórias. Além disso, defendem que possuem um padrão de vida elevado que deve ser considerado para majoração dos danos morais.

Adianta-se, o Apelo não merece provimento no ponto.

Conforme reconhecido na sentença o atraso é incontroverso, pois além do “atestado de cancelamento/atraso de voo” (p. 19), a própria Requerida admitiu às pp. 121-122 a ocorrência.

As passagens aéreas trazidas às pp. 25-49 evidenciam que o voo original tinha previsão de chegada ao destino final às 11:56h do dia 09-05-2015 na cidade de Las Vegas.

Logo, reconhecido o ato ilícito praticado pela Ré (art. 186, do Código Civil), surge o dever de reparar os danos sofridos pelos Autores, conforme preceitua o art. 927, do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Com efeito, é cediço que a legislação em vigor não estabeleceu critérios objetivos para a fixação da reparação devida, cabendo a tarefa ao julgador.

Entretanto, à falta de balizas específicas previstas pela regência, a doutrina e a jurisprudência já assentaram que a indenização deve ser fixada em valor suficiente à restauração do constrangimento suportado pela vítima e que seja capaz de inibir que a outra parte continue praticando atos ilícitos da mesma espécie.

O valor deve, ainda, ser orientado de acordo com o caso concreto, em observância especial à extensão do dano e à capacidade econômica das partes, a fim de não permitir a ocorrência de enriquecimento indevido daquele que vai receber, tampouco o empobrecimento inadequado daquele que desembolsará referida quantia.

Finalmente, deve o julgador ater-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na hipótese, observa-se que os Autores experimentaram abalo em razão da irregularidade do serviço prestado pela Ré, pois em razão do cancelamento do voo AA203 chegaram ao destino após 39 horas de atraso, tendo permanecido por horas no aeroporto de Porto Alegre até que fossem acomodados em hotel, além de perderem a conexão para Las Vegas, em razão do atraso de 1:30h do voo até Miami, pelo que permaneceram no aeroporto por mais 9 horas.(pp. 42-56).

Por outro lado, em que pese os Apelantes alegarem que vivenciaram situações vexatórias, tendo “toda a família se sentado pelos cantos do aeroporto, com fome e sede” – p. 159, tem-se que o valor arbitrado pelo Togado de origem atende as particularidades do caso em exame, uma vez que o quantum indenizatório de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada Requerente, está dentro dos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade.

Ademais, a alegação dos Recorrentes de que deve ser considerado o alto padrão de vida que possuem para apuração do quantum indenizatório não merece acolhimento, pois não se vislumbra exposição negativa grave, com poder de abalar a imagem e a honra dos insurgentes, sendo descabida a pretensão de incremento da verba indenizatória.

Assim, tem-se que o valor fixado pelo Juiz da origem mostra-se adequado, inclusive, às balizas utilizadas por este Sodalício, vez que trata de atraso no voo sem maiores consequências:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO DE VOO INTERNACIONAL SUPERIOR A 24 HORAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. [...] MÉRITO. ATRASO INJUSTIFICADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA RÉ. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO DE TRANSPORTE. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS EVIDENCIADOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR DEMONSTRADA NOS AUTOS. PRETENDIDA MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. ACOLHIMENTO. IMPORTÂNCIA QUE DEVE SER ARBITRADA EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. HONORÁRIOS RECURSAIS INDEVIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (Apelação Cível n. 0304178-37.2016.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 22-08-2019).

Logo, ponderada a situação fática, o Recurso não merece provimento no ponto.

No mais, defendem os Recorrentes que a sentença esta eivada de erro material, pois apesar de constar que a Ré “teria providenciado a acomodação dos autores em hotel em Miami, bem como disponibilizado vouchers a eles para acomodação e hospedagem” -p. 141, tal fato é inverídico, não havendo nos autos sequer um documento que comprove a alegada assistência. Além disso, argumentam que na oportunidade, foram opostos Embargos de Declaração n. 0001191-21.2018.8.24.0062, a fim de ver sanado o vício apontado. Porém, os Aclaratórios foram rejeitados (p. 6 do incidente).

E, ainda, defendem que o togado de origem ao julgar parcialmente procedente os pedidos considerou que os Autores decaíram em parcela mínima dos pedidos fixando os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, o qual deve ser majorado.

Nesse ponto, em parte razão assiste aos Recorrentes.

Isso porque, apesar de terem os Autores narrado na exordial que “no total foram 2 dias de ‘chá de aeroporto’, o que fez com que perdessem uma estadia já paga antecipadamente ao Hotel Bellagio

[...], perda de pacotes de passeio de helicóptero para visitar o Grand Canyon no dia 10.05, sem nenhum reembolso.”, analisando os pedidos contidos na exordial verifica-se não existir pleito de ressarcimento referente ao referido passeio.

Assim, tendo em vista que os Requerentes postularam a condenação da Requerida ao pagamento de indenização por danos morais e o ressarcimento apenas dos valores pagos a título de diária do hotel Bellagio, tem-se que os pedidos foram julgados totalmente procedentes.

Logo, acolhe-se o Apelo no ponto para considerar que os pedidos formulados na inicial foram totalmente providos, afastando a aplicação do art. 86 do CPC.

Entretanto, em que pese os Requerentes terem restado vencedores na demanda, o pleito de majoração da verba honorária para 20% do valor da condenação, não merece acolhimento.

É que, consoante dispõe o art. 85, §2º, do CPC/15, os honorários devem ser fixados entre os limites de proporção à condenação, por apreciação equitativa do julgador, levando-se em consideração o grau de zelo e o trabalho do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância do feito e o tempo dispensado.

Na hipótese, a causa não demandou do Advogado dos Autores tempo - porque houve julgamento antecipado da lide, sem ampla instrução probatória, portanto - ou trabalho extravagante, visto que a causa tramitou na origem em tempo razoável (1 ano e seis meses), e tampouco exigiu o estudo de questões complexas.

Logo, deve ser mantida a verba honorária no patamar de 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Outrossim, tendo em vista que a decisão recorrida foi prolatada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, imperativa a fixação de verba honorária recursal nos termos do Enunciado Administrativo n. 07 do Superior Tribunal de Justiça.

Dispõe o art. 85, § 11, do CPC que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

Considerando-se o trabalho adicional realizado pelo advogado dos Autores em grau recursal, os respectivos honorários advocatícios de sucumbência devem ser majorados em 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, totalizando 12% (doze por cento).

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, conhece-se do Recurso e da-se-lhe parcial provimento, apenas, para considerar que os pedidos formulados na inicial foram integralmente providos.

Apelação Cível n. 0823188-23.2013.8.24.0023, Capital

Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO ACIONADO.

CONTRATO DE CORRETAGEM. COMISSÃO. RESPONSABILIDADE IMPUTADA A QUEM BUSCA OS SERVIÇOS DO CORRETOR PARA REALIZAÇÃO DE NEGÓCIO. COMPRA E VENDA. CORRETORA ACIONANTE PROCURADA E CONTRATADA POR PRETENSOS COMPRADORES DE IMÓVEL RESIDENCIAL. PRESTADORA DO SERVIÇO QUE ENVIOU MALA DIRETA AOS PROPRIETÁRIOS DE APARTAMENTOS DE DETERMINADA REGIÃO E, COM ISSO, OBTVEVE O CONTATO DO ACIONADO. AUTORA QUE, APESAR DE INTERMEDIAR O CONTATO ENTRE OS CONTRATANTES, NÃO PARTICIPOU DO ARREIMATE DA NEGOCIAÇÃO. EVENTUAL REMUNERAÇÃO DEVIDA NÃO PELO RÉU VENDEDOR, MAS PELO COMPRADOR DO BEM. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO DE CORRETAGEM FIRMADO ENTRE OS LITIGANTES. PRETENSÃO DE COBRANÇA RECHAÇADA. SENTENÇA REFORMADA.

“[...] 1. Contrato de corretagem é aquele por meio do qual alguém se obriga a obter para outro um ou mais negócios de acordo com as instruções recebidas. 2. A obrigação de pagar a comissão de corretagem é daquele que efetivamente contrata o corretor. 3. É o comitente que busca o auxílio do corretor, visando à aproximação com outrem cuja pretensão, naquele momento, esteja em conformidade com seus interesses, seja como comprador ou como vendedor. [...]” (STJ, REsp 1288450/AM, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 24/02/2015).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A Segunda 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. Rubens Schulz, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 14 de novembro de 2019.

Desembargador Jorge Luis Costa Beber

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por Jaime Leonel de Paula Júnior contra a sentença que, nos autos da ação de cobrança ajuizada por Lourdes Baldo Stein, extinguiu o feito nos seguintes termos:

“[...] Em face do que foi dito;

a) extingo o processo, sem apreciação de mérito, relativamente a 50% do pedido formulado, com fundamento no art. 485, VI, do CPC;

b) julgo procedente o restante do pedido formulado por Lourdes Baldo Stein em face de Jaime Leonel de Paula Junior para condenar o réu ao pagamento de R\$ 36.000,00 a título de comissão de corretagem acrescido de correção monetária pelos índices oficiais desde a quitação do negócio jurídico e de juros legais de mora a contar da citação.

Em razão da sucumbência recíproca, condeno o réu ao pagamento de 50% das custas processuais e da mesma proporção no tocante aos honorários do advogado da autora, considerando como base de cálculo o montante de 15% sobre o valor da causa, e condeno a autora ao pagamento de 50% das custas processuais e da mesma proporção no tocante aos honorários do advogado do réu, considerando a mesma base de cálculo, admitindo-se a compensação [...]” (fls. 205/214).

O édito combatido foi complementado pela decisão proferida nos embargos de declaração autuados sob o n. 0016411-50.2016.8.24.0023, que assim registrou:

“[...] Em face do que foi dito, conheço dos embargos declaratórios, e, no mérito, dou-lhes provimento a fim de corrigir o erro material existente no item “ b) “ do dispositivo da sentença de fls. 205/214 dos autos principais para que, onde se lê “R\$ 36.000,00” leia-se “R\$ 48.000,00”, mantendo os demais termos da sentença. [...]” (fls. 09/10 dos autos n. 0016411-50.2016.8.24.0023).

Nas razões do apelo (fls. 219/234), sustenta o recorrente, em compendiado, a ausência de elementos capazes de evidenciar a suposta relação contratual entre os litigantes.

Afirma, nesse contexto, que a apelada não contribuiu para a concretização da compra e venda do imóvel de propriedade do apelante, justo que a mesma, verdadeiramente, estava assessorando o comprador do bem – e não o vendedor.

Com as contrarrazões pertinentes (fls. 240/247), ascenderam os autos a esta Corte e, na sequência, vieram conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se, na origem, de ação de cobrança de comissão de corretagem imobiliária movida por Lourdes Baldo Stein contra Jaime Leonel de Paula Júnior.

Do caderno processual denota-se que:

a) a apelada Lourdes Baldo Stein é corretora de imóveis e, em março de 2012, foi procurada por Ana Paula Zabot Gomes e Manoel Gomes para a aquisição de imóvel na zona central desta capital (fls. 02 e 19);

b) em junho daquele ano, a recorrida enviou correspondência (mala direta por correio) para os apartamentos de determinados edifícios de interesse dos pretensos compradores a fim de localizar possíveis vendedores dispostos a negociar (fls. 02 e 19);

c) no mesmo mês, o apelante Jaime Leonel de Paula Júnior demonstrou interesse em comercializar o apartamento n. 502 e as vagas de garagem n. 13, 35 e 60 do Condomínio Residencial Praia de Fora, todos de sua propriedade (fls. 02 e 19);

d) as condições estabelecidas pelo recorrente não interessaram àqueles pretensos compradores, mas atraíram João Vicente Gomes, irmão de Manoel Gomes (fls. 02/03 e 19/21);

e) a corretora intermediou as tratativas entre Jaime Leonel e João Vicente (fls. 03/04, 22/25 e 77/111);

f) o negócio restou ultimado, embora sem a participação direta da apelada (fls. 04 e 26), tendo João Vicente adquirido, em outubro de 2012, o apartamento e as vagas de garagem em comento de De Paula Empreendimentos e Participações S.A. (fls. 28/39), sociedade anônima fechada presidida pelo apelante (fl. 40), cujo capital foi integralizado por aqueles bens no mês anterior à compra e venda (fls. 28/39).

Nesse contexto, reputando violado o seu direito ao recebimento de comissão de corretagem, a corretora ajuizou a presente ação, tendo seus pedidos parcialmente acolhidos para condenar o vendedor ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais) a título de remuneração pelos serviços prestados.

O édito combatido, a meu aviso, comporta reforma.

Com efeito, duas são as principais teses do recorrente para afastar a condenação imposta na origem: a falta de participação da apelada na concretização do negócio jurídico e a inexistência de vínculo contratual entre os litigantes.

O primeiro argumento, a meu sentir, não merece prosperar. É que, analisando o contexto fático que circunda a lide, vislumbro que a compra e venda do imóvel ocorreu justamente porque a recorrida intermediou a aproximação entre o recorrente e João Vicente, cerca de 4 (quatro) meses antes da materialização da avença, por meio de contatos via correspondência eletrônica e telefônica e também mediante acompanhamento do pretense comprador nas visitas ao imóvel objeto do contrato.

Assim, ainda que os contratantes já se conhecessem antes dos fatos aqui analisados, ou que outro corretor tenha intervindo no arremate da negociação, tenho que a mediação entre comprador e vendedor para tratar da transação em foco teve início e se originou da atuação da apelada em seu exercício profissional, como, aliás, confirmou o apelante no seu depoimento às fls. 194/195.

De toda forma, estimo que maior aprofundamento nesse tópico revela-se desnecessário à solução da controvérsia, pois, independentemente do auxílio ou não da corretora para a solidificação do negócio, por certo eventual comissão de corretagem a ser paga à prestadora do serviço incumbe a quem a contratou – que, no caso em liça, **foi o comprador do imóvel e não o vendedor**, ora apelante.

Diante de tal cenário, por força da segunda tese expendida nas razões recursais, ou seja, a contratação da corretagem pelo comprador, e não pelo vendedor do imóvel, deve a sentença atacada ser reformada.

Com efeito, o artigo 722 do Código Civil prescreve que, “*pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas*”.

A respeito dessa modalidade contratual, sobretudo da comissão de corretagem devida ao corretor em contraprestação ao seu serviço, cito as seguintes passagens do voto do Exmo. Min. Rel. João Otávio de Noronha no julgamento do REsp n. 1.288.450/AM, que em tudo se amoldam ao caso em apreço:

“[...] Na forma do art. 722 do Código Civil, o contrato de corretagem é aquele por meio do qual alguém se obriga a obter para outro um ou mais negócios de acordo com as instruções recebidas. Essa relação não pode existir em virtude de mandato, de prestação de serviços ou de qualquer relação de dependência. **A pessoa que contrata o serviço do corretor é denominada de comitente.**

Caracteriza-se a corretagem como obrigação de resultado na medida em que incumbe ao corretor buscar a aproximação e mediação das partes para concretização de determinado negócio. Convém ressaltar a característica onerosa do contrato, razão pela qual é cabível a remuneração do corretor ante a realização de seu trabalho de intermediação entre pessoas que desejam contratar.

Observe-se que, **no mercado, há hipóteses em que é o proprietário (vendedor) do imóvel que busca alguém para comprá-lo. Em outras, o contrário ocorre, ou seja, é o comprador que busca a aquisição de imóvel.** Não há dúvidas de que existem, em número bem maior, vendedores à busca de compradores.

Em qualquer dos casos, a partir do momento em que o corretor é chamado para ingressar na relação entre comprador e devedor, passa a ser devida a sua comissão. O encargo, pois, do pagamento da remuneração desse trabalho depende, em muito, da situação fática contratual objeto da negociação, devendo ser considerado quem propõe ao corretor nela intervir. [...]

Independentemente de tais situações, existindo efetiva intermediação pelo corretor, as partes podem, livremente, pactuar como se dará o pagamento da comissão de corretagem. Há, porém, casos em que tanto o comprador quanto o vendedor se acham desobrigados de tal encargo, pois entendem que ao outro compete fazê-lo. Há casos ainda em que essa pactuação nem sequer existe, porquanto nada acordam as partes a respeito, daí surgindo a interpretação que se ampara no art. 724 do Código Civil.

Em face de tais dúvidas ou omissões e em virtude da proposta dirigida inicialmente ao corretor, conforme acima exposto, **é justo que a obrigação de pagar a comissão de corretagem seja de quem efetivamente contrata o corretor, isto é, do comitente, que busca o auxílio daquele, visando à aproximação com outrem cuja pretensão, naquele momento, está em conformidade com seus interesses, seja como comprador ou como vendedor.** [...]

Ressalte-se ainda que, quando o comprador vai ao mercado, pode ocorrer que seu interesse se dê por bem que está sendo vendido já com a intervenção de corretor. Aí, inexistindo convenção das partes, não lhe compete nenhuma obrigação quanto à comissão de corretagem, pois o corretor já foi anteriormente contratado pelo vendedor.

Diferente é a hipótese em que o comprador, visando à aquisição de bem, contrate o corretor para que, com base em seu conhecimento de mercado, busque bem que lhe interesse. Nessa situação, a tratativa inicial com o corretor foi do próprio comprador. É justamente essa a hipótese dos autos, pois, inexistindo ajuste e tendo sido o comprador, ora recorrente, via contrato verbal mantido com o corretor, que determinou a busca de bem imóvel de seu interesse, cabe-lhe arcar com os ônus de referida comissão. [...]"

É de se concluir, então, que a remuneração do corretor é devida, via de regra - ou seja, se inexistir pacto em sentido diverso -, **por quem o procura visando à obtenção de determinado negócio.**

Na espécie, ressumbra evidenciado nos autos que não foi o apelante quem buscou os serviços da apelada para a venda de seu imóvel. Pelo contrário, era esta última quem tinha clientes interessados na compra de imóvel localizado em região na qual aquele possuía apartamento, tanto é que a própria recorrida afirma que o seu contato com o recorrente surgiu do envio de mala direta para os edifícios **em que seus clientes haviam manifestado interesse na aquisição de apartamento** (fl. 02). Ademais, na troca de e-mails entre os litigantes, é possível aferir que a corretora chama de cliente não o vendedor acionado, **mas sim o comprador João Vicente** (fls. 81/82).

Diante de tal cenário, tenho que eventual remuneração devida à apelada não é de responsabilidade do apelante, pois inexistente contrato de corretagem firmado entre as partes, e sequer pleito para que a corretagem fosse empreendida em favor do vendedor, de modo que a rejeição da pretensão de cobrança é medida que se impõe.

Nesse sentido, aliás, extraio da jurisprudência desta Corte estadual:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA DEMANDADA. [...] COMISSÃO DE CORRETAGEM. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. COBRANÇA INDEVIDA. VALORES QUE DEVEM SER ARCADOS PELA CONSTRUTORA, MORMENTE À VISTA DA INDICAÇÃO DA IMOBILIÁRIA NO PRÓPRIO ANÚNCIO PUBLICITÁRIO DO EMPREENDIMENTO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO STJ À LUZ DA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (TEMA 938). Na medida em que o agente imobiliário foi contratado pela construtora e, portanto, agia especificamente em favor dos

seus interesses, é ilegal e abusiva a transferência da responsabilidade pelo pagamento da contraprestação, ainda que celebrada mediante contrato, eis que **o ônus pelo pagamento da comissão de corretagem é de quem contrata os serviços de intermediação.** [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0001865-46.2012.8.24.0082, da Capital - Continente, minha relatoria, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 22-02-2018 – grifei).

CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. [...] MÉRITO. COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM DIRECIONADA AOS VENDEDORES DO IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE O AUTOR TENHA SIDO CONTRATADO PELOS RÉUS PARA ATUAR COMO CORRETOR NA OPERAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO. VERSÕES CONVERGENTES NO SENTIDO DE QUE AS TRATATIVAS COM O CORRETOR PARTIRAM EXCLUSIVAMENTE DA COMPRADORA DO APARTAMENTO E NÃO DOS VENDEDORES (RÉUS). DECLARAÇÕES DO AUTOR DE QUE AS ADQUIRENTES ERAM “SUAS CLIENTES”. E-MAILS E DOCUMENTOS QUE CORROBORAM TAIS AFIRMAÇÕES. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUALQUER RELAÇÃO DO AUTOR COM OS RÉUS. NEGOCIAÇÃO DOS AUTOS QUE RESULTOU DE UMA VENDA PRETÉRITA REALIZADA PELO AUTOR NA CONDIÇÃO DE CORRETOR DAS COMPRADORAS. **RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM. OBRIGAÇÃO ATRIBUÍDA ÀQUELE QUE EFETIVAMENTE CONTRATA E SE UTILIZA DO SERVIÇO DO CORRETOR, AINDA QUE SEJA O COMPRADOR DO IMÓVEL.** ENTENDIMENTO DO STJ. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DOS RÉUS NO CASO. PEDIDO IMPROCEDENTE. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **“A obrigação de pagar a comissão de corretagem é daquele que efetivamente contrata o corretor. [...] É o comitente que busca o auxílio do corretor, visando à aproximação com outrem cuja pretensão, naquele momento, esteja em conformidade com seus interesses, seja como comprador ou como vendedor”** (STJ, REsp 1288450/AM, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 27/02/2015). (TJSC, Apelação Cível n. 1010679-76.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Marcus Tullio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 28-11-2017).

À luz do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a sentença objurgada e julgar improcedentes os pedidos exordiais, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

Este é o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5000548-33.2019.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JORGE LUIS COSTA BEBER AGRAVANTE: DIEGO MITTERSTEIN

AGRAVADO: UNIMED DE BLUMENAU COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. TUTELA DE URGÊNCIA INDEFERIDA NA INSTÂNCIA A QUO. CONSUMIDOR QUE É PORTADOR DE ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL - AME. MEDICAÇÃO DE ALTO CUSTO. DEMANDA AFORADA INICIALMENTE CONTRA A UNIÃO FEDERAL E DESACOLHIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. MANEJO, NA SEQUÊNCIA, DE IDÊNTICO PEDIDO CONTRA O PLANO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE OU NECESSIDADE DE AGUARDAR O DESFECHO DA AÇÃO PRIMEIRA PARA DAR SEGUIMENTO AO PLEITO COMINATÓRIO EM CURSO NA JUSTIÇA ESTADUAL. PREEXISTÊNCIA DO RECURSO DE APELAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL, AINDA NÃO APRECIADO, QUE NÃO INVIABILIZA O JULGAMENTO DO PRESENTE AGRAVO DE INSTRUMENTO.

O sistema de saúde vigente entre nós compreende, além dos serviços prestados por entes públicos de forma gratuita, a assistência particular ofertada por planos privados, regulamentados pela Lei 9.956/98.

O só fato de alguém contratar plano privado de assistência médico hospitalar não o exclui das garantias asseguradas pelas regras constitucionais atinentes ao direito à saúde, eis vedada qualquer espécie de distinção aos que se utilizam do Sistema Único de Saúde, facultado a toda sociedade indistintamente.

Se assim o é, a circunstância de o autor/agravante ter pleiteado a medicação que necessita para União e, vendo desacolhida sua pretensão na primeira instância, ter manejado idêntica pretensão contra a cooperativa médica que administra o plano privado que contratou, não enseja qualquer irregularidade, justo que uma ação não é prejudicial da outra, tampouco há qualquer espécie de hierarquia a ser observada, de molde a impor o aguardo da solução buscada junto ao ente público para, somente então, acionar o plano privado.

Ademais, a eventual concessão do fármaco pela União não afastaria a obrigação do plano de saúde contratado pelo agravante ressarcir o Sistema Único de Saúde, na exata dicção do art. 32 da Lei n. 9.656/98, sob pena de manifesta vantagem da instituição privada em detrimento das verbas públicas, afrontando o art. 884 do Código Civil, que veda o enriquecimento sem justa causa.

Concedida no presente caderno recursal tutela de urgência a fim de assegurar o fornecimento da medicação pleiteada, e havendo obrigação do plano de saúde não só com o seu usuário, mas também com o dever de ressarcimento, caso suas atribuições fossem atendidas pelo Sistema Único de Saúde, seria de todo inócuo e prejudicial ao agravante, na atual quadra, a paralisação do tratamento já iniciado. O custeio, pela agravada, verdadeiramente, ocorreria de qualquer maneira.

NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MEDICAMENTO “SPINRAZA” DEMONSTRADA POR MEIO DE RELATÓRIO DETALHADO EXARADO PELO MÉDICO ASSISTENTE. OBRIGAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE EM FORNECER O FÁRMACO NOS EXATOS TERMOS DAS DISPOSIÇÕES INSCRITAS NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARBITRAMENTO DE CAUÇÃO QUE SE MOSTRA INVIÁVEL DIANTE DA CONDIÇÃO ECONÔMICA DA PARTE AUTORA.

RECURSO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. O deferimento da tutela de urgência não prescinde da demonstração cumulada dos dois requisitos constantes do caput do art. 300 do CPC/15, a saber, probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. É dizer, se a argumentação contida no exórdio e os elementos de prova apresentados se revelem aptos a convencer o julgador acerca da sua plausibilidade, demonstrando, também, a necessidade de proteção imediata do direito almejado, impõe-se o acolhimento da medida de proteção jurisdicional.

2. Ainda que o tratamento perseguido pelo agravante seja alvo de alguma controvérsia, a Corte da Cidadania possui entendimento assente de que “os planos de saúde podem, por expressa disposição contratual, restringir as enfermidades a serem cobertas, mas não podem limitar os tratamentos a serem realizados, inclusive os medicamentos experimentais” (AgInt no AREsp 1.014.782/AC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/8/2017, DJe 28/8/2017). (AgInt no AREsp 1429796/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2019, DJe 10/09/2019, grifos meus).

3. Se não bastasse, “O plano de saúde não pode limitar o tipo de terapêutica prescrita pelo médico assistente para o tratamento de doença a qual está contratualmente obrigada a custear.” (AgInt no AREsp 1302837/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 14/11/2018).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento. Prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5000548-33.2019.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JORGE LUIS COSTA BEBER AGRAVANTE: DIEGO MITTERSTEIN

AGRAVADO: UNIMED DE BLUMENAU COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Diego Mitterstein contra a interlocutória que, nos autos da ação cominatória movida em desfavor da Unimed de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico, indeferiu o pedido de tutela de urgência visando o imediato fornecimento do medicamento Spinraza.

Sustenta o agravante, em compendiado, que é portador de Atrofia Muscular Espinhal - AME Tipo II, de modo que necessita do referido fármaco como condição para a sua sobrevivência, justo que a evolução da patologia que o acomete trará o óbito como consequência possível, o que está eficientemente demonstrado pela prova documental que acostou ao caderno processual.

Discorreu, na sequência, sobre os pressupostos timbrados no art. 300 do Código de Processo Civil, que reputa inteiramente preenchidos, pugnando, ao cabo, pela reforma da decisão açoitada, a fim de compelir o plano de saúde a custear o tratamento com a droga alhures mencionada, além dos demais materiais necessários à sua escorreita aplicação.

Foi deferida a liminar através da decisão anexada ao evento 2.

A parte agravada apresentou contrarrazões (evento 11) e agravo interno (evento 10).

Sobreveio aos autos notícia da existência de idêntica pretensão veiculada pelo agravante em face da União Federal, havendo, naquela esfera jurisdicional, julgamento de improcedência no juízo primário, culminando com o oferecimento de apelo ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Na sequência, por força de Protocolo Clínico expedido pelo Ministério da Saúde, visando acesso através do Sistema Único de Saúde do medicamento pretendido pelo recorrente (evento 28), foi ordenado pelo e. Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, nos autos da Ap. Cív. nº 5018887-18.2017.4.04.7205, que o apelante (aqui agravante), no prazo de trinta dias, comprovasse a realização do seu cadastramento para percepção do Spinraza pela rede pública e a respectiva negativa.

Diante de tal cenário, estando o presente agravo pautado para julgamento, pugnou a agravada pelo respectivo sobrestamento (evento 59), vislumbrando a possibilidade de reflexos diretos da decisão a ser tomada naquele apelo, prejudicando, em corolário, a tutela recursal aqui em curso.

O aludido pleito foi indeferido (evento 60) mantida a data aprazada para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O agravo ultrapassa a barreira da admissibilidade – é próprio, tempestivo e está devidamente preparado – de sorte que dele conheço.

Na essência, a insurgência investe contra monocrática que indeferiu o pedido de tutela de urgência, reconhecendo a ausência dos pressupostos legais imprescindível à sua concessão.

Para melhor compreensão da controvérsia plantada nos autos, pontuo que o agravante é portador de Atrofia Muscular Espinhal - AME Tipo II, doença degenerativa, necessitando do medicamento Spinraza para o seu tratamento, droga de alto custo, cuja cobertura, na esfera administrativa, foi negada pelo plano de saúde agravado.

Antes de avançar no exame do acerto ou desacerto do édito recorrido, vejo-me na contingência de examinar questão antecedente, pois da sua solução depende o seguimento ou não da pretensão recursal veiculada.

Com efeito, o agravante, antes de intentar a ação cominatória que tramita na origem, tendo como demandada a Unimed de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico, aforou idêntica pretensão contra a União Federal, estando tal demanda em grau de recurso perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, eis desacolhida pelo juízo singular.

Portanto, diante dos requerimentos formulados pela agravada, a primeira questão a ser deslindada diz com a existência de alguma prejudicialidade na ação manejada contra a recorrida, por força daquela intentada contra o ente público, ou, ainda, vencida a eventual questão prejudicial, se há necessidade de sobrestamento do recurso aqui em trâmite até que o apelo junto ao Tribunal Regional da 4ª Região seja apreciado.

Não vislumbro nem uma e nem outra.

Como sabido, o direito à saúde está inserido dentre os chamados direitos fundamentais, tal como averbado no art. 196 da Constituição Federal, dispondo que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Também o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu art. 2º, que a saúde é direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Como direito fundamental, a saúde também se reveste da condição de direito social, justamente porque deve ser atendido de forma isonômica, desimportando seja o necessitado de alguma assistência integrante da classe alta, média ou baixa. Não é por outra razão que esse direito fundamental e social à saúde também está classificado como direito difuso, já que alcança de maneira indeterminada toda coletividade.

A Carta Política de 1988, não se pode olvidar, impôs ao Estado o ônus de atuar como verdadeiro garante do direito à saúde, de maneira que, deixando de cumprir com sua incumbência, possui a parte interessada direito de ação para tornar efetiva a proteção que lhe é constitucionalmente outorgada.

Exatamente em razão desse direito subjetivo que a todos alcança, busca o Estado satisfazer suas atribuições através daquilo que se intitulou denominar de seguridade social, que congrega um conjunto de ações de iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade para garantir que esse direito à saúde seja adequadamente prestado (art. 194 da CF), possibilitando que todas as vicissitudes enfrentadas pela população brasileira, na sua universalidade, resultem eficazmente atendidas, notadamente porque tal sistema é financeiramente suportado por toda a sociedade.

Sucedo que o Estado, quando mais assume deveres de segurança e de garantias aos direitos fundamentais, como o da saúde, menos condições econômicas ostenta para cumprir a sua missão. Exatamente por isso, sem isentar-se das suas responsabilidades, permitiu, sob sua fiscalização, que instituições privadas, ao seu lado, empreendessem, mediante a captação de valores exigidos dos usuários interessados, serviços de assistência à saúde.

É o que se colhe da regra inscrita no art. 197 da Constituição Federal:

“Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

É lícito afirmar, portanto, que o sistema de saúde vigente entre nós compreende, além dos serviços prestados por entes públicos de forma gratuita, a assistência particular ofertada por planos privados, regulamentados pela Lei 9.956/98.

No âmbito público, entendeu por bem o legislador constituinte instituir um sistema que adotasse idênticas condutas e objetivos, alcançado de forma descentralizada o atendimento integral à saúde, surgindo, então, o Sistema Único de Saúde, nos exatos termos do art. 198 da Carta da República, custeado pela sociedade através das contribuições previstas no art. 195 da mesma Lei Maior.

De outra parte, na seara privada, forte no permissivo inscrito no art. 199 da Constituição Federal, a assistência à saúde vem sendo prestada por cooperativas de serviços médicos, seguradoras e empresas de medicina em grupo, que atuam no mercado consumidor mediante o oferecimento de planos com captação financeira proveniente de cálculos atuariais próprios, arremetendo receitas em extensão suficiente para atender os serviços contratados.

Diante das considerações até aqui expendidas, resulta lícito afirmar que o só fato de alguém contratar plano privado de assistência médico hospitalar, como aquele ajustado pelo agravante com a Unimed Blumenau, não o exclui das garantias asseguradas pelas regras constitucionais alhures mencionadas, eis vedada qualquer espécie de distinção aos que se utilizam do Sistema Único de Saúde, facultado a toda sociedade indistintamente.

Se assim o é, o fato de o autor ter pleiteado a medicação que necessita para União e, vendo desacolhida sua pretensão na primeira instância, ter manejado idêntica pretensão contra a cooperativa médica que administra o plano privado que contratou, é situação que não enseja, a meu aviso, qualquer irregularidade, justo que uma ação não é prejudicial da outra, tampouco há qualquer espécie de hierarquia a ser observada, de molde a impor o aguardo da solução buscada junto ao ente público para, somente então, acionar o plano privado.

A doença não espera, devendo o paciente acometido de patologia grave, com risco para sua própria sobrevivência, valer-se dos meios legalmente legítimos colocados à sua disposição para alcançar o fármaco que necessita.

É certo que, tivesse a ação em curso na esfera federal sido acolhida, faltaria interesse do agravante para pleitear o mesmo direito contra o plano privado que contratou. Mas não é isso, todavia, o que se infere dos autos.

Ademais, não parece razoável impor ao usuário do plano privado de saúde, que desembolsou as mensalidades que lhe foram exigidas, mantenha-se, enfermo e com beneditina paciência, no aguardo da burocracia estatal para ver sua pretensão ser atendida pelo Sistema Único de Saúde.

Não vejo, pois, razão alguma que inviabilize o julgamento do presente agravo, estando desvestido de motivação plausível o pedido de sobrestamento formulado pela agravada, até que decidida a Ap. Cív. nº 5018887-18.2017.4.04.7205 em trâmite perante o Tribunal Regional da 4ª Região.

Há, ainda, uma derradeira e fundamental razão para o desacolhimento de qualquer iniciativa da recorrida visando valer-se do pedido intentado contra a União Federal para, reflexamente, desonerar-se daquilo que foi pleiteado pelo agravante no bojo da ação cominatória.

É que, ainda que viesse a ser acolhido o pedido deflagrado na esfera federal, com fornecimento do remédio Spinraza pelo Sistema Único de Saúde, não resultaria a agravada isenta de ressarcir à Administração Pública, tal como previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, “in verbis”:

“Art. 32 - Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.”

A aludida norma deita raízes numa das fontes das obrigações, mais especificamente aquela que desautoriza que uma pessoa, seja ela física ou jurídica, enriqueça, sem justa causa, em prejuízo de outra.

Dispõe o art. 884 do Código Civil:

“Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.”

Pois bem, o Sistema Único de Saúde, a despeito das suas fontes de custeio, é inegavelmente deficitário para atender com maior eficiência o contingente de pessoas que dele necessitam, gerando, em consequência, falta de médicos, sobretudo médicos mais qualificados, carência de leitos, escassez de medicamentos, esperas intermináveis para marcação de consultas e realização de procedimentos, num verdadeiro sucateamento que atinge mais fortemente os menos afortunados da população brasileira.

O aludido panorama, por certo, resulta ainda mais combalido quando aqueles que poderiam se valer do sistema privado de assistência médica, para o qual já desembolsaram a respectiva contraprestação, se utilizam do SUS para satisfazer suas necessidades no campo da saúde.

Não parece haver muita dificuldade para compreender que o sistema que já está fadigado resulta ainda mais exaurido quando utilizado por quem poderia se valer de outros meios assistenciais à saúde. Em sentido inverso, os planos de saúde, recebendo para prestarem um serviço, experimentam inegável ganho patrimonial quando suas incumbências são executadas pelo SUS.

É dizer, em situações desse jaez, a instituição privada tem minimizado o seu decréscimo patrimonial em razão da utilização dos serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde. Exatamente aí reside o locupletamento que esteia a mens legis do art. 32 da Lei 9.656/98.

Não é outra a lição de PAULO CÉSAR MELO DA CUNHA:

“A filosofia é simples. Uma vez contratado um plano privado de saúde junto a uma operadora, esta se obriga a prestar os serviços de atendimento médico com as coberturas a ele inerentes, por meio próprio ou por seus prestadores de serviço. Porém, o beneficiário do plano, enquanto cidadão, tem direito a ser atendido em uma das unidades do Sistema Único de Saúde. Com isso, se o SUS presta um atendimento pelo qual a operadora cobrou, esta tem a obrigação de ressarcir ao Poder Público a despesa suportada pelos cofres públicos. Do contrário, a operadora que administra o plano privado se apropriará de um lucro à custa dos tributos pagos por toda a sociedade para manutenção dos serviços públicos de saúde pública”. (O Parcelamento do crédito fiscal como instrumento de regulação. Revista Diálogo Jurídico, n. 14, Salvador, 2002).

A questão aqui enfrentada foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 597.064, ornado de repercussão geral, Rel. Min. Gilmar Mendes, estando o aresto encimado pela seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO.

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL.

1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional.

2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória ex lege (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar.

3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior.

4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias.” (Grifei).

Colhe-se do corpo do acórdão:

“...é vedado o locupletamento ilícito do empreendedor privado que auferir receita para prestar o serviço assistencial e acaba onerando o Estado por algo pelo qual recebeu a correspondente contraprestação, ainda que precipuamente seja sua obrigação.

Ora se, em determinado atendimento na rede pública de paciente acobertado por plano de saúde, houve o custo relativo à internação de R\$ 1.000,00 (mil reais) aos cofres públicos – apesar de aquele estar obrigado contratual e legalmente (Lei 9.656/98) a ter desembolsado o pagamento da prestação do serviço na rede privada – equivale indiretamente a evitar a saída do numerário do caixa privado em detrimento do caixa estatal, que desembolsou aquela quantia.

Seja o serviço prestado pelo Estado (incluindo empresas contratadas ou conveniadas) ou pela rede privada de saúde, a partir do momento em que o Estado autoriza que empresas privadas possam desempenhar a prestação de relevância pública de assegurar assistência médica ou hospitalar e ambulatorial, mediante contraprestação pecuniária preestabelecida, deve haver o repasse dos bônus e dos ônus.

Não se pode permitir que a iniciativa privada logre receita (*“cada plano [tem] sua própria economia, mas todos planejados de forma a assegurar receitas contratuais capazes de suportar os serviços contratados”*) e repasse o ônus a toda a sociedade, burlando o impeditivo constitucional de destinação de recursos públicos subvencionais às instituições privadas com fins lucrativos.

Caso se admita a impossibilidade desse ressarcimento, indiretamente estar-se-á financiando com recursos públicos as empresas privadas, as quais certamente calculam suas receitas como forma de compensar financeiramente os custos dos serviços contratados, criando situação de lucro certo [cálculo do valor da mensalidade (receita das operadoras) = consideração dos custos advindos dos serviços contratados + despesas administrativo-operacionais + lucro].”

E, mais adiante:

“É claro que o mandamento constitucional de saúde pública deveria ser prestado a contento pelo Estado, contudo diante de sua impossibilidade fática notoriamente reconhecida e o permissivo constitucional de exploração assistencial à saúde pelo mercado, não se pode fechar os olhos para esta realidade e antever que, a contrario sensu, o cidadão-usuário estaria pagando mensalidade ao plano de saúde para ter direito a serviços a que já tem direito sem qualquer contraprestação direta (custeio indireto pelo pagamento dos impostos).

Nesse cenário, perderia o cidadão (que pagaria à operadora para ter acesso a serviço a qual já tem direito sem necessidade de pagamento direto) e o Estado (que teria que custear tratamento de cidadão acobertado por plano de saúde, cuja operadora auferir receita para prestar o serviço de relevância pública de forma substitutiva), ao passo que ganharia apenas a operadora, que, apesar de considerar os custos na formação de sua precificação, não desembolsaria nada pelo atendimento que era obrigada contratualmente a custear.

Nesse jogo interpretativo de perde-ganha, entendo que a primazia do interesse público em não permitir o financiamento estatal indireto das empresas privadas que prestam assistência à saúde de forma substitutiva, em cenário de mercado regulamentado, fiscalizado e controlado pelo próprio Estado, assume sobrelevo e deve ser sopesada por esta Corte (§ 2º do art. 199 da CF).”

Destarte, parece inegável que a norma inscrita no art. 32 da Lei 9.656/98 tem sua finalidade assentada na inviabilidade da destinação de recursos públicos para fomentar o lucro de instituições privadas, impedindo, em consequência, o enriquecimento das operadoras, que acabariam se locupletando com os valores que teriam que desembolsar e que acabam não desembolsando, justo que aquilo que era alvo da cobertura contratada acabou sendo fornecido com a utilização dos serviços públicos de saúde.

É certo, devo registrar, que a operadora privada de assistência à saúde deve restituir somente aquilo que estava contratualmente obrigada a atender, de tal modo que tudo o mais que for prestado pelo SUS, e que não era incumbência da plano de saúde, não será alvo de ressarcimento.

Na hipótese focalizada, como adiante se verá, o medicamento almejado pelo agravante possui, sim, cobertura em razão das diretrizes da ANS, daí por que, independentemente da existência da ação manejada pelo agravante contra a União Federal, ressumbra viável desde logo o exame da pretensão liminar requerida na demanda cominatória que tramita na origem.

Não haveria sentido algum interromper o tratamento que já se iniciou por conta da tutela recursal concedida, remetendo o agravante para ser atendido pelo serviço público de saúde, obrigando-se a cooperativa demandada, ao cabo, a restituir aquilo que teria que desembolsar para atendimento do usuário com quem contratou.

Superado esse tópico inicial, ocupo-me da análise da decisão agravada, antecipando que estou provendo o recurso.

Com efeito, na atual sistemática processual a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou em evidência. A primeira, abarca as medidas de urgência cautelares (conservativas) e antecipatórias (satisfativas), “voltadas para combater o perigo de dano, que possa advir do tempo necessário para cumprimento de todas as etapas do devido processo legal”, ao passo que a segunda (tutela de evidência) “tem por objetivo não propriamente afastar o risco de um dano econômico ou jurídico, mas, sim, combater a injustiça suportada pela parte que, mesmo tendo a evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva usufruição, diante da resistência abusiva do adversário” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Curso de Direito Processual Civil. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2015. p. 597).

O regime geral das tutelas de urgência está preconizado no artigo 300 do novo Código de Processo Civil (NCPC), que unificou os pressupostos fundamentais para a sua concessão:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1.º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2.º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3.º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

É dizer, o deferimento da tutela de urgência não prescinde da demonstração cumulada dos dois pressupostos constantes do caput da norma suso transcrita, a saber, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, além de ser necessária, também, a reversibilidade da medida.

Há probabilidade do direito quando, através da fundamentação exposta e do acervo probatório apresentado, o julgador resultar convencido da sua plausibilidade. O perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, por sua vez, está amalgamado com a necessidade de proteção imediata da pretensão almejada.

Colhe-se da lição de LUIZ MARINONI, SÉRGIO ARENHAT E DANIEL MITIDIERO:

“Probabilidade do Direito. (...) A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica - que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória. Perigo na demora. A fim de caracterizar a urgência capaz de justificar a concessão de tutela provisória, o legislador falou em “perigo de dano” (provavelmente querendo se referir à tutela antecipada) e “risco ao resultado útil do processo” (provavelmente querendo se referir à tutela cautelar). (...) A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões perigo de dano e risco ao resultado útil do processo como alusões ao perigo da demora. Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do direito.” (Novo CPC Comentado, Luiz Marinoni, Sérgio Arenhat e Daniel Mitidiero, São Paulo. Editora: RT, 2015 p. 312/313).

No presente caso, não vislumbro qualquer argumentação fática ou questões de direito relevantes que pudessem de alguma forma alterar o que assentei no evento 2, concedendo a tutela recursal, razão pela qual, a fim de evitar tautologia desnecessária, utilizo o seguinte excerto daquele decisório como razões de decidir:

“Com efeito, pretende o autor alcançar a medicação Spinraza, às expensas da ré, Unimed Blumenau Cooperativa de Médica, destinada ao tratamento da grave doença degenerativa de que é portador - Atrofia Medular Espinhal, do tipo II (AME - II) - consoante indicação clínica dos médicos que lhe acompanham.

Para tanto, colacionou aos autos exames e atestados comprobatórios do diagnóstico, com a indicação de realização urgente e imediata do tratamento (documentos 6 a 9 da petição inicial), bem como destacou a aprovação do fármaco pela Anvisa e a sua inserção no rol da ANS.

E, de fato, consoante parecer emitido pela Anvisa, “nos termos do art. 12, inciso II, alínea ‘d’ da Lei n. 9.656/98, que vincula o contrato em questão, o medicamento Nusinersena é de cobertura obrigatória pelos planos de saúde quando prescrito pelo médico assistente para administração em internação hospitalar “(evento 1 - parecer10), tudo a revelar, nesta fase incipiente, a probabilidade do direito pleiteado pelo autor.

Das negativas manifestadas pela Unimed aos pedidos administrativos de concessão do fármaco, colhem-se as justificativas de que “(a) o fármaco pretendido é endereçado para faixa etária e perfil diversos do paciente, de modo que não possui eficácia comprovada ao seu caso; (b) o tratamento custa mais do que R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por semestre, para cada paciente; (c) a indicação do tratamento deve ser restrita a pacientes que possuam as mesmas características daqueles incluídos nos dois estudos disponíveis (critérios de inclusão e exclusão), já que somente para esses pacientes há evidência de eficácia e segurança; (d) seu diagnóstico e condição clínica não se enquadram na descrição da bula do medicamento, por isso é considerado experimental, sem eficácia e segurança comprovada; (e) a exclusão de cobertura de tratamento experimental consta na cláusula quinta do contrato”.

Da decisão agravada, outrossim, infere-se que o indeferimento da tutela urgente funda-se no caráter experimental da droga, se considerado o tipo de Atrofia Medular Espinhal apresentado pelo autor.

Ocorre que, se o medicamento possui registro na ANVISA e é de cobertura obrigatória pelos planos de saúde, nos termos da Lei n. 9.656/98, se há risco de morte e se a escolha terapêutica compete ao médico que acompanha o beneficiário, não cabe à operadora do plano questionar e interferir no tratamento, alegando ser experimental para negar cobertura, muito menos indeferi-lo sob a justificativa de que o fármaco possui indicação para patologia diversa ou, ainda, para qualificação diversa da mesma patologia, como no caso em apreço.

Rememoro, nesse particular, que o Superior Tribunal de Justiça tem enfatizado que “é abusiva a recusa da operadora do plano de saúde de arcar com a cobertura do medicamento prescrito pelo médico para o tratamento do beneficiário, sendo ele of label, de uso domiciliar, ou ainda, não previsto em rol da ANS, e, portanto, experimental, mesmo se tratando de instituições sem fins lucrativos e que operam por autogestão” (AgInt no REsp 1712056/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 18/12/2018).

A mesma Corte de Cidadania foi além, assentando que “quem decide se a situação concreta de enfermidade do paciente está adequada ao tratamento conforme as indicações da bula/manual da ANVISA daquele específico remédio é o profissional médico. Autorizar que a operadora negue a cobertura de tratamento sob a justificativa de que a doença do paciente não está contida nas indicações da bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo do paciente enfermo”. Isso porque “a ingerência da operadora, além de não ter fundamento na Lei 9.656/98, consiste em ação iníqua e abusiva na relação contratual, e coloca concretamente o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV, do CDC)” (REsp 1769557/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018).

Este Sodalício não diverge desta orientação:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DO FÁRMACO “SPINRAZA” PARA O COMBATE DA ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL (AME). DECISÃO QUE DENEGOU O PLEITO ANTECIPATÓRIO. RECURSO DO AUTOR, MENOR REPRESENTADO PELO GENITOR. ART. 300, CAPUT, DO CPC/2015. PROBABILIDADE DO DIREITO EVIDENCIADA NO FATO DE QUE O REMÉDIO, DE USO LIBERADO PELA ANVISA, ATENDE ÀS SOLICITAÇÕES DO QUADRO CLÍNICO DO PACIENTE. PRESCRIÇÃO DO MÉDICO ASSISTENTE QUE SUPERA A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DO FÁRMACO NO ROL DA ANS, TANTO MAIS PORQUE A LISTA É MERAMENTE EXEMPLIFICATIVA. PRECEDENTE. DIREITO À SAÚDE E À VIDA QUE DEVEM SEMPRE SER PRESERVADOS. PRECEDENTES. FUNDADO RISCO DE DANO BEM EVIDENCIADO. LIMINAR CONFIRMADA. DECISUM REFORMADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO”. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4032108-44.2018.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 26-02-2019).

A probabilidade do direito pleiteado resta, pois, evidenciada.

O perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, na mesma toada, é manifesto, eis que o medicamento postulado destina-se ao tratamento de doença reconhecidamente grave, progressiva e incurável, estando devidamente pontuado nos relatórios médicos de indicação da terapêutica a necessidade de início urgente e imediato, sob pena de agravamento do quadro respiratório apresentado pelo paciente, a acarretar a necessidade de suporte ventilatório e, inclusive, risco de morte (evento 1, laudos 6 e 8).

Frise-se que o medicamento em questão é a única forma de tratamento para a patologia que acomete o autor e que, até o final do ano de 2016, não existia medicação alguma para controle da doença.” (Evento 2).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão datada de 18/03/2019, examinando pedido de tutela de urgência requerida no âmbito do RESP 1.791.818/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, seguindo o mesmo iter intelectual que esteia a liminar concedida nos presentes autos, deixou consignado:

“[...] para deferimento liminar de tutela de urgência, é necessário a conjugação de dois elementos consubstanciados na aparência do direito (*fumus boni iuris*) e no perigo de demora na prestação jurisdicional (*periculum in mora*).

No que tange à alegada existência da probabilidade do direito do peticionário, partindo de uma análise perfunctória do direito alegado, própria das decisões liminares, verifica-se, na hipótese dos autos, que a pretensão recursal mostra-se razoavelmente controvertida e, à luz da jurisprudência efetivamente existente até o momento, suficientemente plausível, a fim de revelar presente a fumaça do bom direito.

In casu, não se pode olvidar que, sem decisão definitivamente transitada em julgado, o fornecimento do medicamento de que o peticionário necessita para manter o tratamento imprescindível para a manutenção de sua vida não pode ser interrompido de forma incontinente, sobretudo quando alega que já houve superveniente registro do medicamento pela ANVISA (e-STJ, fls. 671-672), como ressalvado no próprio julgamento da demanda repetitiva que serviu de lastro para o julgamento do recurso especial.

De outro ponto, o perigo de dano é evidente, na medida em que coloca em risco a vida do peticionário, que necessita do medicamento para dar continuidade ao tratamento de saúde. Nem se diga, de outro lado, que há perigo de irreversibilidade da decisão, visto que, dentro de uma perspectiva ponderação de valores juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico, há de prevalecer aquele que está em vias de sofrer um dano maior e irreversível, que no caso é a própria vida do peticionário.

Assim, numa análise perfunctória da matéria, e sem prejuízo de posterior reanálise, a ser feita quando da apreciação dos recursos próprios, concedo a medida de urgência, para determinar que a Bradesco Saúde S.A. continue a fornecer o medicamento Spinraza (Nusinersen) e assim garanta a continuidade do tratamento prescrito ao peticionário, até que a demanda transite definitivamente em julgado.”

Acresço, ainda, que o argumento apresentado pela agravada no sentido de que o tratamento é experimental não possui o condão de impossibilitar a concessão da medida, pois, repiso, a Corte de Uniformização possui entendimento assente de que “os planos de saúde podem, por expressa disposição contratual, restringir as enfermidades a serem cobertas, mas não podem limitar os tratamentos a serem realizados, inclusive os medicamentos experimentais” (AgInt no AREsp 1.014.782/AC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/8/2017, DJe 28/8/2017)”. (AgInt no AREsp 1429796/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2019, DJe 10/09/2019, grifos meus).

Ademais, como timbrado no evento 2, o profissional médico que acompanha a evolução clínica do agravante foi incisivo ao atestar que o paciente apresenta os critérios para o uso da medicação, cujo tratamento deverá ser realizado em ambiente hospitalar, circunstância que conspira para o afastamento dos argumentos da agravada no sentido de que o uso da aludida droga envolve tratamento domiciliar, cuja obrigatoriedade foi descartada pela Agência Nacional de Saúde - ANS.

Nesse sentido, cito recente precedente da Corte Paulista que em tudo se amolda ao que debatido nos presentes autos:

“Plano de saúde. Obrigação de fazer. Insurgência da autora em face da decisão que indeferiu a tutela de urgência. Reforma. Autora portadora de Atrofia Muscular Espinhal (AME). Pretensão ao fornecimento do medicamento Spinraza Nusinersen. Acolhimento. Probabilidade no direito existente. Expressa indicação médica. Negativa de cobertura abusiva (art. 51, IV do CDC e Súmula 102 do TJSP). Remédio registrado na ANVISA, de uso intratecal e com necessidade de um profissional experiente para aplicá-lo. Caso que não se trata de medicamento de uso domiciliar. Perigo de dano configurado. Agravada que deverá fornecer o medicamento ou custear sua aquisição, na quantidade indicada na prescrição médica, sob pena de multa diária. Agravo provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2270866-88.2018.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/02/2019; Data de Registro: 12/02/2019).

Reforço, porque de todo pertinente, que a bula do Spinraza não reconhece a ineficácia do medicamento para pacientes com idade superior a 18 anos, razão pela qual absolutamente viável sua concessão em favor do agravante, máxima diante da indicação pelo facultativo que acompanha o tratamento do agravante, enfático ao afirmar que a droga deve ser ministrada em caráter de urgência, sob pena de levá-lo à possível utilização de suporte ventilatório ou, até mesmo, a óbito (evento 1 - laudo3).

A propósito: “O plano de saúde não pode limitar o tipo de terapêutica prescrita pelo médico assistente para o tratamento de doença a qual está contratualmente obrigada a custear.” (AgInt no AREsp 1302837/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 14/11/2018).

A concessão do medicamento pretendido pelo agravante já foi admitida em diversas oportunidades, através de ações manejadas contra planos de saúde / seguradoras, como se infere nos seguintes julgados:

“AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PROPOSTA CONTRA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. PRETENSÃO DE COBERTURA DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE GRAVE DOENÇA (AMIOTROFIA MUSCULAR ESPINHAL – AME). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE PELO MM. JUIZO “A QUO”. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA RÉ. RAZÕES RECURSAIS INSUBSISTENTES. NEGATIVA DE COBERTURA ABUSIVA. PATOLOGIA DE COBERTURA NÃO EXCLUÍDA PELO CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES. TRATAMENTO INDICADO POR MÉDICO CREDENCIADO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DAS SÚMULAS N° 95 E 102 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DO PATRONO DA APELADA MAJORADOS, COM FULCRO NO ARTIGO 85, §11, DO NCPC.” (TJSP; Apelação Cível 1030606-50.2017.8.26.0114; Relator (a): Paulo Alcides; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/10/2019; Data de Registro: 01/11/2019).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. TUTELA DE URGÊNCIA. MEDICAMENTO SPINRAZA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. MANUTENÇÃO DA MEDIDA. I. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência formulado pelo ora agravado, menor de idade, no sentido de compelir a operadora do plano de saúde ao fornecimento do medicamento Spinraza, com aplicação por via intratecal, em ambiente hospitalar. II. De acordo com a redação do art. 300, caput, do CPC, para a concessão da tutela de urgência mostra-se necessária a presença dos seguintes pressupostos: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. III. No caso concreto, deve ser mantida a tutela de urgência deferida na origem, pois encontram-se presentes os requisitos legais autorizadores. Acontece que, o autor, o ora agravado é portador de Atrofia Muscular Espinhal, tipo III, correspondente ao CID 10 G.12.1, necessitando a utilização do medicamento em questão. IV. De outro lado, importante referir que o contrato de plano de saúde está submetido às normas do Código de Defesa do Consumidor, na forma da Súmula 608, do STJ, devendo ser interpretado de maneira mais favorável à parte fraca na relação, na forma art. 47 do aludido diploma. V. Outrossim, ao contrário dos argumentos recursais, em especial a nota técnica emitida pelo SUS, a qual destaca que o referido medicamento somente seria indicado para a AME tipo I, cabe ressaltar que compete ao médico assistente definir o melhor tratamento ao paciente. Portanto, se houve indicação do medicamento postulado, descabe, pelo menos neste momento, ao início da lide, eventual negativa de cobertura, o que pode comprometer a saúde do beneficiário do plano. Dessa forma, a questão poderá ser melhor esclarecida durante a instrução da lide. AGRAVO DESPROVIDO.” (Agravo de Instrumento, N° 70081479917, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em: 28-08-2019)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL (AME) – MEDICAMENTO – SPINRAZA® – NEGATIVA INDEVIDA – IMPOSSIBILIDADE DE A OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE RESTRINGIR ALTERNATIVAS DE TRATAMENTO – RESPONSABILIDADE DO MÉDICO ASSISTENTE EM PRESCREVER O

PROCEDIMENTO ADEQUADO – TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS (CPC/2015 – ART. 300) – MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 1. Presentes, in casu, elementos que evidenciem a verossimilhança do direito alegado, com probabilidade da tutela final e definitiva (*fumus boni iuris*), e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), de manter-se a r. decisão que deferiu a tutela de urgência consoante comandos do NCPC, art. 300. 2. É manifestamente defeso às operadoras de saúde imporem limitações a consumidores compelindo-os, moto-proprio, a deixarem de fazer qualquer coisa que a lei não proíba ou, do contrário, a procederem consoante ao que ela não manda; 3. É responsabilidade do profissional médico prescrever o tratamento aplicável, caracterizando ingerência deslocada a negativa do plano de saúde a obviar, dessarte, os princípios da boa-fé, da equidade e da razoabilidade que regem as relações de consumo (CDC art. 51, IV e § 1º, II). 4. Recurso que não merece provimento.” (TJPR - 10ª C.Cível - 0002465-34.2018.8.16.0000 - Apucarana - Rel.: Desembargador Domingos Ribeiro da Fonseca - J. 12.07.2018).

Ao arremate, não vejo como impor ao agravante a prestação de caução, na medida em que beneficiário da justiça gratuita, sendo certo que não possui capacidade econômica para oferecê-la.

É da jurisprudência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E PEDIDO DE TUTELA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE. PLANO DE SAÚDE. BENEFICIÁRIA ACOMETIDA POR CARCINOMA DE MAMA. PRESCRIÇÃO MÉDICA DO FÁRMACO “RIBOCICLIB” (KISQALI - SUCCINATO DE RIBOCICLIBE) A SER UTILIZADO NO TRATAMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE SAÚDE. PLEITO SUBSIDIÁRIO. ARBITRAMENTO DE CAUÇÃO A SER PRESTADA PELA BENEFICIÁRIA DO PLANO. ART. 300 DO CPC. FACULDADE CONFERIDA AO JUIZ. ADEMAIS, PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS DEVIDAMENTE CONSTATADOS. AUSÊNCIA DE IRREVERSIBILIDADE A ALBERGAR O PEDIDO. PREJUÍZOS QUE PODERÃO, ACASO REVOGADA A TUTELA, SER RESOLVIDOS EM PERDAS E DANOS. TOTAL DISPENSABILIDADE DA CONDICIONANTE. RECLAMO DESPROVIDO NO VÉRTICE. “O juiz, ao conceder a tutela cautelar, olha para a situação fática a partir dos argumentos do autor, tendo, nesse sentido, uma perspectiva unilateral do litígio. Eis o motivo pelo qual o juiz, ao conceder a tutela cautelar a partir das afirmações e provas do autor, ou da justificativa prévia, pode exigir caução para garantir o ressarcimento do dano que o réu possa vir eventualmente a sofrer com a efetivação da tutela cautelar. Exigir ou não caução para efetivação da tutela cautelar é uma faculdade do juiz” (STJ, 4ª Turma, REsp 140.386/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. Em 10.17.1997, DJ 16.03.1998, p. 148)” (Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 779). (...) (TJSC, Apelação Cível n. 0003147-31.2011.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 25-04- 2017 - grifou-se). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0000840-06.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. André Carvalho, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 04-06-2019, grifos meus).

À luz de tais fundamentos, é de ser reformada a decisão agravada, confirmando a liminar concedida no evento 2, o que torna prejudicado o agravo interno protocolizado pela cooperativa médica agravada.

Finalizo pontuando que deve a cooperativa agravante continuar a cumprir a presente decisão, sob pena de multa diária fixada no importe de R\$ 20.000,00.

Voto por conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento. Prejudicado o agravo interno.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0007965-24.2013.8.24.0036

Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DOS AUTORES. APELANTES LOCATÁRIOS DE UNIDADE ATINGIDA POR INCÊNDIO. CHAMAS QUE TIVERAM ORIGEM EM IMÓVEL LOCALIZADO LOGO ABAIXO DA UNIDADE POR SI ALUGADA, ONDE FUNCIONA A LOJA DE BRINQUEDOS RÉ. AVENTADA A CULPA DESTA PELO INFORTÚNIO. ALEGAÇÃO DE QUE PERDERAM A TOTALIDADE DOS BENS QUE GUARNECIAM O LAR, BEM COMO DE QUE SOFRERAM FORTE ABALO MORAL EM VIRTUDE DO OCORRIDO. TESE RECHAÇADA. ORIGEM DO INCÊNDIO NA LOJA QUE NÃO DENOTA, AUTOMATICAMENTE, A CULPA PELO ACIDENTE. LAUDO PERICIAL REALIZADO PELO CORPO DE BOMBEIROS INCONCLUSIVO ANTE A DESTRUIÇÃO DO LOCAL. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. ÔNUS PROBATÓRIO QUE CABIA AOS AUTORES. EXEGESE DO ARTIGO 373, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Não há que se cogitar a responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação dos requisitos insculpidos no art. 186 do Código Civil. Ademais, é da dicção do art. 373, I, do Código de Processo Civil que incumbe à parte autora o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0007965-24.8.24.0036, da comarca de Jaraguá do Sul 1ª Vara Cível em que são Apelantes Tiago Henrique Messa Mallmann e outros e Apelado Color Brinquedos Ltda EPP.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso e fixar honorários recursais nos termos do voto. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni e o Exmo. Sr. Des. Saul Steil.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2019.

Desembargador Marcus Túlio Sartorato
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado à fl. 228, por revelar com transparência o que existe nestes autos, *in verbis*:

Tiago Henrique Messa Mallmann, Luis Antonio de Freitas Messa e Margarida Amaral Maier ajuizaram “ação de indenização por danos materiais e morais” em face de **Color Brinquedos Ltda.**, todos qualificados nos autos.

Narraram, em síntese, que, em razão de incêndio ocorrido no dia 30 de julho de 2012 nas dependências da empresa ré, sofreram danos materiais e morais, os quais pretendem ser indenizados na presente ação. Pugnaram pela concessão de liminar de exibição de documentos e, ao final, pela procedência dos pedidos para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 20.433,95 (vinte mil, quatrocentos e trinta e três reais e noventa e cinco centavos) e por danos morais, em montante a ser estipulado pelo juízo, bem como o ressarcimento dos honorários contratuais no montante de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Deferida a almejada exibição incidental de documento (fl. 48), cotada (fl. 50), a ré ofereceu contestação arguindo, em preliminar, ilegitimidade ativa e passiva. No mérito, defendeu, em suma, a inexistência de culpa da ré e impugnou os valores pretendidos a título de indenização por danos materiais e morais. Ao final, denunciou à lide a empresa Savi Administradora de Bens Ltda. e pleiteou a improcedência dos pedidos.

Houve réplica (fls. 94/101).

Saneado o feito (fls. 103/104), na audiência de instrução foi tomado o depoimento pessoal do representante legal da ré e foram ouvidas 2 (duas) testemunhas arroladas pela parte autora e 3 (três) testemunhas arrolada pela ré.

Alegações finais dos autores às fls. 208/214 e da ré às fls. 216/227.

Brevemente relato, passo a decidir.

O MM. Juiz de Direito, Dr. Marlon Negri, decidiu a lide nos seguintes termos (fls. 231/232):

Por tais razões, julgo improcedentes os pedidos formulados por **Tiago Henrique Messa Mallmann, Luis Antonio de Freitas Messa e Margarida Amaral Maier** na presente ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada em face de **Color Brinquedos Ltda.**, extinguindo o feito, com resolução de mérito, na forma do art. 487, I, do CPC.

Condeno a parte autora pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes que ora fixo em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, arquivem-se os autos, dando-se baixa.

Inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação (fls. 238/251). Sustentam, em síntese, que: a) restou fartamente comprovado nos autos que o incêndio teve origem na loja ré – os laudos técnicos foram categóricos ao afirmar isso, além de a própria apelada, em sede de contestação, confirmar tal alegação; além disso, as declarações à imprensa corroboram esse fato; b) a ré não logrou êxito em comprovar que o acidente ocorreu em virtude da ação de roedores na rede elétrica ou de uma descarga elétrica decorrente de um raio, ônus que lhe competia. Diante disso, pugnam pela reforma da sentença, a fim de ver seus pleitos acolhidos nesta instância recursal, mediante a

condenação da ré ao pagamento de indenização a título de danos materiais, em razão da perda de bens consumidos pelas chamadas, na monta de R\$ 20.433,95 (vinte mil, quatrocentos e trinta e três reais e noventa e cinco centavos). Além disso, requerem a condenação a título de danos morais. Por fim, visam à condenação dos honorários contratuais estipulados entre os autores e seu procurador, na quantia de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), além da majoração da verba recursal, no importe de 20% (vinte por cento).

Em contrarrazões (fls. 276/282), a ré pleiteia a manutenção do veredicto.

VOTO

1. 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: *“[a]quele 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: *“[a]quele 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).

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 compõem 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 responda 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 tela, os autores alegam que residiam, na qualidade de inquilinos, no apartamento n. 102 do Edifício Savi, localizado no município de Jaraguá do Sul/SC, de propriedade da empresa Administradora de Bens Savi Ltda. Afirmam que, no térreo do prédio onde moravam, existia uma loja, denominada Color Brinquedos Ltda.

Narram que os fatos que ocasionaram o ingresso com a presente ação ocorreram na madrugada do dia 30.07.2012, quando foram surpreendidos com sons e fumaça vindos de fora: sinais de que estava ocorrendo um incêndio em sua residência. Naquele dia, o Corpo de Bombeiros foi acionado, tendo realizado, após conter as chamas, laudo que confirmou que o incêndio teve início no estabelecimento comercial da loja Color Brinquedos Ltda., que ficava bem abaixo da unidade onde os autores viviam.

Em virtude do infortúnio, afirmam que amargaram diversos prejuízos, tanto de ordem material quanto moral, e que motivaram a presente ação. No ponto, aduzem que houve o estrago da totalidade dos bens que guarneciam o apartamento. Além disso, tiveram reflexos em sua psique, tendo em vista a iminência de morte vivenciada na ocasião, bem como a perda de bens infungíveis que compunham o seu lar.

Ademais, inferem que, apesar de terem buscado a ré com o fito de resolver extrajudicialmente a questão, não lograram êxito em obter indenização. No tocante ao *quantum* pretendido a título de danos materiais, explicam que, como seus bens móveis foram completamente consumidos pelas chamas, o prejuízo alcançou a monta de R\$ 20.433,95 (vinte mil, quatrocentos e trinta e três reais e noventa e cinco centavos – fls. 23/30). Neste particular, pontuam que não possuem a maioria das notas fiscais que comprovariam a propriedade dos bens, vez que também se encontravam no local do acidente.

Em sua defesa, a empresa ré, inicialmente, aventou sua ilegitimidade passiva. Disse que a instalação elétrica é de competência do locador da sala comercial – ou seja, da Savi Administradora de Bens Ltda. –, motivo por que o denunciou à lide. Além disso, suscitou a ilegitimidade ativa dos autores Tiago e Luis Antonio. Isso porque o contrato de locação fora firmado tão somente com a Sra. Margarida, a quem acusam de ter sublocado o imóvel em comento para os Srs. Tiago e Luis Antonio.

No mérito, a ré aduziu a ausência de culpa pela intempérie, vez que sempre manteve em dia as autorizações públicas necessárias ao funcionamento da empresa, o que lhe exige rigor na manutenção de alarmes, câmeras de segurança e seguro contra incêndio e outros danos em dia. Sustenta que o laudo do Corpo de Bombeiros Voluntários é claro ao informar que o incêndio se deu por caso fortuito, em virtude de curto-circuito de origem desconhecida. Ou seja, em sua narrativa, afirma que não houve culpa ou negligência de sua parte no incêndio, mas tão somente sua origem.

Com relação aos supostos danos sofridos, aduz que deve ser considerado improcedente o pedido de indenização por danos materiais, vez que excessivos e destituídos de prova cabal. Ademais, ressalta que, inicialmente, os autores apresentaram lista de bens no valor de R\$ 11.000,00 (onze mil reais) e, surpreendentemente, ao ingressarem com esta ação, apresentaram lista no valor de R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais), praticamente dobrando a quantia supostamente devida (fls. 116/117). Pediu, ainda, o afastamento do dano moral, pois completamente descabido na hipótese narrada.

Incontroversa, na presente, a afirmação de que a unidade locada pelos autores foi atingida pelas chamas originadas na loja ré. O cerne da questão gira em torno, pois, da existência, ou não, de nexos causal entre a conduta perpetrada pela ré e os danos ocorridos em virtude de incêndio.

Ao compulsar atentamente os autos, verifica-se que o laudo feito pelo Corpo de Bombeiros logo após a contenção das chamas concluiu que não foi possível determinar a causa do incêndio. Veja-se:

5. CONCLUSÃO

Conclui-se que no local examinado eclodiu um incêndio de grandes proporções, tendo seu início na porção mediana anterior do primeiro pavimento da edificação, local onde funcionava uma loja de brinquedos. O sinistro veio também a provocar danos nas estruturas de dois apartamentos situados no segundo pavimento do mesmo imóvel, aos fundos. Devido à grande destruição provocada pelas chamas não foi possível determinar sua causa. [...]. (fls. 118/125) (destaquei)

Além disso, as testemunhas ouvidas em juízo no momento da audiência de instrução e julgamento em nada comprovaram a existência de conduta negligente por parte da ré, que seria capaz de ligá-la aos danos ocasionados aos bens que guarneciam o imóvel e de ordem moral. Elas tão somente confirmaram a ocorrência do incêndio, e algumas atestaram que o apartamento onde os autores viviam era mobiliado. Além disso, a testemunha Ana Maria, que também teve prejuízo

material em decorrência do acidente, informou que conseguiu obter ressarcimento através da seguradora, após buscar a imobiliária que intermediou o contrato de locação com a administradora Savi.

Extrai-se trecho da sentença, o qual transcreve os depoimentos obtidos:

Em relação aos depoimentos prestados em juízo, merecem destaque as seguintes considerações.

O representante legal da empresa ré, em seu depoimento pessoal, afirmou que no dia dos fatos estava chovendo; que não tinha nada ligado na loja que pudesse justificar o incêndio; que já tinha visto os autores no prédio; que foi o responsável por fechar a loja antes do incêndio; que sofreu prejuízo com o estoque; que o imóvel era alugado; que a administradora do imóvel Savi é de propriedade dos seus pais; que o condomínio era quitado diretamente na loja a cada 3 ou 4 meses; que foi tentado contado para efetuar o pagamento, por meio da seguradora, para os autores; que o seguro foi recebido em valor fixo; que a instalação elétrica da loja tinha sido feita nova há uns 5 anos; que o incêndio ocorreu na madrugada.

A testemunha Ana Maria da Rocha Chiste, moradora do apartamento localizado ao lado do imóvel alugado pelos autores, disse que os autores Tiago e Luis residiam no imóvel na época do acidente; que no dia do acidente ficou apavorada por causa dos filhos; que no dia dos fatos estava chovendo; que o condomínio do seu imóvel era quitado na empresa ré; que o apartamento dos autores era mobiliado; que a Chalé imobiliária indicou a seguradora para ela; que foi ressarcida dos danos comprovados; que o contrato de locação foi firmado com a imobiliária Chalé; que os danos dos autores foi maior que o suportado por ela.

A testemunha Rafael Brühmüller afirmou que era colega de trabalho do autor Luis; que tomou conhecimento do incêndio por meio do autor; que o apartamento era mobiliado; que nunca viu a autora Margarida no apartamento; que a maior parte do fogo foi na cozinha; que as fotos dos autos são condizentes com a mobília que viu no apartamento; que o apartamento era completo para uma pessoa morar; que soube que o incêndio foi pela madrugada.

A testemunha Loreno Gnewuch afirmou que presta serviços no imóvel; que aproximadamente 2 (dois) ou 3 (três) anos antes do acidente fez a reforma da fiação na loja ré; que não tem como precisar ao certo a razão do incêndio; que a probabilidade do incêndio ter sido ocasionada por um raio é grande; que é eletricitista por vivência prática.

A testemunha Rita Marli Pauli Norissoda, que fazia limpeza da área comum do Edifício Savi, afirmou que já tinha visto os autores no imóvel; que depois do incêndio esteve no prédio; que não viu a situação que ficou o apartamento 102; que no mesmo dia foi realocado apartamento para os autores.

Diante das provas colhidas se nota que não há certeza da origem do incêndio, o que afasta a comprovação de culpa da empresa ré.

Assim, da análise conjunto probatório, não há como constatar, estreme de dúvida, o que de fato motivou o incêndio que se alastrou pelo imóvel dos autores. Um ponto a se ressaltar é que a loja onde as chamas tiveram origem, por ser estabelecimento comercial em funcionamento à época dos fatos, estava compelida a manter suas licenças em dia e, por certo, se algum problema tivesse sido constatado pelos órgãos responsáveis por sua fiscalização, teria que fechar suas portas até a realização de manutenção.

Na mesma linha de raciocínio, colhem-se os seguintes julgados proferidos por esta Corte Catarinense:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INCÊNDIO. PREJUÍZOS EM PROPRIEDADE VIZINHA. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO A SUA ORIGEM. INDENIZAÇÃO DESCABIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Se há a impossibilidade de concluir objetivamente a autoria de incêndio causador de prejuízos à propriedade vizinha, não se imputa ao réu o dever de arcar com a indenização requerida, já que ausente prova de que agiu com culpa, pressuposto este indispensável à configuração da responsabilidade. (Apelação cível n. 97.012977-7, de Campos Novos, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 24.03.1998).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAL E MORAL. INCÊNDIO OCORRIDO EM PRÉDIO RESIDENCIAL LOCADO À AUTORA. SINISTRO CUJA CAUSA NÃO RESTOU DEMONSTRADA, TANTO PELO LAUDO PERICIAL DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR COMO PELA PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA. CLÁUSULA CONTRATUAL AFIANÇANDO QUE O IMÓVEL, NO ATO DA LOCAÇÃO, SE ENCONTRAVA EM HÍGIDO ESTADO DE CONSERVAÇÃO. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR OS QUAIS, NO CASO, NÃO RESTARAM SEGURA E CONVINCENTEMENTE DEMONSTRADOS. SENTENÇA INACOLHEDORA DOS PEDIDOS REPARATÓRIOS FORMULADOS PELA LOCATÁRIA CONTRA A LOCADORA BEM FUNDAMENTADA. RECURSO DESPROVIDO.

A responsabilidade por dano oriundo de incêndio em imóvel locado é, de regra, do locatário, desde não reste demonstrado, por ele, que o sinistro adveio de caso fortuito, força maior, vício de construção ou propagação do fogo originado em prédio vizinho. (Apelação Cível n. 2014.039438-8, de Rio do Sul, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 03.03.2016).

Ora, cabia aos autores demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, à luz do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil. Acerca o ônus da prova, ensina Ovídio A. Baptista da Silva:

O autor só poderá dar consistência objetiva à sua pretensão em juízo fazendo afirmações sobre a existência de fatos e a pertinência deles a uma relação jurídica. Enquanto ele afirma, deve naturalmente provar as afirmações que faz. Assim também o réu se, ao defender-se, tiver necessidade de fazer afirmações em sentido contrário. O réu poderá, certamente, limitar-se a negar os fatos afirmados pelo autor e esperar que este tente demonstrar a sua veracidade. Se o réu limitar-se a simples negativa, sem afirmar a existência de outros fatos incompatíveis com aqueles afirmados pelo autor, nenhum ônus de prova lhe gravará; se, todavia, também ele afirma fatos tendentes a invalidar os fatos afirmados pelo autor, caber-lhe-á o ônus de provar os fatos afirmados (Teoria Geral do Processo, RT, 2002, 3ª ed. p. 300).

A respeito do tema, colhe-se também da doutrina:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1999, 26ª ed., v. 1, p. 423).

Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias (*quaestiones facti*), impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão -- ônus da prova.

[...]

O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação -- ensina CARNELUTTI -- é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar -- escreve ele -- a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, Saraiva, 1997, 18ª ed., v. II, pp. 343-4 e 346).

A função de toda atividade probatória é fornecer ao julgador os elementos por meio dos quais ele há de formar o seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos no processo. [...] Sempre, no entanto, que esta investigação sobre pessoas ou coisas, inclusive documentos, exigir conhecimentos técnicos especiais da pessoa encarregada de fazê-lo, estaremos frente à necessidade de prova pericial (Ovídio A. Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, RT, 2003, 6ª ed., p. 383).

Em situações semelhantes, decidiu esta Corte:

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, sob pena de inacolhimento de sua pretensão (TJSC, Apelação Cível n. 2012.055319-9, de Biguaçu, deste Relator, com votos vencedores dos Exmos Sr. Des. Fernando Carioni e Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 28-08-2012).

O processo civil pátrio, salvo algumas exceções, orienta-se pelo princípio dispositivo, por isso que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, relativamente à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333 do CPC, incisos I e II). Daí ser fácil apreender que destoa do sistema permitir-se o deferimento de pretensões embasadas em meras conjecturas, carecedoras de aparato probatório hábil a lhes dar sustentação (TJSC, Apelação Cível n. 2012.029180-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, com votos vencedores deste Relator e do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, j. 31-07-2012).

No direito processual civil, cabe ao autor a comprovação, de forma indelével, do fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil (TJSC, Apelação Cível n. 2011.033459-6, de Navegantes, rel. Des. Fernando Carioni, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Saul Steil, j. 28-06-2011).

Logo, ausentes quaisquer dos pressupostos enumerados no art. 186 do Código Civil, precipuamente a prova do ato ilícito, ônus que cabia aos autores nos termos do art. 373, I, do *Codex* Processual, não pode prosperar a responsabilização civil da apelada, sendo a improcedência dos pedidos de indenização medida que se impõe.

2. Por fim, dispõe o art. 85, § 11, do CPC/2015 que “*o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento*”.

O trabalho adicional realizado pelos advogados da parte ré em grau recursal não demandou esforço extraordinário, pois não exigiu análise de questões complexas. Entretanto, não se pode deixar de remunerá-lo adequadamente. Com base nisso, os honorários advocatícios de sucumbência devem ser majorados em 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, totalizando 12% (doze por cento) em favor do patrono da parte ré.

3. Ante o exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso. Arbitram-se honorários advocatícios recursais no importe de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa em favor do patrono da parte ré, totalizando a verba honorária em 12% (doze por cento) sobre esse referencial.

Apelação Cível n. 0302646-89.2017.8.24.0091, da Capital

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. DEMANDA PROPOSTA PELOS TIOS MATERNOS APÓS O FALECIMENTO DA GENITORA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AVÔ MATERNO QUANTO À SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO NO REGISTRO DA CRIANÇA. INSUBSISTÊNCIA. ADOÇÃO. INSTITUTO QUE ENSEJA O ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS BIOLÓGICOS. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO TANTO DO PRENOME QUANTO DO NOME DO ADOTADO. DISCRICIONARIEDADE DOS ADOTANTES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Inexistindo obrigatoriedade legal, não sendo a vontade dos adotantes e rompidos os vínculos biológicos após perfectibilizada a adoção, afigura-se de todo dezarrazoada a imposição de inclusão do patronímico materno no assento de nascimento do adotado, ainda que este seja o mesmo da mãe adotiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302646-89.2017.8.24.0091, da comarca da Capital – Eduardo Luz (Vara da Infância e da Juventude) em que é Apelante A. B da F e Apelados Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outros:

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

O julgamento, realizado no dia 3 de setembro de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Lenir Roslindo Piffe.

Florianópolis, 4 de setembro de 2019.

Fernando Carioni

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por A. B. da F. da sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da comarca da Capital, Dr. Giuliano Ziembowicz, que julgou procedentes os pedidos contra ele formulados na ação de adoção ajuizada por A. S. B. e G. E. da F., nos seguintes termos:

Ante o exposto, com arrimo nos arts. 28, 29, 39 e seguintes, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial para fins de colocar o infante em família substituta, DEFERINDO

A ADOÇÃO de A. R. da F. em favor dos requerentes A. S. B. e G. E. da F.

Expeça-se mandado de cancelamento e inscrição, observando que o adotando passará a chamar-se A. B., consignando-se no assentamento o nome dos adotantes e seus ascendentes, não constando da certidão do registro qualquer observação sobre a natureza do ato.

Sem custas.

Sustentou, em linhas gerais, que o pedido de alteração do nome da criança, nos moldes requeridos na exordial, no sentido de manter apenas o sobrenome do pai adotante, é uma forma de atingir o recorrente, pois elimina desnecessariamente a identidade familiar entre ele (avô materno) e a criança.

Ressalta que a supressão do sobrenome “da F.” da criança não encontra amparo na legislação pertinente.

Argumenta que, em se tratando de dois adotantes, a legislação determina que a sentença deverá conferir o sobrenome de ambos, o que torna imperiosa a manutenção ou inclusão do sobrenome “da F.”, visto que também é o sobrenome da mãe adotiva.

Assevera que não se opõe à adoção, tampouco à alteração do sobrenome da criança, com a inclusão do patronímico “B.”, mas que sua irresignação se dá exclusivamente pela exclusão de seu sobrenome, sem justificativa jurídica plausível.

Requer a reforma da sentença para seja mantido no nome do infante o sobrenome da mãe adotiva.

Contrarrazões às fls. 186-189.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin, que opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de adoção.

No caso em apreço, os apelados são tios maternos da criança A. R. da F. e ajuizaram a presente ação em face do avô materno, e até então guardião, objetivando a adoção do sobrinho, haja vista o falecimento da genitora da criança no ano de 2015 e a existência de fortes vínculos afetivos entre eles e o menor.

Na inicial, os recorridos pleitearam a alteração do nome do adotando para A. B., suprimindo-se o apelido de família da mãe biológica (“da F.”).

No curso do feito, o demandado concordou com a adoção, divergindo apenas no que tange à exclusão do nome (vulgarmente conhecido como sobrenome) da mãe biológica, que também corresponde ao nome seu e da mãe adotante.

Nada obstante, os pedidos foram julgados procedentes pelo Juízo *a quo*, que determinou, na oportunidade, fossem adotadas as providências elencadas no art. 47, do Estatuto da Criança e do Adolescente, passando a criança A. R. da F. a se chamar A. B.

Irresignado, o requerido interpôs o presente recurso, sustentando que a supressão do nome de família “da F” do registro da criança, além de eliminar desnecessariamente a identidade familiar entre ele e o neto, não encontra amparo na lei.

Verifica-se que a questão foi muito bem esmiuçada, e com propriedade, pelo douto Procurador de Justiça, Dr. Mário Gemin, às fls. 198-201, o qual desenvolveu uma análise esmerada do feito e atenta aos pormenores do caso.

Em vista disso, por tal parecer se coadunar com as conclusões extraídas por este Relator após análise dos autos, e a fim de evitar a tautologia, é que se pede venia para adotar os fundamentos do bem lançado parecer como sendo o substrato do meu convencimento, *verbis*:

De início, é importante ressaltar que o presente inconformismo versa, única e exclusivamente, acerca do nome conferido ao adotado, ou seja, não constitui objeto de debate a adoção propriamente dita, uma vez que, nesse tocante, o réu reconheceu a procedência do pedido (fl. 159).

Dito isso, passa-se, a seguir, à análise do mérito recursal. Sobre a questão ora discutida, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

[...] .

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

[...] .

§ 5º . A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

Depreende-se, pois, dos dispositivos legais supramencionados que a adoção não apenas opera o rompimento do vínculo outrora existente entre o adotado e seus pais e parentes biológicos, com o também possibilita a alteração tanto do prenome quanto do sobrenome do adotado.

A propósito, colhe-se da doutrina:

No que se refere à questão do nome e do prenome do adotando, dispunha o Código Civil, no revogado art. 1.627, que “a decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado”. Diante dessa revogação e do fato de a adoção ser regida pelo Estatuto, passa-se a observar a regra contida no seu art. 47, §5º , *in verbis*: “**A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a**

modificação do prenome”. O Estatuto regula, assim, tanto a modificação do nome quanto do prenome. A mudança do nome já era prevista no Código Civil. Não há qualquer sentido, quando do deferimento da adoção, com a inscrição de nome registro de nascimento e alusão às pessoas dos adotantes com o país, se não fosse possível a modificação do patronímico (sobrenome) do adotado. No que se refere ao prenome, contudo, há necessidade de maior reflexão [ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193 (Grifou-se)] .

Além disso, convém pontuar que a Lei n. 6.015/ 736 (Lei de Registros Públicos), no art. 54, “4º”, estabelece que no assento de nascimento constará o nome e o prenome que forem postos à criança, ou seja, o infante será registrado conforme a discricionariedade dos genitores, desde que respeitada a regra do art. 55, parágrafo único, inaplicável à hipótese em apreço, a qual veda a adoção de prenomes suscetíveis de expor ao ridículo o seu portador.

Nesse diapasão, conclui-se que inexistem óbices legais para que o menor seja registrado - tanto no caso de nascimento quanto no de adoção - com ambos os apelidos dos genitores, na ordem que julgarem conveniente, ou com apenas um deles, pouco importando se materno ou paterno.

Desse modo, afigura-se desarrazoado impor ao menor a inclusão do patronímico materno no assento registral, a uma porque não há falar em obrigatoriedade legal, a duas porque tal não corresponde à vontade dos apelados e, a três, porque desligados os vínculos biológicos após a perfectibilização da adoção, não sendo prudente, assim, mantê-los por intermédio da inclusão do sobrenome da genitora, ainda que este seja o mesmo da mãe adotiva.

A propósito, *mutatis mutandis*, colhe-se da jurisprudência catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS. IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO DO RÉU. REVELIA DECRETADA EX OFFICIO. PATRONÍMICO PATERNO. INSURGÊNCIA DA AUTORA QUANTO À SUA UTILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE LEGAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - Consoante dispõe o art. 13, II, do CPC/73 (aplicável à espécie), o réu poderá ser reputado revel, se, mesmo após intimado para regularizar a sua representação, permanecer inerte. II - Extraí- se do art. 55, § 4º, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), que constará no assento do nascimento o nome e o prenome postos à criança, ou seja, ela será registrada de acordo com os ditames eleitos pelos genitores. Nessa toada, observa-se que a norma excepciona com o limite à escolha dos pais apenas a proibição de registro de prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores (art. 56, parágrafo único da Lei 6.015/73). Assim, é possível afirmar que não existe qualquer óbice legal para que a criança seja registrada com ambos os sobrenomes dos pais, em qualquer ordem que entenderem pertinente, ou, com apenas um deles, isto é, sem importar se o materno ou paterno. In casu, tendo sido a Autora registrada apenas com o sobrenome da genitora e inexistindo obrigação legal de adoção do patronímico do genitor, independentemente de o reconhecimento da paternidade ter ocorrido apenas neste momento, a procedência do pedido de manutenção do nome da Demandante sem que nele conste o sobrenome do progenitor é medida que se impõe. [TJSC, Apelação Cível n. 0300316-38.2014.8.24.0055, de Rio Negrinho, Relator: Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 29/ 6/ 2017 (Grifou-se)] .

Dessarte, conclui-se desmerecer reparos o *decisum* vergastado.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso. Deixa-se de condenar o apelante em honorários sucumbenciais recursais, porque incabíveis na espécie.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4021226-23.2018.8.24.0000, de São Miguel do Oeste

Relator: Desembargador Fernando Carioni

AGRAVO DE INSTRUMENTO. COBRANÇA DE SEGURO. PENHORAS NO ROSTO DOS AUTOS. ADMISSIBILIDADE PELO JUÍZO QUE RECEBE OS MANDADOS DE CONSTRIÇÃO. INTIMAÇÃO DA PARTE PREJUDICADA. COMPARECIMENTO AO FEITO SEM MANIFESTAÇÃO QUANTO AO MÉRITO DAS PENHORAS. PROLATAÇÃO DA SENTENÇA COM RECONHECIMENTO DE CRÉDITO. TRÂNSITO EM JULGADO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA POR SE TRATAR DE SEGURO DE VIDA. ARTIGO 833, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO.

A penhora de rosto nos autos é um procedimento que “[...] serve apenas para a penhora dos créditos a serem recebidos pelo executado em outro processo” (STJ, REsp n. 1585914/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 19-5-2016).

Compete ao “[...] ao juízo que recebeu o mandado de penhora no rosto dos autos decidir sobre a viabilidade da constrição a ser procedida no processo de sua jurisdição” (STJ, REsp n. 1197314/ES, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 19-8-2010).

Ao executado cabe alegar a impenhorabilidade “[...] no primeiro momento em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão. Precedentes” (STJ, REsp n. 1800272/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 9-5-2019).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4021226-23.2018.8.24.0000, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara Cível), em que é Agravante Eleandro dos Santos e Agravado Icatu Seguros S/A:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 17 de setembro de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 19 de setembro de 2019.

Fernando Carioni
RELATOR

RELATÓRIO

Eleandro dos Santos, inconformado com a decisão que lhe indeferiu pedido de impenhorabilidade, interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, no qual sustentou, em síntese, que o seguro de vida é impenhorável, conforme determina o artigo 833, VI, do Código de Processo Civil, por se tratar de verba de caráter alimentar.

Requeru, em liminar, a suspensão do pagamento das penhoras do rosto dos autos; e, no mérito, a reforma da decisão agravada para determinar a impenhorabilidade do seguro de vida, ou, a impenhorabilidade do valor de até 40 (quarenta) salários mínimos (fls. 1-5).

Nesta instância, foi processado o recurso (fl. 71).

Sem contraminuta (fl. 73).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento com o desiderato de reformar a decisão que indeferiu o pedido de levantamento das penhoras no rosto dos autos.

Pelo que dos autos consta, o agravante ajuizou ação de cobrança de seguro e que, nada obstante, é devedor em duas execuções, razão pela qual, no curso da indigitada demanda, que originou a presente decisão agravada, teve contra si duas penhoras no rosto dos autos: a primeira, realizada em março de 2016, à fl. 290 dos autos originais, no valor de R\$ 6.979,40 (seis mil, novecentos e setenta e nove reais e quarenta centavos); a segunda, igualmente em março de 2016, e à fl. 294 dos autos de origem, no valor de R\$ 15.381,76 (quinze mil, trezentos e oitenta e um reais e setenta e seis centavos).

Além dessas, houve, também, um arresto no rosto dos autos, realizado em junho de 2016, no valor de R\$ 424,98 (quatrocentos e vinte e quatro reais e noventa e oito centavos).

Intimado (fl. 306 dos autos de origem), o agravante sustentou que, por ainda não ter sido proferida a sentença, “[...] não há que se falar em penhora no rosto dos autos”, arrematando, ademais, que sua procuradora não tinha poderes para manifestar nos autos, pelo que deveria ser intimado pessoalmente.

Pois bem. Prolatada a sentença, tem-se que o agravante consagrou-se parcialmente vitorioso na referida ação de cobrança, na qual a seguradora, ré na demanda securitária, foi condenada ao pagamento do valor de R\$ 19.195,36 (dezenove mil, cento e noventa e cinco reais e trinta e seis centavos), com a consignação expressa, ao final da decisão, que “considerando a existência de duas penhoras e um arresto nestes autos (pp. 290, 294 e 315), determino, que o pagamento da condenação pela parte ré seja efetuado mediante depósito nos autos, sob pena de não quitação” (fl. 342 dos autos de origem).

A par dessa circunstância, publicada a sentença no Diário da Justiça eletrônico (fl. 343 dos autos originais), não houve interposição de recurso e o trânsito em julgado, por consequência, ocorreu em 22-3-2018.

Porém, o agravante, em 28-3-2018, insurgiu-se contra as penhoras no rosto dos autos, sob o argumento de que o crédito decorrente de seguro de vida é impenhorável, conforme o artigo 833, VI, do Código de Processo Civil.

O recurso, salvo melhor juízo, não merece conhecimento, porquanto a matéria objeto da irresignação do agravante já foi alcançada pela preclusão consumativa.

A penhora no rosto dos autos, como se sabe, “[...] serve apenas para a penhora dos créditos a serem recebidos pelo executado em outro processo” (STJ, REsp 1585914/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 19-5-2016).

Ora, “quando o crédito perseguido for um direito que está sendo pleiteado noutra processo judicial, far-se-á a averbação desta penhora nos autos do processo” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo.* 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.1357-1358)

Com efeito, “a chamada penhora no rosto dos autos é a forma que assume este ato de constrição na hipótese de o seu objeto ser direito discutido em juízo (arts. 655, XI e 643, que disciplinam apenas os seus efeitos). O procedimento completo dessa modalidade de penhora é o seguinte: expedido o mandado de penhora, o oficial dirigir-se-á ao cartório por onde corre o processo em que é credor o executado (inventário, execução, cobrança, reintegração, etc.) e lavrará o respectivo auto de penhora na presença do escrivão do feito que, ato contínuo, realizará a averbação mediante certidão lavrada no verso da primeira folha dos autos, mencionando o auto de penhora (primeira fase); quando o executado entrar na efetiva posse dos bens, objeto da ação, expedir-se-á novo mandado de penhora que será realizado agora sobre tais bens especificamente (segunda fase). A penhora no rosto dos autos é portanto, ato executivo provisório (Carvalho Santos)’ (MACHADO, Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado.* 6ª. Ed. São Paulo: Ed. Manole, 2007, comentário ao art. 674, p. 926)” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.072464-6, de Chapecó, rel. Des. Edemar Gruber, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. em 24-11-2014).

Bem por isso, dada a particularidade do procedimento da penhora no rosto dos autos, o Superior Tribunal de Justiça, em sua Primeira Seção, “[...] já manifestou entendimento segundo o qual cada um dos juízos envolvidos possui competência para processar e julgar a execução que tramita sob sua jurisdição [...]”, ou seja, na prática, cabe “[...] ao juízo que recebeu o mandado de penhora no rosto dos autos decidir sobre a viabilidade da constrição a ser procedida no processo de sua jurisdição” (STJ, REsp n. 1197314/ES, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 19-8-2010).

Assim, como no presente caso, uma vez admitidas as penhoras nos rostos dos autos pelo juízo *a quo*, o agravante, devidamente intimado, deveria ter alegado toda matéria de defesa, notadamente a que ensejou a decisão agravada, pelo que, não fazendo, precluiu o seu direito.

Fredie Didier Jr. leciona que “a preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de essa faculdade ou esse poder já ter sido exercido, pouco importa se bem ou mal. Já se praticou o ato processual pretendido, não sendo possível corrigi-lo, melhorá-lo ou repeti-lo. A consumação do exercício do poder o extingue” (*Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed., Salvador: *Juspodivm*, 2018. p. 496-497).

Deveras, é forçoso concluir que o agravante, apesar de oportunizado, exerceu mal o seu direito, uma vez que veio aos autos apenas para afirmar que sua advogada não tinha poderes para falar em seu nome, e, por consequência, a intimação deveria ser pessoal.

Porém, é certo que o artigo 841, § 1º do Código de Processo Civil de 2015 (ou artigo 652, § 4º do Código de Processo Civil de 1973) determina que a intimação da penhora recai sobre o respectivo advogado, e não na pessoa do executado, *verbis*:

Art. 841. Formalizada a penhora por qualquer dos meios legais, dela será imediatamente intimado o executado.

§ 1º A intimação da penhora será feita ao advogado do executado ou à sociedade de advogados a que aquele pertença.

Para não pairar dúvida, traz-se a colação entendimento do Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela uniformização da interpretação da lei federal:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. INTIMAÇÃO DAS PARTES. PLENO CONHECIMENTO DAS PARTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É imprescindível a intimação das partes do processo em que averbada a penhora no rosto dos autos para a ciência de ambas, o que, nos termos do art. 652, § 4º, do CPC/1973, prevê a intimação da parte na pessoa do seu advogado, estando verificado o pleno conhecimento do ato pelas partes.

2. Agravo interno desprovido (AgInt no REsp n. 1440755/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 12-11-2018).

Diante dessa situação, caberia o agravante alegar a impenhorabilidade a que alude o artigo 853, VI, do Código de Processo Civil (correspondente ao artigo 649 do Código de Processo Civil de 1973), ao tempo em que foi intimado para manifestar da penhora de rosto dos autos, e não só agora.

Não há falar, *ad argumentandum tantum*, que, por se tratar de impenhorabilidade, a matéria não estaria preclusa, pois não é esse o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA, VIA BACENJUD, DE QUANTIA INFERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS, MANTIDA EM CONTA CORRENTE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA.

1. Controverte-se acórdão que afastou a preclusão para o reconhecimento de impenhorabilidade de bem, ao fundamento de que se trata de matéria de ordem pública. 2. A autarquia federal sustenta que o executado, citado por edital, foi intimado da penhora de dinheiro, via Bacenjud, em junho de 2015, bem como que a Defensoria Pública, representando-o, recebeu a intimação do ato em novembro de 2015. 3. Acrescenta o recorrente que, não tendo havido impugnação à penhora do bem - mesmo após diversas outras manifestações da Defensoria Pública nos autos -, não poderia o juízo de primeiro grau, dois anos após (isto é, em 2017), declarar a impenhorabilidade do bem e assim anular a constrição judicial. 4. O acórdão hostilizado destoa da orientação da Corte Especial do STJ. No julgamento dos Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial 223.196/RS, fixou-se a uniformização da jurisprudência do STJ quanto ao tema, reconhecendo que, à exceção do bem de família, compete à parte interessada suscitar a tese de impenhorabilidade absoluta, sob pena de preclusão: “A impenhorabilidade de bem arrolado no art. 649 do CPC, com exceção feita ao bem de família, deve ser arguida pelo executado no primeiro momento em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão. Precedentes” (EAREsp 223.196/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 18/2/2014). 5. Recurso Especial provido (REsp n. 1800272/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 9-5-2019).

Nesse contexto, a discussão que o agravante pretende levantar nos presentes autos já foi, há tempo, alcançada pela preclusão, motivo por que não se conhece do presente recurso.

Ante o exposto, não se conhece do recurso.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0327319-64.2014.8.24.0023, da Capital

Relator: Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos

PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO – PEDIDO DE FORNECIMENTO DE PRÓTESE TERAPÊUTICA PARA AUXILIAR NA DEAMBULAÇÃO E PREVENÇÃO DE NOVAS LESÕES DECORRENTES DE CIRURGIA DE AMPUTAÇÃO PARCIAL DE MEMBRO – RECUSA – PEDIDO TAMBÉM DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – DEFESA BASEADA NA INAPLICABILIDADE DO CDC E VALIDADE DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS – PRÓTESE NÃO IMPLANTÁVEL NÃO COBERTA PELO PLANO E NÃO LIGADA AO ATO CIRÚRGICO – DIABETES – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL, QUE NEGOU A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

RECURSO DE AMBAS AS PARTES – RÉ QUE REITERA OS ARGUMENTOS DA DEFESA E AUTOR QUE PEDE O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL.

ACOLHIMENTO DO RECURSO DA RÉ – PLANO DE AUTOGESTÃO QUE ADMITE AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS – NÃO APLICAÇÃO DO CDC (SÚMULA 608 DO STJ) – PRÓTESE REQUERIDA COMO TERAPÊUTICA COMPLEMENTAR NÃO LIGADA AO ATO CIRÚRGICO – FUTURAS LESÕES QUE DECORREM DA NATUREZA DA DOENÇA – DIABETES – E NÃO DA CIRURGIA – CLÁUSULA EXPRESSA QUE LIMITA A CONCESSÃO DE PRÓTESES LIGADAS AO ATO CIRÚRGICO – REFORMA DA DECISÃO – PROVIMENTO DO RECURSO DA RÉ – PREJUDICADO O RECURSO DO AUTOR.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0327319-64.2014.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara Cível em que é/são Apte/ Apdo(s) Ariberto Petermann e Apdo/Apte(s) Cassi Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso da ré e dar-lhe provimento, e julgar prejudicado o recurso do autor.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. José Agenor de Aragão e o Exmo. Sr. Des. Ricardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 28 de novembro de 2019.

Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos
Relator

RELATÓRIO

Ariberto Petermann ingressou com ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos morais contra Cassi – Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil, relatando que, em razão

de problemas com diabetes, precisou amputar parte de seu pé, e requereu que a ré custeasse uma prótese como complementação do ato cirúrgico.

A antecipação de tutela foi deferida.

A ré contestou, alegando que constitui um plano associativo fechado e que não se aplica ao caso o CDC. Assim, o tratamento jurídico deve ser diverso àqueles que se dá aos planos de saúde comuns, com os contratos de adesão e a interpretação mais benéfica ao consumidor. Aponta que o contrato é claro, excluindo expressamente a concessão de próteses não ligadas ao ato cirúrgico e que a concessão dela importaria em desequilíbrio econômico do plano de autogestão. Impugnou a existência de danos morais. Pediu a improcedência da ação.

O magistrado julgou a ação procedente, porque entendeu que a prótese em questão estava diretamente ligada ao problema de saúde e era essencial para o bom resultado da cirurgia. Negou o dano moral por entender tratar-se de mero incômodo sem repercussão anímica (p. 160/165).

O autor recorreu, insistindo em que o incidente provocou-lhe danos morais, forçando-o a buscar o judiciário e causando-lhe angústia (p. 160/165).

A ré também recorreu, reiterando os argumentos de sua contestação (p. 167/179).

Os recursos são tempestivos, foram preparados e as partes ofertaram contrarrazões recíprocas.

Este é o relatório.

VOTO

Início afastando a aplicação do CDC à hipótese dos autos, porque a Súmula 469 do STJ foi revogada e substituída pela Súmula 608, que ressalva a aplicação daquele Código aos planos de saúde do tipo autogestão, como é o caso presente.

À parte essa observação, verifica-se que o regulamento do plano de saúde firmado entre as partes, em seu art. 17, VIII, assegura a concessão de próteses «ligadas ao ato cirúrgico» (p. 114).

Sendo válidas e não abusivas as restrições nos planos de autogestão, cabe analisar o significado e amplitude da expressão “ligada ao ato cirúrgico.”

O magistrado se viu diante dessa questão e encontrou um paralelo numa decisão do STJ, que deferia uma prótese (um esfíncter urinário artificial) em razão da incontinência urinária que resultou de uma prostatectomia radical (p. 153), porque ligada ao ato cirúrgico principal.

Da mesma forma, baseou-se na declaração do médico de que “*a doença não terminou com o ato cirúrgico..., indica-se a adaptação com prótese para o ante pé direito no sentido de facilitar a marcha e prevenir novas lesões (terapêutica complementar ao ato cirúrgico)*” (p. 26).

A apelante afirma que essa prótese não tem relação com o ato cirúrgico.

Como a regra da interpretação mais favorável do contrato é uma particularidade das relações de consumo e não se aplicando ao caso o Código de Defesa do Consumidor, é necessário avaliar o alcance das restrições a cada caso em particular.

Feita essa ressalva, afasto o paradigma referido pelo magistrado, porque na hipótese citada, a incontinência urinária foi decorrente do ato cirúrgico de prostatectomia, podendo-se, sem nenhuma dúvida, perceber a relação direta de causa e consequência.

Neste caso, é diferente, o próprio médico assistente se refere à prótese como *terapêutica complementar ao ato cirúrgico*, e embora o propósito seja *evitar novas lesões*, essa é uma recomendação que se aplica a uma grande variedade de próteses, com caráter terapêutico. A cirurgia não produz lesões, pelo contrário, como afirmou o médico, foi realizada para o “salvamento do membro” (o pé), ele sim parcial e gravemente lesionado. *As lesões, no caso, são uma característica da doença – diabetes – e não da cirurgia*. A amputação foi realizada por causa dessas lesões.

A terapêutica, como tal entendida, refere-se à cura, tratamento ou minimização dos efeitos da doença e alívio de sintomas (<https://conceito.de/terapeutico>). Embora a cirurgia também seja um ato terapêutico, a *terapia complementar* pode não ter nenhuma relação com a cirurgia, como, por exemplo, as sessões de fisioterapia, em que o sentido de “ligação” não está presente, como estaria no caso de *uma prótese de quadril*, quando a solução do problema de saúde, na cirurgia, exige a instalação de uma prótese, ou mesmo no caso referido pelo digno sentenciante.

Esse é, a meu ver, o alcance da expressão “prótese ligada ao ato cirúrgico”, coberta pelo plano de autogestão do autor, porque toda cirurgia de amputação produz alguma espécie de “falta” ou deformidade, e próteses são recomendadas, mas não estão ligadas ao ato cirúrgico. O fato de a “doença não ter terminado” não tem ligação com a cirurgia e sim com a doença em si.

A respeito dessa questão, o site da ANS esclarece:

“Prótese é todo dispositivo permanente ou transitório que substitui total ou parcialmente um membro, órgão ou tecido.”

E, logo após, faz a seguinte observação:

“Nos planos regulamentados pela Lei nº 9.656, de 1998 é obrigatória a cobertura às próteses, órteses e seus acessórios que necessitam de cirurgia para serem colocados ou retirados (materiais implantáveis). No entanto, em seu artigo 10, a mesma Lei permite a exclusão de cobertura ao fornecimento de órteses e próteses não ligadas ao ato cirúrgico (ou não implantáveis), tais como óculos, coletes ortopédicos, próteses de substituição de membros.” <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/o-que-o-seu-plano-de-saude-deve-cobrir> (destaques meus).

Enfim, estou convencido de que o caso em análise não envolve o conceito de «prótese ligada ao ato cirúrgico» e por essa razão, dou provimento ao recurso da ré, para julgar improcedente a ação e julgar prejudicado o recurso do autor.

Invertidos os ônus de sucumbência, arcará o demandante com o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em 15% do valor atualizado da causa, tendo em conta os critérios do art. 85, § 2º, do NCPC.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0004177-72.2010.8.24.0079, de Videira

Relator: Des. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO E NEGLIGÊNCIA DO HOSPITAL. ABORTO RETIDO. CURETAGEM UTERINA. MORTE DE PACIENTE. DEMANDA AJUIZADA PELA FILHA MENOR E PELO CÔNJUGE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DE APRECIÇÃO EM PRELIMINAR DE APELAÇÃO. PRESSUPOSTO ESTABELECIDO NO ART. 523, § 1º, DO CPC/1973, VIGENTE À ÉPOCA DA INTERPOSIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

INSURGÊNCIA DO DEMANDANTE. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DOS REQUERIDOS AO PAGAMENTO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E PENSÃO MENSAL VITALÍCIA.

PROFISSIONAL LIBERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. ART. 14, § 4º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUTORA INTERNADA EM NOSOCÔMIO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE CURETAGEM. TEMPO DE GESTAÇÃO DE 8 (OITO) SEMANAS. TÉCNICA RECOMENDADA PELA LITERATURA MÉDICA CONSISTENTE NA ASPIRAÇÃO A VÁCUO INTRA-UTERINA (AMIU). ADOÇÃO DE TÉCNICA DIVERSA. PERFURAÇÃO UTERINA E INTESTINAL. EXTRAORDINARIEDADE DA LESÃO CARACTERIZADA. LESÃO QUE NÃO É PREVISÍVEL E NEM ESPERADA NO PROCEDIMENTO. FALECIMENTO. FALHA NA EXECUÇÃO DO ATO MÉDICO. IMPERÍCIA. ALTA HOSPITALAR NO DIA SEGUINTE À REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO. NEGLIGÊNCIA QUE CONTRIBUIU PARA A MORTE DA PACIENTE. ATO ILÍCITO DO PROFISSIONAL CONFIGURADO.

HOSPITAL PARTICULAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14 DA LEI CONSUMERISTA. DEMORA PARA COLOCAÇÃO DE PACIENTE EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA (UTI). FALHA NO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE DO NOSOCÔMIO MANTIDA.

DANOS MORAIS. REPARAÇÃO DEVIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 5º, V E X, DA CARTA DA REPÚBLICA, E NOS ARTS. 186, 927 E 944, TODOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ARBITRAMENTO EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) PARA CADA UM DOS AUTORES. VALOR DA INDENIZAÇÃO QUE NÃO SE REVELA EXORBITANTE, TAMPOUCO DESPROPORCIONAL À OFENSA SOFRIDA POR AQUELES QUE PERDERAM A GENITORA E ESPOSA TÃO PRECOCEMENTE. JUROS DE MORA A CONTAR DA CITAÇÃO ANTE A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO.

DANOS MATERIAIS. DESPESAS FUNERÁRIAS NÃO COMPROVADAS. PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS À FILHA MENOR DA VÍTIMA. FIXAÇÃO EM 2/3 (DOIS TERÇOS) DOS RENDIMENTOS PERCEBIDOS À ÉPOCA DO FALECIMENTO. PENSÃO DEVIDA ATÉ A DATA EM QUE COMPLETAR 25 (VINTE E CINCO) ANOS DE IDADE. PRESUNÇÃO DE FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA.

CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. GARANTIA DE ADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL. APELO PROVIDO NO PONTO.

INVERSÃO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. CONDENAÇÃO DOS RÉUS AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONFORME O ART. 85, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Especificamente com relação ao profissional médico, sabe-se que a vinculação assumida em relação ao paciente, em regra, classifica-se como obrigação de meio e não de resultado, de modo que, em caso de erro, além da prova do dano e do nexó de causalidade faz-se necessária a demonstração da culpa no evento danoso, ainda que se considere o contrato sujeito às normas protetivas do Código do Consumidor.

Não se olvida que o médico exerce atividade essencial e de relevante interesse social, uma vez que trata com o maior patrimônio do ser humano, a vida. A relevância do seu mister, entretanto, não o isenta de responsabilidade quando causa danos ou prejuízos ao paciente no exercício da profissão, sejam eles materiais, morais ou estéticos, pelos quais fica obrigado a repará-los.

Nos casos de gravidez com morte prematura do feto, apontando-se como necessária a curetagem, o procedimento exige do médico cautela e perícia no manuseio do instrumental (cureta) ao utilizar a técnica tradicional, mormente quando hodiernamente também dispõe do método conhecido como AMIU (aspiração intra-uterina), recomendado pela Organização Mundial da Saúde e que apresenta menores taxas de complicações, além de apresentar outras vantagens, como “a aceitabilidade por parte dos médicos, a satisfação das pacientes, o uso de anestésicos locais em substituição à anestesia geral, a diminuição da permanência hospitalar e consequente redução de morbidade materna e dos custos hospitalares” (PEREIRA, Pedro Paulo; *et al.* Tratamento do abortamento incompleto por aspiração manual ou curetagem. Revista da Associação Médica Brasileira, v. 52, n. 5, p. 304-307, São Paulo: out. de 2006).

A perfuração do útero, ainda que considerada uma consequência de baixa incidência e não desejada, mas possível na curetagem tradicional, segundo estudos relativos à iatrogenia (consequência do ato médico), revela imperícia grave do profissional da medicina quando associada à perfuração do intestino, causa eficiente da morte da paciente por infecção generalizada, conduta médica culposa que invade a área do ilícito civil e impõe o dever de indenizar.

O Hospital que recebe paciente em estado grave, com perfuração de útero e intestino por falha em procedimento de curetagem e a submete à cirurgia colostomizadora de emergência, mas deixa de dispensar à paciente o posterior tratamento adequado com o encaminhamento à UTI – Unidade de Terapia Intensiva, permitindo com sua negligência o agravamento e irreversibilidade do quadro de septicemia instalado, responde objetivamente pelos danos causados, solidariamente ao profissional autor do erro médico.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0004177-72.2010.8.24.0079, da comarca de Videira (1ª Vara Cível), em que é apelante T. C. B e apelados J. L. A. J. e outro.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para condenar os réus/recorridos: a) ao pagamento de danos morais no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada autor, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês contados a partir da citação (art. 405, CC), e correção monetária pelo INPC cujo termo inicial é a data do presente arbitramento; b) ao pagamento de pensão mensal no valor corresponde à 2/3 da remuneração percebida pela falecida em favor da autora T. C. B., até quando atingir a idade de 25 (vinte e cinco) anos; c) à constituição de capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão; e d) ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, com base no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Custas legais.

O julgamento, realizado em 21 de novembro de 2019, foi presidido pelo Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, com voto, e dele participou o Desembargador José Agenor de Aragão.

Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 21 de novembro de 2019.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 1.103-1.112, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

J. G. B. e T. C. B. demandaram J. L. A. J. e o H. S. D. S. sustentando serem, respectivamente, esposo e filha de S. A. C., que, segundo afirmaram, teria falecido em decorrência de erro médico ocasionado pelos requeridos. Alegaram que S. A. C. encontrava-se grávida e teve de se submeter a curetagem do útero para fim de verificar as condições em que se desenvolvia a gestação; tal procedimento foi realizado em 2 de abril de 2009 pelo médico, ora requerido, J. L. A. J., nas dependências do hospital também demandado. Asseveraram que, no entanto, dias depois, S. demonstrou sentir fortes dores, bem como dificuldades de respirar, razão por que consultou com outro profissional médico; foram feitos exames de sangue, raio x e urina, os quais foram encaminhados a uma junta médica e, na sequência, comunicado o médico réu; constatou-se ter havido uma perfuração intestinal que acabou por ocasionar grave infecção por dispersão de fezes por outros órgãos, inclusive pulmão e coração; diante disso, e imediatamente, o médico requerido procedeu cirurgia de emergência e, logo depois, teria sido a paciente acomodada em quarto comum – quando, na verdade, deveria ter sido colocada na UTI. Narraram que, embora a cirurgia tenha sido realizada na data de 7 de abril de 2009, a vítima foi acomodada na UTI somente em 11 de abril do mesmo ano, tendo, assim permanecido por quatro dias sem tratamento em seu pulmão, órgão considerado como o mais afetado. Alegaram que S. A. C. veio à óbito em 1º de maio de 2009, o que lhes acarretou abalo moral e prejuízos de ordem material. Finalizaram requerendo (a) fixação de pensão mensal em favor da autora T. C. B., com estabelecimento de constituição de capital para tanto e (b) reparação por danos morais em favor de cada um.

O réu H. S. D. S. contestou preliminar arguindo ilegitimidade passiva; no mérito, argumentou defendeu a adequação dos procedimentos adotados pelo profissional da medicina requerido e que não haveria prova nos autos de que tenha ele obrado com imperícia; quanto aos requerimentos formulados na inicial, asseverou não haver prova a respeito dos ganhos da falecida e que não seria cabível reparação por danos morais no caso em apreço.

O réu J. L. A. J. também apresentou contestação na qual arguiu prefacial de ilegitimidade passiva; em relação ao mérito, alegou não ter agido com culpa, tendo observado adequadamente todos os procedimentos necessário ao salvamento da vítima; historiou que, nas datas e horários informados na peça de resistência, verificou que o útero da paciente estava amolecido e friável, o que tornou o procedimento complexo e delicado; a curetagem no útero, então, foi realizada com extrema cautela, tendo sido aplicado, inclusive,

ocitocina a fim de manter o útero menos atônico. Argumentou não ter percebido qualquer perfuração no local e verificou que o material que saía dali era compatível com restos placentários oriundos de abortamento; durante a permanência da paciente no hospital, foram administrados medicamentos comuns para vômito e dores, mas nada além disso, já que não demonstrava outros sintomas. Narrou que em 3 de abril 2009 a paciente foi avaliada pela equipe, tendo apresentado bom estado geral, motivo pelo qual recebeu alta; em 7 de abril, após novos exames, tão logo chegou ao hospital, a paciente foi diagnosticada e submetida a cirurgia de emergência, ocasião em que o médico F. de A. R. percebeu pequena laceração no intestino, que foi suturado, e providenciou a limpeza geral da cavidade abdominal e colostomia; no terceiro ou quarto dia a partir da cirurgia, a paciente teria demonstrado piora no quadro clínico, tendo sido, então, recomendada sua internação na UTI, local onde teve piora com quadros infecciosos, não obstante tenha sofrido outras intervenções cirúrgica para reparar os danos. Questionou os pedidos de indenização e de constituição de capital, pugnando pela rejeição dos pedidos iniciais.

Houve réplica.

Com vista dos autos, o Ministério Público lançou parecer.

Foram produzidas provas em audiência, após o que as partes apresentaram suas alegações finais.

O Magistrado de primeiro grau julgou improcedentes o pedido exordiais, nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, extinguindo o processo com resolução do mérito, na forma do art. 487, I, do CPC. Arcam os requerentes com as custas e despesas processuais. Fixo em favor dos requeridos honorários de 20% sobre o valor da causa, observados os critérios do art. 85, § 2º, do CPC.

Ressalvo que a exigibilidade dos encargos processuais fica suspensa ante a gratuidade concedida aos autores.

Irresignados com a prestação jurisdicional entregue, os autores interpuseram apelação, em que sustentam a existência de erro médico consistente na perfuração do útero e intestino de S. A. C. que veio a falecer em decorrência do procedimento de curetagem uterina (fl. 1.120).

Aduzem a desnecessidade de comprovação de culpa do Hospital-apelado para a configuração da responsabilidade objetiva (fl. 1.125), bastando a existência de dano, que está comprovado com a morte da paciente, e o nexo causal oriundo da falha da prestação de serviço (fl. 1.126).

Nesse sentido, requerem a) a condenação dos apelados ao pagamento de danos materiais, constante nos gastos funerários e ao pagamento de 2/3 (dois terços) dos rendimentos da vítima de forma vitalícia à filha menor, T. C. B., ou até que completasse 25 anos; b) a constituição de capital a fim de garantir o pagamento mensal da pensão e c) a condenação dos demandados em danos morais em valor não inferior à 300 (trezentos) salários mínimos (fls. 1.148-1.149).

Contrarrazões às fls. 1.154-1.158 e 1.159-1.161.

O Ministério Público, em parecer de lavra do Procurador de Justiça Paulo Ricardo da Silva, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo e não conhecimento do agravo retido de fls. 873-887 (fls. 1.170-1.178).

VOTO

De início, assinalo que, não obstante a existência de outros feitos mais antigos no acervo de processos distribuídos a este Relator, a apreciação do presente recurso em detrimento daqueles distribuídos há mais tempo não significa violação ao disposto no art. 12, *caput*, do novo Código de Processo Civil, tendo em vista a exceção contida no § 2º, VII, segunda parte, do mesmo dispositivo legal.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que, nos autos da “ação indenizatória por danos morais e materiais”, julgou improcedentes os pedidos exordiais.

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

1 AGRAVO RETIDO

Preliminarmente, extrai-se dos autos que a parte autora interpôs, com base no art. 523 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, agravo retido (fls. 873-887) em face do Termo de Audiência (868-869), resignando-se quanto a falta de apreciação da preliminar de ilegitimidade passiva aventada.

Embora o novel diploma processual tenha deixado de prever a possibilidade de recurso por meio do agravo retido, é pacífico na jurisprudência desta Corte que, em respeito ao ato jurídico perfeito, deve-se prestigiar o ato praticado de acordo com a legislação vigente à época da interposição do recurso a fim de viabilizar o seu exame pela segunda instância.

Contudo, da análise dos autos, verifica-se que não houve pedido expresso de apreciação do referido agravo retido em preliminar no recurso de apelação, fato que impede o seu conhecimento nos termos do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse sentido:

APelação CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. SENTENÇA QUE APROVOU AS CONTAS PRESTADAS PELA CASA BANCÁRIA DEMANDADA E DECLAROU SALDO ZERO. *DECISUM* PUBLICADO QUANDO DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. [...] AGRAVO RETIDO DA APELADA. AUSÊNCIA DE PEDIDO PARA A SUA APRECIÇÃO EM CONTRARRAZÕES. NÃO CONHECIMENTO.

“Malgrado se trate de recurso não mais previsto na Lei Adjetiva Civil em vigor, são cabíveis agravos retidos interpostos sob a égide da Codificação de 1973.

Constitui pressuposto recursal específico da referida modalidade de insurgência, para que haja devida apreciação pelo Tribunal, a sua expressa reiteração nas contrarrazões da apelação. Inexistindo esse pedido, não se conhecerá do agravo da modalidade retida” (Apelação Cível n. 0054404-92.2010.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 4-12-2018). [...] (Apelação Cível n. 0001668-52.2006.8.24.0066, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Rejane Andersen, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 23-7-2019).

Dessa forma, ante a ausência do pressuposto recursal, não se conhece do agravo retido interposto.

2 MÉRITO

Buscam os insurgentes a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais e materiais formulados, em decorrência do falecimento de S. A. C. por suposto erro médico consistente na perfuração uterina e intestinal ocorrida em procedimento de curetagem.

Sabe-se que o médico exerce atividade essencial e de relevante interesse social, uma vez que trata com o maior patrimônio do ser humano, a vida. A relevância do seu mister, entretanto, não o isenta de responsabilidade quando causa danos ou prejuízos ao paciente no exercício de sua profissão, sejam eles materiais, morais ou estéticos, pelos quais fica obrigado a repará-los.

Sílvio Rodrigues, em relação a conduta humana, afirma:

A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo (**Direito Civil**. Volume IV. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002).

De sua vez, a regra geral da responsabilidade civil encontra-se estampada nos arts. 186 e 927 do Código Civil brasileiro, os quais apresentam a seguinte dicção:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Especificamente com relação ao profissional médico, convém observar ainda que a vinculação assumida classifica-se como uma obrigação de meio e não de resultado, de modo que, além da prova do dano e do nexo de causalidade, faz-se necessária a demonstração da sua culpa no evento danoso.

Miguel Kfoury Neto leciona sobre a obrigação assumida pelo médico, *in verbis*:

A obrigação contraída pelo médico é espécie do gênero obrigação de fazer, em regra infungível, que pressupõe atividade do devedor, energia de trabalho, material ou intelectual, em favor do paciente (credor). Implica diagnóstico, prognóstico e tratamento: examinar, prescrever, intervir, aconselhar. A prestação devida pelo médico é sua própria atividade, consciente, cuidadosa, valendo-se dos conhecimentos científicos consagrados – em busca da cura. (**Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 226).

E complementa a doutrina:

Obrigação de meios é a que vincula o profissional à aplicação diligente de todos os recursos disponíveis para a melhor condução possível do caso clínico que será alvo de seus préstimos. **O médico não fica adstrito a um resultado final, mas tem de envidar todos os esforços e utilizar-se dos aparatos técnicos que estiverem razoavelmente ao seu alcance. A cura do paciente não é, certamente, o objetivo jurídico da contratação, embora se coloque como finalidade primacial do atendimento prestado, mesmo porque a reação dos pacientes é particular ante tratamentos estritamente iguais;** o que para um representa a cura, para outro nada resolve. (MATIELO, Fabrício Zamproga. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 53, grifou-se).

Assim, o objeto da obrigação deste tipo de contrato é a aplicação do tratamento adequado conforme o quadro clínico do paciente, e não a garantia de sua cura, inobstante se busque alcançá-la com o tratamento.

Nesse aspecto, deve o profissional da medicina atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias. Não pode esquecer dos ensinamentos que compõem a base da sua ciência, tampouco deixar de dar a devida importância a tais regras. Deve, por isso, conhecer e fazer tudo o que um outro médico diligente realizaria acaso estivesse em iguais condições.

A propósito, no que diz respeito à responsabilidade civil dos profissionais de saúde pelos danos derivados de suas atividades, o Código de Defesa do Consumidor prevê em seu art. 14, § 4º, que:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.

Referido dispositivo afastou a responsabilidade objetiva, de modo que, no caso de erro médico, exige-se a demonstração da culpa do réu por quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Ou seja, no caso dos autos, cabia aos recorrentes comprovar os atos omissivos ou comissivos praticados com culpa pelo médico recorrido, bem como o nexo de causalidade entre tais atos e os danos efetivamente suportados.

2.1 Ato ilícito indenizável

Feitas estas considerações, resulta incontroverso nos autos que a paciente S. A. C., de 39 (trinta e nove) anos, estava na 2ª (segunda) gestação, com 8 (oito) semanas, e fazia acompanhamento pré-natal. Em 1-4-2009 foi atendida e encaminhada para a curetagem devido a um aborto retido. Em 2-4-2009, a paciente foi internada às 6h48 para a realização do procedimento (fl. 365).

Consta do prontuário médico que o útero estava amolecido e friável (fl. 366), o que aumentou a complexidade da curetagem. Após sua realização, não se verificou ocorrência de perfuração uterina e, segundo apontamento do médico réu, “o material que saía de dentro do útero era compatível com restos placentários oriundos do abortamento” (fl. 345).

No dia seguinte, 3-4-2009, S. A. C. recebeu alta, pois além de não haver queixas, o sangramento vaginal seria compatível com o quadro clínico (fl. 372-373).

Todavia, em 7-4-2009, a paciente retornou ao posto de saúde, momento em que relatou muita dor na região torácica e abdominal. Na mesma tarde, diante da constatação de ocorrência de perfuração intestinal, realizou-se cirurgia a fim de suturar a laceração no intestino próximo ao reto, limpeza da cavidade abdominal que continha secreção purulenta e colostomia (fls. 378-379).

Após, encaminhou-se a paciente para o quarto, e, de acordo com o prontuário médico, em 9-4-2009, dois dias após a realização da cirurgia, relatou-se a continuidade de distensão e dor abdominal (fl. 391). Em 10-4-2009 consta “sépsis” no prontuário médico (fl. 403).

Somente em 11-4-2009, às 17h00, S. A. C. é transferida para um leito em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), em cujo relatório consta a evolução da paciente para “quadro de sepsis” de origem abdominal (fl. 408-409).

No dia 14-4-2009, devido a piora do quadro e “deiscência da sutura”, ou seja, abertura dos pontos no local perfurado no intestino grosso, realizou-se nova cirurgia para suturar o local (fl. 456 e 469). Em 16-6-2009, diante da ocorrência de um derrame pleural, procedeu-se com a toracostomia com drenagem fechada (fl. 507), a fim de retirar o líquido acumulado no pulmão. Em 17-4-2009, por necrose de colostomia, fez-se uma colectomia parcial esquerda (remoção parcial do intestino grosso) (fl. 532). No dia 23-4-2009, por ocasião de um abscesso peritoneal, realizou-se uma drenagem cirúrgica com o fim de diminuir a inflamação (fl. 644). Em 25-4-2009, fez-se uma traqueostomia, colecistectomia por colecistite aguda em 27-4-2009, laparotomia exploradora por hemorragia intra-abdominal em 28-4-2009 seguindo-se o óbito por falência de múltiplos órgãos e sistemas em 1-5-2009 (fl. 969).

Pode-se observar, portanto, que o quadro da paciente se agravou paulatinamente em razão da sépsis de origem abdominal, havendo múltiplas intervenções cirúrgicas no espaço de menos de um mês, fato que, em 1-5-2009, culmina na morte de S. A. C. em decorrência de síndrome de disfunção múltipla de órgãos, choque séptico, peritonite fecal e abdome agudo perfurativo (fl. 169).

Importa trazer à baila, também, as provas orais colhidas em audiência (fls. 63 e 133). Nesse palmilhar, a testemunha F. de A. B. R. informou que fez a cirurgia do intestino grosso da paciente após a ocorrência de sua perfuração. Afirmou trabalhar no hospital com o Dr. J. L. A. J. e que já se deparou com situação semelhante de lesão de cólon pós-curetagem, a qual pode ocorrer em virtude da difícil medição de profundidade do útero quando está amolecido. Aduziu, porém, ter visto situação mais grave com melhor desfecho. Informou que o útero não é uma musculatura firme, especialmente quando está aumentado, em razão da gestação e que não há uma precisão matemática ao se realizar a curetagem, por ser feita no tato. Ressaltou, contudo, que uma lesão extensa no útero teria sido vista na hora e que uma lesão pequena pode passar despercebida. Declarou que S. A. C. morreu por uma sequência de infecções que tiveram início com a perfuração do cólon. Não se recorda, porém, se era o caso de UTI, embora geralmente se peça vaga para segurança do paciente em casos como esse. Disse que existem casos de falta de vagas em UTI, sendo que, em algumas situações, monta-se suporte semelhante à uma até que se consiga transferência ou vaga.

A testemunha, C. H. de L. W., ginecologista obstetra há 22 anos, alegou conhecer o Dr. J. L. A. J. e ter acompanhado os fatos com ele após a perfuração intestinal da paciente S. A. C. Asseverou que o Dr. J. L. A. J. fez uma curetagem uterina e que a paciente retornou em estado grave, motivo pelo qual acompanhou toda a evolução de seu quadro clínico. Quanto à perfuração, disse que a curetagem, por ser procedimento complexo, pode implicar na perfuração uterina, como indica a literatura médica. Explicou ser a curetagem feita no tato e que várias situações podem causar o amolecimento da parede do útero, dentro das quais está o feto não desenvolvido. Afirmou ser o procedimento de curetagem correto e tecnicamente indicado no caso, tendo inclusive, realizado várias vezes. Confirmou ter ocorrido uma perfuração nos procedimentos que realizou, mas que não chegou ao intestino e tampouco levou a paciente a óbito. Relatou, ainda, que o uso de anestesia muitas vezes impede a paciente de sentir eventual ferimento, e que se ficar bloqueada “alguma coisa” no útero, o quadro pode demorar para evoluir. Ademais, sustentou que muitas vezes não há vaga na UTI, mas que o hospital providencia assistência assemelhada até que libere uma vaga e se transfira o paciente.

A testemunha R. H. P., médico e colega de J. L. A. J., cuidou de S. A. C. por dois dias enquanto J. L. A. J. estava fora. Disse que durante a residência médica, viu situação semelhante cujo desfecho foi idêntico. Mencionou que se tratam de casos raros. Frisou que o tempo em procedimentos como esse é crucial, e, por isso, o tempo de permanência da paciente em casa pode ter influenciado negativamente seu quadro. Apontou ser a colostomia o procedimento padrão em caso de perfuração do cólon e que a partir do momento do vazamento de conteúdo fecal para barriga, o caso torna-se complicado. No mais, elucidou que muitas vezes não há vagas na UTI, sendo necessária a espera. No caso específico, a UTI era uma precaução, mas afirmou não ter certeza acerca da piora do quadro quando esteve em contato com a paciente.

A informante S. P., amiga íntima de S. A. C., por sua vez, aduziu que a paciente sentia dores desde que saiu do hospital, em que pese ter recebido alta. C. L. D., amiga da família, mencionou que no dia seguinte da curetagem, percebeu que S. A. C. não estava muito bem, em decorrência do inchaço abdominal e muitas dores. Disse que a irmã passou por esse procedimento e não ficou assim. Nesse sentido também comunicou a informante R. M. C. F., tia da paciente, ao dizer que ela passou mal após o procedimento, e chegou em casa reclamando de dor, mas que foi liberada pelo médico. N. D., amiga da família, também relatou a ocorrência de dor e falta de ar quando visitou S. A. C. em casa à tarde, após a realização da curetagem (fls. 133 e 1.097-1.098).

Pois bem.

Dos relatos apresentados, resulta uníssono que S. A. C. recebeu alta um dia após realizada a curetagem, embora estivesse com muitas dores e inchaço abdominal, assim como harmônico entre os testemunhos fornecidos pelos médicos que a perfuração uterina e intestinal pode ocorrer no caso de curetagem, por ser procedimento complexo e executado no tato, o que também é corroborado pelo parecer da sindicância de fls. 965-970 instaurada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina (CREMESC).

Contudo, uma pequena ressalva – incapaz de suscitar suspeição mas digna de apontamento – acerca do que disseram os médicos ouvidos, diante da relação que possuem com o nosocômio e com o médico-réu, notadamente quanto a uma aparente ordinariedade com relação à ocorrência de lesões uterinas e intestinais durante a curetagem, circunstância que, à toda evidência, deve ser recebida com a devida cautela.

Nesse palmilhar, no caso presente dar alta à uma paciente no dia seguinte à realização cirúrgica e sem maiores investigações, seguramente não atendeu o dever de cuidado exigido do profissional da saúde, notadamente porque apontada a existência de útero amolecido e friável (fl. 345).

Nesse ponto, destaca-se que, muito embora o médico-réu tenha afirmado que o material extraído da curetagem era compatível com o esperado, o parecer exarado pela CREMESC demonstrou a presença de material estranho ao produto da curetagem quando da realização do exame anatomopatológico (fl. 970), veja-se:

Embora o requerido refute a possibilidade de perfuração uterina durante o procedimento, é difícil justificar a presença de uma formação cística medindo 1,3x1,0x0,5cm junto ao produto da curetagem uterina e diagnosticada como uma Hidátide de Morgagni pelo exame anatomopatológico.

Hidátides de Morgagni são estruturas císticas bastante frequentes que se constituem em remanescentes dos ductos-mullerianos ou paramesonéfricos e localizam-se habitualmente ligadas às trompas, tem localização infra-abdominal, mas externa ao útero. Portanto, sua presença no material encaminhado ao anatomopatológico evidencia a possível ocorrência de perfuração uterina. No entanto, tal material pode passar despercebido no momento da curetagem, associado aos produtos da concepção, e somente ser identificado posteriormente no exame anatomopatológico, que o médico assistente tem acesso dias após o procedimento. Dessa forma, **inegável a ocorrência da perfuração, visto que o material extraído da curetagem, ao ser posto em análise, acusou a presença de uma formação cística encontrada em local externo ao útero.** (grifou-se)

Assim, eventual espera pelo resultado de exame anatomopatológico também poderia ter evitado o deslinde trágico de S. A. C. até mesmo porque, como asseverado pela testemunha C. H. de L. W., o uso de anestesia poderia bloquear a paciente de sentir eventual ferimento, o que prejudicaria a identificação imediata da lesão.

Nesse palmilhar é o parecer do Procurador de Justiça Paulo Ricardo da Silva (fl. 1.175):

É dessa linha cronológica que transparece conduta que destoa de todo espectro relacionado ao procedimento em si, das provas testemunhais produzidas e, por conseguinte, do dispositivo da sentença impugnada: se é incontroverso que o procedimento de curetagem é extremamente complexo, ainda mais no quadro de Sílvia, com útero amolecido e friável; que a lesão é algo que pode ocorrer; que a paciente não sente na hora, pois está anestesiada; podendo ficar com algo bloqueado e demorar a evoluir; que são casos os raros, mas com desfecho trágico na maioria das vezes; o recebimento de alta UM DIA após a realização desse procedimento complexo é coerente?

Assim, considerando a gravidade que um dano dessa natureza pode trazer (perfuração), especialmente porque o vazamento de conteúdo fecal para o abdômen mostra-se potencialmente infeccioso, como elucidado pelo testemunho de R. H. P., dispensar a paciente em curto prazo poderia trazer graves implicações, o que, de fato, ocorreu.

Diante do quadro fático emoldurado, impende tratar dos três tipos de iatrogenia, quais sejam, as lesões previsíveis e esperadas, lesões previsíveis e inesperadas e as lesões decorrentes de falha de comportamento humano, conforme ensina Irany Novah Moraes:

Iatrogenia é palavra composta, vem do grego *iatrós* (médico) + *genos* (geração) + *ia*. Assim, trata-se de expressão usada para indicar o que é causado pelo médico. Numa visão abrangente, ela se refere não só ao que ocorreu pelo que o médico fez, como também pelo que deixou de fazer e deveria ter feito.

[...] Uma vez conceituado o que seja iatrogenia, torna-se fácil evidenciar a existência de três tipos: no primeiro enquadram-se as lesões previsíveis e também esperadas, pois o procedimento proposto implica resultado com seqüela. No segundo, agrupa-se o resultado previsível, porém inesperado para o caso, mas que decorre do perigo inerente a todo e qualquer procedimento. Ele ocorre em todos os graus, do nulo ao óbito. No terceiro, encontram-se os resultados decorrentes de falhas do comportamento humano no exercício da profissão, falhas passíveis de suscitar o problema da responsabilidade legal do médico (MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a Justiça**. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 489).

No caso vertente, não se pode dizer que a lesão era previsível e esperada, ou até mesmo previsível mas inesperada. A ocorrência de perfuração uterina e intestinal quando da realização da curetagem leva à convicção de que houve falha de comportamento humano que a ensejou.

Além disso, atinente à técnica empregada, existe indicação de que a aspiração manual intra-uterina (AMIU) é alternativa segura e eficaz à curetagem uterina, especialmente em se tratando de gestação de até 12 a 14 semanas (no caso, a gestação era de 8 semanas). Segundo a Organização Mundial de Saúde:

A aspiração a vácuo intra-uterina é a técnica de escolha para a interrupção da gravidez com um máximo de 12 a 14 semanas de gestação. Este procedimento não deve completar-se mediante curetagem como procedimento de rotina. O método de dilatação e curetagem (D&&C), se ainda for praticado, deverá ser substituído pela aspiração a vácuo. (Organização Mundial de Saúde (OMS). **Abortamento seguro: Orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde.** 2. ed. 2011. p. 2)

Nesse panorama, a AMIU apresenta menores taxas de complicações, além de apresentar outras vantagens, como “a aceitabilidade por parte dos médicos, a satisfação das pacientes, o uso de anestésicos locais em substituição à anestesia geral, a diminuição da permanência hospitalar e conseqüente redução de morbidade materna e dos custos hospitalares” (PEREIRA, Pedro Paulo; *et al.* Tratamento do abortamento incompleto por aspiração manual ou curetagem. Revista da Associação Médica Brasileira, v. 52, n. 5, p. 304-307, São Paulo: out. de 2006).

Em que pese não se olvidar das particularidades do caso e da paciente que possam justificar a escolha pelo método da curetagem, a literatura médica, assim como a Organização Mundial de Saúde indicavam, pelo tempo de gestação de S. A. C., a técnica da aspiração a vácuo intra-uterina (AMIU), a qual tampouco foi utilizada.

Inafastável, portanto, a negligência e imperícia no caso concreto que evocam dever de indenizar, já que a lesão decorrente de falha de comportamento humano “cuja causa geradora tenha sido a imprudência, a negligência ou a imperícia médica, não tipifica o dano iatrogênico, ingressando, pois, no campo da ilicitude, e, conseqüentemente, na esfera específica da responsabilidade civil (CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil.** 3. ed. rev e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7)”.

Presentes, portanto, os elementos necessários à responsabilização civil, quais sejam: o dano (morte), a ação/omissão (perfuração uterina e intestinal durante o procedimento de curetagem e fornecimento de alta à paciente sem maiores investigações acerca de seu estado), nexos causal (*causa mortis* em decorrência de síndrome de disfunção múltipla de órgãos, choque séptico, peritonite fecal e abdome agudo perfurativo) e a culpa (negligência com relação a alta médica e imperícia quanto às perfurações decorrentes da curetagem e técnica utilizada).

De outra ponta, em relação ao hospital, aplica-se a responsabilidade civil objetiva, a qual exige apenas a conduta, o dano e o nexos causal entre ambos.

É o que leciona Sérgio Cavalieri Filho, ao discorrer sobre a responsabilidade médica empresarial de hospitais, clínicas e casas de saúde:

[...] Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes, quer se tratem de serviços decorrentes da exploração de sua atividade empresarial, tais como defeito de equipamento (v. g. em Porto Seguro a mesa de cirurgia quebrou durante o parto e o bebê caiu ao chão, não resistindo ao traumatismo craniano), equívocos e omissões da enfermagem na aplicação de medicamentos, falta de vigilância e acompanhamento do paciente durante a internação (v. g. queda do paciente do leito hospitalar com fratura do crânio), infecção hospitalar etc.; quer se tratem de serviços técnico-profissionais prestados por médicos que neles atuam ou a eles sejam conveniados.

É o que o CDC chama de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo ocorrido no mundo físico que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrente de um defeito do serviço.

Essa responsabilidade, como se constata no próprio texto legal, tem por fundamento ou fato gerador o defeito do serviço, que, fornecido ao mercado, vem a dar causa a um acidente de consumo. “O serviço é defeituoso, diz o §1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido.” Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito. E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do feito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz – art. 14, § 3º, I – que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade se provar – ônus seu – que o defeito inexistiu, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço (**Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 420).

Logo, além da responsabilização do médico J. L. A. J., a referida entidade hospitalar também deve suportar igual destino, de forma solidária, como pacificamente demonstrado pela jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECURSO DE AMBOS OS RÉUS. [...]

3) RESPONSABILIDADE PELO EVENTO LESIVO. 3.1) RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MÉDICO. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INSUBSISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL. PERMANÊNCIA POR LONGO PERÍODO DE CATETER NO CORPO DO PACIENTE, SUPORTANDO INFECÇÃO E UMA NOVA CIRURGIA PARA RETIRADA DO RIM. DEMANDANTE QUE DESCONHECIA O FATO DE TER UM CATETER EM SEU ORGANISMO, BEM COMO A NECESSIDADE DE RETORNAR AO HOSPITAL PARA RETIRÁ-LO. AUSÊNCIA DE PROVAS SOBRE O FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÕES APROPRIADAS AO CONSUMIDOR. VIOLAÇÃO AO DIREITO DO ENFERMO DE ACESSO À INFORMAÇÃO ADEQUADA, CLARA E SUFICIENTE. IATROGENIA. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA CONSTATADAS. SENTENÇA MANTIDA. Leciona Sérgio Cavalieri Filho: “O conteúdo do dever de informar do médico compreende, segundo a unanimidade da doutrina, todas as informações necessárias e suficientes para o pleno esclarecimento do paciente quanto aos aspectos relevantes para a formação de sua decisão de submeter-se ao procedimento, tais como os riscos, conseqüências do tratamento, chances de êxito, efeitos colaterais e outros aspectos relevantes”.

3.2) RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL. ALEGADA AUSÊNCIA. CIRURGIA REALIZADA NAS DEPENDÊNCIAS DO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA PARA COM OS PREJUÍZOS ADVINDOS DE EVENTUAL FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ERRO MÉDICO CARACTERIZADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DO NOSOCÔMIO. PRETENSÃO ARREDADA. [...] (Apelação Cível n. 0001248-13.2009.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 23-2-2017, grifou-se).

De mais a mais, conforme já relatado, indica o caderno processual que em 7-4-2009, 4 (quatro) dias após a realização da curetagem, a paciente retornou ao posto de saúde, momento em que relatou muita dor abdominal e torácica, diante da dificuldade de respirar. Após a realização de exames verificou-se a perfuração intestinal e realizou-se cirurgia (colostomia) a fim de suturar a laceração (fls. 378-379).

Ato contínuo, encaminhou-se a paciente para o quarto, e, de acordo com o prontuário médico, em 9-4-2009, dois dias após a realização da cirurgia, relatou-se a continuidade de distensão e dor abdominal (fl. 391). Em 10-4-2009 consta “sépsis” no prontuário médico (fl. 403).

Sobre o conceito de sépsis, vale mencionar que ela “abrange as situações nas quais se estabelece síndrome de resposta inflamatória sistêmica (SIRS, do inglês *systemic inflammatory response syndrome*) desencadeada por infecção suspeita ou confirmada” (BATISTA, Rodrigo Siqueira; *et al.* Sepsis: atualidades e perspectivas. *In: Revista brasileira de terapia intensiva [online]*. 2011, v. 23, n.2, p. 207-216. ISSN 0103-507X).

Nesse contexto, a situação de S. A .C. no dia 10-4-2009 já era gravíssima, visto que assinalado em seu prontuário médico o quadro de infecção generalizada. Porém, somente em 11-4-2009, às 17h00, ela foi transferida para um leito em Unidade de Terapia Intensiva (UTI), em cujo relatório consta a evolução da paciente para “quadro de sepsis” de origem abdominal (fl. 408-409).

Levando-se em conta que as perfurações ocorreram em 3-4-2009, durante 4 (quatro) dias o conteúdo fecal que transitava pelo intestino grosso da paciente vazou para cavidade abdominal, pois só em 7-4-2009 foi executada a colostomia. Após, inexplicavelmente, a paciente teve de esperar mais 4 (quatro) dias para que fosse colocada em UTI, quando já contava com uma situação periclitante de saúde cujo desfecho é sabido.

O cenário descrito evidencia a desídia com a qual a paciente foi tratada pelo Hospital, notadamente porque todos os médicos ouvidos afirmaram que há, muitas vezes, falta de vaga na UTI do hospital, além de o médico F. de A. B. R., que realizou a primeira colostomia na paciente, informar que geralmente se solicita vaga em casos como esse, para melhor segurança.

Assim, o nosocômio falhou na prestação do serviço ao agir com negligência, não disponibilizando vaga em UTI quando a paciente realizou a colostomia e protelou a solicitação quando já se encontrava em quadro de sépsis, o que erige sua responsabilização no caso concreto.

2.2. Dano moral

O demandantes requerem a fixação de valor a título de danos morais em valor mínimo de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), ante a possibilidade dos apelados de arcar com o valor, diante do que auferem mensalmente (fl. 1.149).

A priori, sabe-se que, em sendo reconhecida a culpa dos demandados, consistente em erro médico que causou a morte da genitora e cônjuge dos demandantes, torna-se indiscutível o dever de reparar o mal que lhes foi produzido.

Nesse norte, 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, todas 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).

É cediço, ainda, que 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 da parte demandada, deve ser admitido que os demandantes suportaram abalo de índole moral, até porque presumido o dano moral decorrente da perda da mãe «dispensando-se prova acerca do sofrimento, até por ser impossível adentrar na esfera psíquica da parte demandante, sendo certa a impossibilidade de compensação pecuniária da dor suportada.» (Apelação Cível n. 2007.020333-9, rel. Des. Carlos Prudêncio, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 10-4-2012).

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 consequências 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, e em relação ao *quantum* indenizatório fixado pelo juízo *a quo*, sabe-se que a reparação do abalo moral deve ser dimensionada a partir das particularidades de cada caso, além de evidentemente ser fixada de modo proporcional à extensão do dano imposto ao demandante, nos termos do art. 944 do Código Civil, sempre considerado o grau de gravidade da ofensa aos valores sociais.

Sobre a indenização por danos morais, leciona Regina Beatriz Tavares da Silva:

O critério na fixação do *quantum* indenizatório deve obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando-se em conta o efeito, que será a prevenção, ou desestímulo. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a 'inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade,' traduzindo-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo. (in Código civil comentado, coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 913).

No tangente à quantificação do abalo anímico em caso de morte, consigna Miguel Kfouri Neto:

A reparação, em caso de morte, deve ter vista mitigar a dor dos familiares, amenizar a abrupta frustração daquela expectativa risonha de se viver sempre ao lado dos entes queridos, atenuar a sensação de vazio e desesperança. O juiz deve considerar as condições socioeconômico-culturais da família, as circunstâncias do trágico acontecimento, a profundidade dos reflexos do precoce desaparecimento no seio familiar – e também as próprias características do evento danoso. (KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 120).

Além disso, deve-se considerar, para a fixação deste valor: (i) a situação econômica de ambas as partes; (ii) o grau de culpa dos ofensores; (iii) a extensão do dano suportado pelo lesado; (iv) a inibição da prática de atos idênticos ou semelhantes (caráter punitivo, profilático e pedagógico); e (v) a prevenção ao enriquecimento ilícito por parte do ofendido, não se podendo cogitar de arbítrio imotivado.

No caso dos autos, infere-se que S. A. C., genitora de T. C. B. e cônjuge de J. G. B., contava com apenas 39 (trinta e nove) anos de idade ao tempo do erro médico que ceifou sua vida, conforme aponta a certidão de óbito de fl. 169. Sua filha, à época criança de 7 (sete) anos, passou a conviver apenas com o genitor, experimentando a dor incessante da perda precoce da mãe.

É notório que a reparação não poderia ser estabelecida em patamar insignificante frente ao sofrimento suportado pelos autores, os quais, já tristes pela perda decorrente da gravidez interrompida, se viram ceifados do convívio da genitora e esposa.

Diante de tal quadro, e levando-se em consideração os critérios da proporcionalidade e razoabilidade e as circunstâncias do caso concreto, aos quais se soma o caráter pedagógico da compensação pelo abalo anímico e precedentes desta Corte, entende-se adequado o arbitramento do valor indenizatório no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais para cada um dos autores, totalizando R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Mutatis mutandis, colhe-se da jurisprudência desta Câmara:

DANO MORAL - ERRO MÉDICO - ACIDENTE CIRÚRGICO QUE CAUSOU PERFURAÇÃO INTESTINAL E LEVOU A PACIENTE À MORTE - DEFESA DO RÉU QUE SUSTENTA A CORREÇÃO E NORMALIDADE DO PROCEDIMENTO - ATRIBUIÇÃO DA MORTE, DIAS DEPOIS, A CAUSAS DIVERSAS, LIGADAS AO ESTADO FRÁGIL DA SAÚDE DA PACIENTE - PERÍCIA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA SOB ARGUMENTO DA FALTA DE CONCLUSÃO DE CULPA PELO PERITO.

RECURSO DO AUTOR - INSISTÊNCIA NA TESE DE CULPA E NA CONCLUSÃO DA PERÍCIA NESSE SENTIDO - ACOLHIMENTO - PERÍCIA QUE, EMBORA NÃO AFIRME TAXATIVAMENTE A CAUSA DO EVENTO, APONTA COM CLAREZA QUE A **CAUSA DO ÓBITO FOI UMA PERFURAÇÃO INTESTINAL** CAUSADA POR BISTURI ELÉTRICO DURANTE CIRURGIA DE EXTRAÇÃO DE GLÂNDULAS SUPRARRENIS - AFIRMAÇÃO DE QUE O TIPO DE LESÃO CAUSADA COSTUMA ABRIR E CAUSAR CHOQUE SÉPTICO DIAS DEPOIS - EXCLUSÃO DE OUTROS DIAGNÓSTICOS PARA EXPLICAR O EVENTO - CONSTATAÇÃO DE FERIDA RECENTE - PACIENTE QUE RETORNA AO HOSPITAL 03 DIAS DEPOIS DE RECEBER ALTA, COM DIAGNÓSTICO DE PERITONITE SÉPTICA - RELAÇÃO DE CAUSALIDADE BEM ESTABELECIDADA - PROVIMENTO DO RECURSO PARA JULGAR A AÇÃO PROCEDENTE - **FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM R\$ 70.000,00, NOS MOLDES FIXADOS EM CASOS SIMILARES** - JUROS CORRENDO DA CITAÇÃO POR SE TRATAR DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E CORREÇÃO MONETÁRIA DO ARBITRAMENTO (Apelação Cível n. 0004650-77.2010.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 10-10-2019).

O referido valor se coaduna com a natureza dos danos experimentados e com indenizações arbitradas contemporaneamente em lides da espécie, sem significar a ruína econômico-financeira dos réus, ou, por outro lado, o enriquecimento sem causa dos demandantes.

Além disso, os juros de mora de 1% ao mês serão contados a partir da citação (art. 405, CC), diante da existente relação contratual. A correção monetária, doutra banda, tem como termo inicial a data do arbitramento, que corresponde à data de publicação do presente acórdão.

2.3. Dano material

No que tange aos danos materiais, os apelantes pugnam pela condenação dos apelados ao pagamento de gastos funerários e de 2/3 (dois terços) dos rendimentos da vítima de maneira vitalícia à filha menor, ou até que complete 25 (vinte e cinco) anos (fl. 1.148).

O pedido de danos materiais em razão dos gastos funerários fica prejudicado por falta de comprovação de sua ocorrência, ônus que incumbia aos autores, por tratar-se de fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, CPC).

Quanto ao pedido de fixação de pensão mensal vitalícia, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

A indenização sob a forma de pensão é calculada com base na renda auferida pela vítima, descontando-se sempre 1/3, porque se ela estivesse viva estaria despendendo pelo menos 1/3 de seus ganhos em sua própria manutenção. Os seus descendentes, ascendentes, esposa ou companheira (os que dela recebiam alimentos, ou de qualquer forma estavam legitimados a pleitear a pensão) estariam recebendo somente 2/3 de sua renda. (**Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 4 ed. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 417-418).

Assim, por se tratar de morte de uma companheira e mãe, que auxiliava no sustento de sua família, considerando-se, ainda, a menoridade da filha ao tempo do óbito, adequada a fixação de pensão mensal na fração de 2/3 (dois terços) salário da vítima, uma vez que comprovadamente a falecida trabalhava como caixa na Goaçó Materiais de Construção ME, auferindo R\$ 621,35 (seiscentos e vinte e um reais e trinta e cinco centavos) mensais, pensionamento que deverá ser suportado pelos réus que deram azo ao decréscimo da renda familiar.

Aliás, em situações desta natureza, a Corte de Justiça catarinense vem proclamando:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE VEÍCULO. FALECIMENTO DO ESPOSO E PAI DOS AUTORES, RESPECTIVAMENTE. INVASÃO DA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO PELO PRIMEIRO RÉU. VEÍCULO DE PROPRIEDADE DO SEGUNDO RÉU. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. EFEITOS NA ESFERA CIVIL. COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISSCUSSÃO ACERCA DA CULPA PELOS SINISTRO. **PENSÃO ALIMENTÍCIA FIXADA EM 2/3 DOS RENDIMENTOS DA VÍTIMA À ÉPOCA DO ACIDENTE. ALEGAÇÃO DE RECEBIMENTO DE PENSÃO POR MORTE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. IRRELEVÂNCIA. NATUREZA DISTINTA DA VERBAS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA DA VÍTIMA EM RELAÇÃO À ESPOSA E FILHOS. PROVA DE QUE A VÍTIMA EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA E ERA O MANTENEDOR DA FAMÍLIA. VERBA DEVIDA AO FILHOS ATÉ QUE ESTES COMPLETEM 25 (VINTE E CINCO) ANOS DE IDADE E À VIÚVA ATÉ QUE A VÍTIMA VIESSE A COMPLETAR 68 ANOS, NOS LIMITES DO PEDIDO. DIREITO DE ACRESCEM, PARA MANTER A RENDA FAMILIAR. VALOR DA PENSÃO QUE DEVE CORRESPONDER AO ÚLTIMO SALÁRIO RECEBIDO PELA VÍTIMA. [...]. RECURSOS DOS RÉUS E DA LITISDENUNCIADA CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS PARA FIXAR O TERMO FINAL DO PENSIONAMENTO À VIÚVA, A DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 68 ANOS, NOS LIMITES DO PEDIDO.**

Ocorrendo o falecimento do esposo e pai dos autores, é devido o pensionamento previsto no artigo 948 do CC/2002, não se exigindo a comprovação da dependência econômica, que na hipótese se presume, por serem os beneficiários esposa e filhos menores da vítima. A verba deve corresponder a 2/3 do salário que a vítima recebia ao tempo do sinistro, sendo devida aos filhos até a data em que completarem 25 anos e em relação à viúva, até a data em que a vítima completasse 68 anos, nos limites do pedido, com direito de crescer. Considerando-se que o pensionamento se projeta para o futuro, impõe-se aos réus a obrigação de constituir capital garantidor, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar do trânsito em julgado da sentença. [...]. (Apelação Cível n. 2013.080711-2, de Joinville, Rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 22/4/2014, grifou-se).

O termo final do pensionamento fixado à filha menor deverá ser a data em que completar 25 (vinte e cinco) anos. Sobre o tema, pinça-se da doutrina:

Relativamente à indenização paga aos filhos menores da vítima, eles receberão a pensão até a data que completarem 25 anos, época que coincide com o final dos estudos de graduação universitária. Entendemos que os referidos 25 anos traduzem critério mais adequado, sendo certo que a formação profissional muito dificilmente se completa antes disso. Além do mais, a tendência contemporânea, facilmente verificável, é permanecerem os filhos na casa dos pais por um período de tempo mais dilatado, ao contrário do que ocorria no passado. Contudo, se casarem antes desta idade haverá o direito de acrescer em relação aos demais filhos e ao cônjuge. Portanto, se o valor da pensão é partilhado por muitos, cessando, em relação a qualquer deles, o direito à percepção do benefício, o valor se dividirá entre os demais beneficiários da pensão. Se apenas houver um filho menor, ou se todos alcançarem a idade limite, é direito da mãe e viúva do falecido acrescer o valor da pensão mensal percebida por ele(s) quando cessar o pensionamento. (FARIAS, Cristiano Chaves de. RESENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 286).

A jurisprudência não discrepa dessa orientação:

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 (REsp n. 1.139.997/RJ, Rel. Mina. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 15-2-2011, grifou-se).

Nesse andar:

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.

[...] 5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no Resp n. 998.429/SP, Rel. Mina. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 13-3-2012, grifou-se).

Por tais razões, fixa-se a pensão mensal no importe de 2/3 (dois terços) do valor da remuneração percebida por S. A. C., qual seja, R\$ 621,35 (seiscentos e vinte e um reais e trinta e cinco centavos) em favor da autora, menor T. C. B., até o momento em que atingir a idade de 25 (vinte e cinco) anos.

Ainda, o pedido de constituição de capital (fl. 1.129) merece guarida, visto que almeja garantir o adimplemento da obrigação mediante constituição de renda que assegure o pagamento mensal da verba alimentar, com base no art. 533 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 533. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, caberá ao executado, a requerimento do exequente, constituir capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

Não destoa a orientação sumular n. 313 do Superior Tribunal de Justiça:

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.

Por sua vez, os encargos sucumbenciais são invertidos, pois, em que pese haver a sucumbência dos autores quanto ao pleito de danos materiais em virtude dos gastos funerários, decaíram de parte mínima do pedido. Logo, não há falar em sucumbência recíproca, nos moldes do art. 86, parágrafo único do CPC.

Dessa forma, os réus deverão arcar com o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação. Para arbitramento da mencionada verba foram consideradas as diretrizes previstas no § 2º do art. 85 do CPC. O litígio em apreço possui certa complexidade e houve êxito do procurador no apelo, tendo atuado com zelo no exercício do encargo, sempre atendendo a intimações e prazos para manifestação durante o trâmite dessa fase processual, que perdura desde 2009.

Por último, não há falar em honorários recursais (art. 85, § 11, do Código de Processo Civil) no caso vertente, haja vista o provimento parcial do presente apelo, consoante interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar os Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.573.573/RJ.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para condenar os réus/recorridos: a) ao pagamento de danos morais no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada autor, acrescidos de juros de mora de 1% ao mês contados a partir da citação (art. 405, CC), e correção monetária pelo INPC cujo termo inicial é a data do presente arbitramento (data de publicação do presente acórdão); b) ao pagamento de pensão mensal no valor corresponde à 2/3 da remuneração percebida pela falecida em favor da autora T. C. B., até quando atingir a idade de 25 (vinte e cinco) anos; c) à constituição de capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão; e d) ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, com base no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Apelações Cíveis ns. 0004545-17.2007.8.24.0005 e 0002889-54.2009.8.24.0005, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REIVINDICATÓRIA CONEXA COM AÇÃO DE USUCAPIÃO URBANO EXTRAORDINÁRIO (ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL).

DEMANDAS QUE DISCUTEM A PROPRIEDADE DE UM TERRENO. IDENTIDADE DAS CAUSAS DE PEDIR. CONEXÃO EVIDENCIADA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM E REUNIÃO DOS PROCESSOS PARA JULGAMENTO CONJUNTO. SENTENÇA ÚNICA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE USUCAPIÃO E IMPROCEDÊNCIA DA REIVINDICATÓRIA. RECURSOS INTERPOSTOS PELO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL EM CADA AÇÃO.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA SUSCITADA NAS DUAS IRRESIGNAÇÕES. INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL (ART. 489, II, CPC/2015; ART. 458, II, CPC/73). INOCORRÊNCIA DA EIVA. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO QUANTO A PONTOS IRRELEVANTES PARA O DESLINDE DA *QUAESTIO*. PREFACIAL RECHAÇADA.

MÉRITO. AÇÃO DE USUCAPIÃO URBANO EXTRAORDINÁRIO.

INAPLICABILIDADE DA REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 2.028 DO CÓDIGO CIVIL EM VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE REGRA ESPECÍFICA. ARTIGO 2.029 C/C 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. PRAZO AQUISITIVO DE 10 ANOS, APÓS 2 ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL 2002.

ALEGAÇÃO DE INCONGRUÊNCIAS NA IDENTIFICAÇÃO DO BEM. NÃO ACOLHIMENTO. IMÓVEL LOCALIZADO EM UM LOTEAMENTO DEVIDAMENTE INDIVIDUALIZADO. POSIÇÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS POR LEVANTAMENTO TOPOGRÁFICO SUBSCRITO POR ENGENHEIRO CIVIL, CERTIDÃO DE CONFRONTAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL E CERTIDÃO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. INFORMAÇÕES HARMÔNICAS. DIFICULDADE DE SUA LOCALIZAÇÃO NÃO MENCIONADA PELOS ÓRGÃOS PÚBLICOS EM SUAS MANIFESTAÇÕES. DEFESA APRESENTADA PELO PROPRIETÁRIO SEM QUALQUER PREJUÍZO NESSE SENTIDO. ARGUMENTO AFASTADO.

ALEGADA POSSE MANSÁ, CONTÍNUA E COM ÂNIMO DE DONO DA ÁREA REIVINDICADA POR MAIS DE DEZ ANOS. IMÓVEL DESTINADO À MORADIA. SUBSISTÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL CONTUNDENTE QUANTO À OCUPAÇÃO DO BEM PELOS REQUERENTES E SEU ANTECESSOR, SEM OPOSIÇÃO. PROPRIETÁRIO DESCONHECIDO NA REGIÃO. BOLETIM DE OCORRÊNCIA REGISTRADO PELO DEMANDADO. DOCUMENTO DESACOMPANHADO DE OUTRAS PROVAS. DECLARAÇÃO UNILATERAL. AUSÊNCIA DE FORÇA PROBATÓRIA A DEMONSTRAR QUE A POSSE DOS AUTORES DO PEDIDO DE USUCAPIÃO FOI EFETIVAMENTE CONTESTADA. OPOSIÇÃO NÃO EVIDENCIADA. REQUISITOS DA USUCAPIÃO ATENDIDOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA.

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. EXISTÊNCIA DE FATO EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR. PERDA DO DOMÍNIO. USUCAPIÃO RECONHECIDA EM FAVOR DOS RÉUS NA DEMANDA CONEXA. FORMA ORIGINÁRIA DE AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE. SITUAÇÃO QUE ENSEJA A IMPROCEDÊNCIA DA *ACTIO* REIVINDICATÓRIA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO IMPERATIVA EM CADA DEMANDA. EXEGESE DO ART. 85, §§ 2º E 11 DA LEI INSTRUMENTAL.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos das Apelações Cíveis ns. 0004545-17.2007.8.24.0005 e 0002889-54.2009.8.24.0005, da comarca de Balneário Camboriú (3ª Vara Cível), em que é apelante Marcio Aurélio Córdova Xavier e apelados Moacir Francisco de Almeida e outro.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, a) conhecer dos recursos interpostos nos autos de ns. 0002889-54.2009.8.24.0005 e 0004545-17.2007.8.24.0005 e negar-lhes provimento; b) em consonância com o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majorar as verbas honorárias sucumbenciais para R\$ 3.000,00 (três mil reais) em cada ação. Custas legais.

O julgamento, realizado em 14 de novembro de 2019, foi presidido pelo Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, com voto, e dele participou o Desembargador José Agenor de Aragão.

Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Rogê Macedo Neves.

Florianópolis, 15 de novembro de 2019.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença una de fls. 319-328 (autos n. 0002889-54.2009.8.24.0005) e fls. 115-124 (autos n. 0004545-17.2007. 8.24.0005), de lavra da Juíza de Direito Dayse Herget de Oliveira Marinho, por contemplar precisamente o conteúdo dos referidos autos, *ipsis litteris*:

I - Ação de Usucapião nº 0002889-54.2009.8.24.0005

Moacir Francisco de Almeida e Maria Lúcia Mendes de Almeida, qualificados nos autos, ajuizaram Ação de Usucapião, objetivando a declaração judicial de seu domínio sobre um imóvel urbano, com área de 250,27m², representado pelo lote nº 183, situado na Rua Ana Guilhermina Siqueira, n.º 240, no Bairro Nova Esperança, nesta Cidade.

Alegaram, em resumo, que adquiriram a posse do bem de Valmir Vitorino, em 10-03-1998, tendo este adquirido a posse de Jairo Cruz, em 1990, que, por sua vez, sucedeu a posse de Osvaldo Galancini, o qual já possuía o imóvel desde 1980.

Asseveraram que, acrescida a dos antecessores, exercem a posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre o imóvel há mais de 20 anos, tendo sido surpreendidos, no entanto, com o ajuizamento da Ação Reivindicatória ora em apenso.

Sustentaram que preenchem todos os requisitos à declaração do domínio, com base no parágrafo único do artigo 1.238, do Código Civil e, assim, pediram a procedência dos pedidos, valorando a causa e juntando documentos.

Às fls. 38 foi juntada certidão da matrícula do imóvel usucapiendo.

O proprietário do imóvel, Marco Aurélio Córdova Xavier, citado, apresentou contestação às fls. 91/101, alegando que os autores não detêm posse ad usucapionem, sendo meros detentores do imóvel, inclusive cientes da sua propriedade, pois consigo formalizaram tratativas para a aquisição do bem antes de darem início à construção da casa.

Acrescentou que sempre exerceu a posse sobre o imóvel e pagou os impostos incidentes desde a aquisição, não tendo ocorrido a sucessão apontada na inicial.

Apontou discrepâncias em relação aos confrontantes informados na peça inicial e documentos juntados e irregularidades no mapa e memorial descritivo juntados, pugnando pela rejeição dos pedidos.

Houve réplica (fls. 107/116).

Além de citados eventuais interessados e os confrontantes do imóvel, foram devidamente intimados o Município, o Estado de Santa Catarina, e a União, que nada opuseram.

Ao confrontante Enrique Bendlim, citado por edital, foi nomeada curadora, que apresentou resposta às fls. 184/190, com réplica dos autores às fls. 197/199.

II Ação Reivindicatória nº 0004545-17.2007.8.24.0005

Márcio Aurélio Córdova Xavier ajuizou Ação Reivindicatória em face de Moacir Francisco de Almeida alegando, em síntese, que 10/03/1992, adquiriu da Incorporadora H. Schultz Ltda. um terreno urbano, sem benfeitorias, com área de 250,27m², representado pelo lote nº 183, do Parque Residencial Balneário Camboriú e, desde então, vem pagando os impostos e taxas incidentes.

Sustentou que, certo dia, se deparou com o réu no local, instalando seus pertences e efetuando construção, sem qualquer título, tendo se negado a desocupar o bem, impedindo assim o regular uso, gozo e disposição da coisa.

Em face desses fatos e aduzindo o direito que entende aplicável, pugnou pela concessão de liminar, a fim de que o demandado se abstenha de prosseguir na construção e, ao final, a condenação do réu à restituição do imóvel objeto da lide e ao pagamento de indenização pelas perdas e danos.

Juntou documentos.

Indeferida a liminar (fl. 21), foi o réu citado e apresentou contestação (fls. 35/44), arguindo preliminar de carência de ação e, quanto ao mérito, argumentando os mesmos fatos narrados na Ação de Usucapião.

Pugnou pela improcedência dos pedidos.

Acostou documentos.

Foi apresentada réplica às fls. 53/56.

Reunidos os feitos em razão da conexão, foi designada audiência preliminar, ocasião que houve o saneamento dos processos e deferimento da prova oral requerida pelas partes.

Em audiência de instrução, foram ouvidas duas testemunhas.

Ao final, apenas os autores da Usucapião apresentaram alegações finais.

A Magistrada de primeiro grau, na sentença una, julgou improcedente o pedido formulado na ação reivindicatória e procedente o pleito declinado na ação de usucapião, nos seguintes termos:

I - JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados por Márcio Aurélio Córdova Xavier nos autos da Ação Reivindicatória movida em face de de Moacir Francisco de Almeida, declarando resolvido o mérito, na forma do art. 487, inciso I, do CPC.

Condeno a parte vencida ao pagamento das custas processuais e da verba honorária, esta que fixo em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), na conformidade do art. 85, §8º, do CPC.

II - JULGO PROCEDENTE o pedido formulado nos autos da Ação de Usucapião para, em consequência, DECLARAR o domínio dos autores Moacir Francisco de Almeida e Maria Lúcia Mendes de Almeida sobre o imóvel já descrito no preâmbulo, consistente no Lote nº 183, Quadra J, do Loteamento Parque Residencial Balneário Camboriú, localizado nesta Cidade, servindo esta sentença de título hábil ao Registro de Imóveis.

Em consequência, JULGO EXTINTO o feito, na forma do art. 487, inciso I, do CPC.

Condeno o réu Márcio Aurélio ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), na forma do artigo 85, §8º, do CPC.

Fixo em R\$ 834,00, equivalentes a 10 URH's, os honorários do curador nomeado.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, Márcio Aurélio Córdova Xavier interpôs recurso de apelação nos dois processos.

No reclamo referente à ação reivindicatória (autos n. 0004545-17.2007.8.24.0005 – fls. 126-133), o insurgente (autor nessa *actio*) sustenta a inadequação na apreciação do conjunto probatório pela julgadora *a quo*, ao desconsiderar elementos de alta relevância nas declarações das testemunhas, “aproveitando tão somente aquilo que favorecia aos apelados para justificar a decisão de procedência da usucapião e improcedência da demanda reivindicatória” (fl. 128). Assevera terem ficado devidamente demonstrados nos autos tanto a propriedade do imóvel, pagando os respectivos impostos desde a aquisição (1992), como a invasão do terreno pelos apelados em 2006. Afirma ter buscado, sem sucesso, realizar um acordo com o recorrido, oferecendo outro local para residir, porém, diante da resistência na desocupação do bem, registrou boletim de ocorrência. Alega que a defesa do réu se deu de forma equivocada, como se demanda possessória fosse. Entende que este reclamo será apreciado com aquele interposto na ação de usucapião, cujas razões recursais se estendem a este feito. Quanto às provas, aponta que algumas alegações encontram-se desprovidas de comprovação, outras contêm contradições e, também, inverdades. Declara ser o legítimo proprietário do terreno em questão, adquirido do verdadeiro dono (H. Schultz), e “viu seu bem ser injustamente invadido por terceiros que desde 2006 lá injustamente se encontram” (fl. 132). Postula a condenação dos recorridos por litigância de má-fé, nos termos do art. 80, II, III e V, do CPC.

Nas razões apresentadas nos autos da ação “de usucapião” (n. 0002889-54.2009.8.24.0005 – fls. 332-344), o apelante (requerido nessa demanda) repete sua irresignação relativa à fundamentação do *decisum*, à consideração de que a magistrada de 1ª instância «nenhuma alusão faz aos argumentos expostos na tese defensiva e nos depoimentos testemunhais» (fl. 334). Reitera, quanto às provas, a existência de alegações desprovidas de comprovação, outras com contradições e, também, inverdades. Aduz que o mapa de fl. 09 possui coordenadas que não condizem com a área. Sustenta que “naquele local vários foram os terrenos invadidos, cientes os invasores que pertenciam à Incorporadora H. Schultz ou algum outro proprietário, entretanto, por se tratar de lotes baldios, encharcados, não receberam maiores benfeitorias como luz e água, apenas arruamento, o que facilitou as invasões” (fl. 341). Nessa linha, assevera que “a absoluta maioria dos que ali se encontram são invasores e todos utilizam-se da inverídica alegação de que receberam gratuitamente os lotes do vereador Osvaldo Galancine (o qual em depoimento compromissado negou veementemente que tenha vendido ou doado algum terreno ali)” (fl. 341). Assim, conclui que “todos se ajudam, pois dependem um do outro para justificar a posse nas futuras ações de usucapião que confessaram pretender ajuizar no futuro” (fl. 341). Entende que, a partir do registro do boletim de ocorrência (20.10.2006), “a posse dos apelados que, se iniciou em 10.03.1998, tornou-se injusta”, interrompendo o prazo de 10 anos (fl. 341).

Contrarrazões às fls. 141-154 (autos n. 0004545-17.2007. 8.24.0005) e fls. 351-364 (autos n. 0002889-54.2009.8.24.0005).

O Ministério Público, nos autos de n. 0002889-54.2009.8.24.0005, em parecer de lavra do Procurador de Justiça Aor Steffens Miranda, absteve-se de se manifestar acerca do mérito, por inexistir “no feito quaisquer dos interesses previstos no art. 127 da Constituição Federal e no art. 178 do novo Código de Processo Civil” a justificarem a sua intervenção (fls. 371-373). No processo de n. 0004545-17.2017.8.24.0005, em parecer de lavra da Procuradora de Justiça Monika Pabst, manifestou-se “pelo não conhecimento do presente recurso conhecido, por ofensa ao princípio da unirrecorribilidade das decisões judiciais e, caso conhecido, pelo seu total improvimento, mantendo-se hígida a decisão hostilizada” (fls. 162-168).

VOTO

Os recursos preenchem os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual devem ser conhecidos.

Trata-se de duas demandas com identidade de partes e de causas de pedir, contendo o mesmo objeto, porém com pedidos distintos (ação reivindicatória n. 0004545-17.2007.8.24.0005 e ação de usucapião n. 0002889-54.2009.8.24.0005).

Os feitos foram apreciados e sentenciados conjuntamente, em documento único pelo Juízo *a quo*. Os recursos foram interpostos separadamente, em cada *actio*, mas com semelhantes argumentos.

1 PRELIMINAR

Em primeiro lugar, sustenta o recorrente, nos dois apelos, a nulidade da decisão por infração ao disposto no art. 489, II, do novo Código de Processo Civil (CPC/73, art. 458, II).

Sem razão, contudo, porquanto, consabido que o julgador não está, mesmo após a vigência do novo Código de Processo Civil, obrigado a analisar todas as alegações suscitadas pelas partes, quando em uma ou mais delas encontra os fundamentos necessários ao desate do litígio, não se descortinando nesse proceder qualquer violação à garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais, sobretudo quando tal manifestação não teria o condão de influenciar no resultado da decisão.

Por esse rumo, em decisões recentes, o Superior Tribunal de Justiça reafirmou:

Não se configura a alegada negativa de prestação jurisdicional, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Registre-se que não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. (REsp 1635909/PR, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 13-12-2016)

E mais:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA C.C. ANULAÇÃO DE PROTESTO. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE [...]

Inexiste violação dos arts. 458 e 535, ambos do CPC/73, quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, sendo desnecessário rebater uma a uma as razões suscitadas pelas partes [...] (AgInt no AREsp 812.281/PB, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 25-10-2016).

Dessa forma, afasto a prefacial em apreço.

2 MÉRITO

2.1 Usucapião

Os apelados sustentaram, na inicial, ter adquirido, em 10-3-1998, o lote de n. 183, situado na rua Ana Guilhermina Siqueira, n. 240, bairro Nova Esperança, município de Balneário Camboriú/SC, no qual construiu uma casa para sua moradia (de forma habitual).

Segundo aduzido, exercem a sua posse desde então (mansa, pacífica e ininterrupta), a qual, somada à de seus antecessores, ultrapassa 20 anos, motivo pelo qual postulam o domínio do bem.

O imóvel encontra-se registrado em nome de Márcio Aurélio Córdova Xavier desde 15-4-1992, conforme documento de fl. 38.

A usucapião é a forma de aquisição originária da propriedade em razão do exercício da posse de forma mansa e pacífica, com ânimo de dono, pelo tempo prescrito em lei.

No caso em debate, o pleito inicial é fulcrado na usucapião extraordinária, prevista no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

A respeito, colhe-se do escólio de Washington de Barros Monteiro:

A posse *ad usucapionem* deve ser ininterrupta e sem oposição, além de exercida com ânimo de dono (*quantum possessum, tantum praescriptum*). Tais requisitos são indispensáveis, cumprindo, assim, ao autor, que pretenda reconhecimento da usucapião, demonstrar, que sua posse sobre o imóvel, exercida *animus domini* durante o prazo legal, nunca foi interrompida nem sofreu oposição ou contestação de quem quer que seja. (Curso de Direito Civil - Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. p. 127)

E de Francisco Eduardo Loureiro:

Deve o usucapiente possuir *animus domini*, ou, na dicção da lei, “como seu” o imóvel. Controverte a doutrina sobre o exato sentido do *animus domini*, consistente na vontade de tornar-se dono, de ter a coisa como sua, de ter a coisa para si – *animus rem sibi habendi*. Existem autores que entendem que o elemento *animus domini* da usucapião estaria ligado à teoria subjetiva de Savigny. Predomina a corrente, porém, que entende o *animus* estar essencialmente ligado à causa *possessionis*, à razão pela qual se possui, não constituindo elemento meramente subjetivo. Possui a coisa como sua quem não reconhece a supremacia do direito alheio. Ainda que saiba que a coisa pertence a terceiro, o usucapiente se arroga soberano e repele a concorrência ou a superioridade do direito de outrem sobre a coisa.

[...]

No que se refere à posse precária, é ela imprestável para usucapião não por ser injusta, mas por faltar ao possuidor *animus domini*, já que reconhece a supremacia do direito de terceiro sobre a coisa. (Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência; coordenação Cezar Peluso. 12 ed. Barueri/SP: Manole, 2018, p. 1.163)

Assim, da leitura do dispositivo legal, aliando-se à regra contida no artigo 333, I, do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 373, I, da Lei Instrumental), cabe ao autor a demonstração do exercício da posse, sem interrupção nem oposição, com ânimo de dono, pelo prazo estipulado no comando suso mencionado.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu regra própria de transição entre os Códigos Civis com relação à usucapião extraordinária:

DIREITOS REAIS. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. POSSE PARCIALMENTE EXERCIDA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 1.238, § ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INTELIGÊNCIA DA REGRA DE TRANSIÇÃO ESPECÍFICA CONFERIDA PELO ART. 2.029. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. Ao usucapião extraordinário qualificado pela “posse-trabalho”, previsto no art. 1.238, § único, do Código Civil de 2002, a regra de transição aplicável não é a insculpida no art. 2.028 (regra geral), mas sim a do art. 2.029, que prevê forma específica de transição dos prazos do usucapião dessa natureza.

2. O art. 1.238, § único, do CC/02, tem aplicação imediata às posses ad usucapionem já iniciadas, “qualquer que seja o tempo transcorrido” na vigência do Código anterior, devendo apenas ser respeitada a fórmula de transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos após a entrada em vigor do Código de 2002. [...]

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (REsp 1088082/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 2-3-2010) (grifou-se)

Uma vez delimitadas tais premissas, sigo à análise do caso.

2.1.1 Individualização do bem

O imóvel foi devidamente individualizado na inicial (“lote de n. 183, [...] situado no bairro Nova Esperança, na rua Ana Guilhermina Siqueira, 240, nesta cidade de Balneário Camboriú/SC, com a área de 250,275 m²” – fl. 02).

A referida peça foi instruída com (i) o “levantamento topográfico e desenho técnico” de fl. 09, elaborada por um engenheiro civil, que posiciona o terreno com as seguintes confrontações: ao norte, terras de Nilton Luiz Ribeiro (lote 181), ao sul, terras de Andreia Cristina de Almeida (lote 185), ao oeste, terras de Wilson Mix (lote 182) e ao leste, com a rua Ana Guilhermina Siqueira; (ii) a Anotação de Responsabilidade Técnica – ART de fl. 10; (iii) a “certidão de confrontação n. 88/2008” da Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú, que aponta ao lote 183 tais confrontações: ao norte, terras de Newton Luiz Ribeiro (lote 181), ao sul, terras de Enrique Bendlim (lote 185), ao oeste, terras de Incorp. H. Schultz (lote 182) e frente, com a rua projetada H.

Denota-se que tanto o documento de fl. 09 quanto o de fl. 11 deixam claro a localização do bem (lote n. 183), o qual não é de difícil constatação, por se tratar de um loteamento devidamente enumerado, contendo confrontações com a rua e com os lotes de n. 181, 182 e 185, sendo irrelevante, nesse caso, identificar os proprietários/possuidores.

Inexistem, assim, “desencontro de informações”, como aduzido no item 6 do apelo (fl. 336).

Não merece amparo a irresignação apresentada nos itens 7 e 8, porquanto desacompanhada de prova. A própria Secretaria e Patrimônio da União – SPU (que acostou os documentos de fls.

72-73) não alegou, às fls. 70-71, incompatibilidade entre as coordenadas (n. 0737506 e 7007873) descritas na topografia de fl. 09 com aquelas identificadas à fl. 73.

Constata-se que a área foi devidamente identificada, tanto que os órgãos públicos puderam se manifestar a respeito do pleito inicial (fls. 70-71 e 84), manifestando ausência de interesse sobre o terreno *sub examine*, bem como o próprio apelante pôde apresentar defesa, asseverando que este bem lhe pertence.

Além disso, repousa à fl. 38 a certidão de registro imobiliário do lote n. 183, matriculado sob o n. 56543.

Assim, devidamente identificada a área, passo à análise do exercício da posse e seus desdobramentos.

2.1.2 Posse

Os autores fundamentaram seu pleito na soma da sua posse com a de seus antecessores, iniciada com Osvaldo Glancini em 1985 e, após, com Jairo da Cruz em 1990, Valmir Vitorino em 1995 e o requerente Moacir em 1998.

Em seguida, apresentam outras informações, as quais, como ponderado no apelo, mostram-se assimétricas/desencontradas, pois primeiramente aduziram ter mantido “posse mansa e pacífica e ininterrupta há mais de 17 anos [...], por si e por seus antecessores” (fl. 02) e, em seguida, afirmaram que as posses “somam mais de 28 anos” e que no imóvel viveram “por mais de 10 anos, e mais de 20 anos pelos seus antecessores” (fl. 04).

Por outro lado, essa discrepância, *concessa venia*, não deslegitima a pretensão inicial, tendo em vista que, não obstante essa cronologia datada a partir de 1985, o pedido inicial foi formulado com base no parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil, bastando para os requerentes a comprovação da posse pelo período de 10 anos (incluindo a regra de transição), já que o uso do terreno como moradia habitual é incontroverso.

Como se verá adiante, o conjunto probatório atesta que (i) Valmir Vitorino exerceu a posse a partir de 1995, transferindo-a aos demandantes em 1998; (ii) essa ocupação se deu de forma mansa e pacífica, com *animus domini*; (iii) os autores sofreram oposição à posse somente mediante o ajuizamento da ação reivindicatória em 2007, quando já caracterizada a prescrição aquisitiva decenal.

O caso não enseja maiores debates, apesar dos argumentos contrapostos do recorrente.

Isso porque as incongruências apontadas no apelo, *data venia*, são insuficientes para desconstituir os requisitos da usucapião (devidamente preenchidos *in casu*), não afastando, portanto, a pretensão inicial, cuja situação fática resta evidentemente clara por meio da (contudente/harmônica) prova testemunhal.

Oswaldo Galancini (suposto vendedor/possuidor), Adriana Elesbão (residente no mesmo bairro), Ilson Mix (confrontante da área) e Valmir Vitorino (que vendeu o terreno a Moacir) confirmaram a ocupação do bem pelo autor, sem oposição. Desconheciam o verdadeiro proprietário ou sequer possuíam conhecimento de que o bem pertencia a alguém. Alguns lembravam que Valmir usufruía da área desde 1995, tendo aterrado, edificado um muro e uma “meia água”. Foram unânimes em afirmar que o demandante exerce a sua posse desde 1998.

O próprio depoimento pessoal do requerido complementa a versão narrada na exordial e as declarações das testemunhas.

Colhe-se do aludido depoimento, destacado na sentença:

De outro lado, o proprietário do imóvel, Márcio Aurélio, relatou que adquiriu o bem em 1991, da H. Schultz; que na época da aquisição trabalhava perto e passava direto por ali e não tinha invasor; o terreno era cercado e não era aterrado, era num banhado; de um tempo para cá passou a viajar de caminhão e aí demorava mais para passar; quando notou a invasão, procurou os réus, que disseram que iriam sair; até hoje não saíram e então logo depois entrou com a ação; sempre pagou IPTU; não para muito em casa, mas por volta de 2005 ou 2006 é que foi conversar com os réus, diante da invasão; os réus fizeram uma casa de madeira no local; demorou para entrar com a ação porque viaja bastante, ficando meses sem vir pra casa; não tem como ficar cuidando do terreno; só conheceu Valmir Vitorino e os réus depois que invadiram; quando comprou, o terreno era cercado com arame; não aterrou o imóvel; não sabe quem fez o muro; quando constatou a invasão, por volta de 2005, os réus já tinham construído uma casa atrás do terreno e depois aumentaram para frente; nem imaginava que o terreno pudesse estar invadido; todos os terrenos tinham cerca; houve uma invasão e quem morava ali e percebia a invasão no dia, tirava os invasores, mas o depoente viajava e não tinha como se defender; o terreno não tinha ligação de água e luz; depois que foi invadido, tinha tudo; quando percebeu a invasão, o imóvel estava como retratado nas fotografias de fls. 14.

Diante disso, a única forma de se evitar a configuração da prescrição aquisitiva seria demonstrar que, durante o período em que ocuparam o bem, os demandantes sofreram oposição à posse, o que não ocorreu, como asseverado em audiência pelo réu.

O registro de boletim de ocorrência pelo proprietário (desacompanhado de outras provas) não configura oposição para fins de usucapião, por se tratar apenas de uma declaração unilateral, sem a efetiva comprovação de que os possuidores foram, de fato, abordados e a posse contestada.

Nesse sentido:

AÇÃO DE USUCAPIÃO – Procedência da pretensão – Autores que comprovaram a posse “*animus domini*” por prazo suficiente – Oposição à posse que deve ser manifestada pelos meios adequados para interromper a prescrição aquisitiva – Simples elaboração de boletim de ocorrência que não se presta a interromper o prazo – B.O. lavrado, ademais, depois de já consumado o prazo da usucapião – Redução do prazo da usucapião extraordinária para 10 anos, já que o os autores construíram no imóvel, passando a nele habitar – Recurso desprovido. (TJSP, Apelação Cível n. 0002742-60.2012.8.26.0201, rel. Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 5-12-2017)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – POSSE MANSA, PACÍFICA E DECURSO DO TEMPO – OPOSIÇÃO MEDIANTE BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL – IMPOSSIBILIDADE PARA INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS – SENTENÇA MANTIDA.

Diz-se da posse mansa, quando do exercício de poderes inerentes à propriedade sem contestação. A contestação da posse precisa ser comprovada e realizada através das vias adequadas e efetivas a questioná-la e, por conseguinte a sua mansidão, a fim de interromper o prazo prescricional.

Para reputar-se interrompida a prescrição aquisitiva, é de rigor que o ato consubstancie resistência clara e direta à mansidão da posse, visando a defesa do direito material sujeito à prescrição.

O Boletim de Ocorrência policial dos autos, que não descreve fato de natureza penal, não tem força para demonstrar que os possuidores foram contestados ou que a mansidão tenha sido, de algum modo, resistida abalada. Precedentes.

Preenchidos os requisitos legais, a propriedade deve ser declarada aos apelados, sendo imperiosa a manutenção da sentença.

Apelo improvido. (TJBA, Apelação Cível n. 0501119-87.2014.8.05.0274, rel. Des. Maurício Kertzman Szporer, p. Relator(a): MAURICIO KERTZMAN SZPORER, p. 20-2-2017) (grifou-se)

Por esses motivos, o prazo prescricional de dez anos (verificada a regra transição) restou configurado, diante da soma da posse de seu antecessor (Valmir Vitorino – desde 1995) com aquela exercida pelos autores (a partir de 1998) até a primeira objeção comprovada (ação reivindicatória em 2007).

Fica prejudicada a insurgência relativa a Osvaldo Galancini, já que a posse supostamente exercida por ele não foi levada em consideração para a contagem da usucapião. Salienta-se, apenas para fins de debate, que é muito improvável que a referida testemunha declararia em Juízo ter vendido imóvel que nunca lhe pertenceu formalmente.

Ademais, importante asseverar que a audiência de instrução ocorreu em 2016, cerca de 20 anos após os fatos, sendo previsível a ocorrência de alguns equívocos nas declarações relativos a certos acontecimentos, desde que tais imprecisões não envolvam, à evidência, fatos relevantes à resolução do caso.

E, como bem observou a magistrada singular, “é cediço que, em se tratando de usucapião na modalidade extraordinário, a aquisição da propriedade independe de justo título e boa-fé, dando-se simplesmente pela posse prolongada sobre o bem” (fl. 325).

Por essas razões, a sentença que reconheceu a usucapião deve ser preservada.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO RÉU. [...]

IMÓVEL DESTINADO À MORADIA. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 2.028 DO CÓDIGO CIVIL EM VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE REGRA ESPECÍFICA. ARTIGO 2.029 C/C 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. PRAZO AQUISITIVO DE 10 ANOS, APÓS 2 ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL 2002.

AUTORES QUE PRETENDEM SOMAR A SUA POSSE À DOS ANTECESSORES PARA FINS DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. POSSIBILIDADE, ANTE A NATUREZA IDÊNTICA DAS POSSES. PREENCHIMENTO DO LAPSO TEMPORAL PARA A DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA DA PROPRIEDADE. DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DA POSSE MANSA, PACÍFICA, ININTERRUPTA E COM ANIMUS DOMINI POR MAIS DE 10 ANOS. REQUISITOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1.238 DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. [...] SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“I - Não se aplica a regra de transição do artigo 2.028 do Código Civil quando há na legislação norma específica ao caso concreto. In casu, tratando-se de ação de usucapião extraordinária, em que a Autora utiliza o imóvel para moradia habitual, aplica-se a regra específica do artigo 2.029 c/c 1.238, parágrafo único, ambos do Código Civil de 2002. II - A existência de hipoteca gravada na matrícula do imóvel não obsta à sua aquisição pela usucapião, mormente se a modalidade não depender de justo título e boa-fé, como é o caso da usucapião extraordinária. III - Para a caracterização da prescrição aquisitiva capaz de dar azo à usucapião extraordinária, faz-se necessário que o interessado, com animus domini (posse plena ou absoluta), mantenha a posse mansa, pacífica e ininterrupta da coisa por um prazo não inferior a quinze anos, podendo reduzir-se para dez anos, conforme o disposto no art. 1.238 do Código Civil. Nessa toada, demonstrados durante a instrução processual os requisitos necessários para a aquisição do imóvel por meio da usucapião extraordinária, a manutenção da sentença é medida que se impõe” (TJSC, Apelação Cível n. 0002843-73.2013.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 09-03-2017). (Apelação Cível n. 0024205-39.2013.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Selso de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 15-8-2019).

2.2 Reivindicatória

O proprietário do imóvel em apreço alegou, na exordial, a prática de esbulho, por parte dos ora apelados, no ano de 2006.

Todavia, como acima verificado, os ora recorridos ajuizaram ação de usucapião, prejudicial à pretensão petítória.

Dessa forma, “sendo forma originária de aquisição de propriedade, uma vez demonstrados a presença dos requisitos da usucapião extraordinária [...] em favor da ré, verifica-se a existência de fato extintivo do direito dos autores (perda da propriedade) em reivindicar o imóvel litigioso, devendo a demanda de natureza real ser julgada improcedente” (Apelação Cível n. 2001.004835-3, de Itajaí, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 17-4-2007).

Nesse sentido, mantenho a sentença nos seus exatos termos.

A propósito:

AÇÃO REIVINDICATÓRIA - ARGUIÇÃO DE USUCAPIÃO - MATÉRIA DE DEFESA - STF, SÚMULA 237 - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - REQUISITOS SATISFEITOS - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA

1 “O usucapião pode ser arguido como mera defesa em ação reivindicatória, sem que, no entanto, a sentença que o reconheça como causa impeditiva da procedência do pedido, possa ser título hábil à transcrição no registro de imóveis. É bastante, porém, para o indeferimento do pleito petitorio” (AC n. 2001.003889-7, Des. Henry Petry Junior).

2 Satisfeitos, pela demandada, os requisitos previstos no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil, não há o que se reparar na decisão que julgou improcedente o pedido reivindicatório em relação ao mesmo bem. (Apelação Cível n. 0300452-95.2018.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 3-9-2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO ARGUIDA COMO MATÉRIA DE DEFESA. TESE ACOLHIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR. ALEGADA POSSE INJUSTA DO RÉU. AUSÊNCIA DE PROVA NESSE SENTIDO. REQUERIDO QUE, POR OUTRO LADO, COMPROVA A PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REIVINDICATÓRIO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0003727-41.2013.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 2-5-2019).

3 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

O pedido de condenação dos recorridos por litigância de má-fé, com base no art. 80, II, III e V, do CPC/2015, resta prejudicado.

4 HONORÁRIOS RECURSAIS

Por último, necessária se faz a fixação dos honorários recursais, em consonância com o disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 85. [...]

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Desse modo, observados os parâmetros acima referidos, majora-se a verba honorária sucumbencial fixada em primeiro grau, com fulcro no art. 85, § 8º, do CPC/2015, em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para R\$ 3.000,00 (três mil reais) em cada ação.

5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de a) conhecer dos recursos interpostos nos autos de ns. 0002889-54.2009.8.24.0005 e 0004545-17.2007.8.24.0005 e negar-lhes provimento; b) em consonância com o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majorar as verbas honorárias sucumbenciais para R\$ 3.000,00 (três mil reais) em cada ação.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0800393-54.2013.8.24.0045, Palhoça

Relator: Desembargador Ricardo Fontes

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE EM FAIXA DE SEGURANÇA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DO AUTOR. ALEGADA CULPA EXCLUSIVA DO CONDUTOR RÉU. PREFERÊNCIA DE PASSAGEM AOS PEDESTRES (ART. 29, INC. XII, § 2º, DO CTB). NÃO OBSERVÂNCIA PELO MOTORISTA. PEDESTRE QUE, TODAVIA, ADENTRA DE FORMA REPENTINA EM RODOVIA DE FLUXO INTENSO (MARGINAL DA BR-101). DEVER DE TOMAR AS PRECAUÇÕES NECESSÁRIAS PARA ADENTRAR NA VIA PÚBLICA COM SEGURANÇA, AINDA QUE ESTEJA SOBRE A FAIXA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A CULPA CONCORRENTE. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS INDENIZAÇÕES POSTULADAS NA PROPORÇÃO DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) PARA CADA. CONDENAÇÃO DA SEGURADORA DIRETA E SOLIDARIAMENTE COM O RÉU, ATÉ O LIMITE PREVISTO NA APÓLICE.

Em que pese seja assegurado aos pedestres o direito de preferência de passagens nas vias urbanas (art. 29, inc. XII, § 2º, do CTB), tal prerrogativa não afasta o dever do pedestre de tomar as cautelas necessárias para adentrar na via pública com segurança, ainda que esteja sobre a faixa.

DANO MORAL. SOFRIMENTO DE LESÕES. CONTRIBUIÇÃO PARA A OCORRÊNCIA DO SINISTRO. INGRESSO REPENTINO EM VIA, DISTRAÍDO, UTILIZANDO APARELHO CELULAR E SEM SINALIZAR A INTENÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUALQUER REFLEXO EXTRAPATRIMONIAL ALÉM DOS INFORTÚNIOS INERENTES AO ACIDENTE. ABALO MORAL NÃO CARACTERIZADO.

Embora se reconheça que as consequências do sinistro provocaram dor e sofrimento ao autor, não há como negar a sua contribuição para a ocorrência do acidente, pois, frisa-se, adentrou repentinamente em via de fluxo intenso de veículos (marginal da BR-101), distraído, utilizando aparelho de celular e sem sinalizar a intenção.

Ademais, não há nos autos demonstração de qualquer reflexo extrapatrimonial além dos infortúnios inerentes ao acidente de trânsito.

DANOS ESTÉTICOS. EXISTÊNCIA DE MARCA PERMANENTE E APARENTE (CICATRIZ NA PERNA). CONFIGURAÇÃO. QUANTUM. FIXAÇÃO.

REPARAÇÃO PATRIMONIAL. RESSARCIMENTO DOS VALORES DESPENDIDOS COM AS SESSÕES DE FISIOTERAPIA PARA O RESTABELECIMENTO DO MEMBRO ATINGIDO. RESTITUIÇÃO DEVIDA.

DEDUÇÃO DO VALOR DO SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) SOBRE AS CONDENAÇÕES. SÚMULA N. 246 DO STJ. ABATIMENTO DEVIDO.

SENTENÇA REFORMADA. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0800393-54.2013.8.24.0045, da comarca de Palhoça 2ª Vara Cível em que é Apelante Rodrigo da Silva Nascimento e Apelado Joceu de Freitas.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso, reconhecendo-se a culpa concorrente entre as partes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada e, por conseguinte: a) condenar os requisitos ao pagamento de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a título de danos estéticos; e R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) a título de danos materiais, acrescidos dos consectários legais, nos termos do voto; e b) redistribuir os ônus sucumbenciais nos moldes do acórdão. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 10 de dezembro de 2019, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, e dele participaram o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves e a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cláudia Lambert de Faria.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2019.

Desembargador Ricardo Fontes
Relator

RELATÓRIO

Adota-se, por oportuno, o relatório da sentença:

Rodrigo da Silva Nascimento, qualificado, ajuizou a presente “ação de reparação de danos materiais, morais e estéticos” em face de Joceu de Freitas, igualmente qualificado nos autos.

Aduziu, em síntese, que, em 16/12/2012, foi atropelado pelo réu enquanto atravessava a faixa de pedestres no km 212,5 da BR 101.

Asseverou que, em decorrência do acidente, teve numerosos prejuízos de ordem material e, devido à grave fratura na perna esquerda, mesmo com a intervenção cirúrgica ficou com sequelas definitivas, como a limitação de movimentos, dificuldade para caminhar e impossibilidade permanente para a prática de esportes e trabalho.

Nesse passo, após dizer do Direito que entende aplicável ao caso, requereu a concessão da Gratuidade da Justiça e pugnou pela condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$2.018,00 e danos morais e estéticos iguais a 30 salários mínimos.

Valorou a causa, juntou procuração e documentos (fls. 12/41).

À fl. 46 foi concedido o benefício da Gratuidade da Justiça e determinada a citação da parte ré.

Devidamente citada (fl. 50), a ré apresentou contestação (fls. 51/55), oportunidade na qual denunciou à lide a empresa Liberty Seguros S.A. Alegou, ainda, que o acidente de trânsito ocorreu por culpa exclusiva do autor, que atravessou a faixa de pedestres de inopino e conversando em um celular, não tomando as cautelas necessárias.

Asseverou que estava em velocidade compatível com a faixa marginal, tentou evitar o acidente se deslocando para a esquerda e prestou socorro ao autor no momento do atropelamento. Suscitou, por fim, que o autor recebeu indenização de seguro DPVAT e auxílio-doença junto ao INSS, e que não estão presentes os elementos que configuram os danos reclamados.

Houve réplica (fls. 74/78).

Admitida a denúncia da lide (fl. 79) e citada a litisdenunciada (fl. 83), essa apresentou contestação apontando, inicialmente, que a responsabilidade da seguradora está adstrita ao limite máximo da importância segurada e constante da apólice contratada, qual seja, para danos corporais e danos materiais em até R\$50.000,00, para cada.

Asseverou, ainda, que, de acordo com a apólice ajustada entre as partes, o contrato de seguro realizado cobre apenas danos corporais e danos materiais, não compreendendo os danos estéticos e moral, albergados em cláusulas de exclusão de risco.

Ratificou os termos da contestação apresentada pelo réu e alegou que, em caso de condenação, inexistiria mora por parte da seguradora, visto que não se recusa em adimplir sua obrigação. Ademais, suscitou que o valor recebido a título de seguro DPVAT deve ser deduzido do valor da indenização e, por fim, que o ônus da sucumbência não atinge a lide secundária, de modo que não pode ser condenada às custas processuais e honorários advocatícios.

Sobreveio decisão de saneamento e organização do processo (fls. 251/252), na qual foi deferida a produção de prova oral e determinada a expedição de ofício à Seguradora Líder do Consórcio do Seguro DPVAT SA para prestar informações sobre eventual recebimento de indenização securitária obrigatória.

Realizada a audiência instrutória (fls. 261/262), foi ouvida uma testemunha arrolada pela parte ré.

Às fls. 268/283, a Seguradora Líder do Consórcio do Seguro DPVAT SA colacionou aos autos a resposta ao ofício.

O autor apresentou seus memoriais às fls. 267/290, fazendo-o a parte ré e a litisdenunciada de forma remissiva (fl. 261).

Na sequência, o Magistrado *a quo* julgou a controvérsia, em decisão (fls. 294-298) que contou com a seguinte parte dispositiva:

Ante todo o exposto, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTE o pedido indenizatório formulado por Rodrigo da Silva Nascimento, qualificado, contra Joceu de Freitas, igualmente qualificado.

Condeno o Autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários sucumbenciais do patrono do Réu/Denunciante, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, observado o disposto no art. 85, § 2º, do CPC.

A exigibilidade dessas verbas, porém, fica suspensa, uma vez que a parte autora é beneficiária da Gratuidade da Justiça.

Nos termos do art. 129 do Código de Processo Civil, e seu parágrafo único, no que toca à lide regressiva, diante da improcedência do pedido principal, julgo-a prejudicada, cabendo ao Autor o pagamento dos

honorários do causídico da seguradora denunciada, os quais fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), ex vi do art. 85, § 8º, do CPC.

Em sendo apurada a existência de valores a restituir a título taxa de serviços judiciais e/ou despesas processuais, a parte interessada assim poderá postular na via administrativa, consoante Resolução CM n. 10/2019 do TJSC, ficando indeferido eventual requerimento formulado diretamente nos presentes autos.

Após o trânsito em julgado, certifique-se e, nada sendo requerido, arquivem-se os autos.

P. R. I.

Inconformado com o teor do comando, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 302-307), sustentando que: a) estava ingressando na faixa de pedestres à esquerda, enquanto o veículo conduzido pelo réu transitava na pista da direita; ou seja, “percorreu toda a extensão da via (saiu da direita vindo para esquerda) alcançando a vítima que estava iniciando a travessia na esquerda (conforme croqui)” (fl. 304); b) evidente que o requerido não percebeu a presença do autor iniciando a travessia na faixa de pedestres; c) “se fosse verídica a versão de que a vítima estava correndo, teria sido ela atropelada no meio para o final da travessia, vez que o réu visualizou a vítima ingressando na via enquanto trafegava a menos de 40km/h” (fl. 305); d) não há como imputar a responsabilidade pelo atropelamento à vítima; e e) o evento danoso só ocorreu em razão da imprudência do condutor réu.

Requeru, assim, a reforma da sentença para julgar procedentes os pleitos exordiais, a fim de condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, materiais e estéticos.

Contrarrazões ofertadas às fls. 311-312.

Após, vieram os autos conclusos para julgamento.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo autor Rodrigo da Silva Nascimento contra a sentença que julgou improcedentes os pleitos exordiais ao reconhecer a culpa exclusiva da vítima pela deflagração do evento danoso.

Pois bem. O Código Civil, em seu art. 186, prescreve: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O ato ilícito desdobra-se nas distintas modalidades dolosa ou culposa. A diferença reside, no caso da primeira, na vontade deliberada, por ação ou omissão, de causar o dano, ao passo que a segunda decorre “de imprudência, negligência ou imperícia do agente, que, nesses casos de culpa, tem intenção do ato, mas não do resultado” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.453). Coaduna-se ao caso concreto a segunda modalidade.

Respeitante ao dever de reparar o dano cometido, o art. 927, *caput*, do mesmo diploma legal, enfatiza: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”.

Para a configuração do dever de indenizar, a doutrina pátria menciona a necessidade de satisfação de certos requisitos, quais sejam: a) o ato ilícito causado pelo agente; b) a ocorrência de dano patrimonial ou moral; e c) a incidência de nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Especificamente sobre a responsabilidade havida no trânsito de veículos, o art. 29, § 2º, da Lei n.º 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) dispõe que:

Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:

[...]

§ 2º Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres.

Logo, é perceptível a intenção da norma de trânsito em estipular responsabilidade aos veículos de maior porte na garantia da segurança dos menores. Determina a legislação, percebe-se, uma ordem hierárquica de dever de proteção, a fim de assegurar aos mais suscetíveis um zelo condizente com o risco tipicamente existente na circulação concomitante, nas vias públicas, de indivíduos, bicicletas, motocicletas, automóveis, ônibus e caminhões. Àqueles de porte superior cabe, pois, a tutela daqueles de dimensão reduzida.

Pois bem. Em análise à dinâmica do acidente e às provas acostadas aos autos, infere-se ser incontroverso que o autor Rodrigo da Silva Nascimento, no dia 16-12-2012, às 23h, quando tentava atravessar a marginal da BR-101, Km 212,5, no Município de Palhoça/SC, sobre a faixa de segurança, foi atropelado pelo veículo VW/Crossfox, conduzido pelo réu Joceu de Freitas.

A esse respeito, exsurge do boletim de acidente de trânsito de fls. 16-19, lavrado em 16-12-2012 pela Polícia Rodoviária Federal (PRF), a seguinte narrativa do evento:

Conforme levantamentos efetuados no local, corroborado com a declaração do condutor do veículo 01, na BR 101, no KM 212,5, no Município de Palhoça, o veículo 01, VW/CROSSFOX de placas MIB-1781/SC, seguia em frente pela marginal, quando atropelou o pedestre que atravessava a via apressadamente, sobre a faixa de pedestre, conforme croqui.

Com efeito, verifica-se não haver controvérsia quanto ao fato de o atropelamento ter ocorrido quando o autor realizava a travessia da via na faixa de segurança.

Sobre a preferência de passagem do pedestre que se encontre sobre a faixa de segurança, assim estabelece o art. 214, do Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 214. **Deixar de dar preferência de passagem a pedestre** e a veículo não motorizado:

I - que se encontre na faixa a ele destinada;

II - que não haja concluído a travessia mesmo que ocorra sinal verde para o veículo;

III - portadores de deficiência física, crianças, idosos e gestantes:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa. (sem destaque no original).

A esse respeito, ordena, ainda, o art. 70 do mesmo diploma legal:

Art. 70. **Os pedestres que estiverem atravessando a via sobre as faixas delimitadas para esse fim terão prioridade de passagem**, exceto nos locais com sinalização semafórica, onde deverão ser respeitadas as disposições deste Código. (sem destaque no original).

Conclui-se, assim, que sempre tem preferência de passagem o pedestre que estiver atravessando a via sobre a faixa destinada a ele, prioridade que, por óbvio, não foi observada pelo condutor réu *in casu*.

Além disso, cabia ao condutor, verificando tratar de local próximo a faixa de segurança, atentar de forma redobrada a circulação de pessoas, conforme prescreve a legislação de trânsito.

Compreende-se, portanto, que o requerido não agiu com a cautela exigida ao caso, já que se tratava de pedestre que pretendia atravessar a via, sobre a faixa de segurança, durante a noite, situações que exigem atenção redobrada do condutor.

Todavia, adianta-se, a conduta do motorista réu, por si só, não foi decisiva para a ocorrência do infortúnio, concorrendo com os atos imprudentes o autor, que, apesar de atravessar na faixa de pedestre, não sinalizou sua intenção, ingressando de inopino na pista de rolamento.

Nesse sentido, a testemunha presencial Márcio Roberto Ciciliane Rodrigues (mídia acostada às fls. 261-262) foi assertiva em afirmar que visualizou o exato momento do atropelamento, afirmando que seguia uns dez metros de distância atrás do autor que, por sua vez, caminhava apressado e utilizando um aparelho celular, de modo que, no momento em que iniciou a travessia na via, não parou e nem sequer olhou para os lados.

Assim, em que pese seja assegurado aos pedestres o direito de preferência de passagens nas vias urbanas (art. 29, inc. XII, § 2º, do CTB), tal prerrogativa não afasta o dever do pedestre de tomar as cautelas necessárias para adentrar na via pública com segurança, ainda que esteja sobre a faixa. É o que se extrai do art. 69 do Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 69. Para cruzar a pista de rolamento o pedestre tomará precauções de segurança, levando em conta, principalmente, a visibilidade, a distância e a velocidade dos veículos, utilizando sempre as faixas ou passagens a ele destinadas sempre que estas existirem numa distância de até cinquenta metros dele, observadas as seguintes disposições:

I - onde não houver faixa ou passagem, o cruzamento da via deverá ser feito em sentido perpendicular ao de seu eixo;

II - para atravessar uma passagem sinalizada para pedestres ou delimitada por marcas sobre a pista:

a) onde houver foco de pedestres, obedecer às indicações das luzes;

b) onde não houver foco de pedestres, aguardar que o semáforo ou o agente de trânsito interrompa o fluxo de veículos;

III - nas interseções e em suas proximidades, onde não existam faixas de travessia, os pedestres devem atravessar a via na continuação da calçada, observadas as seguintes normas:

a) não deverão adentrar na pista sem antes se certificar de que podem fazê-lo sem obstruir o trânsito de veículos;

b) uma vez iniciada a travessia de uma pista, os pedestres não deverão aumentar o seu percurso, demorar-se ou parar sobre ela sem necessidade.

Aliás, não se ignora que, com o avanço tecnológico, o uso do celular enquanto se caminha pelas ruas tem sido cada vez mais comum. A prática, todavia, tem resultado na perda da concentração, induzindo os pedestres a tomarem atitudes imprudentes no trânsito que, com efeito, aumentam as chances de acidentes.

Evidente, pois, que tanto o autor como o motorista réu não tomaram as cautelas necessárias exigidas pela legislação, de modo que se revela razoável reconhecer que ambos contribuíram para a ocorrência do sinistro.

À vista de tais ponderações, tem-se que a conclusão de improcedência dos pedidos iniciais não se amolda à situação vertente. Isso porque a prova produzida, aliada à dinâmica do acidente narrada pelas partes, apontou para a concorrência disciplinada no art. 945 do Código Civil.

Desse modo, uma vez inexistentes provas de que o autor ou o réu teriam concorrido exclusivamente para o evento danoso, devem ambos arcar em iguais proporções com os danos consequentes, razão pela qual se faz necessária a reforma da sentença.

Diante do reconhecimento da culpa concorrente, surge o dever de indenizar dos réu, dentro da proporção que ele concorreu para a ocorrência do acidente.

Esclarece-se que seguradora denunciada deve ser condenada, direta e solidariamente com o segurado ao pagamento de indenização devida ao autor, nos limites contratados na apólice (Súmula n. 537 do STJ).

No caso dos autos, extrai-se da apólice (fls. 126-221) que o requerido esta abarcado pela

avença securitária a cobertura por danos corporais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) – nestes abrangidos, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, os danos morais e estéticos – e danos materiais no valor máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Nesse sentido, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544, CPC). AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO AGRAVO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO APELO EXTREMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA REQUERIDA.

1 No caso concreto, o Tribunal de origem examinou os elementos de convicção dos autos, concluindo ser **devida a indenização securitária porque os danos morais e estéticos consistem em desdobramentos do dano corporal e, por isso, estariam abrangidos na previsão de cobertura por danos pessoais e não haveria cláusula expressa de exclusão prevista no contrato.**

2 O posicionamento adotado na decisão recorrida coincide com a orientação desta Corte Superior, portanto é inafastável a incidência do óbice previsto na Súmula 83 do STJ.

3 Estando o acórdão proferido na origem em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, não há se falar em dissídio jurisprudencial. 4 Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp n. 1382188/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 1º-2-2016, sem destaque no original).

Dito isso, passa-se, por conseguinte, à análise dos danos.

Pugna o autor pela condenação do condutor réu ao pagamento de indenização pelo abalo moral sofrido em razão do sinistro.

Pois bem. Dos documentos acostados aos autos, extrai-se que o requerente teve sua integridade corporal violada ante as lesões experimentadas, sendo submetido à internação hospitalar (fls. 25 e 27), tratamento cirúrgico (fl. 25) e sessões de fisioterapia (fl. 26).

Embora se reconheça que tais fatos provocaram dor e sofrimento ao autor, não há como negar a sua contribuição para a ocorrência do acidente, pois, frisa-se, adentrou repentinamente em via de fluxo intenso de veículos (marginal da BR-101), distraído, utilizando aparelho de celular e sem sinalizar a intenção.

Ademais, não há nos autos demonstração de qualquer reflexo extrapatrimonial além dos infortúnios inerentes ao acidente de trânsito, principalmente em função de não ter o infortúnio lhe acarretado qualquer sofrimento intenso, a ponto de caracterizar o alegado abalo moral.

Logo, incabível a indenização pretendida a esse título.

De outro tanto, merece prosperar a tese de ocorrência de dano estético, uma vez evidente que o acidente de trânsito deixou marca permanente (cicatriz) no corpo do autor em local de fácil exposição (perna esquerda) – conforme se observa das fotografias de fl. 30.

Quanto ao valor a ser fixado a título de dano estético, é sabido que inexistem parâmetros legais previamente definidos para a fixação do valor de indenização por danos estéticos, estando a estipulação do montante devido sujeita ao prudente arbítrio do julgador, cuja atuação há de ser balizada conforme os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nessa toada, não de ser considerados, para a acertada aferição do quantum indenizatório, elementos como a situação financeira do ofensor e a condição econômica do lesado – evitando-se, dessarte, o enriquecimento ilícito da vítima, vedado pelo Direito pátrio.

Razoável será, portanto, o valor capaz de consubstanciar de um lado o caráter pedagógico da verba, e, de outro este ainda mais premente a sua índole ressarcitória.

Subsumidas tais reflexões para o caso *sub judice*, especialmente a extensão da cicatriz deixada na perna esquerda do requerente, é de se concluir pela fixação do *quantum* indenizatório no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), haja vista que suficiente não só para cumprir o desiderato de reprimenda ao responsável pelo ato ilícito, como também para garantir coerente compensação à autora pelos abalos experimentados.

No entanto, conforme exposto, a contribuição do réu para a ocorrência do sinistro foi de 50% (cinquenta por cento), motivo pelo qual a indenização pelos danos estéticos deve corresponder a essa porcentagem (R\$ 2.500,00 – dois mil e quinhentos reais).

Uma vez estipulado nesta instância o valor da indenização anímica, registra-se que a correção monetária deverá incidir a contar da data de publicação deste acórdão (Súmula n. 362 do STJ), mediante aplicação da Taxa Selic, que também contempla os juros de mora.

Atinente aos juros moratórios, estes devem incidir em 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, no que tange à seguradora ré (art. 405 do Código Civil), e a contar do evento danoso, em relação ao condutor réu (Súmula n. 54 do STJ), até a publicação do presente decisório, quando passarão a ser computados também pela Taxa Selic.

Concernente ao pedido de indenização pelos danos materiais, apesar de ter pretendido a condenação do réu ao pagamento de R\$ 2.018,00 (dois mil e dezoito reais), o autor logrou êxito em comprovar apenas as despesas relativas às sessões de fisioterapia, as quais perfazem o montante de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), conforme se infere do recibo amealhado à fl. 22 dos autos.

Frisa-se, porém, que, em relação a aquisição de um “par de muletas” e a “perda do seu aparelho celular”, o autor não trouxe nenhum documento hábil a amparar a pretensão, de modo que não há como acolher a insurgência no ponto.

Nesse ínterim, devem os réus efetuarem o ressarcimento da despesa efetivamente comprovada nos autos, na proporção de 50% (cinquenta por cento), qual seja, o montante de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), corrigidos monetariamente a partir da data do desembolso (Súmula 43 do STJ) e acrescidas de juros de mora a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

De outro tanto, mostra-se de toda infundada a argumentação tecida pela seguradora ré em contestação acerca da inexistência de mora a justificar a incidência dos juros sobre os valores da apólice.

Isso porque, embora ela “tenha aceitado a sua responsabilidade no sentido de admitir a existência de contrato de seguro vigente com os responsáveis pelo sinistro e suas implicâncias, apresentou peça defensiva, a fim de obstaculizar o direito perseguido pela parte lesada” (TJSC, AC n. 0013173-06.2009.8.24.0011, Primeira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 24-5-2018).

Dessa feita, vislumbra-se pretensão resistida a fazer impor o acréscimo dos juros moratórios sobre as indenizações, nos termos da jurisprudência deste Tribunal – o que lhe sujeita, também, ao pagamento das verbas de sucumbência decorrentes de sua derrota na lide.

Por derradeiro, ressalta-se, que a soma auferida pelo autor à guisa de seguro DPVAT – R\$ 960,00 (novecentos e sessenta reais) (fls. 268-283) – há de ser deduzida, conforme pretende a seguradora ré, do valor total da condenação imposta contra si, em observância à Súmula n. 246 da Corte Superior.

Dito isso, e diante da modificação do julgado de primeira instância, impõe-se a redistribuição dos ônus de sucumbência de forma proporcional entre os litigantes.

Logo, arcam ambas as partes com as custas processuais na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada, bem assim com os honorários advocatícios, estes ora fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação para cada parte, já considerado o arbitramento recursal – art. 85, § 11º, do CPC.

Registra-se que a exigibilidade das verbas a serem custeadas pelo requerente segue suspensa, porque beneficiário da Justiça gratuita – art. 98, § 3º, do CPC.

Ante todo o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, reconhecendo-se a culpa concorrente entre as partes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada e, por conseguinte: a) condenar os requeridos ao pagamento de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a título de danos estéticos; e R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) a título de danos materiais, acrescidos dos consectários legais, nos termos supra; e b) redistribuir os ônus sucumbenciais nos moldes do acórdão.

Agravo de Instrumento n. 4034498-84.2018.8.24.0000, de Jaguaruna

Relatora: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE DEFERIU A MEDIDA LIMINAR PARA QUE O RÉU SE ABSTENHA DE PRATICAR ATOS QUE VIOLEM O EXERCÍCIO POSSESSÓRIO DOS AUTORES.

RECURSO DO RÉU

IMÓVEL ÚNICO, DOADO PELA GENITORA AOS SEUS FILHOS, AGRAVANTE E AGRAVADO, MEDIANTE INSTRUMENTO PARTICULAR DE DOAÇÃO. ANEXO AO PACTO QUE INDICA AS ÁREAS PERTENCENTES A CADA UM DOS DONATÁRIOS. PARTES QUE RECEBERAM, CADA UM, UMA PORÇÃO DO PÁTIO EXISTENTE NO LOCAL. REQUERIDO QUE INICIOU A CONSTRUÇÃO DE UM MURO DIVISÓRIO E AMEAÇOU IMPEDIR A UTILIZAÇÃO DO TERRENO PELOS AUTORES. ALEGAÇÃO DO AGRAVANTE DE QUE HOUVE ALTERAÇÃO VERBAL DA DOAÇÃO, FICANDO AJUSTADO QUE TODA A PARTE DO PÁTIO FICARIA PARA SI. INSUBSISTÊNCIA. ALTERAÇÃO VERBAL DE CONTRATO ESCRITO QUE NÃO SE PRESUME, DIANTE DO DISPOSTO NO ART. 472 DO CÓDIGO CIVIL. ÚNICO ACESSO AOS FUNDOS DO TERRENO QUE SE DÁ PELA LATERAL DA CASA DO AGRAVANTE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 567 DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4034498-84.2018.8.24.0000, da comarca de Jaguaruna 1ª Vara em que é Agravante Mariel Cardoso de Bona e Agravado Mateus Cardoso de Bona e outro.

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 Luiz César Medeiros e dele participou, com voto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Fontes.

Florianópolis, 29 de outubro de 2019.

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

Relatora

RELATÓRIO

Mariel Cardoso de Bona interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pelo juízo da 1ª Vara da comarca de Jaguaruna que, nos autos da ação de interdito proibitório nº 0301673-12.2018.8.24.0282, ajuizada por Mateus Cardoso de Bona e Suzane Gregório dos Santos,

deferiu o pedido liminar, determinando que o réu se abstenha de praticar atos que possam violar o exercício da posse pela parte autora sobre o imóvel, com a paralisação da obra em andamento e permissão para que os veículos dos demandantes passem no local e para que estes utilizem a área de depósito e armazenamento de materiais, sob pena de multa diária de R\$ 2.500,00, limitada ao valor de R\$ 50.000,00 (fls. 32/34 dos autos de origem).

Em suas razões recursais (fls. 1/23), sustenta, em suma, que, diversamente do que narraram os agravados/autores, não há condomínio da área, sendo que as áreas ficaram delimitadas conforme constou nos desenhos anexos ao contrato de doação, que foram maliciosamente omitidos por aqueles. Relatou que os agravados utilizavam a área em debate por mera tolerância, sendo que iniciou a construção do muro de acordo com a área de cada um, conforme ficou estipulado verbalmente. Relatou que a construção do muro é urgente e visa a segurança de seu filho de um ano de idade, já que há intensa circulação de máquinas e caminhões no local.

O efeito suspensivo foi indeferido por esta relatora às fls. 179/185.

Os agravados não apresentaram contrarrazões no prazo legal (certidão de fl. 187), mas, posteriormente, peticionaram postulando o desprovimento do recurso (fls. 189/193).

Os autos vieram conclusos para julgamento.

VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido, sendo o recorrente dispensado do recolhimento do preparo, tendo em vista o deferimento do benefício da justiça gratuita na decisão de fls. 179/185.

Cumprе salientar que, para concessão de medida liminar na ação de interdito proibitório, imprescindível é a demonstração da coexistência dos requisitos elencados no art. 567 do Código de Processo Civil, in verbis:

Art. 567. O possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório em que se comine ao réu determinada pena pecuniária caso transgrida o preceito.

No caso em análise, os autores/agravados aduziram que o imóvel situado à Rodovia SC 100, km 21, na cidade de Jaguaruna/SC, foi doado pela genitora do autor a si e a seu irmão, ora agravante. Relataram os demandantes que houve a divisão do imóvel entre eles e sempre utilizaram a área que fica nos fundos da casa do recorrente, seja para acessar sua garagem particular, seja para depositar os materiais de construção vendidos pela empresa Rafa Materiais, de propriedade da requerente.

Por outro lado, o agravante alega que, após a doação em questão, teriam se iniciado tratativas para que trocasse a parte que lhe cabia na edificação da loja existente no terreno com as terras que ficavam aos fundos da parte doada ao agravado. Com a concordância verbal de tal proposta, afirma que a nova configuração seria aquela demonstrada pelo desenho de fl. 37.

Com efeito, analisando o instrumento particular de doação de fls. 32/33, extrai-se de sua cláusula 1ª, parágrafo 3º, que os bens doados estariam pormenorizados em desenho anexo, formulado com a participação das partes. Dentre os documentos juntados pela parte autora, restou ausente tal desenho, vindo o agravante a acostá-lo, em sede recursal, às fls. 34/36.

Em que pese a alegação do agravante, a alteração do contrato particular de doação não pode ser presumida, tendo em vista que foi adotada a forma escrita do pacto – a qual, na hipótese, mostra-se imprescindível, uma vez não se enquadrar o caso na exceção prevista no parágrafo único do art. 541 do Código Civil –, de modo que também somente por essa modalidade pode haver sua modificação. Aliás, o próprio art. 472 do Código Civil disciplina que “O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.”

A propósito, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ACESSÓRIOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DOS DEMANDADOS. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. TESE DEFENSIVA CALCADA NA EXISTÊNCIA DE AJUSTE VERBAL ENTRE AS PARTES. CONTRATO PRIMITIVO CELEBRADO POR ESCRITO. RESCISÃO OU ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS QUE DEVE SEGUIR A FORMA PELA QUAL FORAM CONSTITUÍDOS. PREJUDICIAL AFASTADA. MÉRITO. PRETENDIDA COMPENSAÇÃO DAS BENFEITORIAS NECESSÁRIAS COM O DÉBITO LOCATÍCIO. TESE APRESENTADA EM CONTESTAÇÃO. NECESSIDADE DE RECONVENÇÃO. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE CLÁUSULA DE RENÚNCIA AO DIREITO DE INDENIZAÇÃO E RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. EXEGESE DO ART. 35 DA LEI DO INQUILINATO. SÚMULA 335 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. «Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção» (Súmula 335 do STJ). «Inviável o ressarcimento pecuniário por benfeitorias se há no pacto locatício cláusula contratual a qual consigna, de forma expressa, renúncia do locatário ao direito de indenização ou de retenção, nos termos do art. 35 da Lei n. 8.245/91.» (TJSC, Ap. Cível n. 2008.000289-5, de Canoinhas, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 19.08.2011)». (TJSC, Ap. Cível n. 2010.006397-9, de Lages, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 22.09.2011). **RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** (TJSC, Apelação n. 0004230-87.2001.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 12-05-2016 – Grifo meu).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DOS RÉUS. PAGAMENTO DO PREÇO CONSTANTE DO CONTRATO INCONTROVERSO. TESE DE QUE HOUVE MODIFICAÇÃO VERBAL DO VALOR. ALEGAÇÃO QUE, ALÉM DE NÃO

COMPROVADA, ESBARRA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 472 DO CÓDIGO CIVIL, APLICÁVEL POR ANALOGIA. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. Os contratos devem ser rescindidos ou alterados pela forma que foram constituídos, de modo que, se a avença se deu na forma escrita, descabe defender sua alteração por acordo verbal. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.014644-3, de Correia Pinto, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 22-10-2015 – Grifo meu).

Por fim:

LOCAÇÃO. SALA COMERCIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL, NULIDADE DA SENTENÇA E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS. JULGAMENTO ANTECIPADO OBSTANDO A DEMONSTRAÇÃO DA ALTERAÇÃO VERBAL DO PACTO. PROVA DESPICIENDA. **AVENÇA PRIMITIVA CELEBRADA POR ESCRITO. RESCISÃO OU MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS QUE DEVE COINCIDIR COM A FORMA DE SUA CONSTITUIÇÃO, EX VI DO ART. 472 DO CÓDIGO CIVIL.** FORÇA EXECUTIVA DO CONTRATO VERIFICADA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTO APTO A DESCONSTITUIR O TÍTULO FORMALMENTE PERFEITO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.079088-9, de Tubarão, rel. Des. Ronei Danielli, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 16-12-2014 – Grifo meu).

Outrossim, nem sequer restou comprovada a suposta concordância verbal de Mateus Cardoso, ora agravado, com as alterações afirmadas pelo agravante. Ao contrário, há manifesta resistência por sua parte, já que afirma que o pátio é de uso comum.

Nesse sentido, não podendo ser admitida a suposta alteração verbal do contrato de fls. 32/33, deve ser considerada, a título de doação, a delimitação de áreas demonstrada no desenho de fls. 34/35.

Destaca-se, ainda, que não cabe a este órgão colegiado conhecer das declarações acostadas com o agravo de instrumento (fls. 40/52), tendo em vista que não apreciadas pelo juízo de origem. Fosse eles analisados inicialmente nessa instância, haveria inequívoca supressão de instância.

Desse modo, deve-se considerar a existência de área pertencente ao agravado nos fundos do terreno, não tendo restado demonstrado no feito, todavia, como se daria seu acesso àquela parte do bem.

Isso porque, do desenho de fls. 34/35 e do expresso na Cláusula 2ª do instrumento particular de doação (fls. 32/33), denota-se que apenas a frente do imóvel possui ligação com a via pública e o único trecho de acesso aos fundos do bem se dá, justamente, pela parte direita do terreno, área pertencente a Mariel. Na região esquerda do imóvel, conforme descrição de ambas as partes e pelo que demonstram as fotos de fls. 34 e 36 dos autos originários, tem-se uma construção (loja de materiais de construção), inexistindo passagem para os fundos do terreno.

Dessarte, tem-se, ao menos por ora, estando preenchidos os pressupostos para autorizar a confirmação da liminar de interdito proibitório deferida, deve ser mantida incólume a decisão hostilizada.

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

Apelação Cível n. 0308702-71.2014.8.24.0018, Chapecó

Relatora: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.
INSURGÊNCIA DA REQUERIDA.

PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERTÃO. CONDIÇÃO DA AÇÃO VERIFICADA. DEMANDANTES QUE CONTRATARAM OS SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE CARTÕES DE ALIMENTAÇÃO DA REQUERIDA E BUSCAM SER RESSARCIDAS DE VALORES ADIMPLIDOS E NÃO DISPONIBILIZADOS AOS SEUS FUNCIONÁRIOS. FATOS NARRADOS NA INICIAL DOS QUAIS DECORREM LOGICAMENTE A LEGITIMIDADE DA PARTE RÉ. POSSIBILIDADE DE FIGURAR NO POLO PASSIVO DA LIDE. PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO. TESE REJEITADA.

MÉRITO.

ALEGAÇÃO DE QUE OS BOLETOS NÃO ERAM GERADOS EM SUA PÁGINA ELETRÔNICA, MAS SIM DIRETAMENTE PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA, E QUE AS AUTORAS NÃO ADOTARAM AS MEDIDAS DE SEGURANÇA NECESSÁRIAS EM SEUS COMPUTADORES, SITUAÇÃO QUE OCASIONOU O PAGAMENTO DOS VALORES A TERCEIROS FRAUDADORES. INSUBSISTÊNCIA.

PROVA TESTEMUNHAL E DEPOIMENTO PESSOAL DA REPRESENTANTE DA RÉ QUE REVELARAM QUE A EMISSÃO DOS BOLETOS OCORRIA DIRETAMENTE NO SITE DA REQUERIDA, MEDIANTE INSERÇÃO DE LOGIN E SENHA DAS CLIENTES. NEGLIGÊNCIA DA PRÓPRIA RECORRENTE VERIFICADA, UMA VEZ QUE O SEU *WEBSITE* NÃO SE MOSTROU SEGURO PARA A EMISSÃO DOS BOLETOS. ÔNUS DO EMPREENDIMENTO QUE NÃO PODE SER REPASSADO ÀS CONTRATANTES. TEORIA DO RISCO.

ADEMAIS, NEGLIGÊNCIA DAS AUTORAS QUANTO À MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA DE SEUS COMPUTADORES QUE NÃO RESTOU DEMONSTRADA. ÔNUS QUE INCUMBIA À DEMANDADA, A TEOR DO ART. 373, II, DO CPC/15, POR SE TRATAR DE FATO IMPEDITIVO DO DIREITO ALEGADO. TESE QUE, ALIÁS, RESTOU DERRUÍDA PELA PROVA TESTEMUNHAL, TENDO EM VISTA QUE AMBAS AS DEPOENTES RELATARAM QUE AS PLEITEANTES POSSUÍAM MANUTENÇÃO MENSAL DE SEUS COMPUTADORES E SEMPRE MANTIVERAM ANTIVÍRUS NAS MÁQUINAS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. CABIMENTO.
RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0308702-71.2014.8.24.0018, da comarca de Chapecó 1ª Vara Cível em que é/são Apelante (s) Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio Ltda e Apelado (s) Sabor & Cia Confeitaria Ltda e outro.

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 Desembargador Luiz César Medeiros e dele participou, com voto, o Excelentíssimo Desembargador Ricardo Fontes.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2019.

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria
Relatora

RELATÓRIO

SABOR & CIA CONFEITARIA LTDA e GSC CONFEITARIA EIRELI ajuizaram Ação de Ressarcimento de Danos em face de SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S.A., alegando, em síntese, que fazem parte do mesmo grupo econômico e contrataram os serviços da demandada de fornecimento de cartões de alimentação para seus funcionários, que possibilitavam a aquisição de produtos em estabelecimentos conveniados à ré.

Relataram que, para disponibilizar valores nos cartões, acessavam a página eletrônica da demandada, através da inserção de *login* e senha, e geravam os boletos para pagamento.

Todavia, no final do mês de julho de 2014, alguns colaboradores reclamaram que as quantias não tinham sido lançadas, impedindo a aquisição dos produtos nas lojas conveniadas.

Diante disso, entraram em contato com a demandada para questionar o ocorrido, sendo-lhes solicitado o encaminhamento dos comprovantes de pagamento dos boletos para verificação. Posteriormente, em resposta, foi informado que os valores não foram disponibilizados em virtude de fraude que alterou a linha digitável na emissão e impressão dos boletos do *website*, direcionando os pagamentos para outra conta, em outro banco que não era o da ré, mas de terceiro, motivo pelo qual recusou-se a estornar a quantia paga.

Sendo assim, pleitearam: a) a procedência da ação para condenar a requerida ao pagamento de R\$ 9.090,05, bem como das custas e honorários advocatícios; e b) a produção de provas, com a inversão do seu ônus. Juntaram documentos (fls. 09/21).

Citada, a requerida ofereceu contestação (fls. 30/51), alegando, em sede de preliminar, a ilegitimidade passiva, uma vez que não recebeu os valores reclamados e nem sequer prestou o serviço, não possuindo qualquer responsabilidade quanto à fraude realizada na linha digitável dos boletos emitidos e pagos pelas autoras.

No mérito, defendeu que é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de relação comercial, não se enquadrando as demandantes ao conceito de consumidoras. Ademais, destacou que as requerentes se beneficiaram dos serviços da requerida, uma vez que estas receberam incentivos fiscais e isenção dos encargos sociais, em virtude da inscrição da ré em “Programa de Alimentação ao Trabalhador – PAT”.

Relatou também que não recebeu os valores que as demandantes alegam terem quitado, salientando que os boletos são gerados pelo banco Bradesco e não pela Sodexo, o que evidencia que qualquer falha em sua emissão não poderia ser a ela imputada.

Ademais, aduziu que a existência de vírus nos computadores dos usuários pode alterar qualquer boleto que venha a ser emitido virtualmente, destacando que disponibilizou em sua página eletrônica um comunicado para que todos os seus clientes fossem informados acerca dos cuidados necessários para se precaverem de eventual fraude.

Disse que os fatos ocorreram por culpa exclusiva das demandantes, uma vez que não tomaram os cuidados necessários na manutenção da segurança de seus computadores.

Além do mais, caso não admitida aludida excludente da responsabilidade, sustentou que esta deve ser elidida em virtude de fato exclusivo de terceiro fraudador (hacker), requerendo, ao final, a total improcedência dos pedidos iniciais. Juntou documentos (fls. 30/80).

Houve réplica (fls. 84/87).

Em decisão de fls. 88, a magistrada de origem afastou a incidência do Código de Defesa do Consumidor, por não se tratar de relação de consumo, determinando, ainda, a intimação das partes para se manifestarem sobre as provas pretendidas.

A requerente pleiteou a produção de prova oral (fls. 91/92) e a demandada solicitou o julgamento antecipado da lide (fls. 93/98).

Designada a audiência (fls. 97/98), foram ouvidas no ato duas testemunhas e colhido o depoimento pessoal da representante da ré (fls. 107/108).

Sobreveio sentença de procedência dos pedidos iniciais (fls. 127/131), constando em seu dispositivo:

Por todo o exposto:

1) com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO TOTALMENTE PROCEDENTE o pedido para:

I) CONDENAR o(a)(s) ré ao pagamento de R\$7.653,88, em favor do(a)(s) da autora SABOR & CIA CONFEITARIA LTDA., corrigido(s) monetariamente (INPC) a partir do desembolso (28-07-2014) e acrescido(s) de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (02-06-2015);

II) CONDENAR o(a)(s) ré ao pagamento de R\$1.141,50, em favor do(a)(s) da autora GSC CONFEITARIA EIRELL, corrigido(s) monetariamente (INPC) a partir do desembolso (28-07-2014) e acrescido(s) de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação (02-06-2015);

2) CONDENO o(a)(s) ré ao pagamento do valor das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor da condenação (CPC, art. 85, § 2.º).

Publique-se. Registre-se. Intime(m)-se.

Arquivem-se oportunamente.

Descontente, a requerida interpôs recurso de apelação (fls. 135/149), aduzindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, uma vez que não foi responsável pela emissão dos boletos reclamados na exordial e nem sequer recebeu os valores neles constantes, destacando que, em situações de fraude, os Bancos são responsáveis objetivamente. Além disso, no caso dos autos, alegou que quem deveria ter emitido os documentos para pagamento era o Banco Santander, todavia, na linha digitável do boleto, consta o código bancário relativo ao Banco HSBC, sendo este o recebedor do pagamento, devendo, por consequência, responder pela quantia encaminhada a terceiro fraudador.

No mérito, reiterou que o boleto não é gerado através de sua página eletrônica, uma vez que somente disponibiliza um link para emissão do documento pela instituição financeira Santander. Destacou, também, que é notória a existência de um vírus (“malware” ou “bolware”) que, instalado nos computadores dos usuários, modifica as informações constantes nos documentos bancários e o pagamento acaba por ser efetuado a terceiros fraudadores.

Sustentou que, nesses casos, é objetiva a responsabilidade das instituições bancárias, em decorrência do risco do empreendimento. Ademais, disse que as apeladas deveriam ter tomado as diligências necessárias na manutenção da segurança de seus computadores, ainda mais porque a recorrente colocou comunicado alertando seus clientes sobre os vírus.

Desse modo, alegou que não há que se falar em ato ilícito ou falha na prestação de seus serviços, pleiteando o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

As demandantes apresentaram contrarrazões às fls. 155/160.

Os autos ascenderam a este Tribunal, vindo conclusos para julgamento.

VOTO

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

PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA

Nas razões recursais, sustenta a recorrente que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, tendo em vista que não foi a responsável pela emissão dos boletos, recaindo a responsabilidade ao banco que recebeu o pagamento (HSBC) e encaminhou a quantia a terceiro fraudador.

Razão não lhe assiste.

Isto porque, à luz da “Teoria da Asserção”, ao apreciar as condições da ação, o togado o faz à vista do que fora alegado pela parte autora, sem analisar o mérito, ou seja, de forma abstrata, admitindo-se em caráter provisório a veracidade do que se alegou. Depois, por ocasião da instrução probatória, aí sim, apura-se concretamente a veracidade do que restou relatado na petição inicial. Em resumo, quando da propositura da ação, basta a demonstração das condições da ação pela demandante, sem que seja necessário, de plano, sua cabal demonstração.

Em outras palavras, pode-se dizer que, a par da “Teoria da Asserção”, leva-se em conta apenas os argumentos suscitados na exordial, os quais, num primeiro momento, presumem-se verdadeiros para fins de análise das condições da ação.

Nesse sentido, da leitura da exordial, verifica-se que as requerentes objetivam ser ressarcidas pelo pagamento de boletos gerados, na página eletrônica da ré, e posteriormente pagos, que não foram disponibilizados nos cartões de alimentação de seus funcionários.

Portanto, veja-se que, dos fatos narrados na inicial, decorrem logicamente a legitimidade da ré, até mesmo porque as autoras contrataram os serviços por ela prestados – fornecimento de cartões de alimentação para os seus colaboradores adquirirem produtos em estabelecimentos conveniados à requerida.

Outrossim, após uma cognição exauriente, embora admitida a requerida como parte legítima passiva *ad causam*, também é possível que os fatos alegados pelas demandantes não sejam confirmados na instrução e, assim, seja afastada a sua responsabilidade pelo ressarcimento.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte precedente: APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CHEQUE NÃO COMPENSADO. DIVERGÊNCIA DE ASSINATURAS. - PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. (1) ADMISSIBILIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. INTERESSE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. - Não se conhece, em razão da ausência de interesse recursal, do pleito de afastamento da repetição do indébito, porquanto não houve condenação do insurgente ao pagamento de referida verba. (2) PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ASSERÇÃO. CONDIÇÃO DA AÇÃO VERIFICADA. - Para a teoria da asserção, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com os fatos narrados na inicial, admitindo-se, hipotética e provisoriamente, que o lá articulado é verdadeiro. Se dessa análise se colhe base jurídica ao pleito exordial, não há falar em ilegitimidade passiva. (3) ATO ILÍCITO. VERIFICAÇÃO. ASSINATURA LANÇADA NA CÁRTULA QUE CONFERE COM A DA PROCURAÇÃO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO IN RE IPSA. DEVER DE INDENIZAR. - “A devolução irregular de cheque por divergência de assinatura configura ato ilícito passível de indenização, porquanto a presunção do prejuízo é ínsita ao tipo danoso. Sedimentou o STJ, através da Súmula 388: “A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral”. (TJSC, AC n. 2012.088130-4, rel. Des. Gerson Cherem II, j. em 6.6.2013). [...] SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0307570-42.2016.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 27-06-2017). (grifou-se)

Acrescenta-se ainda que, no caso *sub judice*, a aventada (i)legitimidade passiva da apelante se confunde com o próprio mérito da lide, motivo pelo qual com ele será devidamente analisada.

À vista disso, a recorrente pode ser considerada apta para figurar no polo passivo da ação de ressarcimento de danos, tendo em vista a pertinência existente entre o contexto fático-jurídico descrito na inicial e a parte que figura como demandada.

MÉRITO

Como visto no relatório, quanto ao mérito, a recorrente sustentou, em síntese, que: a) o boleto não foi gerado através de sua página, sendo a emissão de responsabilidade da instituição financeira (Santander), devendo esta responder objetivamente, em virtude do risco do empreendimento; b) que é notória a existência de um vírus (“malware” ou “bolware”) que, instalado nos computadores dos usuários, modifica as informações constantes nos documentos bancários e o pagamento acaba por ser efetuado a terceiros fraudadores, situação que demonstra que as recorridas não tomaram os cuidados necessários na manutenção da segurança de seus computadores; c) que não houve falha na prestação do serviço, devendo ser afastada a sua responsabilidade.

Pois bem.

De início, importa destacar que, diferentemente do que sustenta a recorrente, a emissão dos boletos, em conformidade com o que se extrai da prova testemunhal e, inclusive do depoimento pessoal de sua preposta, ocorria através de acesso a sua página eletrônica, mediante o preenchimento de *login* e senha do cliente.

Cumprido destacar, assim, que a informante Karina Katia de Lima disse que: tinha conhecimento dos fatos e também sobre o modo como eram feitos os pagamentos: realizados pelo gerenciador financeiro, através de boleto; que não foi disponibilizada a possibilidade de pagamento por outras formas; **que os boletos para pagamento eram gerados pelo site da Sodexo, nos quais eram lançadas as informações dos funcionários, para o pagamento do vale-alimentação, com login e senha fornecido pela contratada;** que não sabia responder se, em julho de 2014 (época da contratação), existia esclarecimento normativo ou sugestão por parte da Sodexo, para fins de conceder segurança na emissão dos boletos; que trabalha na empresa há 4 anos; **que a empresa tem técnico, que faz a varredura dos computadores de duas a três vezes ao mês – incluindo todas as questões de segurança, com antivírus;** que ela própria fazia o pagamento dos boletos; que se lembra do caso em específico; **que os boletos eram emitidos do seu computador e que nele não foi verificada a existência de vírus;** que a verificação dos computadores foi feita na época e nada foi identificado; que na ocasião não houve outros problemas com a emissão de boletos, destacando, apenas que, recentemente, 3 ou 4 meses atrás, existiu um problema no site do Banco do Brasil e foi uma fraude no site deles e já foi resolvido – o banco devolveu o valor – e não tinha relação com o pagamento de boletos (era problema na conta).

Já Margarete Perin, também arrolada pela demandante, relatou que: **trabalhava no setor de RH e era ela quem acessava o site da SODEXO e lançava o valor para cada funcionário e, automaticamente, o sistema gerava o boleto e mandava para o setor financeiro para efetuar o pagamento; que cada CNPJ tinha um login e senha para acessar o programa da SODEXO e no site estavam cadastrados todos os funcionários;** que empresa sempre dava uma ajuda de custo diária e se esse funcionário faltasse algum dia, resultava em um valor menor; **que faziam a operação e posteriormente mandavam imprimir o boleto – salientou que não solicitavam mais nada além do login e senha do site;** que acessava o site da empresa SODEXO para gerar os boletos; **que ficou na empresa até final de janeiro de 2015 e não foi encontrado nenhum vírus no computador que utilizava;** que posteriormente ao ocorrido foram emitidos novos boletos no site

da SODEXO, sem qualquer problema; **que era rotina da empresa sempre ter o antivírus; que após o fato também foi feita manutenção, como sempre houve;** que a empresa SODEXO não forneceu outro modo de pagamento – sempre foi por boleto; **que não tinha nenhum tipo de verificação de ambiente seguro no site da ré; que a empresa sempre teve uma assessoria que faz o controle dos computadores.**

Por fim, Viviane Thomé Vieira Rower, preposta da ré, respondeu: que se recorda do caso dos autos; **que as empresas solicitavam os serviços da SODEXO através do site e o pagamento poderia se dar através de depósito bancário ou boleto – a forma que as autoras escolheram foi boleto bancário;** que o problema foi ocasionado provavelmente por vírus e quando foi gerado o boleto, uma vez que foi emitido um boleto não correspondente ao da empresa requerida; que o vírus é bem comum e gera as alterações nos dados do boleto; **que a escolha da forma de pagamento é no ato da contratação e é explicada de modo verbal; que a empresa pode gerar o boleto por usuário e senha; que as demandantes optaram pelo boleto, porque fizeram todos os pagamentos dessa forma;** que poderia fazer em depósito, entrando em contato com a empresa; **que não se recorda se o site da SODEXO possui algum tipo de verificação de ambiente seguro; que, para emitir o boleto, entra no site da SODEXO e lá é gerado o documento, que vai direcionado para o site do banco HSBC – é igual a uma compra pela internet (pode ser por depósito, cartão ou boleto).**

Desse modo, analisando-se a prova oral produzida, constata-se que, de fato, os boletos eram emitidos através de acesso à página eletrônica da própria requerida, mediante inserção de *login* e senha pelas clientes, ora apeladas.

Sendo assim, como bem destacou o magistrado singular, a conduta negligente verificada é da própria demandada, que, muito embora tenha disponibilizado aludida modalidade para pagamento de seus serviços, não manteve “*ambiente virtual seguro para a emissão dos boletos extraídos de seu website*” (fl. 130).

Cumprе salientar que a situação reclamada pelas demandantes está compreendida no risco da atividade desenvolvida pela ré, uma vez que é inerente a esta, principalmente em negócios da natureza do ora analisado, no qual a empresa fornece cartões de alimentação, mediante pagamento realizado pela internet, seja por boleto ou cartão, nos quais, não obstante a facilidade fornecida às contratantes ao utilizarem tais formas de adimplemento, são previsíveis as ameaças oriundas da rede.

Assim, não podem ser repassados às autoras os ônus decorrentes do risco do empreendimento.

Além do mais, conforme restou fundamentado pelo juízo *a quo*, “*eventual incúria da instituição financeira também não afastaria a responsabilidade civil da ré quanto à segurança do ambiente virtual disponibilizado aos seus clientes*” (fl. 130), ainda mais porque a contratação foi firmada diretamente com a requerida, que, como já dito, possibilitou que as autoras pagassem pelos seus serviços através de boleto que, aliás, restaram devidamente quitados à cedente “SODEXO PASS DO BRASIL SER. E COM S.A” (fls. 17/18).

Outrossim, também não foi demonstrada a negligência das recorridas quanto à manutenção da

segurança de seus computadores, ônus que incumbia à requerida, a teor do art. 373, II do CPC/2015, por se tratar de fato impeditivo do direito alegado. A propósito, insta salientar, nesse passo, que tanto a informante Karina Katia de Lima, quanto a testemunha Margarete Perin, relataram que as requerentes possuíam manutenção mensal de seus computadores e sempre mantiveram antivírus nas máquinas, o que também derrui a tese sustentada pela apelante.

Em casos semelhantes ao presente, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE ADESÃO AO SISTEMA SODEXO. CARTÃO DE ALIMENTAÇÃO. COMPROVANTE DE TRANSAÇÃO. REEMBOLSO. FRAUDE. ÔNUS DA PROVA. RÉU. I. **Celebrado contrato de adesão ao Sistema SODEXO e apresentados os comprovantes de transação exigidos no ajuste, que demonstram as operações realizadas com a utilização do cartão Alimentação Pass ou VR Alimentação, a SODEXO tem a obrigação de reembolsar ao estabelecimento o valor das transações.** II. **Incumbe ao réu provar a alegada fraude na emissão dos comprovantes de transação ou na realização das operações com o cartão alimentação, através de prova robusta (art. 333, II, do CPC).** III. **Negou-se provimento ao recurso.** (TJDFT, Acórdão 809312, 20120310226856APC, Relator: JOSÉ DIVINO, 6ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 30/7/2014, publicado no DJE: 12/8/2014. Pág.: 241) (grifou-se)

Ação declaratória cumulada com indenização. **Cobrança indevida de débito já quitado por meio de boletos extraídos do site do requerido. Alteração das linhas digitáveis imputada a vírus existente no computador do autor. Existência de relação de consumo. Responsabilidade objetiva do requerido. Danos morais e materiais caracterizados.** Art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal. Recursos desprovidos. (TJSP; Apelação Cível 1090526-65.2015.8.26.0100; Relator (a): Luis Carlos de Barros; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 40ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/06/2018; Data de Registro: 14/06/2018) (grifou-se)

AÇÃO DECLARATÓRIA – Compra e venda de bem móvel – Pagamento efetuado por meio de boletos bancários – Ocorrência de fraude – Valores direcionados à conta bancária da ré, ao invés das efetivas credoras – Condenação da requerida à repetição do indébito – Irresignação – **Alegação de que o computador utilizado pela autora estava infectado por “vírus”, assim como ocorrência de excludente de responsabilidade, por culpa exclusiva de terceiro – Descabimento – Requerida que não se desincumbiu de seu ônus probatório – Ademais, atividade empresarial que implica em risco do negócio – Dever da requerida de garantir a segurança dos procedimentos de compras efetuados em seu sistema – Restituição de valores devida – Sentença mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.** (TJSP; Apelação Cível 1020160-23.2014.8.26.0007; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/03/2017; Data de Registro: 14/03/2017) (grifou-se)

Sendo assim, deve ser mantida a responsabilidade da ré quanto ao ressarcimento dos valores despedidos pelas demandantes, em relação ao pagamento do cartão de alimentação de seus funcionários, comprovados às fls. 17/18 dos autos.

Por fim, no tocante aos honorários recursais, considerando que a sentença foi prolatada já na vigência do novo Código de Processo Civil, estes são devidos em favor dos advogados das apeladas em 1% do valor da condenação, os quais, cumulativamente com os 15% já arbitrados na

sentença, perfazem um total de 16% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11 do CPC/2015.

Nestes termos, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 4028957-86.2018.8.24.0900

Relator: Desembargador Stanley Braga

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. TERRENO URBANO. DECISÃO QUE, APÓS PEDIDO DE HABILITAÇÃO FORMULADO PELA EX-MULHER DO AUTOR, DETERMINOU A SUA INCLUSÃO NO POLO ATIVO DA DEMANDA. INSURGÊNCIA DO REQUERENTE. DEMONSTRAÇÃO DA POSSE EXCLUSIVA DO IMÓVEL, POR MAIS DE DEZ ANOS. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A SEPARAÇÃO DO CASAL E O REQUERIMENTO DA AGRAVADA NO PRESENTE PROCESSO. RECORRIDA QUE NÃO IMPUGNOU TAL FATO, MAS ALEGA DIREITO À PROPRIEDADE DA METADE DO BEM, EM RAZÃO DE ALEGADA COMPOSSE EXERCIDA DURANTE A UNIÃO CONJUGAL. FATO IMPEDITIVO INCONTROVERSO QUE, EM TESE, POSSIBILITA O RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO EM FAVOR DO DEMANDANTE, COM FUNDAMENTO NO ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. NÍTIDA CARÊNCIA DE INTERESSE PARA INGRESSAR NO PROCESSO. DECISÃO CASSADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4028957-86.2018.8.24.0900, da comarca de Mafra (2ª Vara Cível), em que é agravante Alberi da Fonseca e agravada Matilde Batista da Fonseca.

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

O julgamento, realizado nessa data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desa. Denise Volpato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. André Carvalho.

Florianópolis, 15 de outubro de 2019.

Desembargador Stanley Braga
Relator

RELATÓRIO

Alberi da Fonseca interpôs agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Mafra, que, após pedido de habilitação de Matilde Batista da Fonseca, ex-mulher do recorrente, determinou a sua inclusão no polo ativo do processo.

O agravante sustentou, em suma, que exerce a posse exclusiva do imóvel, pois a agravada não

exerce poder sobre ele há mais de onze anos e ainda assinou documento anuindo com o pedido de usucapião formulado nesta ação. Concluiu, assim, que o pedido de habilitação é desarrazoado e evidencia a intenção da sua ex-consorte de se locupletar ilicitamente às suas custas.

Não houve pedido de tutela de urgência (fl. 62).

A contraminuta aportou às fls. 65-67.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser, que concluiu pela desnecessidade da intervenção do Ministério Público, no caso (fls. 75-76).

Este é o relatório.

VOTO

Da admissibilidade:

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, o recurso é conhecido.

Preliminares:

Não foram suscitadas preliminares.

Mérito:

Como visto, o Magistrado de primeira instância admitiu Matilde Batista da Fonseca no polo ativo do processo.

Matilde argumentou, no seu requerimento, que também exerceu a posse do imóvel usucapiendo, no período a que se refere a petição inicial (fl. 99, na origem).

Pois bem. Verifica-se que o autor ajuizou a ação de usucapião no dia 9-3-2012, alegando, à época, que já conservava a posse mansa e pacífica sobre o bem – um terreno urbano de aproximadamente 1.800 m² (mil e oitocentos metros quadrados) –, por mais de 20 (vinte) anos.

O casamento com Matilde se iniciou em 16-3-1985 e o divórcio foi decretado em ação conjunta, promovida pelo casal, em 31-10-2008, na qual o autor e a ex-mulher afirmaram que, além de não possuírem bens a serem partilhados, já haviam rompido a vida em comum há mais de 2 (dois) anos (fls. 137-138, idem).

Portanto, é incontroverso que já não conviviam, no mínimo, desde 2006.

Acrescente-se que o divórcio foi homologado no dia 25-5-2009 (fl. 153, na origem) e que o agravante permanece residindo no terreno.

Em março de 2012, ele decidiu ingressar com a ação de usucapião.

Em 2014, por determinação do Juízo *a quo*, juntou aos autos uma declaração assinada por

Matilde, na qual esta manifestou expressa anuência com o pleito do ex-marido, afirmando que, no momento do divórcio, ambos acordaram que a ele caberia o terreno, exclusivamente (fl. 96, idem).

No dia 15-9-2017, sobreveio o requerimento de Matilde, objeto deste agravo, para fins de ingresso no polo ativo da ação, sob alegação de que conviveu com o autor durante o período mencionado na inicial e que foi induzida a assinar, em erro, a aludida declaração de anuência, sob promessa de que teria direitos sobre o imóvel.

Ocorre que, no contexto retratado, é incontroverso que, desde 2006, o agravante exerce a posse exclusiva do bem, de maneira contínua e pacífica, perante terceiros, notadamente em face da agravada.

Ao que se vê, esta abandonou o imóvel e não mais exerceu a posse, no mínimo, desde 2006 até a data do seu pedido de habilitação neste processo.

Note-se que ela sequer manifestou oposição à posse exclusiva do autor no período, o que possibilita a este o direito de ter reconhecido o domínio pelo exercício pacífico e contínuo da posse, com fins de moradia, durante 10 (dez) anos (art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil).

A par desse contexto, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a possibilidade de reconhecimento da implementação do prazo da usucapião, no curso da demanda. Eis a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. PRAZO. IMPLEMENTAÇÃO. CURSO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC/1973. CONTESTAÇÃO. INTERRUÇÃO DA POSSE. INEXISTÊNCIA. ASSISTENTE SIMPLES. ART. 50 DO CPC/1973.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel na hipótese em que o requisito temporal (prazo para usucapir) previsto em lei é implementado no curso da demanda.
3. A decisão deve refletir o estado de fato e de direito no momento de julgar a demanda, desde que guarde pertinência com a causa de pedir e com o pedido. Precedentes.
4. O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, em conformidade com o disposto no art. 462 do CPC/1973 (correspondente ao art. 493 do CPC/2015).
5. A contestação não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião.
6. A interrupção do prazo da prescrição aquisitiva somente poderia ocorrer na hipótese em que o proprietário do imóvel usucapiendo conseguisse reaver a posse para si. Precedentes.
7. Na hipótese, havendo o transcurso do lapso vintenário na data da prolação da sentença e sendo reconhecido pelo tribunal de origem que estão presentes todos os demais requisitos da usucapião, deve ser julgado procedente o pedido autoral.

8. O assistente simples recebe o processo no estado em que se encontra, não podendo requerer a produção de provas e a reabertura da fase instrutória nesta via recursal (art. 50 do CPC/1973).

Precedente.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1361226/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 5-6-2018)

Por esse prisma e à evidência de incontroverso fato impeditivo, conclui-se que a agravada carece de interesse para ingressar no polo ativo da lide.

Em decorrência, impõe-se a cassação da decisão impugnada.

Conclusão:

Ante o exposto, ressalvando que o Ministério Público manifestou-se pela desnecessidade da sua intervenção nesta instância recursal, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0301115-29.2017.8.24.0103, de Araquari

Relatora: Desembargadora Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVIL. COBRANÇA DA SEGURO ASSOCIATIVO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DO AUTOR. ALEGADA NÃO CONFIGURAÇÃO DE AGRAVAMENTO INTENCIONAL DO RISCO. INSUBSISTÊNCIA. ENTREGA VOLUNTÁRIA DO VEÍCULO SEGURADO A DESCONHECIDO DESACOMPANHADO PARA FAZER 'TEST DRIVE'. CONDUTA INDILIGENTE. ATO QUE REPRESENTA ASSUNÇÃO DO RISCO DE PERDA DA COISA PELO PROPRIETÁRIO. NECESSIDADE DE O SEGURADO ADOTAR PRÁTICAS CONFORME A DILIGÊNCIA HABITUAL DO 'HOMEM MÉDIO'. NEGLIGÊNCIA CONSCIENTE QUE CONFIGURA AGRAVAMENTO DO RISCO. EXEGESE DO ARTIGO 678, DO CÓDIGO CIVIL. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA CONDENAÇÃO SUCUMBENCIAL ACESSÓRIA NA FORMA DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301115-29.2017.8.24.0103, da comarca de Araquari 1ª Vara em que é Apelante Eduardo Junior Prudêncio de Souza e Apelado Associação de Proteção Patrimonial União.

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Stanley Braga e o Excelentíssimo Desembargador André Luiz Dacol.

Florianópolis, 26 de novembro de 2019.

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 (fls. 140/141), *verbis*:

“Eduardo Junior Prudêncio de Souza, devidamente qualificado na exordial, por seu Procurador, ajuizou a presente Ação de Cobrança em face da Associação de Proteção Patrimonial - União.

Alegou a parte autora, em síntese, que no dia 19/11/2016, firmou proposta de adesão ao programa de proteção automotiva com a parte ré, a fim de proteger seu veículo GM Agile de danos patrimoniais. O referido contrato teve validade de um ano, findando em novembro de 2017.

Informou que teve seu veículo furtado em 03/07/2017, conforme boletim de ocorrência de fls. 30/31 e entrou em contato com a associação requerida informando sobre o ocorrido, solicitando o recebimento da indenização prevista contratualmente. Nessa ocasião, foi informado pela ré de que não havia direito a qualquer indenização, dado que o contrato estava suspenso devido a um atraso no pagamento de uma das parcelas do seguro.

Requeru, então, a edição de provimento judicial, com o fim de compelir a ré a efetuar o pagamento da indenização contratual devida, diante do furto de seu veículo.

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação às fls. 47/67, impugnando o benefício da justiça gratuita concedido ao autor, bem como arguindo a preliminar de carência da ação, em razão da inadimplência da parte autora, que teria ocasionado a suspensão do contrato. No mérito, rechaçou a pretensão autoral, ao argumento de que devido à suspensão do contrato, não basta o simples pagamento da parcela atrasada para retomada do mesmo, sendo necessária a realização de uma vistoria no veículo, o que não ocorreu. Argumentou, ainda, que a parte autora teria agravado o risco ao entregar o veículo a terceiros estranhos.

Houve réplica (fls. 96/108).

Pela decisão de fls. 109/111 o feito foi saneado, sendo indeferida a impugnação à justiça gratuita, bem como afastada a preliminar de carência da ação.

Às fls. 114/131, a parte requerida anexou outros documentos, cuja juntada restou impugnada pelo autor.

As partes requereram o julgamento antecipado do feito, informando não terem mais provas a produzir.”

Sobreveio Sentença da lavra da MMA. Juíza de Direito Cristina Paul Cunha Bogó (fls. 140/144) julgando a lide nos seguintes termos:

“Ante o exposto, com resolução do mérito, forte no art. 487, I do NCPC, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado por Eduardo Júnior Prudêncio de Souza nos autos da presente Ação de Cobrança, movida em face de Associação de Proteção Patrimonial - União.

CONDENO a parte autora ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, forte no art. 85, §2º do NCPC. Referidos valores, todavia, permanecerão com a exigibilidade suspensa, posto que o demandante é beneficiário da justiça gratuita (NCPC, art. 98, § 3º) - fl. 41.”

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 147/152) em que alega não haver provas do agravamento voluntário e intencional do risco. Assevera não restar comprovada conduta dolosa do beneficiário. Pugna, dessarte, pela reforma integral do julgado, julgando-se procedente a demanda.

Juntadas as contrarrazões (fls. 155/168), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

É consabido exigir o procedimento recursal o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para se poder 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, dispensado o recolhimento do preparo recursal pela parte autora por ser beneficiária da justiça gratuita (fl. 41) e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do recurso.

2. Mérito

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a Sentença que ao julgar improcedente o pleito exordial condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

Em suas razões recursais, a requerente defende ter a Sentença incorrido em erro ao considerar agravamento do risco. Afirma não haver falar em agravamento do risco, porquanto não praticou conduta dolosa.

Pois bem.

Inicialmente convém destacar que o caso em exame configura contratação *sui generis* de seguro sob a forma associativa.

Trata-se em verdade de relação jurídica associativa em que várias pessoas conjugam esforços para diluir ao coletivo associado os prejuízos de eventuais sinistros.

Extrai-se da Proposta de Adesão de fls. 25/28, pela qual o autor passou a ser associado da demandada:

“Cláusula 1ª. Do Objeto e Finalidade: A ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL – UNIÃO foi criada para, dentre seus vários objetivos, proporcionar proteção aos veículos automotores pertencentes aos associados, através da divisão de eventuais prejuízos materiais sofridos nos bens cadastrados.”

A relação associativa de proteção patrimonial estampada nos autos, portanto, contém o mesmo elemento essencial do seguro, qual seja, “transferir [os prejuízos e/ou a responsabilidade] para a coletividade de pessoas que exercem uma mesma atividade, geradora do mesmo risco, e que são quem paga os prêmios relativos ao seguro respectivo” (Noronha, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 543).

No aspecto, a despeito de não configurar seguro propriamente dito – por não ser um serviço comercializado por companhia seguradora regulada pela SUSEP –, dada sua similitude, a relação merece se intepretada com fulcro nas normas civis atinentes ao seguro.

Sobre o tema, destaca-se entendimento firmado na III Jornadas de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal:

“Enunciado 185 – Art. 757: A disciplina dos seguros do Código Civil e as normas da previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão.”

No mesmo sentido, da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ASSOCIAÇÃO DE BENEFÍCIOS. PROTEÇÃO VEICULAR. ACIDENTE QUE ENSEJOU A PERDA TOTAL DO AUTOMOTOR. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA DEMANDADA. RELAÇÃO JURÍDICA EQUIPARÁVEL AO CONTRATO DE SEGURO. INADIMPLEMENTO DAS MENSALIDADES PELO ASSOCIADO. AUSÊNCIA DE INTERPELAÇÃO ACERCA DA MORA. REQUISITO ESSENCIAL PARA A INTERRUPTÃO DA GARANTIA. OBRIGAÇÃO DE REEMBOLSAR O ASSOCIADO CONFIGURADA. RECURSO DESPROVIDO.” (TJSC, Apelação Cível n. 0300409-65.2016.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 15-10-2019)

Por oportuno, incumbe destacar, contudo, que por encartar relação eminentemente civil, não se aplicam à espécie as disposições constantes no Código de Defesa do Consumidor.

Tocante ao assunto, assente é a jurisprudência desta Corte: TJSC, Apelação Cível n. 0303408-10.2017.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 07-11-2019; TJSC, Apelação Cível n. 0303408-10.2017.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 07-11-2019; TJSC, Agravo de Instrumento n. 4012495-04.2019.8.24.0000, de Araranguá, rel. Des. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 03-10-2019.

Pois bem.

Cediço se convencionar pelo contrato de seguro a transferência de riscos de um dos contratantes (segurado) a outro (segurador), cuja finalidade reside na cobertura dos danos impingidos à coisa/pessoa objeto do contrato, mediante o pagamento de um prêmio.

O ponto nevrálgico da lide, contudo, reside na aferição da ocorrência ou não de circunstância apta a agravar o risco e afastar o dever de indenizar.

A respeito do agravamento do risco coberto, dispõe o artigo 768 do Código Civil, *verbis*:

“O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.”

Acerca do texto legal comenta Maria Helena Diniz:

“O segurado deverá agir sempre com a cautela e terá o dever de abster-se de tudo que possa aumentar os riscos, ou seja, de tudo que for contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro.” (Código Civil anotado, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 545).

Nesse sentido, o agravamento do risco ocorre quando houver comprovação nos autos do incremento intencional do risco pelo segurado, aumentando a probabilidade de ocorrência do sinistro.

A disposição legal concernente ao agravamento do risco tem como escopo exigir que o cidadão mantenha postura habitual na condução de seus negócios e na prática dos atos diários, independentemente da diluição do risco com o grupo segurado (coletivização do prejuízo e/ou da responsabilidade).

Isso porque, é de interesse social a preservação da diligência do “homem médio”, de modo a inibir a prática de atos de excessiva inconsequência que podem causar danos irreparáveis a outrem (ou mesmo perturbar a ordem econômica e social).

Nos dizeres de Fernando Noronha ao comentar sobre o aspecto coletivista do seguro de responsabilidade civil:

“Como o causador do dano passa a ser mero responsável nominal, a responsabilidade civil deixa de exercer uma sua importante função, a de *prevenção de danos* [7.2.2.C], pela natural diligência a que obrigaria as pessoas, quando agissem sabendo que teriam de suportar os prejuízos eventualmente causados. Se quem tem de pagar é a companhia seguradora, as pessoas serão menos cuidadosas, com o que se multiplicarão acidentes.” (Noronha, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 547).

Reivindicar diligência ordinária do segurado, portanto, representa expressão última da função social do contrato de seguro, pois configura meio termo entre a responsabilidade individual do indivíduo (que se confunde com comportamento ético) e a diluição do prejuízo pelo mutualismo securitário (que igualmente espelha o interesse da sociedade, pois confere maior garantia indenização efetiva de danos).

Bem por isso, a jurisprudência mais recente tem se consolidado no sentido de compreender a condução de veículos sob efeito do álcool como ato de agravamento do risco – pois configura atitude repreendida e não aceita pela sociedade como um todo, dado os nefastos efeitos que podem provocar sobre vidas alheias.

Na hipótese em exame, o associado esclareceu em boletim de ocorrência a forma como se deu a perda do bem segurado:

“Relata o comunicante que anunciou seu veículo AGILE placa MJB 7911 no site OLX.COM para vender; que apareceu um comprador da cidade de Itajaí, o qual respondia pelo nome LEANDRO e estava acompanhado dum [sic] outro masculino, o qual se dizia mecânico de Leandro; que o comunicante confiou em Leandro e deu-lhe as chaves do referido veículo para que Leandro fosse testar as condições mecânicas do veículo; que Leandro e seu comparsa entraram no veículo, mas até o presente momento não retornaram. É o relato”. (fls. 30/31)

Como se observa, o associado foi vítima do crime de apropriação indébita mediante fraude.

O ato, conforme relatado, configura agravamento intencional do risco, tal qual reconhecido na Sentença de improcedência.

A despeito de não restar comprovado dolo específico do segurado em perder o bem – conforme aventado no apelo –, resta evidenciado nos autos ter o associado agido sem a cautela e diligência habitual do proprietário de um veículo automotor.

Ao entregar o carro a um desconhecido o autor assumiu o risco da perda da posse do veículo – possibilitando a ocorrência do crime de apropriação indébita –, configurando dolo eventual.

A conduta conscientemente indiligente representa agravamento do risco, dado que não seria adotada pelo “homem médio” acaso não tivesse o veículo devidamente segurado.

No aspecto, irretocável o raciocínio encartado na Sentença da MMA. Juíza de Direito Cristina Paul Cunha Bogó:

“Do contexto fático do boletim de ocorrência, verifico que o autor entregou a posse de seu veículo a estranhos para a realização de um ‘teste’, os quais lhe procuraram após um anúncio em site de vendas. O autor deixou de acompanhar o referido “teste” do veículo, não indicou outra pessoa de sua confiança para assim fazê-lo, e confiou cegamente em pessoa desconhecida.

Deste modo, evidentemente deixou de zelar por seu bem, como lhe competia, agravando, sem sombra de dúvidas, o risco à ré.

Com efeito, a praticidade e a comodidade de se anunciar bens à venda em sites da internet, sem a necessidade de envolver uma revenda de veículos, são facilidades dos tempos modernos, porém isso não afasta a possibilidade do vendedor ser vítima de golpe, que parece ter sido a situação retratada nestes autos.

Dispõe o art. 768 do Código Civil/02:

‘Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.’

É o caso dos autos. Sobre o assunto, há decisão em caso bastante similar proferida por nossa Corte Estadual de Justiça:

‘APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO. RECURSO DOS AUTORES. FURTO DE VEÍCULO. NEGATIVA DE COBERTURA. CONDUTOR QUE DEIXA O AUTOMÓVEL E A RESPECTIVA CHAVE COM TERCEIROS DESCONHECIDOS. AGRAVAMENTO DO RISCO INCONTESTE. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 768, DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. ‘Conquanto a seguradora garanta ao segurado proteção contra eventuais prejuízos decorrentes de determinado risco, este, por sua vez, deve abster-se de tudo quanto possa agravar a álea, sob pena de perder o direito à cobertura do seguro contratado, nos termos do disposto no art. 768 do Código Civil, segundo o qual ‘o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.’ (AC n. 2011.013549-3, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. em 26.04.2012). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.084725-4, de Gaspar, rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 21-01-2016)’

Certamente, se o autor tivesse entregue seu veículo a uma revenda de veículos ou a uma concessionária para efetuar a venda, um funcionário destes acompanharia o interessado quando do ‘teste’ do veículo. Essa era a conduta esperada de um ‘homem médio’, de acompanhar ou solicitar alguém de sua confiança que acompanhasse tais pessoas. Agora, entregar o veículo, sem nem ao menos saber o nome completo da pessoa (informou apenas ‘Leandro’ e seu mecânico) e sem qualquer espécie de segurança/garantia, e de vigilância do bem, é situação que refoge ao aceitável.

Assim, não agindo com cautela e diligência, o autor infringiu o dever objetivo de cuidado, agravando o risco assumido pela parte requerida, tudo de forma determinante para a ocorrência do prejuízo relatado, independentemente de sua boa-fé na prática da ação manifestamente descuidada.

Sobre o agravamento do risco por ato culposo, depreende-se do entendimento da C. Corte da Cidadania:

‘[...] A exoneração do dever da seguradora de pagamento da indenização do seguro de vida somente ocorrerá se a conduta direta do segurado configurar efetivo agravamento (culposo ou doloso) do risco objeto da cobertura contratada, consubstanciando causa determinante para a ocorrência do sinistro. Precedentes. [...] (AgRg no REsp 1483349/MA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014).’

Diante deste contexto, por tudo que dos autos consta e o direito preceitua, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe.

Dessarte, o recurso merece ser desprovido.

3. Honorários recursais

O Código de Processo Civil, em seu artigo 85, § 11, determina a majoração da verba honorária anteriormente fixada em virtude do trabalho adicional prestado pelo causídico neste grau de jurisdição, devendo para tanto, serem respeitados os limites de 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa ou condenação, insculpidos nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo, *in verbis*:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.”

Sobre o assunto, ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“O CPC faculta a estipulação de verba honorária também para a fase recursal, de ofício ou a requerimento da parte. A nova verba, de acordo com o CPC 85 §11, deve respeitar os limites estabelecidos para a fase de conhecimento. A ideia contida na disposição é remunerar adequadamente o trabalho do advogado nessa fase, que pode ser tão ou mais intenso que na primeira instância.

[...] a intenção do legislador, ao criar a verba honorária em sede recursal, foi a de evitar recursos abusivos (mesmo havendo já a multa em razão da litigância de má-fé e pela interposição de embargos de declaração protelatórios). Ainda em relação ao mesmo documento, a sucumbência só ocorrerá nos casos de recursos provenientes de decisão em que tenha sido fixada verba honorária (o que, ao que parece, se deduz do texto do § 11), de forma que as decisões interlocutórias não ensejariam acréscimo no valor dos honorários.” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 433 e 437).

In casu, o recurso foi conhecido e desprovido, o que influi na necessidade de majoração dos honorários advocatícios anteriormente arbitrados em favor dos procuradores da parte requerida para o patamar de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade por ser o sucumbente beneficiário da Justiça Gratuita.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Com base no disposto no artigo 85, § 11, do CPC, majoram-se os honorários sucumbenciais para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa, suspensa sua exigibilidade por força do benefício da Justiça Gratuita.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0003174-66.2013.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Desembargador André Luiz Dacol

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE EM TOBOÁGUA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA DEMANDADA.

ADMISSIBILIDADE. 1) FOTOGRAFIA JUNTADA COM AS RAZÕES DO APELO. PROVA NÃO SUBMETIDA À ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL VERIFICADA. NÃO CONHECIMENTO. 2) TESE DE LIMITAÇÃO DA INCIDÊNCIA DA PENSÃO VITALÍCIA. TEMÁTICA AVENTADA APENAS POR OCASIÃO DOS ACLARATÓRIOS OPOSTOS EM FACE DA SENTENÇA E RENOVADA NA ESFERA RECURSAL. MATÉRIA QUE, MESMO SUBSIDIÁRIA, DEVERIA TER SIDO DEDUZIDA EM CONTESTAÇÃO. EXEGESE DO ART. 300 DO CPC/73 (VIGENTE NA ÉPOCA DA RESPOSTA). HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NAS EXCEÇÕES DO ART. 303 DO CPC/73. PRECLUSÃO CONSUMATIVA CONFIGURADA. NÃO CONHECIMENTO.

MÉRITO. ALEGADA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. AUTOR QUE TERIA IGNORADO A EXISTÊNCIA DE PLACAS NO LOCAL, INDICANDO A LIMITAÇÃO DE PESO DO USUÁRIO. PROVA CONFLITANTE QUANTO À EXISTÊNCIA DE AVISO NO LOCAL À ÉPOCA DO SINISTRO. CIRCUNSTÂNCIA IRRELEVANTE PARA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA RÉ. FISCAL DO PARQUE QUE, EMBORA AFIRME TER ALERTADO O AUTOR SOBRE OS RISCOS, NÃO IMPEDIU QUE O CONSUMIDOR UTILIZASSE O TOBOÁGUA. CONDUTA PREPONDERANTE À OCORRÊNCIA DO INFORTÚNIO. HIPÓTESE DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO CONFIGURADA. NEXO DE CAUSALIDADE E DANOS EVIDENCIADOS. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003174-66.2013.8.24.0018, da comarca de Chapecó 4ª Vara Cível em que é Apelante Companhia Hidromineral de Piratuna e Apelado Cláudio José Battistela.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Desa. Denise Volpato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Stanley Braga.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2019.

Desembargador André Luiz Dacol

Relator

RELATÓRIO

Em atenção aos princípios da celeridade e economia processuais, adota-se o relatório da sentença, transcrito na íntegra, por refletir com fidelidade o trâmite processual na origem:

Trata-se de ação de indenização por danos materiais (lucros cessantes) e morais, além de pensionamento mensal vitalício, em que são partes as acima indicadas, ambas devidamente qualificadas nos autos. Como fundamento de sua pretensão, aduziu a parte autora, em suma: a) usufruindo de suas férias, no mês de janeiro/2011, aproveitou o único tempo que tinha disponível para passar momentos de lazer com sua família, já que trabalha como motorista de ônibus e dificilmente fica em casa com eles; b) assim, resolveu passar um final de semana no Balneário de Piratuba, tendo levado consigo toda sua família; c) ocorre que no domingo do dia 22.1.2011, o requerente foi descer em um tobogã localizado no balneário, momento no qual caiu no tanque e bateu seu calcanhar esquerdo em um degrau existente dentro da piscina; d) sentiu dores horríveis e foi socorrido pelo próprio Corpo de Bombeiros, tendo restado imobilizado e conduzido até o hospital; e) após exames médicos, constatou-se fratura em joelho direito e calcâneo esquerdo, razão pela qual se submeteu a procedimento cirúrgico e implantação de osteossínteses metálicas; f) ficou afastado de seu trabalho, sob percepção de benefício previdenciário 'auxílio-doença', no valor de R\$ 1.219,47, conforme carta de concessão; g) no local, os usuários que utilizavam o brinquedo (dentre eles o autor) não tiveram nenhuma orientação ou sinalização em como se comportar para utilização e descida do tobogã, sendo que somente havia um funcionário (fiscal) que controlava o fluxo de pessoas e o intervalo de cada descida pelos usuários (nada mais); h) após o acidente, o réu emprestou alguns produtos hospitalares ao autor, sendo que foram eles devolvidos posteriormente; i) está com sequelas parciais e definitivas, pois não consegue realizar certos movimentos de seu calcâneo esquerdo (inclusive para continuidade de seu labor como motorista de ônibus); e, j) faz jus, portanto, à indenização pelos lucros cessantes que deixou de auferir (diferença entre o que recebia e o que passou a perceber do auxílio previdenciário), além de compensação pelos danos morais suportados (dor física e psicológica) e pensionamento mensal vitalício (por conta de sua redução da capacidade laborativa). Requereu a procedência dos pedidos iniciais e formulou os demais requerimentos de praxe. Juntou documentos.

Devidamente citada, a Companhia demandada ofertou resposta em forma de contestação (fls. 66/75), na qual sustentou, também resumidamente: a) incontestado é o fato de se tratar de responsabilidade objetiva do prestador de serviços por seus atos, dado o risco da atividade que exerce; b) no caso, no entanto, é ela afastada em razão da culpa exclusiva da vítima, porquanto foi ela a única pessoa que concorreu para o evento danoso; c) isso porque existe no local do acidente (tobogã) uma placa que contém todas as indicações necessárias à correta utilização do toboágua, sendo que nela se encontra expressamente escrito: "Atenção – Peso máximo permitido 70kg. Desça somente sentado ou de costas. Respeite os demais usuários e o fiscal"; d) não bastasse, foi o requerente cientificado de seu peso impróprio para ousado brinquedo pelo fiscal Adealmo da Silva, sendo que, mesmo assim, resolveu assumir o risco e descer o tobogã em questão (o fiscal não pode lhe impedir); e) assim, não houve defeito na prestação do serviço, porque todas as providências exigíveis de segurança e prevenção de acidentes foram seguidas à risca pela contestante; f) não há prova dos fatos alegados pelo autor (art. 333, I, do CPC); e, g) prestou auxílio ao requerente, no importe de R\$ 3.722,00, além do empréstimo de equipamentos para sua recuperação, atos estes meramente decorrentes de sua boa vontade e liberalidade (não houvere conhecimento de culpa). Pugnou pela rejeição dos pedidos inaugurais. Também juntou documentos.

Houve réplica (fls. 110/115) e o feito foi saneado às fls. 125/126, oportunidade na qual restou deferida a produção de prova pericial, a qual foi confeccionada às fls. 146/147.

Seguiu-se regular instrução, com a oitiva de cinco testemunhas (duas da parte autora e três da ré), por meio de cartas precatórias expedidas para as comarcas de Capinzal e Pinhalzinho.

Alegações finais por memoriais.

A sentença, lavrada às fls. 249-261, decidiu da seguinte forma:

Assim sendo, acolho em parte o pedido formulado na inicial (inciso I do art. 269 do Código de Processo Civil) e condeno a ré no pagamento, em favor do autor, de:

a) danos materiais, na modalidade lucros cessantes, no montante total de R\$ 6.387,84 (seis mil trezentos e oitenta e sete reais e oitenta e quatro centavos), conforme fundamentação supra, o qual deverá ser corrigido pelo índice INPC/IBGE e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, ambos a contar da citação;

b) pensão mensal vitalícia no valor de 50% (cinquenta por cento) do último salário auferido pelo autor antes do evento danoso (considerado o valor de R\$ 1.574,35), o que corresponde a R\$ 787,17 (setecentos e oitenta e sete reais e dezessete centavos), também na forma da fundamentação supra, a contar do evento danoso (22.1.2011) e enquanto o autor viver. Dito montante deve sofrer recomposição nos mesmos índices e datas da categoria profissional a qual pertence o autor (motorista profissional). As parcelas vencidas devem ser pagas de uma única vez, acrescidas de correção monetária pelo índice INPC/IBGE a partir de cada vencimento e juros de mora de 1% ao mês, a contar do evento danoso; e,

c) indenização à título de danos morais no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), importância esta que deverá ser atualizada monetariamente pelo índice INPC/IBGE a partir da presente data, bem assim acrescida de juros de mora na base de 1% ao mês, a contar do evento danoso (22.1.2011). Além disso, condeno a ré (por ser consequência lógica imposta pela legislação vigente) a constituir capital para assegurar o pagamento da pensão mensal, na forma da fundamentação acima.

Considero que a parte autora decaiu de parte mínima dos pedidos. Dessa forma, condeno a parte demandada, por igual, no pagamento das custas processuais (inclusive honorários periciais) e honorários advocatícios de sucumbência, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), desconsideradas as parcelas vincendas da pensão mensal, a partir da presente data.

Os aclaratórios de fls. 265-272 foram rejeitados pela decisão de fl. 274.

Irresignada, a demandada interpôs apelação.

Em suas razões (fls. 277-287), sustenta que: a) o autor ignorou o aviso de limitação de peso e também as orientações do fiscal do brinquedo; b) ao contrário do que entendeu a origem, a terceira fotografia de fl. 56, mesmo que de longe, comprova a existência do aviso na época dos fatos; c) referida placa não aparece na segunda fotografia de fl. 56, pois houve “*corte*” proposital da imagem; d) mesmo que a sentença tenha entendido que a placa apresentada às fls. 104-106 tinha aspecto de nova (e daí ter concluído que só foi instalada após o acidente), há constante substituição do material, sobretudo pela rápida deterioração no ambiente do parque; e) o testemunho de Daiane Senhor não deve servir à condenação, pois há contradição quanto ao peso que o autor aparentava ter, bem assim ao fato de a declarante ter admitido que não subiu o local de acesso ao brinquedo; f) de igual modo, o testigo Charles Behling não favorece a tese da inicial, porque além de ter atestado que havia um funcionário controlando a descida, o declarante só bateu a perna na piscina por também não ter respeitado o limite de peso (já que admitiu pesar 100 kg).

Subsidiariamente, afirma que o pensionamento só deve incidir até eventual aposentadoria do autor, sob pena de enriquecimento sem causa.

Concluiu postulando a reforma da decisão objurgada.

Contrarrazões às fls. 295-304.

Vieram os autos conclusos. É o relatório.

VOTO

1. No exercício do juízo de admissibilidade, como a fotografia de fl. 289 não foi submetida ao juízo singular, não há como analisá-la somente nessa esfera recursal.

De igual modo, como a tese de limitação da pensão até eventual aposentadoria do autor deixou de ser alegada na resposta, não há como conhecer da temática.

Vale dizer que a contestação de fls. 67-76 tratou apenas das teses de culpa exclusiva da vítima, adequada prestação do serviço, ausência de provas do fato constitutivo e voluntária assistência ao demandante.

Desse modo, considerando que, nos moldes do art. 300 do CPC/73 (vigente à época da resposta), competia à ré alegar toda matéria de defesa na contestação (inclusive o pedido subsidiário, como no caso da incidência da pensão mensal vitalícia postulada no item “e” de fl. 12), impõe-se o reconhecimento da preclusão nesse ponto.

Assinalo que *“é dado ao réu levantar, em contestação, toda a matéria de defesa, não sendo lícito deduzir, após esta fase, novas alegações, porquanto recaído o manto da preclusão consumativa, a exceção das hipóteses declinadas no artigo 303 do Código Processual.”* (TJSC, Apelação Cível n. 2009.009474-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Fernando Carioni, j. 05-05-2009).

Aliás, mesmo que a demandada tenha deduzido referida tese por ocasião dos aclaratórios de fls. 265-272, a hipótese não está entre as exceções de direito superveniente ou de matéria de ordem pública previstas no art. 303 do CPC/73.

Para arrematar o ponto, colho o excerto:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA (...) ALEGAÇÃO DE QUE O FATO NARRADO NA EXORDIAL NÃO CONFIGURA ACIDENTE DE TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE COBERTURA. TESE AVENTADA APENAS EM ALEGAÇÕES FINAIS. MATÉRIA QUE NÃO SE ENQUADRA NAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 342 DO NOVO CÓDIGO (ART. 303 DO CPC/73), E QUE, PORTANTO, DEVERIA TER SIDO ALEGADA EM CONTESTAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 336 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (ART. 300 DO CPC/73). PRECLUSÃO CONSUMATIVA CONFIGURADA. IRRESIGNAÇÃO NÃO CONHECIDA NO PONTO. (...) (TJSC, Apelação n. 0004047-77.2013.8.24.0079, de Videira, rel. Des. Saul Steil, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 16-06-2016).

Assim: a) não conheço do documento de fl. 289, pela inovação recursal; b) não conheço da tese de limitação da pensão vitalícia, pela preclusão consumativa.

Em relação aos demais temas do apelo, estão presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão por que conheço parcialmente do recurso.

2. Cinge-se o mérito recursal em aferir se houve culpa exclusiva do consumidor, como causa de exclusão da responsabilidade da fornecedora do serviço.

Desse modo, as demais matérias não foram devolvidas a este Tribunal e, por isso, tratam-se de temáticas que não serão (e nem poderiam ser) reapreciadas neste grau de jurisdição.

3. Cedição que para a configuração da responsabilidade civil subjetiva é imprescindível o preenchimento dos seguintes pressupostos: a) existência de um ato, comissivo ou omissivo, caracterizado como ilícito ou criador de risco, na forma do parágrafo único do art. 927 do CC; b) ocorrência de um dano causado à vítima; c) nexos de causalidade entre o dano e o ato, o que constitui o fato gerador da responsabilidade (nessa linha, *vide*: Apelação n. 0501938-11.2012.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Newton Trisotto, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 14-04-2016).

A esse respeito, o art. 186 do Código Civil dispõe 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*”. E, nesse viés, o art. 927, *caput*, do mesmo Diploma prevê que “*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

A doutrina de Sérgio Cavalieri Filho melhor elucida sobre o tema:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia*”; b) nexos causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões “*violar direito ou causar dano a outrem*”. (Programa de responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 32).

Diante dessas premissas, deduz-se que, conjugados os requisitos, a responsabilidade civil subjetiva é regra geral da obrigação de indenizar.

Há, no entanto, casos em que, nos termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a responsabilidade civil dispensa a comprovação de culpa, seja por expressa previsão legal ou pelo risco da atividade.

Nesse aspecto, nos ditames dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva pelo fato do produto/serviço.

Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÕES DE CONSUMO. PREVISÃO LEGAL. RISCO DA ATIVIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. - A responsabilidade civil do fornecedor em relação aos danos sofridos pelo consumidor, direto ou por equiparação, no contexto do Código de Defesa do Consumidor, é de ordem objetiva, isto é, sem exigência de culpa ou dolo, seja na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, por expressa previsão legal, seja na responsabilidade por vício do produto ou do serviço, por silêncio eloquente do legislador, e, em ambos os casos, também por se tratar de atividade que implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (TJSC, Apelação Cível n. 0000985-71.2011.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 06-06-2017).

Nos termos do art. 2º do CDC, consumidor é a pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço, na condição de destinatário final.

Adiante, o *caput* e o § 2º do art. 3º do referido Código estabelecem que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que desenvolve atividade de prestação de serviço, entendido este como a atividade no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza securitária, excetuada tão somente as decorrentes das relações trabalhistas.

Vejam-se:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

(...)

§ 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.

Constatado que o autor é destinatário final do serviço prestado pela ré, não há como deixar de reconhecer o preenchimento das figuras dos arts. 2º e 3º, ambos do CDC, com a consequente incidência das regras estabelecidas neste Diploma legal.

Portanto, aplica-se a responsabilidade objetiva também prevista nos arts. 12 e 14 do CDC, segundo a qual a demandada só se livraria de responsabilidade se comprovassem a inexistência do produto/serviço defeituoso ou a culpa exclusiva da vítima/terceiro.

No caso concreto, a apelante sustenta que não há como ser responsabilizada pelo acidente, pois o autor ignorou a placa de limite de peso do tobogã e também desrespeitou as orientações do fiscal do parque, dando causa ao infortúnio.

Melhor sorte não lhe socorre.

De início, destaco a incongruência da prova oral colhida pelo sistema audiovisual.

Enquanto as testemunhas Charles Behling e Daiane Senhor afirmam a inexistência da placa de limitação do peso, os funcionários Anderson Augusto Busellato, Carlos Eduardo Moreira Paz e Adealmo da Silva (ouvidos na qualidade de informantes) alegam que o aviso estava visivelmente fixado na entrada do brinquedo.

Isso também ocorre em relação às fotografias juntadas pelas partes. Ao mesmo tempo em que as capturas de fls. 51-58 indicam não haver o mencionado alerta, as fotos de fls. 104-106 evidenciam a existência da placa no local.

Ainda sobre as fotografias, há plausibilidade no entendimento adotado pela origem, pois tudo aponta que as fotos trazidas pela ré retratam situação de fato posterior à reforma no local (fl. 104-106).

Por outro lado, não se pode perder de vista: mesmo que a terceira fotografia juntada pelo autor à fl. 56 permita verificar a existência de uma placa na entrada do tobogã, a distância em que foi tirada impede a visualização do conteúdo. Nesse aspecto, para dirimir o conflito de provas, incumbia à ré, na qualidade de fornecedora, apresentar foto da época com a placa no local, o que não ocorreu.

Nada obstante tais observações, a existência/inexistência da placa é irrelevante ao afastamento da pretensão. O fator preponderante para o reconhecimento da responsabilidade da demandada foi a conduta de seus funcionários que deveriam ter impedido o acesso do apelado ao “brinquedo” em questão.

Digo isso porque, apesar de ter afirmado que alertou o autor sobre o limite de peso, o funcionário acabou permitindo a utilização do brinquedo. Aliás, mesmo que nas palavras de Adealmo o demandante tenha dito que “*pagou a entrada e por isso utilizaria o brinquedo*”, era seu dever zelar pela integridade física do consumidor, usando dos meios adequados para impedir o acesso ao toboágua. Contudo, como tal proibição não ocorreu, a demandada deve ser condenada à reparação dos danos experimentados.

Registro: o consumidor goza de vulnerabilidade presumida perante o fornecedor; assim, independente de ser autor responsável por seus atos, não se pode exigir que tenha plena ciência dos riscos da utilização do bem de consumo que, apesar de guardar relação com entretenimento, pode violar sua integridade física.

Desse modo, verificados o nexo de causalidade e o dano, sem que a ré por sua vez tenha comprovado a culpa exclusiva do autor, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade civil da demandada.

Nesse sentido, colho da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE EM TOBOÁGUA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. ALEGADA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. TESE NÃO ACOLHIDA. FUNDAMENTAÇÃO EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, AO ARTIGO 489, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MÉRITO. ALEGADA AUSÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, O QUE REPRESENTARIA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE, NOS TERMOS DO ARTIGO 14, § 3º, INCISO I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ARGUMENTAÇÃO INSUBSISTENTE. AUTOR QUE, DESCENDO NO TOBOÁGUA SEM BOIA, O QUE ERA PERMITIDO, ROTACIONOU O CORPO E BATEU COM O ROSTO NO BRINQUEDO, PERDENDO UM DENTE, NECESSITANDO DE IMPLANTE E ENXERTO ÓSSEO. CARACTERÍSTICA INERENTE AO BRINQUEDO, QUE É ESCORREGADIO, QUE O CORPO ASSUMA DIFERENTES POSIÇÕES AO LONGO DA TRAVESSIA. FALHA DE SERVIÇO CONSISTENTE NA AUSÊNCIA DE SEGURANÇA QUE LEGITIMAMENTE SE ESPERA DO BRINQUEDO. CULPA EXCLUSIVA DO AUTOR NÃO DEMONSTRADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300014-41.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 15-08-2019).

4. Inalterado o sentido do julgado, permanece idêntica a distribuição sucumbencial determinada pela origem.

Tendo em vista que a decisão recorrida foi publicada na vigência do atual CPC, necessário o arbitramento de honorários recursais em favor do causídico da parte ré, uma vez que realizou trabalho adicional em grau recursal, obtendo êxito, nos termos do § 11 do artigo 85 do referido diploma legal.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado Administrativo nº 7 no sentido que *“somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”*.

Assim, considerando os parâmetros do § 2º do mesmo dispositivo legal, fixo os honorários recursais em 2% (dois por cento), totalizando os honorários de sucumbência em 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação.

5. Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

É o voto.

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0300428-17.2018.8.24.0071, de Tangará

Relator: Desembargador Osmar Nunes Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUPOSTA COBRANÇA DE DÍVIDA NO AMBIENTE LABORATIVO DO DEMANDANTE QUE TERIA ACARRETADO ABALO ANÍMICO INDENIZÁVEL. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA AUTORAL. NÃO CABIMENTO. EXISTÊNCIA DO DÉBITO INCONTESTE. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO DO CREDOR. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO EVIDENCIA A PRÁTICA DE QUALQUER CONDUITA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE SITUAÇÃO QUE, POR TER SIDO VEXATÓRIA, HUMILHANTE OU ABUSIVA, TENHA EXTRAPOLADO A ESFERA DO MERO DISSABOR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300428-17.2018.8.24.0071, da comarca de Tangará Vara Única em que é Apelante Roque Ferreira de Souza e Apelado Cooperativa de Crédito Rural com Interação Solidária CRESOL IBIAM.

A Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso mas negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Haidée Denise Grin, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Exmo. Sr. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade.

Florianópolis, 15 de agosto de 2019.

Desembargador Osmar Nunes Júnior

Relator

RELATÓRIO

Roque Ferreira de Souza ajuizou ação de indenização por dano moral em face de Cooperativa de Crédito Rural de Ibiã – SULCREDI/IBIAM. Narrou, em síntese, que assinou como avalista em contrato de financiamento realizado por um familiar, tendo este restado inadimplente, motivo pelo qual passou a ser cobrado para o pagamento da dívida. Ato contínuo, alegou que determinado funcionário da ré compareceu ao seu local de trabalho incessantemente a fim de efetuar a cobrança pessoalmente, afrontando o art. 42 do diploma consumerista, circunstância que, em razão do constrangimento sofrido, acarretou abalo anímico passível de ser indenizado.

Por tais razões, pugnou pela concessão do benefício da justiça gratuita, pela inversão do ônus da prova e, ao final, pela condenação da requerida ao pagamento de uma compensação pecuniária pelo dano moral experimentado.

Invertido o *onus probandi* e deferida a benesse (fl. 27), a demandada apresentou contestação (fls. 34/47), sustentando como defesa que seu empregado compareceu ao ambiente laborativo do autor somente em duas ocasiões, e apenas para obter informações acerca dos codevedores a serem utilizadas no processo de execução, tendo conversado com aquele de forma discreta, sem submetê-lo à qualquer situação vexatória.

Após a réplica (fls. 280/285), o togado singular saneou o feito (fl. 288) e designou audiência de instrução e julgamento (fl. 288). Realizado o ato instrutório (fl. 295), as partes apresentaram alegações finais remissivas (fls. 298/312) e sobreveio sentença da lavra do magistrado Flávio Luís Dell'Antônio (fls. 313/323), que julgou improcedente a pretensão autoral, ao fundamento de que inexistia nos autos elemento probatório apto a comprovar conduta ilícita perpetrada pela requerida.

Irresignado, o acionante interpôs apelação (fls. 326/341), repisando as teses iniciais e pontuando que a prova testemunhal produzida corrobora as inúmeras cobranças realizadas de forma indevida, restando configurado o abalo anímico decorrente do episódio, motivo pelo qual pleiteia o conhecimento e o provimento do presente recurso, com a consequente reforma da sentença, a fim de condenar a demandada ao pagamento da indenização postulada.

Com as contrarrazões (fls. 345/356), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça e vieram conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

1. Exame de admissibilidade

Trato de apelação cível interposta por Roque Ferreira de Souza contra a sentença que, nos autos de ação de indenização por danos morais, julgou improcedentes os pedidos autorais formulados em desfavor de Cooperativa de Crédito Rural de Ibiam – SULCREDI/IBIAM.

Atendidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise deste.

Adianto, de pronto, que a sentença objurgada analisou corretamente a prova que instruiu o feito, não merecendo qualquer reparo.

2. Aplicabilidade das normas consumeristas

A princípio, é importante ressaltar que se aplicam ao caso em tela as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, conforme acertadamente consignou o togado singular, uma vez

que as partes envolvidas na lide condizem com os conceitos de consumidor e fornecedor apontados, respectivamente, pelos arts. 2º e 3º do referido diploma legal. Isso porque o apelante é responsável de forma solidária pelo débito (contraído pelo seu sobrinho) do qual adveio a suposta cobrança vexatória perpetrada pela apelada. Assim, na condição de avalista da relação de consumo firmada, este figura como consumidor por equiparação.

Ao contrário do Código Civil, a Lei n. 8.078/90 (arts. 12 a 14) optou pela responsabilidade objetiva, retirando a necessidade de comprovação do elemento subjetivo em razão da manifesta vulnerabilidade do consumidor. Destarte, basta que este comprove o dano e o nexo de causalidade com o serviço oferecido para que o fornecedor responda pelos prejuízos causados, ainda que não tenha incidido em uma das formas de culpa. A responsabilidade somente poderá ser afastada quando comprovada a inexistência de defeito no serviço ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Não obstante, ressalto desde já que, consoante se infere de reiterados precedentes da Corte Superior, bem como da Súmula n. 55 do Órgão Especial deste Sodalício, *“a inversão do ônus da prova não exige o consumidor de trazer aos autos indícios mínimos do direito alegado na inicial quando a prova lhe diga respeito”*, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil.

Anotadas essas premissas, passo ao exame do mérito recursal.

3. Mérito

O art. 5º, X, da Constituição da República, determina 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”*.

O Código Civil, em seu art. 186, preceitua 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”* e, em razão disso, consoante prevê o art. 927 do mesmo diploma, *“fica obrigado a repará-lo”*.

No mesmo diapasão, o art. 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, também dispôs acerca do assunto, asseverando que constitui direito básico do consumidor *“a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”*.

O presente litígio versa, em suma, acerca de suposta cobrança vexatória incessantemente realizada em ambiente laborativo. A inadimplência do consumidor no contrato em que o apelante figura como avalista é inconteste na lide, de forma que a cobrança do débito pela instituição financeira configura exercício regular de um direito. A controvérsia inicial cinge-se, pois, em verificar eventual abuso perpetrado pela apelada que teria ultrapassado os limites da regularidade e acarretado na ilicitude da conduta.

O art. 42 do diploma consumerista dispõe que *“na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”*.

No caso em liça, em análise dos substratos probatórios colacionados aos autos, colho dos depoimentos das testemunhas autorais (fl. 295) que, de fato, o preposto da recorrida compareceu algumas vezes no local de trabalho do recorrente. Não obstante, não é possível extrair do caderno processual qualquer ilegalidade perpetrada pelo funcionário daquela. Na verdade, dos testigos colhidos, vislumbro que a ciência dos colegas de trabalho do insurgente a respeito da existência da dívida pela qual este era responsável solidário ocorreu notadamente porque o próprio expôs a situação no ambiente laborativo.

No vídeo colacionado à fl. 287, gravado pela testemunha Adriana Fátima Kluge, inexistente qualquer atuação desproporcional e/ou constrangedora por parte do preposto da recorrida. Além disso, da prova testemunhal produzida verifico que, no tocante aos episódios em que supostamente houve a cobrança do débito, também não restou especificada qualquer atitude desarrazoada ou agressiva. Ademais, as testemunhas atestaram que, conforme sustentado em tese de defesa, aquele visava a obtenção de informações a serem utilizadas no processo de execução, solicitando ainda que o recorrente comparecesse ao banco a fim de solucionar o impasse.

Dessa forma, em que pese os testigos corroborem em parte a versão narrada na inicial, ainda que tenha havido a efetiva cobrança da dívida quando das visitas do preposto da apelada no local de trabalho do recorrente, não constato qualquer humilhação, ameaça ou situação constrangedora advinda especificamente da conduta perpetrada, mas tão somente incômodos aos quais está sujeito o devedor, inexistindo, assim, qualquer circunstância que tenha ultrapassado a esfera do mero dissabor do cotidiano.

Consoante já mencionei alhures, o Código de Defesa do Consumidor não proíbe a cobrança de dívidas, constituindo o ato em exercício regular de direito do credor. O que não se admite é que esta ocorra com a prática de excessos que extrapolem os limites da licitude. Não se olvida que a situação possa ter gerado certo desconforto ao insurgente. Contudo, em análise do material probatório angariado ao feito, verifico que não restou evidenciado qualquer abuso apto a ensejar a ocorrência de abalo anímico.

Conforme acertadamente fundamentou o togado singular (fls. 319/320):

Verifica-se dos depoimentos colhidos, a maioria por colegas de trabalho do Autor, que de fato o representante da Requerida ia até o supermercado em que trabalhavam conversar com o Autor. Nada obstante, a única visita que souberam esclarecer melhor foi uma em que o representante da requerida questionou o Autor acerca do endereço dos codevedores, sem que tenham descrito qualquer atitude vexatória nesta oportunidade.

Nas demais oportunidades, vale ressaltar, apenas afirmaram que o representante da empresa cobrou o Autor, pedindo que fosse até o banco acertar a dívida, sem descrever, mais uma vez, quaisquer palavras ofensivas ou vexatórias.

[...]

Do colhido nos autos verifica-se, portanto, que inexistem provas de que houve cobrança no local de trabalho do Autor e, se houve, inexistem provas de que ocorreram de forma que o envergonhasse.

Com efeito, colho de entendimento esposado por este Sodalício em hipótese semelhante ao episódio em exame:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTORA QUE, POR TER SIDO PROCURADA, EM SEU TRABALHO PELA PREPOSTA DA RÉ PARA QUE ADIMPLISSE DÉBITO, ALEGOU TER SIDO SUBMETIDA A SITUAÇÃO VEXATÓRIA PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. DÉBITO EXISTENTE. COBRANÇA QUE NÃO ACARRETOU NENHUM PREJUÍZO À AUTORA. ADEMAIS, COBRANÇA DE DÍVIDA NO LOCAL DE TRABALHO QUE, POR SI SÓ, NÃO CONFIGURA CONDUTA ILÍCITA POR PARTE DO CREDOR. TRANSTORNOS QUE SE SITUAM NO CAMPO DO MERO ABORRECIMENTO. AUSÊNCIA DE ABALO ANÍMICO INDENIZÁVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0500786-52.2013.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. André Carvalho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 27-07-2017).

Dessa forma, não tendo o apelante comprovado o fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373, I, da lei adjetiva, inexistem nos autos os pressupostos necessários para caracterização da responsabilidade civil e, por consequência, da obrigação de indenizar, motivo pelo qual entendo que a sentença vergastada deva ser mantida incólume.

4. Honorários recursais

Diante do desprovimento do recurso e tendo em vista que a decisão recorrida foi publicada já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, faz-se necessário o arbitramento de honorários recursais.

Assim, nos moldes do art. 85, § 11, do CPC, fixo a verba em 5% (cinco por cento), a ser paga pelo apelante ao procurador da apelada, considerando o trabalho adicional e o nível de zelo do causídico em segundo grau. O valor será acrescido àquele arbitrado na origem (10%), totalizando 15% (quinze por cento), cuja exigibilidade fica suspensa eis que o recorrente é beneficiário da justiça gratuita (fl. 27).

5. Conclusão

Perante o exposto, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0000979-35.2007.8.24.0078, de Urussanga

Relatora: Desembargadora Haidée Denise Grin

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGADO ERRO MÉDICO NO DIAGNÓSTICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA.

PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO HOSPITAL. TEORIA DA ASSERÇÃO. SUJEITOS OCUPANTES DO POLO PASSIVO QUE, EM TESE, PODEM SER RESPONSÁVEIS PELO DANO À PACIENTE. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO ENTRE O MÉDICO E A UNIDADE HOSPITALAR. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM CONFIGURADA.

A teor da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: [...] quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) [...] (REsp nº 1.145.728/MG. Rel. P/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. 30/6/2011).

MÉRITO. PACIENTE ATENDIDA COM QUEIXA DE DOR ABDOMINAL, SENDO SUBMETIDA A EXAMES FÍSICO, LABORATORIAL E TRATAMENTO MEDICAMENTOSO. APÓS MELHORA DO QUADRO, OBTVEVE ALTA HOSPITALAR. RETORNO AO NOSOCÔMIO NO DIA SEGUINTE COM ALTERAÇÃO NO EXAME FÍSICO E LABORATORIAL, INDICANDO NECESSIDADE DE SUBMISSÃO À CIRURGIA PARA TRATAMENTO DE CISTO ROTO DE OVÁRIO DIREITO. ACERVO PROBATÓRIO QUE NÃO AUTORIZA RECONHECER CONDUTA CULPOSA DO MÉDICO. ALEGADO RISCO À VIDA DA PACIENTE INDEMONSTRADO. CONDUTA MÉDICA QUE SE MOSTROU ADEQUADA NO PRIMEIRO ATENDIMENTO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO.

“O diagnóstico, em várias situações, é, apenas, uma hipótese dentro do estágio atual da medicina. A ciência médica não é uma ciência exata. Em muitas circunstâncias os sintomas são confusos. As decisões tomadas pelo profissional baseiam-se em probabilidades. Por isso, o erro de diagnóstico é, em princípio, escusável ou, dito de outra forma, nos casos controvertidos, o erro na identificação da patologia do doente não deve ser tipificado como resultante de imperícia, imprudência ou negligência” (José Alfredo Cruz Guimarães).

HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO (ART. 85, § 11, CPC/2015).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000979-35.2007.8.24.0078, da comarca de Urussanga 1ª Vara em que é Apelante Daniela Rocha Candido Guse e Apelados Marcelo Nacif e outro.

A Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, fixando-se os honorários recursais. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Carlos Roberto da Silva (com voto) e dele participou a Exma. Des. Haidée Denise Grin e o Exmo. Des. Osmar Nunes Júnior.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargadora Haidée Denise Grin
Relatora

RELATÓRIO

Forte no princípio da celeridade e utilizando das ferramentas informatizadas, adota-se o relatório da sentença recorrida (fls. 433-441), por sintetizar o conteúdo dos autos, *in verbis*:

Daniela Rocha Candido Guse ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais contra Marcelo Nacif e Hospital São João Batista Ltda., alegando, em linhas gerais, que sentindo fortes dores abdominais, procurou o Hospital requerido, onde foi atendida pelo primeiro réu, o médico Marcelo Nacif, que sem requerer a realização de exames necessários, afirmou que as dores eram decorrentes de gases intestinais, que podiam ser bem controladas por meio de medicamentos (Buscopan composto, Paracetamol e Plasil).

Alegou que tomou os medicamentos na forma indicada pelo médico, contudo, não houve resposta satisfatória ao tratamento e, por isso, retornou ao hospital, quando, então, foi atendida pelo médico Leandro Avany Nunes, que realizando outros exames, constatou a existência de um cisto no ovário da requerente.

Prosseguiu afirmando que, dada a gravidade da situação, foi submetida, com urgência, a procedimento cirúrgico, pois estava com hemorragia, resultando em risco de morte.

Atribuiu ao requerido a prática de erro médico pelo equivocado diagnóstico e afirmou ser o hospital responsável solidariamente pelo ilícito.

Ao final, requereu a procedência da ação para condenar os réus ao pagamento de danos morais, sugerindo a quantia de 100 salários mínimos.

Valorou a causa e instruiu a inicial com os documentos de fls. 11-37.

Devidamente citado, o hospital requerido ofereceu contestação (fls. 46-59), alegando, preliminarmente, inépcia da petição inicial.

Quanto ao mérito, sustentou que os fatos narrados na exordial não condizem com a realidade.

Especificamente sobre a atuação do médico Marcelo Nacif, sustenta que “ao atender a autora, NACIF diagnosticou gastroenterite e, ao contrário do que alega a autora, encaminhou-a ao centro de observação”, tendo sido ministrados alguns medicamentos através de soro injetável.

Salientou que a paciente apenas foi liberada depois de constatada a sua melhora, o que foi inclusive confirmado pela requerente, já que não acusava sentir mais dores.

Prossegue sustentando que não pode ser responsabilizado por eventual falha médica, pois não contribuiu com o fato que supostamente causou dano à autora.

Por outro lado, em sendo responsável solidariamente, destacou que o valor da indenização não pode ser superior a cinco salários mínimos.

Requeru o acolhimento da preliminar de inépcia ou, superada esta, a improcedência da ação com a condenação da autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. Juntou os documentos de fls. 61-108.

Também citado, o médico requerido defendeu-se por meio de contestação (fls. 110-130), sustentando que a autora deu entrada no pronto socorro do Hospital São João Batista no dia 24.09.2006, por volta das 19h45min, queixandose de dor de cabeça, náuseas, pirose (queimação do estomago), dor abdominal difusa (tipo cólica) e amenorréia (ausência de menstruação).

Esclareceu que, “após relacionar os sintomas, o réu passou ao exame clínico, anotando que o abdômen estava plano, flácido, timpânico e doloroso difusamente a palpação, caracterizando a ausência de sinais de irritação peritonial que nega o quadro de abdômen agudo clínico, ou seja, os sintomas descartavam a necessidade de intervenção cirúrgica imediata” (fl. 111).

Acrescentou que foram realizados exames clínicos e solicitados também exames laboratoriais, pois suspeitou que a autora pudesse estar grávida.

Ressaltou que prescreveu a medicação correta, que foi devidamente aplicada à autora pelas enfermeiras que atuavam no hospital, permanecendo em observação até a estabilização do quadro, quando, então, recebeu alta médica, juntamente com a prescrição dos medicamentos descritos na exordial.

Salientou que orientou a autora a retornar ao hospital, caso os sintomas retornassem e/ou houvesse piora em seu quadro clínico.

Frisou que, ao contrário do que maliciosamente alega a autora, em nenhum momento foi descrito ou caracterizada a presença de gases, pois o abdômen da paciente estava plano, flácido, não sendo registrado flatulências (sensação desagradável de presença de gases em excesso no abdômen), nem prescrita medicação hospitalar para gases.

Destacou ainda que, “diversamente do que diz a inicial, não foi o Dr. Leandro Nunes quem atendeu a autora no primeiro momento em seu retorno ao pronto socorro do segundo réu, nem este quem solicitou exames, mas sim o Dr. Rogerio da Silva” (fl. 113).

Discorreu sobre todo o procedimento adotado pelos dois médicos que atenderam a autora e destacou que a cirurgia não foi realizada imediatamente após a constatação do cisto roto de ovário, pois a requerente não corria risco de morte, não apresentando ainda quadro de hemorragia.

Anotou, por fim, que os procedimentos adotados foram corretos e ‘que as queixas da autora levaram o réu a diagnosticar, em um primeiro momento, que se tratava de gastroenterite, lembrando que se trata de um atendimento feito em um pronto socorro, local de atendimentos emergenciais, onde cabe ao médico estabilizar o paciente” (fl. 116).

Insistindo que sua conduta foi correta e afirmando não ter incorrido em erro médico, impugnou o pedido de danos morais e, ao final, requereu a improcedência da ação. Juntou também os documentos de fls. 131-185.

Houve réplica.

Às fls. 195-199, decisão judicial afastou a preliminar de inépcia da petição inicial arguida pelo hospital e determinou a realização de perícia médica.

O Hospital opôs embargos de declaração em face da decisão de fls. 195-199, o qual foi parcialmente acolhido pela decisão de fls. 213-215, para também deferir a produção de prova testemunhal, designando-se, na oportunidade, audiência de conciliação/instrução e julgamento, posteriormente cancelada pela decisão de fls. 367/368.

Na sequência, considerando que os problemas de saúde relatados pela autora na inicial não mais persistiam, determinou-se que a perícia fosse realizada de forma indireta, através da análise de documentos colacionados aos autos (fl. 312).

A autora e os requeridos manifestaram desinteresse na realização da prova pericial (fls. 315, 318/319 e 322).

Em audiência de instrução e julgamento, posteriormente designada (fl. 323), foi ouvida neste juízo apenas uma testemunha (informante) arrolada pela autora (termos e cd às fls. 338-340).

Deprecou-se, outrossim, a inquirição de quatro testemunhas arroladas pelo réu Marcelo Nacif, ocasião em que foram ouvidas apenas duas, com dispensa das demais (fls. 384-386).

A autora (fls. 398-405), o hospital (fls. 409-411) e o médico requerido (fls. 415-420) apresentaram suas razões finais, seguindo os autos conclusos para sentença.

A Juíza de Direito Karen Guollo julgou improcedentes os pedidos, constando da parte dispositiva:

À vista do exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos contidos nesta ação e, com fundamento no inciso I do artigo 487 do novo Código de Processo Civil, julgo extinto o feito com resolução de mérito.

Condeno a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), para cada réu, nos termos do art. 85, § 8º do CPC/15, em virtude da natureza e importância da causa, o trabalho e tempo despendido pelos causídicos na presente demanda, suspendendo, contudo a exigibilidade da cobrança, em razão da parte autora litigar pela Assistência Judiciária Gratuita.

Em contrapartida, fixo a remuneração da procuradora da autora em R\$ 1.140,75 (mil, cento e quarenta e reais e setenta e cinco centavos), equivalente a 15 URH's.

Publique-se. Registre-se e intimem-se.

Transitada em julgado, archive-se.

Recorre a autora (fls. 444-454), aduzindo que a relação jurídica estabelecida com os réus é consumerista, hipótese em que deve ser invertido o ônus da prova “a fim de colocar o consumidor em iguais condições, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente. [...] Contudo, os apelados não fizeram nenhuma prova robusta que comprovasse a ausência de conduta ilícita, dano e nexos causal, como lhe incumbia, razão pela qual a sentença merece reforma para julgar procedentes os pedidos iniciais”. Sustentou, ainda, a responsabilidade solidária dos réus “uma vez que o primeiro labora no estabelecimento primeiro, gerando vínculo direto entre os dois”, bem como que “no tangente ao dano moral ocorrido com a apelante, consiste na lesão de direitos de cunho extrapatrimonial. [...] a apelante teve que ser submetida imediatamente a uma cirurgia de emergência, pois, já sofria de hemorragia e estava correndo sério risco de morte, considerando que a apelante tinha um cisto no ovário, e não apenas flatulência (gases), como informou o primeiro apelado. O grau de saúde da apelante já estava em grau avançado, pelo sintoma narrado no primeiro atendimento, e o médico limitou-se a receitar medicamentos para alívio das dores e náuseas,

deixando e requisitar exames clínicos mais precisos como raio x, ultrassom e de sangue. Nota-se que o médico não se preocupou com o estado de saúde da apelante, e deixou de solicitar exames por pura desídia e descaso. Sendo assim, é uníssono o entendimento de que a questão de erro de diagnóstico, fato este gerador da situação de risco para a apelante, enseja o pagamento de pecúnia objetivando minimizar através desta, o sofrimento qual fora acometida a apelante. In casu, ocorrerá também a falha na prestação dos serviços, gerando angústia exacerbada da apelante, que teve que voltar ao estabelecimento apelado para obter um novo tratamento e ver realmente qual era a sua doença, sendo que na sua segunda ida ao estabelecimento teve de ser operada as pressas por outro médico, uma vê que já sofria de hemorragia”. Requer o provimento do recurso com a condenação dos réus ao pagamento de indenização no valor equivalente a cem salários mínimos.

O apelado Marcelo Nacif apresentou contrarrazões às fls. 459-469.

O apelado Hospital São João Batista Ltda apresentou contrarrazões às fls. 470-476, arguindo prefacialmente sua ilegitimidade passiva ao argumento de que “trata-se a questão de suposto erro no procedimento médico empregado a recorrente, o que não pode ser atribuído ao nosocômio”. No mérito, requereu o desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

1. Da admissibilidade

Como condição geral de admissibilidade, o conhecimento do recurso está condicionado ao cumprimento dos requisitos extrínsecos (regularidade formal e tempestividade) e intrínsecos (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) previstos na legislação

Requisitos que se encontram preenchidos no presente recurso, razão pela qual passa-se à análise de mérito.

2. Da (i)legitimidade passiva do Hospital São João Batista Ltda

Dispunha o Código de Processo Civil de 1973: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade” (art. 3º).

Consoante lição de Fredie Didier Jr., “a legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) é requisito de admissibilidade que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. [...] A legitimidade *ad causam* é bilateral, pois o autor está legitimado para propor ação em face daquele réu, e não em face de outro. ‘Pode-se dizer, no que tange à legitimidade do réu, que não constitui ela normalmente uma legitimidade autônoma e desvinculada daquela do autor. Ambos são legitimados quando inseridos na mesma relação jurídico-processual emergente da pretensão. Da mesma forma, serão ambos carentes de legitimidade quando um deles estiver alheio a tal relação” (Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20 ed. Salvador: Ed. Jus Podvim, 2018, p. 400-401).

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero assim discorrem:

O interesse e a legitimidade para causa representam requisitos para o julgamento do pedido e devem ser aferidos *in status assertionis*, isto é, à vista das afirmações do demandante, sem tomar em conta as provas produzidas no processo. Havendo manifesta ilegitimidade para causa ou quando o autor carecer de interesse processual, pode ocorrer o indeferimento da petição inicial (art. 330, II e III, CPC), com extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, VI, CPC). Todavia, se o órgão jurisdicional, levando em consideração as provas produzidas no processo, convence-se da ilegitimidade da parte ou da ausência de interesse do autor, há resolução de mérito (art. 487, I, CPC) (Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 172).

Na mesma linha, Vicente Greco Filho escreve que “a regra é a de que as normas definidoras da parte legítima estão no direito material, porque é ele que define as relações jurídicas entre os sujeitos de direito, determinando quais os respectivos titulares (Direito processual civil brasileiro, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 79).

Entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça: “A legitimidade para a causa é conferida para os titulares da relação jurídica de direito material hipotética ou afirmada” (REsp 1.634.824/SE. Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 6/12/2016).

Na espécie, colhe-se da petição inicial e da peça recursal que a autora imputa aos réus a responsabilidade pelo alegado erro médico no diagnóstico em 24-9-2006, ocasião em que procurou o hospital réu queixando-se de fortes dores abdominais, sendo atendida pelo médico Marcelo Nacif, ora réu. Imputa-lhes responsabilidade solidária ao argumento de que “o segundo labora no estabelecimento primeiro, o que consubstancia relação de trabalho e emprego, gerando vínculo direto dentre os dois” e que ambos “trabalham juntos para a consecução do mesmo fim” (fls. 6-7).

O exame das condições da ação, em especial a legitimidade das partes, deve ser operado em observância à teoria da asserção. Veja-se:

Consoante o entendimento consolidado do STJ, as condições da ação são averiguadas de acordo com a teoria da asserção (REsp 1605470/RJ, Terceira Turma, DJe 01/12/2016; REsp 1314946/SP, Quarta Turma, DJe 09/09/2016), razão pela qual, para que se reconheça a legitimidade passiva *ad causam*, os argumentos aduzidos na inicial devem possibilitar a inferência, em um exame puramente abstrato, de que o réu pode se o sujeito responsável pela violação do direito subjetivo do autor.

Na hipótese dos autos, a narrativa da petição inicial indica que o paciente foi vítima de erro médico, causado por culpa do profissional preposto do hospital e da operadora de plano de saúde (e-STJ fls. 5 e 7). Dessa forma, é possível inferir que todos os sujeitos que ocupam o polo passivo da demanda, em tese, podem ser responsáveis pela causação do dano ao paciente.

Nesse contexto, vale dizer que o exame das condições da ação não se confunde com o mérito da demanda, pois a procedência ou improcedência do pedido formulado na petição inicial dependerá, aqui sim, da produção de provas acerca dos fatos narrados por todas as partes participantes do litígio.

No particular, portanto, a análise puramente abstrata da relação jurídica de direito material permite inferir que há obrigações exigíveis dos sujeitos apontados na narrativa inicial que autorizam sua participação no processo, enquanto sujeitos capazes de, em tese, violar direito subjetivo do paciente e, sob esta condição, são passíveis de figurar no polo passivo de demanda (REsp 1.733.387/SP. Relatora Ministra Nancy Andrihi, j. 15-5-2018).

Em matéria de “erro médico”, as balizas acerca da responsabilidade civil da entidade hospitalar e do médico foram assim delineadas pelo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 334 E 335 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REDIMENSIONAMENTO DO VALOR FIXADO PARA PENSÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada:

(i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);

(ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano;

(iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC) [...] (REsp nº 1.145.728/MG. Rel. P/ acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. 30/6/2011).

De acordo com o prontuário de fl. 17, a autora foi atendida no Hospital São João Batista Ltda através de convênio como o plano de saúde Unimed de Criciúma, ocasião em que o réu Marcelo Nacif prestou atendimento como médico plantonista. Portanto, estando o médico vinculado de alguma forma ao hospital, a responsabilidade dos réus é solidária.

Rejeito, pois, a alegação de ilegitimidade *passiva ad causam*.

3. Da responsabilidade civil. Do dever de indenizar

O Código Civil de 2002 estabelece:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[...]

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

[...]

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Os pressupostos à configuração da responsabilidade civil são assim elencados pela doutrina:

a) a existência de uma ação (comissiva ou omissiva), qualificada juridicamente (lícita ou ilícita); b) ocorrência de um dano moral e/ou material à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro; c) nexo de causalidade entre o dano e ação (DINIZ. Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53).

Enfim, para responsabilização dos réus, imprescindível aquilatar do alegado erro médico no diagnóstico. De modo que, expostas as questões de fato e de direito, “o juiz deve se socorrer de todos os meios válidos de prova: testemunhais, registros sobre o paciente existentes no consultório ou no hospital laudos fornecidos, e, principalmente, perícias” (NERY JÚNIOR, Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade Nery. Direito fundamental à saúde. Coleção Doutrinas Essenciais. Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 516).

Em que pese a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, a inversão do ônus da prova exige a constatação da verossimilhança das alegações do consumidor ou de sua hipossuficiência (art. 6º, VIII, Lei 8.078/1990). Orientando o Superior Tribunal de Justiça ser “possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), ainda que se trate de responsabilidade subjetiva do médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas” (AgRg no AgREsp 25.838, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20/11/2012).

Tendo a autora expressamente desistido da realização da prova técnica (fl. 311), a análise do caso subsume-se à prova documental e oral produzidas.

Colhe-se do prontuário de fl. 17 que a autora foi atendida pelo réu Marcelo Nacif em 24-9-2006, às 19h45min, queixando-se de “dor abdominal”, sendo medicada e colocada em observação.

Afirma a autora à fl. 3 que, “sem realização dos exames necessários para averiguação do estado de saúde que a autora se encontrava, o médico requerido desde logo tirou suas conclusões”.

Quadro esse, todavia, que não corresponde com a realidade dos autos.

Ademais do exame físico de fl. 74 (“abdômen: plano; flácido; [...] doloroso difusamente”), o réu Marcelo Nacif prescreveu-lhe fluidoterapia com soro fisiológico, buscopan, plasil e antak, bem como exames laboratoriais (hemograma completo e beta hcg qualitativo), conforme fls. 75, 83 e 86.

Como a melhora do quadro, a autora teve alta hospital às 22h45min (fl. 75), sendo-lhe prescrito tratamento medicamentoso com buscopan composto, paracetamol 750mg e plasil (fl. 16).

Verdade que a autora retornou ao hospital no dia seguinte (25-9-2006, às 10h45min), com queixa de dor abdominal, sendo atendida pelo médico Rogério da Silva (fl. 89).

No entanto, o exame físico apontou agora abdômen tenso e doloroso, sendo submetida a novos exames laboratoriais, apresentando diagnóstico de cisto roto de ovário direito.

Em 25-9-2006, às 18h15min, realizou cirurgia por video-laparoscopia com o médico Leandro Avany Nunes (fl. 103).

Sustenta a autora que, “dada a gravidade da nova situação para a autora, esta teve que ser submetida imediatamente a cirurgia, pois, já sofria de hemorragia e estava correndo até sério risco de morte” (fl. 3).

A prova documental, todavia, em nenhum momento apontou para o alegado risco.

Como pontuado pela magistrada sentenciante à fl. 439, o médico Leandro Avany Nunes foi inquirido por meio audiovisual, destacando que “segundo o depoente, a patologia apresentada era comum, não implicando em risco à vida da autora, caso não fosse submetida, desde logo, a procedimento cirúrgico. Acrescentou que não é comum a solicitação de ultrassom em atendimentos preliminares e que o procedimento realizado pelo réu foi adequado e dentro dos padrões exigidos pela medicina. Destacou que a cirurgia realizada na autora era de urgência e não de emergência, esclarecendo o depoente a diferença entre as duas”.

Outrossim, transcrevo do depoimento do médico Alexander Heluany:

[...]

Juiz: *O senhor então não teve qualquer tipo de contato com a paciente, com a dona Daniela?*

Testemunha: *Não, foi só o resultado dos exames?*

Juiz: *O senhor viu os exames?*

Testemunha: *Vi o exame.*

Juiz: *O senhor lembra qual era o resultado do exame?*

Testemunha: *Tinha um ultrassom... Tinha uma pequena quantidade de líquido na cavidade aí eu achei melhor pedir a avaliação do cirurgião reavaliar para ver se precisava ter reversão ou não.*

Juiz: *E esse cirurgião seria quem?*

Testemunha: *O dr. Leandro.*

Juiz: *Pelo exame que o senhor tinha em mãos, a paciente corria risco de vida ou, melhor, risco de morte?*

Testemunha: *Não. Pelo quadro clínico e pelo exame não corre risco.*

[...]

Advogada da autora: *A testemunha tem conhecimento se o réu tinha a faculdade de pedir/solicitar um documento quando ele avaliou a paciente?*

Juiz: [...] *O Dr. Marcelo Nassif tinha essa faculdade, naquela ocasião, de pedir esses exames?*

Testemunha: *Ele pode pedir o exame sempre que quiser. Tem que ter indicação. E, no caso, você só pede o exame se tem indicação de pedir o exame, senão você vai fazer uma medicina caríssima e nós estamos em um país de terceiro mundo... então a gente pede o exame. Põe a mão na barriga, não tem uma defesa, não precisa pedir o exame. [...]*

Juiz: *Pra complementar então a pergunta. O fato de ele não haver pedido não fugiu do padrão de normalidade do atendimento médico que deveria ser prestado?*

Testemunha: *Não fugiu.*

Juiz: *Foi normal?*

Testemunha: *Primeiro o exame é físico. Você é que decide.. Se você precisa, se você tiver dúvida, o exame é complementar. Se você não tem dúvida não há necessidade.*

Juiz: *O atendimento que aconteceu, da forma como aconteceu, não fugiu aos padrões de normalidade daquilo que costuma acontecer?*

Testemunha: *Foi isso mesmo.*

A partir desses elementos, evidencia-se ausente conduta negligente, imprudente ou imperita do réu Marcelo Nacif relativamente ao atendimento prestado à autora em 24-9-2006. Pois que diante das queixas apresentadas, adotou as providências que naquele momento se mostravam necessárias. Houve evolução do quadro que necessitou nova intervenção médica, prontamente realizada pelo hospital.

José Alfredo Cruz Guimarães, em artigo titulado “Responsabilidade Médico-Hospitalar em fave do Direito do Consumidor”, adverte:

Alguns, principalmente os leigos em medicina, veem no *erro de diagnóstico* uma evidência de culpa do médico, associando-o a um sinal de imperícia, o que, na maioria das vezes, não acontece.

O diagnóstico, em várias situações, é, apenas, uma hipótese dentro do estágio atual da medicina. A ciência médica não é uma ciência exata. Em muitas circunstâncias os sintomas são confusos. As decisões tomadas pelo profissional baseiam-se em probabilidades. Por isso, o *erro de diagnóstico* é, em princípio, *escusável* ou, dito de outra forma, nos casos *controvertidos*, o erro na identificação da patologia do doente não deve ser tipificado como resultante de *imperícia*, *imprudência* ou *negligência* (NERY JÚNIOR, Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade Nery. Direito fundamental à saúde. Coleção Doutrinas Essenciais). Vol. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 872).

Não se vislumbra assim agir culposo dos réus passível de responsabilização. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência.

Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica (STJ, REsp 1.662.338/SP. Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 2-2-2018).

Mantém-se, portanto, a improcedência do pedido.

4. Dos honorários recursais

A sentença ora analisada e mantida por este e. Órgão fracionário, foi prolatada sob a égide do novo ordenamento processual civil, impondo o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§2º e 3º para a fase de conhecimento.

Sobre essa temática, o Superior Tribunal de Justiça ao analisar o EDcl no AgInt no REsp. n. 1.573.573/RJ, estabeleceu os seguintes requisitos para seu arbitramento. Veja-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO CONFIGURADA. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS PARA SANAR O VÍCIO. CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. REQUISITOS.

I - Para fins de arbitramento de honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

1. Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”;
2. O não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente;
3. A verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso;
4. Não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido;
5. Não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo;
6. Não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba.

II - A título exemplificativo, podem ser utilizados pelo julgador como critérios de cálculo dos honorários recursais:

- a) respeito aos limites percentuais estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC de 2015;
- b) observância do padrão de arbitramento utilizado na origem, ou seja, se os honorários foram fixados na instância a quo em valor monetário, por meio de apreciação equitativa (§ 8º), é interessante que sua majoração observe o mesmo método; se, por outro lado, a verba honorária foi arbitrada na origem com base em percentual sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou do valor atualizado da causa, na forma do § 2º, é interessante que o tribunal mantenha a coerência na majoração utilizando o mesmo parâmetro;
- c) aferição do valor ou do percentual a ser fixado, em conformidade com os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º do art. 85;
- d) deve ser observado se o recurso é parcial, ou seja, se impugna apenas um ou alguns capítulos da sentença, pois em relação aos demais haverá trânsito em julgado, nos termos do art. 1.002 do CPC de 2015, de modo que os honorários devem ser arbitrados tendo em vista o proveito econômico que a parte pretendia alcançar com a interposição do recurso parcial;
- e) o efetivo trabalho do advogado do recorrido.

III - No caso dos autos, além de o recurso especial ter sido interposto quando ainda estava em vigor o CPC de 1973 e não haver sido fixada verba honorária na origem, por se tratar de decisão interlocutória, a parte ora embargante pretende o arbitramento dos honorários recursais previstos no § 11 do art. 85 do Novo CPC no âmbito do agravo interno, o que, como visto, não é cabível.

IV - Embargos de declaração acolhidos para, sem atribuição de efeitos infringentes, sanar a omissão no acórdão embargado. (STJ, EDcl no AgInt no REsp. n. 1.573.573/RJ, Terceira Turma. Rel. Min. Mauro Aurélio Belizze, j. em 04.04.2017).

Dentro desse contexto, considerando os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil e, considerando o valor atribuído à causa, o tempo decorrido para o trâmite do feito, o trabalho adicional realizado pelos advogados dos apelados e atentando para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (CPC, art. 8º), majora-se os honorários advocatícios fixados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para R\$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais) para cada réu, mantida a suspensão da exigibilidade diante da gratuidade concedida à autora.

5. Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, fixando-se os honorários recursais.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0301396-53.2015.8.24.0006

Relator: Desembargador Carlos Roberto da Silva

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM COBRANÇA. DIREITO AUTORAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

RECURSO DO RÉU.

ARGUIÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS DECORRENTES DE REPRODUÇÃO ARTÍSTICA AUDIOVISUAL NAS DEPENDÊNCIAS DO ESTABELECIMENTO HOTELEIRO DEMANDADO. REJEIÇÃO. USO DE TELEVISORES PARA A TRANSMISSÃO DE OBRAS MUSICAIS, LÍTERO-MUSICAIS E FONOGRAMAS QUE NÃO AFASTA O DEVER DE CONTRAPRESTAÇÃO, INCLUSIVE SE EXECUTADAS NOS QUARTOS DO HOTEL. SITUAÇÃO QUE SE ENQUADRA NA HIPÓTESE DE EXECUÇÃO DE OBRA INTELECTUAL EM LOCAL DE FREQUÊNCIA COLETIVA. APLICAÇÃO DOS ARTS. 29, VIII, ALÍNEAS “E” E “G” E 68, §§ 2º E 3º, DA LEI N. 9.610/1998. ASSINATURA DE CANAIS TELEVISIVOS QUE NÃO REFUTA A OBRIGAÇÃO DO RECORRIDO. DEVER DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO AUTORAL DEVIDAMENTE RECONHECIDO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ E NESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA.

“1. Ação de descumprimento de preceito legal c/c perdas e danos. 2. Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel); ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Dessa forma, não há falar, em casos tais, na ocorrência de *bis in idem*. Súmula 568/STJ.3. Agravo interno não provido” (STJ. AgInt no REsp 1702462/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/04/2019, DJe 10/04/2019).

APELO DO AUTOR.

PLEITO PARA QUE OS VALORES DEVIDOS PELO DEMANDADO SEJAM APURADOS NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA POR MEIO DE MERO CÁLCULO ARITMÉTICO. INVIABILIDADE. APURAÇÃO DO *QUANTUM* A TÍTULO DE DIREITOS AUTORAIS QUE DEVE SER REALIZADO EM LIQUIDAÇÃO CONFORME TAXA MÉDIA DE UTILIZAÇÃO. EXEGESE DA SÚMULA 261 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. ART. 85, §§ 1º E 11, DO CPC/2015. SENTENÇA PUBLICADA APÓS A VIGÊNCIA DO ATUAL DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA QUE SE IMPÕE.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301396-53.2015.8.24.0006, da comarca de Barra Velha (1ª Vara) em que Apelante/Apelado Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD e Apelado/Apelante Flamboyant Hotel Ltda ME.

A Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Osmar Nunes Júnior e o Exmo. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, presidente com voto.

Florianópolis, 4 de julho de 2019.

Carlos Roberto da Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD (autor) e Flamboyant Hotel Ltda ME (réu) interpuseram recursos de apelação contra sentença (p. 421-439) que, nos autos de ação de obrigação de fazer cumulada com cobrança, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Para melhor elucidação da matéria debatida dos autos, adota-se o relatório da sentença recorrida:

Trata-se de *AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL C.C. COBRANÇA* proposta pelo ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO (ECAD) em desfavor de FLAMBOYANT HOTEL LTDA. ME, sustentando, em síntese, que o réu, no desempenho de sua atividade empresarial no ramo hoteleiro, vem promovendo a comunicação ao público de obras musicais, literomusicais, audiovisuais e de fonografias mediante a disponibilização de serviço de radiodifusão televisiva no interior de seus aposentos, sem a autorização prévia e o pagamento da retribuição autoral, contrariando o disposto na Lei n. 9.610/1998.

Argumenta ser pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que são devidos direitos autorais em função da disponibilização de aparelhos de televisão em quartos de hotéis. Todavia, o réu recusa-se a regularizar a situação, persistindo na utilização desautorizada de obras, em afronta a Lei Autoral.

Nesse cenário, pugna pela concessão de tutela inibitória para imediata suspensão ou interrupção de qualquer comunicação ao público não autorizada, nos termos do artigo 105 da Lei n. 9.610/1998.

Ao final, requer a condenação do réu ao pagamento dos valores relativos a mensalidades vencidas (no período compreendido entre julho de 2010 e outubro de 2015) e vincendas (no curso do processo) que lhe seriam devidas a título de direitos autorais, sujeitando-se todas à incidência de correção monetária, juros moratórios de 12% (doze por cento) ao ano e multa de 10% (dez por cento).

Citado (página 329), o réu apresentou resposta sob a forma de contestação (páginas 363/390), alegando, preliminarmente, a ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação. Como prejudicial de mérito, aduz que parte da pretensão autoral encontra-se fulminada pelo transcurso do prazo prescricional que, em casos como o presente, é trienal.

No mérito, sustenta a inexistência do dever de remunerar o ECAD por oferecer aos seus clientes televisores no interior de seus aposentos. Argumenta que os quartos são unidades de frequência individual e de uso exclusivo dos hóspedes, situação que não se insere na norma geral e abstrata acerca dos locais de frequência

coletiva. Ainda que se reconhecesse serem devidos os direitos autorais na hipótese de disponibilização de aparelho de televisão em quarto de hotel, alega que os respectivos valores seriam devidos apenas a partir da sentença.

Adiante, impugna os critérios para aferição dos valores cobrados, notadamente quanto à taxa de ocupação e de audiência, os quais foram fixados de maneira unilateral, sem razoabilidade e divorciados de dados fáticos que os justifiquem. Insurge-se, ainda, em relação aos encargos moratórios postulados. Por fim, defende a impossibilidade de deferimento da tutela inibitória pretendida.

Não houve composição entre as partes em audiência designada para tal finalidade.

Na réplica, o autor refutou as teses arguidas na contestação e reiterou os termos da inicial, reafirmando que o pedido restringe-se às mensalidades por disponibilização de aparelhos televisores nos quartos, não havendo cobrança em relação a eventos ou áreas comuns (páginas 395/416).

Da parte dispositiva do *decisum*, extrai-se a síntese do julgamento de primeiro grau:

ANTE O EXPOSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, e, em consequência:

A- RECONHEÇO a prescrição da pretensão autoral no tocante aos valores anteriores à 23.10.2012.

B- CONDENO o réu ao pagamento dos valores pertinentes às mensalidades vencidas a partir de 23.10.2012, inclusive após o ajuizamento da ação, além das vincendas até a data do efetivo pagamento.

O montante das prestações deverá ser calculado em liquidação de sentença por arbitramento, conforme fundamentação, com acréscimo de correção monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos a contar da data em que deveria ter sido efetuado cada pagamento.

C- DETERMINO ao réu a suspensão imediata de qualquer execução de obras musicais, literomusicais, audiovisuais e fonogramas, por meio dos aparelhos de televisão disponibilizados no interior dos quartos do seu estabelecimento, até que obtenha expressa autorização do autor, sob pena de multa diária, fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitada ao máximo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Em razão da sucumbência recíproca, sem equivalência das derrotas, considerando que a parte demandante obteve maior êxito (observado não só o caráter quantitativo, mas também qualitativo de suas pretensões), condeno o autor ao pagamento de 20% (vinte por cento) das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em favor do procurador do réu.

Condeno o réu ao pagamento de 80% (oitenta por cento) das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em favor do procurador do autor.

A verba honorária total resta fixada na monta correspondente a 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafo 2.º, do Código de Processo Civil de 2015, sendo desse total a ser apurado, o equivalente a 20% deverá ser pago pelo autor ao procurador do réu e 80% do montante deverá ser pago pelo demandado ao defensor da parte autora.

Em suas razões recursais (p. 441-452) o demandante assevera, em síntese, que “a sentença recorrida merece reforma quanto à determinação de liquidação de sentença, pois o débito devido pela parte Apelada depende de meros cálculos aritméticos atualizados para deflagrar a fase de cumprimento de sentença” (p. 449).

O hotel demandado, por sua vez, sustenta, em resumo, que “dentro dos quartos, onde o cliente desfruta de privacidade não pode ser considerado local de frequência Coletiva” (p. 469), razão pela qual não é possível a cobrança de direitos autorais por reprodução artística nessas áreas, que são realizadas por meio de sistema de TV no interior dos respectivos aposentos.

Com as contrarrazões das partes (p. 480-488 e 499-513), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos apelação interpostos contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pleitos inaugurais da ação de obrigação de fazer cumulada com cobrança ajuizada pelo ECAD em desfavor de Flamboyant Hotel Ltda ME.

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se das apelações interpostas.

De início, destaca-se que a decisão recorrida foi publicada quando já vigente o novo Código de Processo Civil, motivo pelo qual a referida norma norteará a presente decisão, por incidência do princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais), nos moldes do art. 1.046 do atual Código de Ritos.

Tem-se como fato incontroverso, porque reconhecido expressamente pelo réu, que há reprodução de obras artísticas musicais nos aposentos do estabelecimento comercial hoteleiro por meio de sistema televisivo e que não houve o recolhimento dos valores atinentes aos respectivos direitos autorais.

A controvérsia, portanto, cinge-se em analisar a (im)possibilidade de cobrança de direitos autorais sobre as obras musicais executadas em quartos de hotel por meio de sistema de TV; e a (des)necessidade de submeter a condenação reconhecida no *decisum* à fase posterior de liquidação.

Sobre tais pontos, então, debruçar-se-á a presente decisão.

Adianta-se, desde já, que os apelos não comportam acolhimento.

I – Do recurso do réu:

Objetiva o recorrente a reforma da sentença ao argumento de que não subsiste o dever de contraprestação de direitos autorais relativa à transmissão de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas feitas por meio de sistema televisivo nos quartos do hotel, pois não são áreas coletivas.

O pleito não subsiste.

Conforme expressamente elencados no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII da Constituição Federal de 1988, os direitos autorais são protegidos na condição de direitos fundamentais:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Sendo assim, em observância à norma regulamentadora, Lei n. 9.610/1998, recai sobre aqueles que exploram obras ou trabalhos artísticos de terceiros o dever de pagamento de direitos autorais, conforme disposição expressa dos artigos 28, 29, inciso VIII, alínea “d”, 68, §§ 2º, 3º e 4º, e 99, todos da referida lei, os quais transcreve-se:

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

[...] VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

[...] d) radiodifusão sonora ou televisiva;

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

[...]

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

Art. 99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B.

Além disso, o disposto no art. 31 da Lei Autoral dispõe que “As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais”.

Conclui-se, da análise dos aludidos dispositivos legais, que sem prévia e expressa autorização não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas em ambientes coletivos comerciais sem a devida contraprestação pecuniária. A Súmula 63 do Superior Tribunal de Justiça, neste sentido, dispõe que: “são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais”.

O apelante se constitui, inegavelmente, como um estabelecimento comercial, razão pela qual deve adimplir as obrigações legais acima transcritas, mesmo que as retransmissões ocorram no interior dos quartos do hotel.

Sob esse enfoque, é assente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que “a disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança dos direitos autorais pelo ECAD das obras musicais, lítero-musicais e fonogramas por meio deles executadas.” (AgInt no REsp 1639215/RS, rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, j. em 6-2-2018 – grifo nosso).

Inclusive a corte cidadã já pacificou que “para fins de reconhecimento da possibilidade da cobrança, é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura” (STJ, AgInt no AREsp n. 802.891/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 22.8.2017 – grifo nosso).

Além disso, o STJ também alicerçou a compreensão de que:

Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel); ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Dessa forma, não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem. Súmula 568/STJ.3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1702462/PR, rela. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 8-4-2019 – grifo nosso).

No mesmo sentido:

[...] na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores

distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem” (REsp n. 1.589.598/MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva)” (AGInt no REsp 1731503/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 1-10-2018 – grifo nosso).

Em razão do exposto, assinala-se ser prescindível a prova de que exista a efetiva transmissão nos quartos dos hóspedes do hotel e nas áreas comuns, bastando, tão somente, a disponibilização de aparelho televisor para que seja devido o recolhimento da retribuição autoral, fato este confesso pelo recorrido.

Desse modo, como bem conclui o Des. André Carvalho em voto de sua relatoria proferido nesta Corte nos autos da Apelação Cível n. 0309013-22.2015.8.24.0020, julgada em 14-6-2018, apreciando caso semelhante, “sendo incontroverso que o hotel réu disponibiliza, nos seus aposentos TV, ainda que afirme que transmita apenas sinal fechado, faz-se devido o recolhimento de valores ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD, não podendo a parte esquivar-se do cumprimento da exigência legais, ainda que dele discorde”.

No mesmo sentido, são os precedentes desta Corte: Apelação Cível n. 0003915-90.2014.8.24.0012, rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, j. 2-5-2017; Apelação Cível n. 0808253-75.2013.8.24.0023, rel. Des. Denise Volpato, j. 18-4-2017; Apelação Cível n. 2015.037202-4, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 29-3-2016 e Apelação Cível n. 0301549-75.2015.8.24.0139, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 30-1-2018.

Acrescenta-se, ainda, que o autor/apelado fez verificação *in loco* no estabelecimento comercial (p. 119-134) e notificou o hotel demandado para o adimplemento (p. 145).

Dessarte, conclui-se que não há reparos a serem feitos na sentença objurgada, a qual deve ser confirmada.

I – Do apelo do ECAD:

O autor/apelante insurge-se tão somente em relação à parte da sentença que determina que a apuração do *quantum* devido ocorra por meio de liquidação por arbitramento, pois sustenta que a fase de cumprimento poderá ocorrer com a apresentação de simples cálculos aritméticos.

Razão não lhe assiste.

A decisão de primeiro grau, quanto ao tema, deliberou (p. 432-433):

Ainda sobre o tema, restou destacada a possibilidade de se proceder a uma pesquisa, por amostragem, a fim de determinar qual a média de utilização de aparelhos em relação a tipos de estabelecimentos, cidades ou regiões, com o que se manteria intacto o dever de pagamento dos direitos autorais e impedir-se-ia a injustiça e o arbítrio, resguardando o interesse dos titulares de direitos autorais.

Nessa linha, consignou o Ministro Eduardo Ribeiro:

“Há que se proceder a uma pesquisa, por amostragem, que poderá ser regional, visando a estabelecer uma média, sem necessidade, obviamente, de que todos os estabelecimentos sejam diretamente pesquisados. Isso deveria o ECAD fazer para justificar as cobranças. Inexistente tal elemento, a apuração da importância devida far-se-á em liquidação”. (STJ, REsp n. 128.340/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 10.5.1999).

O ECAD assim procedeu e encomendou ao Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) pesquisa acerca da taxa média de audiência de rádio e televisão e de ocupação hoteleira, por região do Brasil, realizada para avaliar o tempo médio de uso dos aparelhos nos quartos enquanto estão hospedadas.

O cálculo do valor a ser pago por cada hotel deixou, então, de levar em conta exclusivamente a quantidade total de aposentos, e passou a utilizar a taxa média de ocupação anual dos quartos e a taxa média de utilização dos aparelhos (média diária de utilização de TV ou de rádio durante a estada do hóspede), apuradas pelo IBOPE.

Assim estabelece o inciso II do artigo 16 do Regulamento de Arrecadação:

“Art. 16. Afixação do preço da licença de execução pública musical com base na quantidade de UDAs considerará os seguintes critérios: (...) II - Taxa média de utilização Para usuários do segmento de hotéis e motéis, em atenção à Súmula n. 261 do Superior Tribunal de Justiça, o valor referente à quantidade de UDAs será calculado conforme a taxa média de ocupação e utilização dos equipamentos disponibilizados, apurada por estudo estatístico, considerando ainda a quantidade de aposentos do usuário. (...)”.

Tal forma de cálculo se mostra razoável, não há dúvida, na medida em que de fato seria impraticável aferir a taxa média de utilização em cada estabelecimento hoteleiro do país.

Ocorre que referida pesquisa data de junho de 2008, enquanto os valores cobrados nesta ação dizem respeito, como se viu anteriormente, ao período a partir de outubro de 2012.

[...]

Sendo assim, embora ainda entenda válida a taxa média de audiência apurada pelo IBOPE, não se pode considerar que os resultados apurados naquela época ainda reflitam a realidade do país no tocante à média de ocupação na rede hoteleira, especialmente após a crise econômica que se instalou nesse período de tempo.

Por conseguinte, para elaboração do cálculo do valor devido, deverá o autor considerar:

- a taxa média de audiência apurada pelo IBOPE,
- a taxa média de ocupação do estabelecimento réu, a ser apurada com base em seus registros comerciais e contábeis, em liquidação de sentença por arbitramento. Ressalva-se, porém, que na falta destes documentos deverá ser adotada a taxa média de ocupação apurada pelo IBOPE.

Assim, embora o recorrente tenha trazido aos autos cálculo do valor devido, segundo a taxa de ocupação do estabelecimento hoteleiro (apurada pelo IBOPE), é assente na jurisprudência deste Sodalício que a cobrança de direitos autorais em casos como o ora analisado deve ser feita mediante liquidação de sentença de acordo com a taxa média de utilização dos equipamentos, exatamente como deliberado na sentença.

Conforme corretamente concluiu o Magistrado de primeiro grau, “embora se entenda válida a taxa média de audiência apurada pelo IBOPE, não se pode considerar que os resultados apurados naquela época ainda reflitam a realidade do país no tocante à média de ocupação na rede hoteleira, especialmente após a crise econômica que se instalou nesse período de tempo” (p. 443), razão pela qual subsiste a necessidade de aferir-se os valores devidos.

O “regulamento de arrecadação” de direitos autorais, prevê, em seu art. 16, II, o seguinte:

Art. 16. A fixação do preço da licença de execução pública musical com base na quantidade de UDAs considerará os seguintes critérios:

[...]

II - Taxa média de utilização - Para usuários do segmento de hotéis e motéis, em atenção à Súmula nº 261 do Superior Tribunal de Justiça, o valor referente à quantidade de UDAs será calculado conforme a taxa média de ocupação e utilização dos equipamentos disponibilizados, apurada por estudo estatístico, considerando ainda a quantidade de aposentos do usuário.

A teor do que dispõe a Súmula 261 do STJ, mencionada no próprio regulamento de arrecadação acima citado, “A cobrança dos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação” (grifo nosso).

Em igual norte, desta Corte: Apelação Cível n. 0303132-81.2018.8.24.0045, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 30-05-2019; Apelação Cível n. 0300009-32.2016.8.24.0082, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 10-04-2018; Apelação Cível n. 0308736-06.2015.8.24.0020, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21-11-2017; Apelação Cível n. 0300008-47.2016.8.24.0082, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 15-08-2017.

Subsiste, portanto, a necessidade de comprovar-se a taxa média de ocupação do estabelecimento hoteleiro no período de inadimplência, bem como a utilização dos equipamentos disponibilizados, ainda que por “estudo estatístico”, motivo pelos quais rejeita-se a pretensão do apelo em análise e mantém-se a sentença nesse ponto.

III – Dos honorários recursais:

Por fim, considerando o desprovimento de ambos recursos, e seguindo regramento do CPC/2015, deve haver majoração da verba honorária sucumbencial para os patronos de ambas as partes, já que em primeiro grau foi reconhecida a sucumbência recíproca na proporção de 20% devida pelo autor e 80% pelo réu (ponto inalterado na presente decisão), com base no art. 85, § 11, conforme já orientou o STJ no Enunciado Administrativo n. 7, *in verbis*:

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

E o citado dispositivo preconiza:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...) § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Sobre o tema, prescreve a doutrina:

No sistema do CPC pode haver a imposição de *nova* verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância e que é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância superior.

O juiz de primeira instância, ao estipular o percentual dos honorários, não tem como saber se haverá recursos que demandarão mais trabalho do advogado. Porém, não se pode deixar de remunerar esse trabalho, sob pena de violação ao princípio constitucional da justa remuneração (CF 7º) (NERYJÚNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Comentários ao Código de Processo Civil, novo CPC Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ps. 436-437).

E da jurisprudência desta Corte, extrai-se:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PACTO DE SERVIÇO DE TELEFONIA, NA MODALIDADE DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. PRETENSÃO REPARATÓRIA EXCLUSIVA QUANTO A DOBRA ACIONÁRIA. (...) ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. READEQUAÇÃO NECESSÁRIA, EM RAZÃO DA REFORMA IMPLEMENTADA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM PERCENTUAL COMPATÍVEL ÀS CARACTERÍSTICAS DA LIDE E COM OBSERVÂNCIA À REMUNERAÇÃO RECURSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO CPC/2015. RECURSO DA RÉ CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DOS AUTORES CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0000121-30.2013.8.24.0066, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 29-11-2018 - grifo nosso).

Dessa forma, tendo a decisão sido publicada após a entrada em vigor do CPC/2015 (24-1-2019 - p. 440) e considerando que os recorrentes não se insurgiram quanto à base de cálculo fixada pelo juízo *a quo*, os honorários advocatícios de sucumbência devem ser majorados de 15% (quinze por cento), para 17% (dezesete por cento) do valor atualizado da condenação, na forma do art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/2015, sendo do valor apurado 20% devidos ao procurador do réu e 80% ao mandatário do autor (vide sentença p. 438).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos e negar-lhes provimento para, em consequência, majorar os honorários de sucumbência, na forma do art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/2015, conforme fundamentação supra.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Agravos Internos ns. 0075651-83.2009.8.24.0000/50001 e 0075651-83.2009.8.24.0000/50002, de Criciúma

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

AGRAVOS INTERNOS (ART. 1.021 DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENDIDA DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDOS PELA PRIMEIRA CÂMARA COMERCIAL DESTA CORTE, QUE CONFIRMARAM SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO DE COBRANÇA, NA QUAL KOLINA ARARANGUAENSE DE VEÍCULOS LTDA. E AUTO COLINA LTDA. FORAM CONDENADAS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A JUGASA COMERCIAL DE VEÍCULOS S.A., POR EXERCÍCIO COMERCIAL EM ÁREA DE ATUAÇÃO DE CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS CONCORRENTE. INCIDÊNCIA DA LEI FERRARI.

DECISÃO UNIPESSOAL QUE INDEFERIU PEDIDO DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, POR ENTENDER QUE O FEITO ENCONTRA-SE APTO A JULGAMENTO, E, POR OUTRO LADO, ANTE A COMPLEXIDADE DA CAUSA, DETERMINOU A INTIMAÇÃO DAS PARTES PARA APRESENTAREM SUAS DERRADEIRAS ALEGAÇÕES.

RECURSOS DAS REQUERENTES.

PERSEGUIDA, POR AMBAS AS RECORRENTES, A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, PARA APURAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO SEM CONSIDERAR CERTOS DOCUMENTOS UTILIZADOS COMO FUNDAMENTO DA SENTENÇA RESCINDENDA, OS QUAIS REPUTAM INAPTOS A DEMONSTRAR O EFETIVO EXERCÍCIO IRREGULAR DE ATIVIDADE COMERCIAL EM ÁREA DE ATUAÇÃO CONCORRENTE. TESE NÃO ACOLHIDA. PARTES QUE PRETENDEM A REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA A FIM DE SUBSTITUIR A EFETUADA NA ORIGEM. INVIABILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA QUE NÃO SERVE COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. ALEGAÇÃO DE ERRO DE FATO QUE É RELATIVA A CIRCUNSTÂNCIAS NÃO LEVADAS EM CONSIDERAÇÃO PELO JUÍZO ORIGINÁRIO, O QUE NÃO IMPLICA O REEXAME OU A NOVA REALIZAÇÃO DE PROVA QUE, NA ORIGEM, FOI SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO E ANALISADA PELO MAGISTRADO. PRECEDENTES. ADEMAIS, PERÍCIA CONTÁBIL QUE NÃO SE PRESTA A ANALISAR A RETIDÃO DE DOCUMENTOS. FEITO QUE SE ENCONTRA APTO A JULGAMENTO. CENÁRIO EM QUE É DESNECESSÁRIO O SANEAMENTO DO PROCESSO E, POR CONSEQUÊNCIA, A INTIMAÇÃO DAS PARTES PARA SE MANIFESTAREM SOBRE A PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. MAGISTRADO QUE PODE INDEFERIR A PRODUÇÃO DE PROVAS INÚTEIS OU MERAMENTE PROTELATÓRIAS. EXEGESE DO ART. 370 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. *DECISUM* MANTIDO.

DECISÃO DE MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA, POR VOTAÇÃO UNÂNIME, QUE ENSEJA, OUTROSSIM, POR CONSEQUÊNCIA, A IMPOSIÇÃO DA MULTA A QUE ALUDE O § 4º DO ARTIGO 1.021 DA LEI ADJETIVA CIVIL SOB ENFOQUE EM DESFAVOR DE AMBAS AS INSURGENTES.

RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0075651-83.2009.8.24.0000/50001, da Comarca de Criciúma (2ª Vara Cível), em que é Agravante Kolina Araranguáense Veículos Ltda., e Agravada Jugasa Comercial de Veículos S/A; e de Agravo Interno n. 0075651-83.2009.8.24.0000/50002, da Comarca de Criciúma (2ª Vara Cível), em que é Agravante Auto Colina Ltda., e Agravada Jugasa Comercial de Veículos S/A:

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento; e aplicar a multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Novo Código de Processo Civil, no patamar de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa para cada uma das insurgentes. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Monteiro Rocha, com voto, e dele participaram os (as) Excelentíssimos (as) Senhores (as) Desembargadores Robson Luz Varella, Mariano do Nascimento, Gilberto Gomes de Oliveira, Janice Ubialli, Luiz Zanelato, Jaime Machado Junior, Dinart Francisco Machado, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, Rejane Andersen, Jânio Machado e Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 9 de outubro de 2019.

Desembargador Túlio Pinheiro
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravos internos (artigo 1.021 do atual Código de Processo Civil) interpostos por Kolina Araranguaense Veículos Ltda. e por Auto Colina Ltda. em face de decisão monocrática proferida nos autos da Ação Rescisória n. 0075651-83.2009.8.24.0000, de fls. 2.652/2.685, exarada em análise ao petitório de Kolina Araranguaense Veículos Ltda. de fls. 2.489/2.500, que: a) deixou de analisar a preliminar de insuficiência de depósito prévio, levantada em sede de memoriais pela parte ré, para examiná-la na sessão de julgamento; b) deixou de determinar a intimação das partes para especificação de provas, ante a desnecessidade de dilação probatória no presente caso; c) deixou de requisitar os autos da ação originária, por tal medida, como acima explanado, não ser necessária ao deslinde do feito; e d) determinou, com fulcro no art. 187 do anterior Regimento Interno desta Corte e no art. 973 do atual Código de Processo Civil, a intimação das partes para, no prazo de 10 (dez) dias, sucessivamente, querendo, apresentarem suas derradeiras alegações.

Em síntese, pleiteiam ambos os agravantes a realização de prova pericial contábil, a fim de apurar o valor devido desprezando-se alguns dos documentos utilizados no fundamento da sentença rescindenda, os quais reputam inaptos a demonstrar o efetivo exercício irregular da atividade comercial em área de atuação concorrente. Sobre isso, repisam a tese de que trata-se de documentação falsa ou insuficiente, salientando a necessidade de elaboração de novo exame pericial, para que seja reanalisado o conjunto probatório dos autos originários. Nessa toada, defendem o saneamento do feito, a fim de que sejam fixados os pontos controvertidos e determinada a intimação das partes para

se manifestarem acerca de provas que pretendem produzir. De seu turno, Kolina Araranguaense Veículos Ltda. requer, ainda, a suspensão do ato e do prazo para a apresentação das alegações finais (recurso às fls. 2.665/2.670). E Auto Colina Ltda., por sua vez, também sustenta a configuração de cerceamento de defesa ao se obstar a realização da prova pericial almejada, além de acostar mídia (CD) em que se encontram digitalizados os autos originários (recurso às fls. 2.695/2.698).

Às fls. 2.676/2.677, o Exmo. Sr. Des. Jaime Machado Júnior, em substituição a este subscritor, que estava em gozo de férias, deferiu o pedido de suspensão da determinação e do prazo para apresentação das alegações finais.

Com as contrarrazões da agravada para ambos os reclamos (fls. 2.704/2.713 e 2.714/2.722), veio o caderno concluso.

Este é o relatório.

VOTO

Segundo já anteriormente relatado às fls. 2.449/2.452, quando estes autos foram incluídos em pauta de julgamento, o caso consiste em ação rescisória, promovida por Kolina Araranguaense Veículos Ltda., em litisconsórcio ativo com Auto Colina Ltda., que objetiva a desconstituição dos acórdãos, proferidos pela Primeira Câmara de Direito Comercial desta Corte (Apelação Cível n. 2005.039555-7 e Embargos de Declaração n. 2005.039555-7/0001.00, acórdãos acostados, respectivamente, às fls. 37/47 e às 48/55, vol. 1), que confirmaram sentença proferida na Ação de Cobrança n. 0016147-33.2002.8.24.0020 (020.02.016147-6), em que Kolina Araranguaense Veículos Ltda. e Auto Colina Ltda. foram condenadas ao pagamento de R\$ 464.614,86 (quatrocentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e quatorze reais e oitenta e seis centavos), quantia correspondente a 10% (dez por cento) do lucro auferido por referidas sociedades empresárias com a venda irregular de veículos na área de atuação de Jugasa Comercial de Veículos S/A (sentença às fls. 56/86, vol. 1).

Com os presentes agravos internos, pretendem as recorrentes a realização de prova pericial contábil, a fim de apurar o valor devido com base em documentação que julgam apta para tal desiderato. Sobre isso, repisam a tese de que a perícia realizada na origem baseou-se em documentação falsa ou insuficiente. Também afirmam, com base nisso, a necessidade de elaboração de despacho saneador, a fim de que sejam fixados os pontos controversos e determinada a intimação das partes para se manifestarem a respeito de eventual produção probatória.

Observa-se que o requerimento de produção de perícia contábil objetiva demonstrar as alegações suscitadas na exordial, referentes a erro de fato e erro por fato existente ou inexistente. Nesse ponto, questiona-se a documentação utilizada para embasar as decisões proferidas nos autos originários, sustentando, para cada caso, a sua incapacidade para demonstrar certo fato, a existência de erros em seu teor ou a sua incompletude.

Defende a parte autora que tal contexto probatório levou o juízo a erro, ao demonstrar equivocadamente que Kolina teria celebrado vendas de veículos a mais do que as efetivamente

realizadas, que a área de atuação da Jugasa seria maior do que a existente, que teria sido atribuída a prática de condutas a Kolina antes da sua constituição como pessoa jurídica e que Jugasa teria sido prejudicada por atos anteriores ao início da sua concessão.

Pois bem.

Nos termos explanados na decisão ora combatida, os vícios alegados pelas agravantes acerca da documentação que embasou a perícia e a resolução do feito originário referem-se a documentos que se encontram acostados ao presente feito, contexto que já permite a análise da tese, pelo que não se mostra necessária eventual dilação probatória para demonstrá-los.

Observa-se, portanto, que as ora insurgentes desejam, na verdade, a realização de nova perícia, que substitua a efetuada nos autos originários e que se baseie nos parâmetros que entendem mais adequado, o que não cabe em sede de ação rescisória, por esta não prestar como sucedâneo recursal.

Ressalte-se que a alegação de erro de fato em ação rescisória refere-se a aventadas circunstâncias que não foram levadas em consideração pelo juízo à época e que eram cruciais ao deslinde do feito. Isso não implica, contudo, o reexame ou a nova produção de provas submetidas ao crivo do contraditório e devidamente analisadas pelo magistrado na demanda principal, por tal situação poder ser questionada pela parte por meio do recurso cabível.

Nessa toada, cabe relembrar os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE O FATO. VALORAÇÃO DE PROVA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. RAZOABILIDADE. SOLUÇÃO JURÍDICA ADMISSÍVEL. PARÂMETROS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS DE ÉPOCA. INCABÍVEL REANÁLISE DE PROVAS. (...) *IUDICIUM RESCINDENS*. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. VERBA HONORÁRIA. CONDENAÇÃO. 1. A viabilidade da ação rescisória por erro de fato pressupõe que, sem que tenha havido controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato, o julgado tenha admitido um fato inexistente ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, que tenha influído de forma definitiva para a conclusão do decidido. 2. **O erro de fato, necessariamente decorrente de atos ou documentos da causa, deve ser aferível pelo exame do quanto constante dos autos da ação subjacente, sendo inadmissível a produção de provas na demanda rescisória a fim de demonstrá-lo.** 3. É patente a inexistência de erro de fato no julgado, seja em decorrência da controvérsia entre as partes quanto ao efetivo exercício da alegada atividade rural, seja porque houve pronunciamento judicial expresso. Embora reconhecida a existência de início de prova material do labor campesino, a prova testemunhal foi considerada inapta à extensão da eficácia probatória do documento, tendo em vista que as testemunhas ouvidas não comprovaram o exercício da atividade rural pelo período de carência. 4. O Juízo originário apreciou as provas segundo seu livre convencimento, de forma motivada e razoável, tendo adotado uma solução jurídica, dentre outras, admissível, não se afastando dos parâmetros legais e jurisprudenciais que existiam à época. 5. Ressalta-se que o entendimento adotado no julgado rescindendo se alinha com a tese posteriormente firmada pela 1ª Seção do c. Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais autuados sob n.ºs 1.354.908/SP e 1.348.633/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos de controvérsia. (...) Em juízo rescindendo, julgada improcedente a ação rescisória, nos termos dos artigos 269, I, do CPC/1973 e 487, I, do CPC/2015. (TRF 3, Ação Rescisória n. 0020293-83.2011.4.03.0000, rel. Des. Federal Carlos Delgado, j. em 8.3.2018) (destacou-se).

E:

AÇÃO RESCISÓRIA. PLEITO DE DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM REQUERIMENTO DE FALÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À DISPOSIÇÃO LEGAL. ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO. MANEJO DA AÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1- Ação ajuizada com base nos incisos V e IX do artigo 485 do Código de Processo Civil. Alegação autoral de ausência de identificação de quem recebeu intimações dos protestos. Ausência de demonstração de vulneração manifesta aos dispositivos de lei mencionados. 2- O erro de fato que ocorre quando o julgado admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. Acórdão rescindendo que entendeu comprovada nos autos a identificação das pessoas responsáveis pelo recebimento da intimação dos protestos. **Pretensão de produção de provas para demonstrar que quem recebeu a notificação não seria empregado da empresa. Entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência de que o erro de fato deve ser aferível de plano, sem dilação probatória.** Rescisória que não permite mero juízo de reexame ou retratação, que tem sua via própria nos recursos ordinários. – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (TJRJ, Ação Rescisória n. 0013288-59.2013.8.19.0000, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. em 17.11.2014) (grifou-se).

Vale colacionar, ainda, caso semelhante ao presente: AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. MÉTODO UTILIZADO EM PERÍCIA CONTÁBIL. QUESTÃO OBJETO DE CONTROVÉRSIA E PRONUNCIAMENTO EXPRESSO NA DECISÃO RESCINDENDA. PRODUÇÃO UNILATERAL DE NOVA PERÍCIA. NECESSIDADE DO ERRO DE FATO COMPREENDER APRECIACÃO DE FATO OU PROVA JÁ EXISTENTE NO PROCESSO ORIGINÁRIO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. A admissão da ação rescisória fundamentada em erro de fato pressupõe que a matéria não tenha sido objeto de controvérsia e sobre o qual o juiz tenha se pronunciado na decisão anterior e dependa da produção de novas provas. 2. Constatado que o pedido foi deduzido com fundamento em nova perícia realizada unilateralmente pelos autores e apresentada somente junto à ação rescisória, bem como que a decisão impugnada já havia se manifestado quanto aos argumentos ora deduzidos, julga-se improcedente o pedido rescisório. 3. AÇÃO RESCISÓRIA PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. (TJDFT, 2ª Câmara Cível, Ação Rescisória n. 0703029-55.2017.8.07.0000, rel. Des. Luís Gustavo B. de Oliveira, j. em 16.11.2017).

Também vale dizer que a perícia contábil requerida pelas agravantes em nada esclareceria a respeito da documentação em si, por consistir em exame que se presta apenas a quantificar o valor supostamente devido à agravada, sem analisar a retidão dos documentos que o baseiam.

Reputa-se, portanto, inócua a realização de nova perícia contábil para o deslinde do presente feito.

Diante disso e levando-se em consideração os demais argumentos sustentados por este subscritor na decisão impugnada não questionados no presente reclamo, inviável a dilação probatória na hipótese, especialmente por estar o feito apto para julgamento.

Aliás, é o que prescreve o art. 355, inc. I, da legislação processual civil em vigor (equivalente ao art. 330, inc. I, da norma anterior) ao dissertar que “O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: (...) não houver necessidade de produção de outras provas”.

Nesse cenário, reputa-se despciendo o saneamento do feito e, por consequência, a intimação das partes para se manifestarem a respeito de eventual produção probatória, não havendo, assim, ofensa aos artigos 348, 369 e 357 do Código de Processo Civil de 2015, ao contrário do que levantou a agravante Kolina Araranguense Veículos Ltda..

E, seguindo este raciocínio, também não resta configurado o cerceamento de defesa alegado pela agravante Auto Colina Ltda., especialmente por ser afeto ao magistrado o exame quanto à necessidade das provas a serem produzidas no processo, o qual pode, inclusive, indeferir, de ofício, as que reputar inócuas (como neste caso) ou simplesmente protelatórias.

Sobre o tema, prescreve a legislação processual civil vigente:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Cita-se, nessa toada, o seguinte julgado deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA. COBERTURA POR INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL OU PARCIAL POR ACIDENTE. PAGAMENTO PARCIAL DA COBERTURA ADMINISTRATIVAMENTE. PEDIDO DE PAGAMENTO INTEGRAL. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA RÉ/SEGURADORA PRELIMINAR. ALEGADA A NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE SANEADOR. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE AOS LITIGANTES. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA O DESLINDE DO FEITO. PREFACIAL AFASTADA. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. PEDIDO DE PERÍCIA MÉDICA PARA VERIFICAÇÃO DA INVALIDEZ PERMANENTE E TOTAL. INSUBSISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA DESNECESSÁRIA AO DESLINDE DO FEITO. PRESENÇA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. PREFACIAL RECHAÇADA. (...) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. - “Não há cerceamento de defesa, em razão ausência de despacho saneador a indicar os pontos controvertidos e a questionar quais as provas pretendidas pela seguradora, se os documentos juntados ao processo permitem ao juiz a formação segura do seu convencimento” (Apelação Cível n. 2012.050771-4, de Fraiburgo, Segunda Câmara de Direito Civil, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 23-8-2012). - “Os fatos que a ré pretendia comprovar com a prova pericial, ou seja, para avaliar se o autor apresenta invalidez permanente, bem como aferir o grau de redução funcional, conforme tabela de cálculo de Indenização de Invalidez Permanente por Acidente, estipulado pela SUSEP, que faz parte das Condições Gerais do Seguro, se mostra irrelevante no caso em apreço, porquanto os documentos colacionados aos autos, inclusive perícia realizada pela própria seguradora, a qual constatou a invalidez permanente, porém parcial. Nesse aspecto não há controvérsia entre as partes. Portanto, os documentos são suficientes para garantir um julgamento justo e seguro do processo” (Apelação Cível n. 2014.021694-3, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Saul Steil, j. 15-7-2014). (...) (Apelação Cível n. 0000811-86.2012.8.24.0036, rel. Des. Rubens Schulz, j. em 22.11.2016) (destacou-se).

Mantém-se, portanto, incólume a decisão combatida.

Por fim, considerando o teor do § 4º do artigo 1.021 da Lei 13.105/2015, bem ainda que as insurgências reputam-se manifestamente improcedentes por votação unânime, impõe-se o arbitramento, em desfavor de ambas as agravantes, de multa pecuniária no patamar de 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa para cada qual, considerando o intuito procrastinatório dos reclamos, que objetivam, no fim e ao cabo, postergar o julgamento final da demanda rescisória, de modo a manter em vigência liminar concedida precariamente no início do ano de 2009, que impede o cumprimento de sentença condenatória.

Este é o voto.

Ação Rescisória n. 4034740-43.2018.8.24.0000, da Capital

Relatora: Desembargadora Rejane Andersen

AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA COM SUPORTE NO ARTIGO 966, V E VIII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DEMANDANTE QUE FULCRA SEU PLEITO NAS ALEGAÇÕES DE QUE O ACÓRDÃO RESCINDENDO VIOLOU MANIFESTAMENTE NORMA JURÍDICA E QUE HOVE ERRO DE FATO.

ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO NÃO CONHECIMENTO DA *ACTIO*, SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO, OU PELA IMPROCEDÊNCIA DO PROCEDIMENTO. RESCISÓRIA QUE MERECE SER CONHECIDA. CAPÍTULO DO JULGADO QUE BUSCA SER RESCINDIDO QUE JÁ TRANSITOU EM JULGADO. PROTOCOLO DA AÇÃO QUE SE DEU DENTRO DO INTERREGNO DE 2 (DOIS) ANOS A QUE ALUDE O ART. 975, *CAPUT*, DO CPC/2015. PENDÊNCIA DE ANÁLISE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APENAS QUANTO AOS HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

“Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória.

[...]

A divisão deve ter em vista o pronunciamento em si, delimitado pelos pedidos, não pelos fundamentos. Assim, os capítulos constam, seguindo os artigos 458, inciso III, e 469 do Código de Processo Civil, na parte dispositiva da sentença. Ainda que envolvida decisão formalmente unitária, esta pode ser materialmente plural, presentes partes cindíveis do dispositivo, cada um, segundo Humberto Theodoro Júnior, “contendo solução para questão autônoma em face das demais” (STF, RE n. 666.589/DF, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, 25-3-2014).

RAZÕES CONTIDAS NA EXORDIAL DA AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE QUE A QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL NÃO OBSERVOU O FATO DE QUE O REGISTRO DA MARCA DDC (DISCAGEM DIRETA A COBRAR) JÁ HAVIA SIDO ANULADO À ÉPOCA DA PROLAÇÃO DO *DECISUM* RESCINDENDO. ARGUIÇÃO IMPROCEDENTE. ÓRGÃO COLEGIADO PROLATOR DO ARESTO QUE DELIBEROU EXPRESSAMENTE SOBRE O TEMA E FUNDAMENTOU SEU DECISÓRIO COM BASE NA DECISÃO DO TRIBUNAL DA CIDADANIA, O QUAL FEZ PREVALECER A TITULARIDADE EM PROL DA EMPRESA DEMANDADA. ARGUIÇÃO DE QUE A QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL SUBVERTEU O INSTITUTO DA PATENTE, UMA VEZ QUE ACABOU POR PROTEGER A MERA SEMELHANÇA DE INVENTOS. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE SE VALEU DAS PROVAS PERICIAL E TESTEMUNHAL CARREADAS AO FEITO ORIGINÁRIO. ÓRGÃO COLEGIADO QUE DESTACOU EXPRESSAMENTE NO *DECISUM* RESCINDENDO QUE O PERITO VISITOU AS CENTRAIS DA EMPRESA DE TELEFONIA, COMPAROU O SERVIÇO PRESTADO COM O INVENTO PATENTEADO E CONCLUIU QUE OS DOIS SISTEMAS APRESENTAM OS MESMOS PRINCÍPIOS DE FUNCIONAMENTO E A MESMA IDEIA DE SOLUÇÃO. RESCISÓRIA QUE PRETENDE MODIFICAR A INTERPRETAÇÃO DADA PELA QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL AO CONTEÚDO PROBATÓRIO AMEALHADO AO PROCESSO PREDECESSOR. PROCEDIMENTO RESCISÓRIO QUE NÃO POSSUI ESTA FINALIDADE.

“Por permitir o levantamento do manto da coisa julgada, mostra-se imprescindível, na hipótese prevista no art. 485, V, do extinto regramento processual, que a decisão rescindenda esteja maculada por vício flagrante,

de extrema gravidade, sob pena de se admitir o uso da via processual rescisória, de caráter excepcional, como sucedâneo recursal, malferindo a segurança jurídica. [...]. Na espécie, constata-se que os argumentos ora discutidos pelo autor figuraram como objeto de amplo debate pelo aresto transitado em julgado, com evidente objetivo de manifestar contrariedade à interpretação conferida pela Egrégia [...] Câmara de Direito Comercial quanto ao caso concreto. Logo, a improcedência dos requerimentos iniciais é medida impositiva. [...]” (Ação Rescisória n. 0222281-06.2012.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Robson Luz Varela, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, j. 8-11-2017).

IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA QUE SE IMPÕE. REVERSÃO, EM PROL DA DEMANDADA, DO IMPORTE DO VALOR DA CAUSA DEPOSITADO NOS AUTOS PELA DEMANDANTE. INTELECÇÃO DO ART. 974, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015.

“A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a improcedência ou inadmissibilidade da ação rescisória, por unanimidade, enseja a reversão do depósito prévio (art. 488, II, do CPC), a título de multa em favor do réu (art. 494, CPC)’ (EDcl na AR n. 3212/RS, rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 229-2011) (Ação Rescisória n. 2010.061678-7, de Xanxerê, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 13-3-2013)” (Agravo Interno n. 0217177-33.2012.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 25-9-2019).

CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ENCARGOS QUE DEVEM SER ARCADOS PELA AUTORA. VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL QUE SE FIXA EM R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). EXEGESE DO ART. 85, § 8º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

“Ônus de sucumbência. Derrota integral do autor. Despesas processuais e honorários advocatícios suportados exclusivamente pelo vencido” (Apelação Cível n. 2013.029974-8, de Palhoça, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 30-1-2014).

“[...] a regra do art. 85, § 8º, do CPC/2015 deve ser observada para o arbitramento dos honorários advocatícios levando-se em conta os critérios do incisos I a IV do § 2º do mesmo dispositivo.

[...]

Nesse contexto, considerando cumulativamente os §§ 2º e 3º, I, do art. 85 e as particularidades do caso, arbitram-se os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00” (Ação Rescisória n. 0192918-08.2011.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 28-6-2017).

AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4034740-43.2018.8.24.0000, da comarca da Capital 1ª Vara Cível em que é Autora Oi S/A Em Recuperação Judicial e Réu Inducom Comunicações Ltda:

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, julgar improcedente o pedido rescisório e, por consectário, condenar a requerente ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência, estes fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e reverter em favor do demandado o valor do depósito do valor da causa, conforme o disposto no art. 974, parágrafo único, do CPC/2015.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Monteiro Rocha, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, Tulio Pinheiro, Robson Luz Varella, Mariano do Nascimento, Gilberto Gomes de Oliveira, Janice Ubialli, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, Jaime Machado Júnior, Dinart Francisco Machado, Sérgio Izidoro Heil e José Carlos Carstens Köhler.

Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Doutora Monika Pabst.

Florianópolis, 9 de outubro de 2019.

Rejane Andersen

RELATORA

RELATÓRIO

Oi S/A deflagrou ação rescisória (autos n. 4034740-43.2018.8.24.0000) em face de Inducom Comunicações Ltda, com o objetivo de rescindir acórdão proferido pela Colenda Quinta Câmara de Direito Comercial desta Corte na Apelação Cível n. 0001092-29.1985.8.24.0023 (2012.091299-1), *decisum* colegiado que deu provimento ao apelo interposto pela ora demandada Inducom, a fim de: a) impedir que a pessoa jurídica Oi S/A continuasse a fazer uso da invenção patenteada e das marcas “DDC”; e b) condenar a Oi S/A ao pagamento de perdas e danos.

Contestação às fls. 2616-2640.

Lavrou parecer (fls. 2751-2764) pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Doutora Monika Pabst, ocasião em que se manifestou pelo não conhecimento da ação rescisória, ante a ausência de trânsito em julgado do processo originário, ou então pelo desprovimento da presente *actio*, ante a ausência de comprovação de erro de fato ou violação manifesta de norma jurídica que justificasse a rescisão do *decisum* em questão.

É o relatório.

VOTO

Admissibilidade da ação rescisória

Conforme já destacado no relatório do presente voto, a ação rescisória objetiva rescindir acórdão [Apelação Cível n. 2012.091299-1 (0001092-29.1985.8.24.0023)] proferido pela Colenda Quinta Câmara de Direito Comercial que, por unanimidade, deu provimento ao apelo interposto pela ora demandada e decidiu pela não utilização, por parte da Oi S/A, da invenção patenteada pela Inducom, além da condenação da empresa de telefonia demandante (Oi S/A) ao pagamento de perdas e danos.

Todavia, antes da análise das razões meritórias trazidas a lume pela requerente, necessário o exame a respeito da admissibilidade da presente *actio*, mais especificamente no que toca à questão da ausência de trânsito em julgado do processo de origem onde foi proferido o aresto que se quer ver rescindido.

É assente que o prazo para a propositura da ação rescisória é de até 2 (dois) anos, estes contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Veja-se:

“O prazo decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, que se aperfeiçoa com o exaurimento dos recursos cabíveis ou com o transcurso do prazo recursal, a teor do que dispõe a Súmula n. 401/STJ: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial” (STJ, REsp 736650, do Mato Grosso, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Corte Especial, j. 20-8-2014).” (Ação Rescisória n. 0026094-83.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Saul Steil, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 14-12-2016).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.589/DF, assentou que ocorre a preclusão dos capítulos do pronunciamento judicial não açoitados por meio de recurso; e que, a partir do trânsito em julgado de tais capítulos, dar-se-ia o início do respectivo cômputo bienal para a propositura da ação rescisória.

Eis o teor do ementário do recurso extraordinário susomencionado:

COISA JULGADA – ENVERGADURA. A coisa julgada possui envergadura constitucional. COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL

– CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial preluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória (STF, RE n. 666.589/DF, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, 25-3-2014).

Do julgado acima destacado, colaciona-se o seu excerto elementar, contido na fundamentação do referido aresto:

A divisão deve ter em vista o pronunciamento em si, delimitado pelos pedidos, não pelos fundamentos. Assim, os capítulos constam, seguindo os artigos 458, inciso III, e 469 do Código de Processo Civil, na parte dispositiva da sentença. Ainda que envolvida decisão formalmente unitária, esta pode ser materialmente plural, presentes partes cindíveis do dispositivo, cada um, segundo Humberto Theodoro Júnior, “contendo solução para questão autônoma em face das demais”.

E, da análise dos presentes autos, verifica-se que houve, em face do acórdão rescindendo, interposição de Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.500.513/SC), cujo trânsito em julgado ocorreu em data de 17-2-2016.

No entanto, constata-se que sobreveio protocolização também de Recurso Extraordinário com Agravo ao Supremo Tribunal Federal (ARE n. 1.024.742/SC), o qual, por sua vez, entendeu pelo desprovimento do aludido reclamo e o publicou na data de 1º-8-2017, nos moldes do seguinte ementário:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. EXTRAORDINÁRIO –

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. É vedado fixar honorários recursais em patamar superior ao estabelecido nos parágrafos 2º e 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 (ARE n. 1.024.742/SC, Primeira Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. 2-5-2017)

Em face da decisão colegiada acima destacada, a ora demandante peticionou aduzindo ter havido erro material em relação à questão dos honorários de advogado.

Eis o teor do referido petitório:

INDUCOM COMUNICAÇÕES LTDA., por seu procurador, nos autos do recurso supra, intentado por Oi S.A., vem, respeitosamente, em face de erro material presente na decisão prolatada em 02 de maio próximo passado, na qual foi referido que a verba honorária pelo Tribunal de origem local foi de 20% do valor da causa, é a presente para esclarecer que o percentual foi aplicado sobre a condenação a ser apurada em liquidação por arbitramento, tal como decidido no acórdão da apelação cível nº 2012.091299-1 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina [...]:

[...]

Assim, forte no artigo 494, I, do Código de Processo Civil, é a presente para requerer seja modificada a inexatidão apontada, e que fique consignado que a verba sucumbencial incide sobre o valor da condenação, por ser de direito.

Ou seja, do exame das informações acima destacadas, constata-se que a única pendência a ser dirimida pelo Insigne Supremo Tribunal Federal se restringe à análise da petição protocolizada pela Inducom, a qual versa apenas sobre a questão de honorários, de modo que, por não se vislumbrar insurgência alguma em relação aos demais capítulos do aresto proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal no ARE n. 1.024.742/SC, o qual foi publicado em data de 1º-8-2014, estes transitaram em julgado.

Assim, com razão à requerente em relatar que: a) “[...] o acórdão que negou a pretensão da ora autora foi publicado no dia 1º.8.2017 (terça-feira), de modo que o seu trânsito em julgado, à falta de outro recurso além de embargos de declaração, ocorreu no dia 9.8.2017 (quarta-feira)” (fl. 2768); e b) “[...] a ora ré teria recorrido apenas do capítulo relativo aos honorários, restando inequívoco o trânsito em julgado dos capítulos que acolheram os pedidos da petição inicial” (fl. 2769).

Desta forma, como o protocolo da presente *actio rescisória* se deu em 12-12-2018, ou seja, dentro do interregno de 2 (dois) anos a que alude o art. 975, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, tem-se, *data maxima venia* ao posicionamento externado pela Colenda Procuradoria de Justiça no ponto, que a ação deve ser admitida.

Assim, enfrentada a referida questão preambular a respeito do não conhecimento da ação rescisória, passa-se à análise das razões contidas na exordial de fls. 1-34.

Razões contidas da exordial da ação rescisória

Conforme se extrai da inicial da presente *actio*, vê-se que o pleito rescisório da demandante se fulcra na norma contida no art. 966, V e VIII, do Código de Processo Civil de 2015, que assim descreve:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

V - violar manifestamente norma jurídica;

[...]

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

No tocante ao erro de fato (art. 966, VIII, do CPC/2015), alega a empresa de telefonia demandante que a Colenda Quinta Câmara de Direito Comercial não teria observado um fato existente, qual seja, o de que o registro da marca DDC (Discagem Direta a Cobrar) já havia sido objeto de anulação à época da prolação do *decisum* rescindendo.

Assim, fundamentou a demandante na presente rescisória que o Órgão Colegiado reputou como existente um fato inexistente, pois considerou a titularidade da marca DDC como sendo pertencente à Inducom, quando na verdade o respectivo registro já teria sido anulado.

A referida arguição, no entanto, não merece prosperar.

Isso porque, da análise do acórdão rescindendo, vê-se que a Colenda Quinta Câmara de Direito Comercial deliberou sobre o tema e fundamentou seu decisório com base no que decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual, a respeito da nulidade de registro apontada pela empresa de telefonia demandante, fez prevalecer a respectiva titularidade em prol da Inducom.

Colaciona-se excerto do aresto proferido quando do julgamento da Apelação Cível n. 2012.091299-1 (0001092-29.1985.8.24.0023):

O agravo retido interposto às fls. 732/740 é conhecido porque houve pedido expresso da recorrida, nos termos do disposto no § 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil (fl. 938). Ainda assim aquele recurso não é provido. Melhor dizendo, o recurso encontra-se prejudicado em face do que está demonstrado pelo documento de fl. 1.011, uma vez que a ação de anulação da decisão administrativa de cancelamento da carta patente n. 8003673-0, ajuizada na justiça federal, encontra-se definitivamente julgada. Dito de outro modo, a prejudicialidade prevista na alínea “a” do inciso IV do artigo 265 do Código de Processo Civil não mais subsiste. De outro tanto, o prazo máximo da suspensão (um ano) encontra-se superado há muito tempo (§ 5º do artigo 265 do Código de Processo Civil).

A carta patente da invenção nominada de “Sistema Automático Para Chamadas Telefônicas A Cobrar” foi concedida pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial em data de 24.1.1984, constando como titular do direito a empresa apelante (fls. 11/25). O cancelamento levado a efeito pelo INPI acabou sendo desconsiderado pelo Judiciário, prevalecendo o que se decidiu na sessão de julgamento de 1º.10.2013, da Terceira Câmara do Superior Tribunal de Justiça: “fica reconhecida a higidez da Carta Patente nº 8003673” (fl. 999).

A autora goza, ainda, dos direitos sobre a marca “DDC”, registrada sob os ns. 810724138 e 810839245 (fls. 26/27) (Apelação Cível n. 2012.091299-1, da Capital, rel. Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 20-3-2014).

E, a respeito do que decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática em debate, tem-se o seguinte fragmento, extraído do julgamento do REsp n. 1.500.513/SC, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e julgado em data de 2-8-2016:

No final da década de 70 (setenta), o Sr. ADENOR MARTINS DE ARAÚJO, então empregado da TELESC - TELECOMUNICAÇÕES DE SANTA CATARINA S.A., inventou, com recursos próprios, o sistema que permite a realização de chamadas telefônicas a cobrar de forma totalmente automatizada. Com ele, permitiu-se ao usuário do serviço de telefonia que, a partir da inclusão do dígito 9 (nove) ao número de telefone chamado precedido do prefixo nacional 0 (zero) e do código de área do destino (composto de outros dois dígitos), conseguisse realizar chamada que, de modo automático, possibilitasse ao destinatário assumir o ônus de custear a ligação que recebia, o que se dava pelo simples fato de permanecer “na linha”, aguardando a reprodução da gravação: “Chamada a cobrar. Para aceitá-la, continue na linha após a identificação”.

A invenção, antes de ter seu uso massificado, foi objeto de testes realizados em Municípios do interior de Santa Catarina, com autorização concedida ao inventor pela própria TELESC.

Em junho de 1980, o Sr. Adenor depositou o requerimento do registro da patente de seu invento, a que denominou “Sistema Automático para Chamadas Telefônicas a Cobrar”, também conhecido como “DDC” - abreviação de “discagem direta a cobrar”.

Durante o processamento do pedido de registro da patente, o depositante, inventor do sistema em questão, transferiu sua titularidade para a empresa ora recorrida - INDUCOM COMUNICAÇÕES LTDA, da qual também é sócio.

A patente foi concedida pelo INPI em 24/1/1984 (Carta Patente nº 8003673-0).

Em 17/1/1985, a TELEBRAS (que não pode ser confundida com a TELESC) protocolizou pedido de cancelamento da referida carta patente. Naquela oportunidade, fundou seu pleito em dois principais argumentos: (i) que a suposta invenção, na data do depósito, não teria a característica da novidade, por já estar compreendida no estado de técnica e (ii) que o relatório descritivo apresentado pelo depositante seria insuficiente para a concessão da patente.

Em março de 1985 (ou seja, antes da apreciação do pedido administrativo de cancelamento da patente formulado pela TELEBRAS), a INDUCOM COMUNICAÇÕES LTDA. ajuizou a presente “ação ordinária de abstenção de uso de privilégio de invenção e de marca de indústria e comércio, cumulada com perdas e danos” em desfavor da TELESC. Aduziu, em síntese, que a ré estaria utilizando tanto o sistema patentado (com privilégio vigente até junho de 1985) quanto as marcas “Discagem Direta a Cobrar” (de nºs 810724138 e 810839245), todas de sua titularidade, sem autorização prévia ou oferecimento de contraprestação pelos lucros daí resultantes.

O pedido de cancelamento da patente foi deferido em 2/7/1985. Tal decisão foi, sem sucesso, objeto de recurso administrativo apresentado pela INDUCOM.

Essa situação levou a empresa ora recorrida a ajuizar uma nova demanda judicial, agora de cunho anulatório, na qual figuraram como partes ré exclusivamente a TELEBRAS (que foi a autora do pedido de cancelamento da patente) e o INPI (responsável pela prática do ato administrativo então apontado como nulo).

E, ainda sobre a referida *quaestio*, o STJ, no julgamento do REsp n. 1.500.513/SC, discorreu mais o seguinte:

Por decisão judicial, proferida nos autos da mencionada ação anulatória, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reconheceu, em acórdão que mais tarde seria objeto de recurso especial (REsp nº 1.351.005/RJ), a nulidade do ato administrativo de cancelamento do registro da patente em questão. Todavia, aquele Tribunal foi além do que lhe era permitido ir em virtude dos limites e da natureza da lide proposta (exclusivamente anulatória) ao acrescentar a determinação de que a ora recorrente - TELESC (que nem sequer figurou como parte naquele feito) - fosse considerada coproprietária da patente em questão. Esse relevante fato processual permitiu que a presente ação, de cunho inibitório e reparatório, fosse finalmente sentenciada. Antes disso, porém, o juízo competente determinou a substituição da parte ré (e-STJ fl. 837), tendo em vista que, em virtude da privatização do chamado SISTEMA TELEBRAS, ocorrida em 21/7/1998, a TELESC foi adquirida pela TELE CENTRO SUL S.A., passando a formar a BRASIL TELECOM S.A., atualmente denominada OI S.A.

Assim é que, em agosto de 2012 (ou seja, após mais de 27 - vinte e sete - anos da data do ajuizamento da presente ação), o juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido inibitório, condenando a empresa autora, ora recorrida, ao pagamento das custas processuais e da verba honorária advocatícia sucumbencial, esta fixada em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Inconformada, a INDUCOM interpôs recurso de apelação (e-STJ fls. 1.067/1.063) dirigido ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Em 1º de outubro de 2013, o acórdão exarado pelo TRF da 2ª Região, que reconheceu a nulidade da decisão administrativa de cancelamento da patente, foi confirmado, nesse ponto específico, por esta Corte Superior, o que se deu com o julgamento do REsp nº 1.351.005/RJ por unanimidade dos votos dos integrantes da Terceira Turma.

Na oportunidade, apesar de reconhecer o acerto do aresto então recorrido quanto à higidez da Carta Patente nº 8003673-0, a Turma julgadora concluiu ser imprescindível extirpar do acórdão a descabida determinação de que se considerasse a TELESC coproprietária da patente. Isso porque tal conclusão representava verdadeira hipótese de julgamento *extra petita*.

Desse modo, restabeleceu-se integralmente a decisão concessiva da patente proferida pelo INPI em 24/1/1984. Essa decisão transitou em julgado, não sendo mais, portanto, passível de nenhuma modificação.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, à unanimidade de votos dos integrantes de sua Quinta Câmara de Direito Comercial, em julgamento realizado em março de 2014, deu provimento ao recurso de apelação intentado pela INDUCOM para o fim de:

“(...) a) impedir que a apelada continue a fazer uso da invenção patenteada e das marcas ‘DDC’, sob pena de pagamento de multa diária arbitrada em R\$ 1.000,00 (um mil reais); b) condenar a apelada ao pagamento de perdas e danos, em montante a ser apurado em liquidação de sentença (por arbitramento), observado o que prevê a Portaria MF nº 436, de 30.12.1958 e (c) condenar a apelada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação (...)” (e-STJ fl. 1.224).

Na oportunidade, a Corte local aferiu, a partir do exame das circunstâncias fáticas que permearam a lide e do acervo probatório carreado nos autos, que, de fato: (i) a Carta Patente nº 8003673-0, referente à invenção denominada “Sistema Automático para chamadas Telefônicas a Cobrar”, foi concedida pelo INPI, com exclusividade, à empresa autora da demanda (INDUCOM COMUNICAÇÕES LTDA.); (ii) a higidez da referida Carta Patente foi reconhecida por esta Corte Superior, em definitivo, no julgamento do REsp nº 1.351.005/RJ e (iii) as provas testemunhais e pericial indicariam que a empresa ré (TELESC) não só violou o direito de invenção regularmente patenteado pela autora como também fez uso de marca de propriedade desta (DDC) sem sua anuência.

Ademais, constata-se que o ponto levantado pela demandante também foi o observado pela Ilustre Procuradora de Justiça Doutora Monika Pabst em seu parecer às fls. 2751-2764, tendo consignado que:

[...] no Recurso Especial de n. 1.500.513/SC restou extremamente bem relatada a questão relativa à patente do sistema de discagem direta a cobrar (DDC), aludindo ao Recurso Especial de n. 1.351.005/RJ, que trata em específico sobre a questão da validade da patente, narrando-se no primeiro REsp. que [no REsp n. 1.351.005/RJ] “restabeleceu-se integralmente a decisão concessiva da patente proferida pelo INPI em 24/1/1984. Essa decisão transitou em julgado, não sendo mais, portanto, passível de nenhuma modificação” (fl. 8 do referido acórdão).

[...]

Portanto, apesar de a Oi agora alegar que houve erro de fato, considerando-se e a validade do registro de patente que estaria, em verdade, cancelado, não se pode rescindir o acórdão objeto de debate tão somente em razão da sentença proferida na ação ordinária de n. 89.00.0048-0, uma vez que tal sentença restou alterada, tendo o julgamento da apelação no acórdão rescidendo sido proferido em época que já restava reconhecida situação diversa no STJ, no sentido de validade da patente e que, por sua vez, não é objeto da presente rescisória e já transitou em julgado.

Ademais, cumpre referir que, em que pese se tenha reconhecido a validade pretérita da patente, também se reconheceu o decurso do prazo decadencial de quinze anos de privilégio sobre o invento, reformando-se o acórdão rescidendo, não havendo, portanto, ajustes a serem feitos na decisão originária, que se encontra automaticamente modificada pelo recurso especial de n. 1.500.513/SC em razão do efeito substitutivo dos recursos em geral.

Desta forma, tem-se que não há falar em ocorrência de erro de fato.

Já no tocante à questão a respeito da violação à norma jurídica (art. 966, V, do CPC/2015) sob o fundamento de que a Insigne Quinta Câmara de Direito Comercial teria subvertido o instituto da patente porque protegeu a mera semelhança de inventos, tem-se que a improcedência da aludida arguição também é medida que se impõe.

Da análise do *decisum* colegiado, vê-se que a referida Câmara, a respeito do trabalho do *expert*, assentou expressamente que:

O perito judicial vistoriou as centrais de Blumenau da empresa de telefonia, oportunidade em que pode comparar o serviço prestado com o invento patenteado, concluindo “que os dois sistemas apresentam os mesmos princípios de funcionamento” (fl. 316), “ou seja tem a mesma idéia de solução” (fl. 334). E indagado se a “invenção visou dar solução técnica a uma prática desconhecida, discagem direta à cobrar sem uso de telefonistas”, respondeu taxativamente: “Sim. O sistema descrito à fl. 12 (inclusive) até à fl. 26, visa dar solução técnica à ligação telefônica à cobrar, sem auxílio da telefonista” (fl. 334).

Afora o que se destacou no aludido aresto a respeito do trabalho técnico, constata-se também que o aludido Órgão Fracionário se fulcrou na prova testemunhal colhida no feito, mais especificamente nos depoimentos de:

1) Milton Salminger de Carona, diretor de operações da Telecomunicações de Santa Catarina S/A – TELESC, que assim se pronunciou:

“[...] especificamente com relação a Adenor Araújo, do mesmo também não recebeu qualquer comunicação de que já teria um estudo a respeito do assunto, dele apenas tendo recebido posteriormente uma carta pessoal onde mencionava que teria desenvolvido um certo dispositivo nas horas de lazer, que poderia contribuir para a solução buscada; [...] que reconhece como sendo o documento de fl. 156 aquele ao qual se referiu, e onde exarou o seguinte despacho: ‘De acordo. O teste poderá ser executado e a aplicação pela Telesc do projeto não implicará em direitos por parte da mesma e sim como mero consentimento do inventor’; (...) (fl. 371 e v.)”

2) Rolf Gehard Moecke, o qual testemunhou no sentido de que:

“[...] tomando conhecimento de tal projeto, constatou o depoente que era ele idêntico ao primeiro encaminhado para experiências em Blumenau, mas que não aprovou e teve que sofrer modificações; que os erros constatados naquele projeto original eram simplesmente de desenho do sistema, com colocação de pontos ou assemelhados em locais impróprios e que deveriam ser corrigidos em campo”

3) Jorge Konder Bornhausen, ex-Senador da República, Ministro e Governador, que assim depôs:

“que lembra e apesar da data já afastada do fato de que houve o premio CODESC; que a TELESC foi a ganhadora de um dos prêmios e que foi homenageado o Dr. Adenor Martins de Araújo, como o responsável pela inovação do serviço (...); que também estavam presentes o Ministro e o Presidente da TELEBRAS; que essa homenagem era da CODESC à TELESC pelo premio de invenção da Discagem Direta a Cobrar e as homenagens foram prestadas ao Dr. Adenor - técnico da empresa.” (fl. 422).

E 4) Marcos Henrique Buechler, à época Presidente da Companhia de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina – CODESC, *holding* controladora do sistema financeiro estadual, testemunha esta que prestou o seguinte depoimento:

“que, por ocasião dos fatos narrados na inicial, o depoente na época como presidente da CODESC, Holding controladora do sistema financeiro estadual, recorda-se de que instituíram prêmios para diversas categorias estaduais e culturais no estado de Santa Catarina; que, uma das empresas premiadas foi a ré, TELESC, pelo desenvolvimento do sistema automático para chamadas telefônicas a cobrar; que na ocasião inclusive a empresa ré informou que referido sistema fora desenvolvido por um técnico funcionário da ré; que, inclusive a empresa forneceu o nome do técnico tendo o mesmo sido convidado a participar da solenidade; que, não se recorda do nome do referido técnico; (...) confirma a reportagem constante das fls. 19/20 dos autos podendo inclusive precisar que se encontrava presente ao evento; que, o engenheiro constante da reportagem foi indicado pela TELESC como o inventor da sistema DDC, cujo nome é Adenor Martins de Araujo; que, reconhece as pessoas constantes na cópia de fls. 20 como sendo as citadas na dita reportagem; que, em momento algum foi dito pela ré que o sistema DDC não havia sido fruto somente do trabalho de Adenor mas também de outras pessoas, até porque ‘minha formação não me permitiria compactuar com falcatruas’; que, não pode afirmar que a empresa ré tenha confirmado ter sido Adenor o inventor do sistema porém supõe ter sido o mesmo face Adenor ter sido indicado pela TELESC para comparecer na solenidade.” (fl. 486).

Ou seja, constata-se que a Quinta Câmara de Direito Comercial desta Corte, com base no acervo probatório constante nos autos (provas pericial e testemunhal), entendeu pela violação do direito de invenção.

Desta forma, o que se denota com a propositura da presente rescisória é que a Oi S/A procura modificar a interpretação dada pelos Eminentíssimos Desembargadores Jânio Machado (relator do voto), Soraya Nunes Lins e Guilherme Nunes Born ao conteúdo probatório amealhado ao feito autuado sob o n. 0001092-29.1985.8.24.0023 (2012.091299-1), função esta que não é finalidade da ação rescisória.

Ademais, imperioso ressaltar que as alegações contidas na presente exordial são bastante similares às arguições realizadas pela Oi S/A quando da interposição do RESp n. 1.500.513/SC, o qual, conforme alhures mencionado, foi julgado pelo Colendo Tribunal da Cidadania nos seguintes moldes:

No que diz respeito às alegações de ofensa aos arts. 131, 145, 420, 436 e 437 do CPC/1973; 5º e 6º da Lei nº 5.772/1971 e 8º e 42, caput e inciso II, da Lei nº 9.279/1996, a irresignação recursal também não se faz merecedora de acolhida.

Isso porque, ao apontar referidos dispositivos legais como malferidos, a ora recorrente pretende convencer este Tribunal Superior de que a prova técnica produzida nos autos, de modo distinto do que compreendeu a Corte local, indicaria inexistir, no caso em apreço, a contrafação alegada pela empresa autora da presente demanda inibitória/ressarcitória.

Sustenta a recorrente, com tal propósito, que a perícia teria concluído pela inexistência de identidade entre o sistema empregado pela TELESC para possibilitar aos seus usuários a realização automática de chamadas telefônicas a cobrar e o invento objeto da Carta Patente nº 8003673-0 (denominado “Sistema Automático de Chamadas Telefônicas a Cobrar”).

Aduz, ainda, que, firmada essa permissa - de ausência de identidade entre o sistema utilizado pela TELESC e o invento patenteado pela autora -, a total improcedência do pedido inicial seria a única solução para a presente lide, visto que a proteção conferida pelo então vigente Código da Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/1971) não abarcaria o mero juízo de semelhança entre os inventos confrontados, sendo imprescindível que existisse identidade entre ambos para que se reconhecesse a alegada violação de patente.

A pretensão recursal, tal como posta, encontra intransponível óbice na inteligência da Súmula nº 7/STJ. Afinal, todas as conclusões da Corte local a respeito da configuração, na hipótese vertente, do uso indevido (pela TELESC) do invento regularmente patenteado pela autora resultaram da apreciação das circunstâncias fáticas que permearam a demanda e, mais que isso, do acurado exame do acervo probatório carreado nos autos, com especial destaque às provas testemunhais e pericial.

[...]

Desse modo, resulta evidente que a desconstituição da conclusão a que chegou a Corte local - no tocante à utilização indevida pela TELESC do invento patenteado pela INDUCOM -, como pretendido nas razões do apelo nobre em apreço, ensejaria aprofundada incursão no acervo fático-probatório da causa, o que, como consabido e já ressaltado, é vedado ante a literalidade da Súmula nº 7/STJ.

Veja-se que o parecer ministerial, em relação à temática, também enveredou nesse mesmo sentido, tendo a Ilustre Doutora Procuradora de Justiça Monika Pabst assentado às fls. 2751-2764 que:

“[...] o que se tem é que ainda que a autora refira de forma expressa que nesta ação “não se discute, pois, a justiça ou injustiça do decisum, nem se pretende revolver, essencialmente, fatos e provas” (fl. 8), a causa de pedir de rescisão calcada nas Leis nº 5.772/71 e nº 9.279/96 (fl. 17) nitidamente pretende rever a análise de prova feita no acórdão rescidendo, em razão do descontentamento da ora autora com o resultado do decisum que se pretende rescindir.

Isso porque ainda que atrele a aplicabilidade das Leis nº 5.772/71 e nº 9.279/96 à justificativa de rescisória pelo art. 966, inciso V, do CPC, a causa petendi é remete à reanálise da prova dos autos originais, a exemplo da menção das perícias feitas no curso do processo, feita em sede de petição inicial (fl. 23, por exemplo).

A autora aduz que a interpretação das perícias é a causa de violação manifesta de norma jurídica, sendo que não houve, no caso, erro quanto à aplicação do direito, mas sim aplicação do direito em consonância com a interpretação das provas aportadas aos autos.

Não há que se falar em “manifesta violação de norma jurídica” quando esta violação alegada pela parte não decorre da hermenêutica da norma, e sim de violação, sob ponto de vista da autora, do conteúdo constante nos laudos periciais e da exegese que o presente Tribunal deu aos documentos, conjugando-os à lei de propriedade industrial.

A Lei n.º 5.772/71, já revogada e substituída pela legislação atualmente aplicável (Lei n.º 9.279/96) previa em seus arts. 5º e 6º quais seriam os objetos da proteção da propriedade industrial, bem como definia certos termos utilizados na legislação. Não há violação de norma se o Tribunal de origem, entendendo que os sistemas utilizados eram idênticos a partir das provas apresentadas, resolveu outorgar ao autor da ação originária a proteção que lhe seria conferida por lei. Não se criou direito não previsto, não se fez interpretação esdrúxula ou manifestamente contrária ao dispositivo legal. O que se fez foi tão somente conjugar o resultado dos laudos periciais à proteção que a lei previa aos inventos.

A Insigne Procuradora de Justiça ainda consignou em seu parecer que:

Além disso, como bem referido pela ora ré, o acórdão rescidendo considerou não só o laudo pericial inicialmente feito (fls. 429-433), como também sua complementação (fls. 451-453) e prova testemunhal, não sendo válida a arguição de rescisória tão somente com base em parte da prova pericial.

Ainda assim, acaso se fosse trabalhar com erro de fato em razão da aplicação da norma às perícias, supondo que o resultado das perícias efetivamente fosse plenamente favorável à autora (o que não é, na visão do acórdão analisado), o artigo 966 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo primeiro discorre, sem maiores delongas, aquilo que é considerado erro de fato, entendido como situação em que a decisão rescidenda “admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido”, acrescentando requisito plenamente aplicável ao presente caso: “sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado”.

No caso, a existência de integral coincidência entre os sistemas utilizados pela antecessora da autora e do sistema criado por Adenor Martins de Araújo, sócio da Inducom Comunicações Ltda., cuida-se, em essência, do maior ponto controvertido da lide originária, que causou a procedência da demanda em favor da ora ré. Assim, não se justificaria a propositura de ação rescisória baseada no art. 966, inciso VIII, justamente porque o próprio artigo demanda requisito que não se preenche no caso concreto: a ausência de controvérsia em relação ao fato sobre o qual incidiu o alegado erro.

Também seria aplicável ao caso o livre convencimento motivado, não se podendo vincular o resultado do acórdão ao resultado de apenas uma perícia ou laudo apresentado por assistente técnico particular, de modo que se o colegiado entendeu que o conjunto das provas levou à conclusão de igualdade entre os sistemas, descabe rescisão. Contudo, frise-se que a impossibilidade da rescisão do julgado, calcada na manifesta violação de norma jurídica, se dá em razão da razoável interpretação da lei feita pela Câmara, não se notando de pronto nenhum absurdo hermenêutico que permita a procedência de ação tão excepcional como é a rescisória, sobretudo porque “a ação rescisória constitui remédio extremo e assim não pode ser confundida com mero recurso” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 590)

Assim, verifica-se que não há demonstração, por parte da autora, acerca da ocorrência de violação à norma jurídica ou erro de fato.

O que se constata, conforme já destacado, é a pretensão da demandante em rever a interpretação dada por este Egrégio Tribunal de Justiça quando do julgamento da Apelação Cível n. 2012.091299-1 (autos n. 0001092-29.1985.8.24.0023)

Destarte, a respeito do tema, esta Colenda Corte de Justiça já decidiu que a ação rescisória não se destina à rediscussão da causa, não podendo ser utilizada, portanto, como sucedâneo recursal:

ACÇÃO RESCISÓRIA. ALMEJADA DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO DA COLENDIA TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.

DECISÃO COLEGIADA QUE CONSERVOU INCÓLUME SENTENÇA QUE REJEITOU OS EMBARGOS À ARREMATAÇÃO, POR MANIFESTA INTEMPESTIVIDADE, E RATIFICOU DECISÃO INTERLOCUTÓRIA ANTERIORMENTE PROFERIDA NA LIDE EXECUTIVA, DENEGATÓRIA DOS PEDIDOS DE ANULAÇÃO DO LEILÃO/ARREMATAÇÃO DO IMÓVEL PENHORADO E DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO CELEBRADO ENTRE O ORA DEMANDANTE, O EXECUTADO PROPRIETÁRIO DO BEM PENHORADO E A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EXEQUENTE, FIRMADO PARA O PAGAMENTO DA DÍVIDA EM EXECUÇÃO.

ALEGADA OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DOS INCISOS V (VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI) E IX (ERRO DE FATO, RESULTANTE DE ATOS OU DE DOCUMENTOS DA CAUSA) DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARGUMENTAÇÕES QUE SE RESUMEM, BASICAMENTE, À TESE DE AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO DO REQUERENTE E DOS CO-PROPRIETÁRIOS DO TERRENO PENHORADO PARA A REALIZAÇÃO DA HASTA PÚBLICA QUE RESULTOU NA ARREMATAÇÃO DO REFERIDO IMÓVEL. QUESTÃO DEVIDAMENTE ANALISADA NA DECISÃO QUE SE BUSCA RESCINDIR. ACORDO FIRMADO, ADEMAIS, QUE, ALÉM DE NÃO TER SIDO ACEITO JUDICIALMENTE NA LIDE EXECUTIVA, EM DECISÃO IRRECORRIDA, FOI REJEITADO ULTERIORMENTE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PACTUANTE. VÍCIO NO TOCANTE À CIENTIFICAÇÃO DO AUTOR ACERCA DA PENHORA E DO LEILÃO DO IMÓVEL NÃO DEMONSTRADO. ADEMAIS, JUÍZO RESCINDENDO QUE NÃO PODE ALCANÇAR ATO INTERLOCUTÓRIO EXARADO NA LIDE EXECUTIVA E QUE NÃO FOI OBJETO DE RECURSO, MAS APENAS A SENTENÇA, CONFIRMADA POR ACÓRDÃO, QUE REJEITOU OS EMBARGOS À ARREMATAÇÃO POR INTEMPESTIVIDADE. RESCISÓRIA QUE NÃO SE DESTINA À REDISCUSSÃO

DA CAUSA, TRANSMUDANDO-SE EM SUCEDÂNEO RECURSAL. INOCORRÊNCIA DE QUAISQUER DAS HIPÓTESES DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA QUE SE IMPÕE.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DO AUTOR AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE SE OPERA. CAUSA SEM CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DA VERBA ADVOCATÍCIA QUE SE REALIZADA POR EQUIDADE, NOS TERMOS DO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DEPÓSITO PRÉVIO REVERTIDO EM PROL DO BANCO RÉU. DICÇÃO DOS ARTS. 488, INC. II, E 494, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (Ação Rescisória n. 2012.005399-8, de Videira, rel. Des. Tulio Pinheiro, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, j. 14-10-2015).

Do *decisum* acima destacado, extrai-se o seguinte excerto substancial:

Há de ser consignado, por oportuno, relativamente à preconizada violação de literal disposição de lei, que o “(...) fundamento para o ajuizamento da ação rescisória, mormente aquele previsto no inciso V do art. 485 do CPC – violação de literal disposição de lei –, é de tipificação estrita, em respeito à estabilidade das relações jurídicas acobertadas pela coisa julgada, visando a paz social e apenas em hipóteses excepcionais afasta-se tal regra (...)”, de modo que a “(...) ação rescisória não se presta para simples rediscussão da causa. Não tem por finalidade, diante de inconformismo da parte, rever o alegado equívoco. (...)” (STJ, AR 741/PE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, j. em 14.12.2009, DJe 1º.2.2010).

Da mesma forma, especificamente quanto ao invocado “erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”, tem-se que a ação rescisória proposta sob este motivo não serve para impugnar a injustiça do acórdão, ensejando o reexame da valoração da prova, mas sim, para buscar a rescisão de decisão fundamentada em fato inexistente ou que tenha desconsiderado fato que efetivamente ocorreu, cuja apuração fosse possível pelo simples exame dos autos, o que também não se verifica na hipótese.

E, conforme se depreende de aresto também prolatado por este Órgão Judicante, desta vez em acórdão da relatoria do Eminentíssimo Desembargador Robson Luz Varela, tem-se o seguinte ementário:

AÇÃO RESCISÓRIA - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ARESTO PROFERIDO PELA EGRÉGIA TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL DESTA CORTE NA APELAÇÃO CÍVEL N. 2007.002671-3 E DE NOVO JULGAMENTO - “ACTIO” ORIGINÁRIA DE COBRANÇA PROMOVIDA POR REPRESENTANTE COMERCIAL EM DESFAVOR DA REPRESENTADA. PREFACIAL DE INÉPCIA DA EXORDIAL - ASSERTIVA ARGUIDA SOB ALEGAÇÃO DE “FINALIDADE RECURSAL TRANSVERSA DA PRESENTE AÇÃO RESCISÓRIA” - INDICAÇÃO PONTUAL, PELO AUTOR, DAS CIRCUNSTÂNCIAS EMBASADORAS DA POSTULAÇÃO - EXISTÊNCIA DE COMPATIBILIDADE LÓGICO-JURÍDICA ENTRE O PEDIDO E A RESPECTIVA CAUSA DE PEDIR - ADEMAIS, TEMÁTICA ATRELADA À EFETIVA POSSIBILIDADE DE RESCISÃO DO JULGADO E DE NOVA DELIBERAÇÃO QUE SE CONFUNDE COM O ASPECTO MERITÓRIO DA CONTROVÉRSIA - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS ARTS. 490, INCISO I, E 295, PARÁGRAFO ÚNICO, DO EXTINTO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - REJEIÇÃO.

[...].

INTENTO DE DESCONSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO E DE REJULGAMENTO - PEDIDO INAUGURAL ALICERÇADO NO ART. 485, V, DO EXTINTO “CODEX INSTRUMENTALIS” - VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSITIVO DE LEI - NECESSIDADE DE QUE A DECISÃO RESCINDENDA ESTEJA MACULADA POR VÍCIO FLAGRANTE, SOB PENA DE SE ADMITIR O USO DA ESTREITA VIA PROCESSUAL COMO SUCEDÂNEO RECURSAL - EXEGESE DA SÚMULA 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ASSERTIVAS ORA DESPENDIDAS PELO DEMANDANTE AMPLAMENTE REBATIDAS PELO ACÓRDÃO SOBRE O QUAL RECAI O PLEITO RESCISÓRIO - EVIDENTE OBJETIVO DE READENTRAR A DISCUSSÕES JÁ SUPERADAS PELO “DECISUM” TRANSITADO EM JULGADO - MERO DESCONTENTAMENTO DA PARTE INTERESSADA – IMPROCEDÊNCIA.

Por permitir o levantamento do manto da coisa julgada, mostra-se imprescindível, na hipótese prevista no art. 485, V, do extinto regramento processual, que a decisão rescindenda esteja maculada por vício flagrante, de extrema gravidade, sob pena de se admitir o uso da via processual rescisória, de caráter excepcional, como sucedâneo recursal, malferindo a segurança jurídica.

Justamente por esse motivo, prevê a súmula 343 do Supremo Tribunal Federal que “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Na espécie, constata-se que os argumentos ora discorridos pelo autor figuraram como objeto de amplo debate pelo aresto transitado em julgado, com evidente objetivo de manifestar contrariedade à interpretação conferida pela Egrégia Terceira Câmara de Direito Comercial quanto ao caso concreto.

Logo, a improcedência dos requerimentos iniciais é medida impositiva.

[...]. (Ação Rescisória n. 0222281-06.2012.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Robson Luz Varella, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, j. 8-11-2017).

Assim, por não haver demonstração de que houve violação à norma jurídica ou erro de fato, mas tão somente a verificação de tentativa de rediscussão do tema outrora ventilado na *actio* onde a decisão objeto da presente rescisória foi prolatada, aliado ao intuito dos autores de tentar rever a interpretação conferida pelo Órgão Colegiado prolator do referido *decisum*, a improcedência do pedido, com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil de 2015, é medida que se impõe.

Por conseguinte, tendo em vista o julgamento unânime pela improcedência da presente *actio*, se torna impositiva a reversão, em favor da demandada, do importe do valor da causa depositado nos autos pela demandante, uma vez que, como preleciona o parágrafo único do art. 974 do CPC/2015, “Considerando, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, sem prejuízo do disposto no § 2º do art. 82”.

Nesse mesmo sentido, colhe-se precedente da relatoria do Eminentíssimo Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz:

“A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a improcedência ou inadmissibilidade da ação rescisória, por unanimidade, enseja a reversão do depósito prévio (art. 488, II, do CPC), a título de multa em favor do réu (art. 494, CPC)” (EDcl na AR n. 3212/RS, rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 229-2011) (Ação Rescisória n. 2010.061678-7, de Xanxerê, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 13-3-2013) (Agravo Interno n. 0217177-33.2012.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 25-9-2019).

Desta forma, reverte-se, em favor empresa requerida, o importe do valor da causa depositado nos autos pela autora.

Ademais, tendo em vista a improcedência da demanda, deve a demandante arcar com as custas processuais e com a verba honorária de sucumbência.

Nesse sentido, colhe-se o Escólio do Insigne Desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva:

Ônus de sucumbência. Derrota integral do autor. Despesas processuais e honorários advocatícios suportados exclusivamente pelo vencido. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.029974-8, de Palhoça, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 30-1-2014).

E, no que toca à quantificação dos honorários sucumbenciais, preleciona o CPC/2015, mais especificamente em seu art. 85, § 2º, I, II e III, que: “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; [e/ou] III - a natureza e a importância da causa” (colchetes nossos).

No entanto, verifica-se, no presente caso, que não existe condenação e ainda não há tampouco proveito econômico obtido, ao passo que o valor da causa se mostra irrisório.

Assim, faz-se presente, na ocasião, a inteligência do art. 85, § 8º, do CPC/2015, o qual leciona que: “Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º”.

Acerca da valoração da referida verba, os doutrinadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery discorrem no seguinte sentido:

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 reside, 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 (*in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. rev., ampl. e atual. até 1.º de outubro de 2007, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223/224).

Corroboram com o tema em debate, a lição de Yussef Said Cahali:

[...] qualquer que seja a fórmula adotada pelo Juiz, não se lhe permite, contudo, sob o pálio da equidade, o arbitramento da honorária em quantia simbólica, irrisória, insignificante, que além de afrontosa à nobre atividade dos profissionais do direito, implicaria a própria negação do princípio inserto no § 4.º, do art. 20 (*in* Honorários Advocatícios, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 299).

Outrossim, sabe-se que o arbitramento de honorários advocatícios não deve ser tão elevado a ponto de penalizar em excesso o sucumbente, nem tão reduzido que corresponda ao aviltamento da atividade do advogado.

Dessa forma, considerando todos os requisitos mencionados atinentes ao caso concreto, aliado ao fato de que o laboro patronal do causídico do requerido se concentrou substancialmente na peça contestatória de fls. 2616-2640, fixa-se a verba honorária em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), uma vez que tal valor não se mostra ínfimo, nem exorbitante, mas adequado à atuação do causídico na demanda em tela.

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Corte de Justiça, senão veja-se, em precedente da relatoria do Eminentíssimo Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva:

Sucumbência

Os réus arcarão com as despesas processuais. Quanto aos honorários, não houve condenação ao pagamento de quantia. Há proveito econômico, porque o ente público deixará de satisfazer o crédito, no entanto não é possível mensurá-lo.

A causa foi valorada em R\$ 10.000,00, importância muito baixa para se ter como parâmetro para os honorários.

Por isso, utilizar-se-á a regra do art. 85, § 8º, do CPC/2015, que dispõe: Art. 85. [...] § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

Assim, a regra do art. 85, § 8º, do CPC/2015 deve ser observada para o arbitramento dos honorários advocatícios levando-se em conta os critérios do inciso I a IV do § 2º do mesmo dispositivo. 1) A Procuradora do Município peticionou nas seguintes oportunidades: petição inicial (f. 2/27), recurso especial (f. 434/453), recurso extraordinário (f. 498/515) e recursos de agravo (f. 627/643 e 657/674)

2) A sede da Procuradoria está instalada na mesma comarca em que tramitou o feito (Capital);

3) A causa não é complexa;

4) O processo tramita há quase 6 anos.

Na AC n. 0163925-52.2011.8.24.0000, o e. Des. Ricardo Roesler fixou a quantia em R\$ 3.000,00, mas se tratou de caso que não ascendeu às Cortes Superiores. Aqui, tem-se um procedimento mais alongado, com recursos especial e extraordinário.

Nesse contexto, considerando cumulativamente os §§ 2º e 3º, I, do art. 85 e as particularidades do caso, arbitram-se os honorários advocatícios em R\$ 5.000,00 (Ação Rescisória n. 0192918-08.2011.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 28-6-2017).

Desta forma, a fixação de verba honorária nos moldes acima destacados é medida impositiva.

Assim, ante todo o exposto, julga-se improcedente o pedido rescisório e, por consectário, condena-se a requerente ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência, estes fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e reverte-se em favor do demandado o valor do depósito do valor da causa, conforme o disposto no art. 974, parágrafo único, do CPC/2015.

É o voto.

Ação Rescisória n. 0011568-14.2016.8.24.0000, de Criciúma

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

AÇÃO RESCISÓRIA – PROPOSITURA SOB A ÉGIDE DO REVOGADO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – “ACTIO” DE COBRANÇA – ARESTO PROFERIDO PELA QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL DESTE SODALÍCIO QUE MANTEVE A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO EXORDIAL E DE REJEIÇÃO DO PLEITO RECONVENCIONAL.

ALEGAÇÃO DE ERRO DE FATO (CPC/73, ART. 485, IX E § 1º; NCPC, ART. 966, VIII e § 1º) – ASSERTIVA DE TER A ORA AUTORA SIDO CONDENADA A LIQUIDAR DÍVIDA CONTRAÍDA POR TERCEIRO – CIRCUNSTÂNCIA, NO ENTANTO, EXAUSTIVAMENTE DEBATIDA DURANTE O CURSO DO TRÂMITE PROCESSUAL DA LIDE ORIGINÁRIA – NECESSIDADE, PARA ACOLHIMENTO DO VÍCIO INDICADO, DE INEXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL PRETÉRITO ACERCA DA “QUAESTIO” – INVIABILIDADE DE REEXAME DA PROVA – INSUBSISTÊNCIA DA TESE.

Na hipótese de ingresso de demanda rescisória com fundamento no erro de fato, mostra-se imprescindível que a questão não tenha sido objeto de manifestação jurisdicional anterior, porquanto vedada a reanálise do conjunto probatório.

“In casu”, denota-se que a tese de haver sido a demandante condenada a adimplir débito contraído por terceiro restou amplamente discutida na ação de cobrança em que proferido o julgado, sendo pontualmente tratada, no curso de todo o processado, a obrigação daquela em saldar os valores exigidos.

Assim, não se prestando a “actio” rescisória à rediscussão de temática exaustivamente superada, inviável o acolhimento da pretensão com alicerce no erro de fato.

ARGUMENTO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS (CPC/73, ART. 485, V; NCPC, ART. 966, V) – AVENTADA INEXISTÊNCIA DE VISTA DOS DOCUMENTOS QUE ACOMPANHARAM AS ALEGAÇÕES FINAIS DA ADVERSÁRIA – CONJUNTO PROBATÓRIO QUESTIONADO NÃO PONDERADO NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTOS DOS JULGADORES ATUANTES DO FEITO DE ORIGEM – PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DOCUMENTAÇÃO RELACIONADA À DEMANDANTE, SENDO DESCABIDO SUSCITAR DESCONHECIMENTO DE SEU CONTEÚDO – ADEMAIS, IMPUGNAÇÃO DOS INSTRUMENTOS EM SEDE DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS CONTRA A SENTENÇA E ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO DECISÓRIO NO RECURSO DE APELAÇÃO – REQUERIMENTO PORTAL RECHAÇADO TAMBÉM SOB ESSE ASPECTO.

De acordo com precedente do Superior Tribunal de Justiça, “Não se declara a nulidade do processo com base no art. 398 do CPC [1973] se o documento juntado aos autos, sobre o qual não foi dada vista à parte contrária, não influiu na solução da controvérsia” (AgRg no AREsp 79.908/SC, Quarta Turma, Relª. Minª. Maria Isabel Galotti, j. em 16/10/2012).

Na espécie, a despeito de constatada, de fato, a ausência de intimação da agora acionante para se manifestar sobre a documentação colacionada junto às alegações finais da adversária, vislumbra-se que tais instrumentos não foram sopesados pelos magistrados atuantes no processo, sequer havendo sido mencionados em qualquer ato decisório.

Mesmo porque, o conjunto probatório atrela-se à parte autora, pelo que descabido se falar em desconhecimento acerca do respectivo conteúdo.

Para mais, impugnou a demandante os aludidos documentos quando da oposição de aclaratórios contra a sentença, arguindo, também, nulidade do comando proferido, justamente com lastro no argumento de inexistência de abertura de prazo para vista.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS – ESTABELECIMENTO INTEGRAL À AUTORA, NA CONDIÇÃO DE VENCIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA, EM OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS ENUMERADOS NOS INCISOS I A IV DO § 2º DO ART. 85 DO CÓDIGO DE RITOS – PROCESSADO QUE, EMBORA EM TRÂMITE POR POUCO MAIS DE TRÊS ANOS E MEIO, NÃO APRESENTA GRANDE COMPLEXIDADE – OFERECIMENTO APENAS DA PEÇA DEFENSIVA PELO PROCURADOR DA EMPRESA VENCEDORA.

A teor do § 2º do art. 82 do Código de Processo Civil, “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou”.

Na hipótese, restaram integralmente rejeitadas as postulações inaugurais, devendo a demandante autor, na condição de vencida, arcar com a totalidade do pagamento das custas processuais.

Relativamente aos honorários advocatícios, observa-se que, apesar do trâmite da demanda por pouco mais de três anos e meio, a temática nela discutida não apresenta grande complexidade, cabendo ao procurador da parte vencedora tão somente a apresentação da contestação.

Dessarte, em atendimento aos critérios enumerados nos incisos I a IV do § 2º do art. 85 e em observância aos precedentes deste Colegiado, fixa-se o estipêndio patronal em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

CONVERSÃO DO DEPÓSITO EM MULTA – IMPROCEDÊNCIA DAS PRETENSÕES INAUGURAIS – REVERSÃO DA IMPORTÂNCIA EM FAVOR DA RÉ – EXEGESE DOS ARTS. 968, II, E 974, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE RITOS (ART. 488, II, DO DIPLOMA REVOGADO).

Em sendo integralmente rejeitados os pedidos iniciais formulados na ação rescisória, como no caso em apreço, imperiosa a conversão do depósito previsto no art. 968, II, do “Codex Instrumentalis” em multa, a qual será revertida em prol da parte acionada, na melhor exegese do art. 974, parágrafo único, do mesmo ordenamento (CPC/73, art. 488, II).

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – PEDIDO FORMULADO PELA RÉ EM CONTESTAÇÃO – SUPOSTO INGRESSO DA VERTENTE “ACTIO” PARA PROCRASTINAR O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO EXIGIDA NOS AUTOS ORIGINÁRIOS – CONDUTA PROCESSUAL DESLEAL NÃO EVIDENCIADA – DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA (CF, ART. 5º, XXXV) E PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO – INDEFERIMENTO.

Para incidência da cominação das penas por litigância de má-fé, além da verificação de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 80 da Lei Adjetiva Civil, mostra-se inarredável a demonstração de que a parte agiu dolosamente.

Na situação em apreço, nada obstante o pedido de sobrestamento do cumprimento de sentença dos autos da ação de cobrança, não se pode concluir que tenha a acionante agido com dolo ao propor a presente demanda. Mesmo porque garante a Carta Magna o direito de acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0011568-14.2016.8.24.0000, da comarca de Criciúma 2ª Vara Cível em que é/são Autor(s) No Stress Complexo de Lazer e Entretenimento Ltda ME e Réu(s) Santo Pano Indústria e Comércio de Confecções Ltda.

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, a) julgar improcedentes os pedidos exordiais, atribuindo-se à autora a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa; b) determinar a conversão do depósito em multa, a qual deverá ser revertida em favor da ré e; c) indeferir o pedido de condenação da demandante por litigância de má-fé. Custas legais.

Do julgamento, realizado em 9 de outubro de 2019, participaram os Exmos. Srs. Des. Mariano do Nascimento, Gilberto Gomes de Oliveira, Janice Ubialli, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, Jaime Machado Júnior, Dinart Francisco Machado, Monteiro Rocha, Sérgio Izidoro Heil, Rejane Andersen, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins e Tulio Pinheiro.

Florianópolis, 10 de outubro de 2019.

Desembargador Robson Luz Varella

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de ação rescisória proposta por No Stress Complexo de Lazer e Entretenimento Ecológico Ltda. em face de Santo Pano Indústria e Comércio de Confecções Ltda., objetivando a desconstituição do acórdão proferido pela Quarta Câmara de Direito Comercial na Apelação Cível n. 2008.061462-1, sob a lavra do Eminentíssimo Desembargador José Inácio Schaefer, transitado em julgado na data de 24/2/2014.

De início, discorreu acerca da relação jurídica mantida com a empresa ré, desde meados do ano de 2002, na qual concedia a esta o direito ao uso da marca “No Stress” para a produção e fornecimento de produtos a terceiros franqueados, recebendo, como contrapartida, o montante de 15% (quinze por cento) sobre o total das vendas efetuadas.

Narrou que a demandada não vinha arcando com o referido pagamento, além de ter tomado conhecimento, em 2006, da existência de loja clandestina da marca de sua titularidade, irregularmente instalada pela adversária sem sua aquiescência, na cidade Arroio do Silva, descumprindo a cláusula 3º do item 3.3 do contrato firmado entre ambas, a qual impedia a comercialização direta de produtos ao consumidor final, sem o devido repasse de “royalties”.

Defendeu jamais ter adquirido qualquer mercadoria da acionada, porquanto eram os insumos transacionados diretamente com os revendedores.

Afirmou versar a lide originária acerca de ação de cobrança (n. 020.06.011494-0) proposta pela ora ré em seu detrimento, cujos pedidos restaram julgados procedentes em Primeiro Grau de Jurisdição, condenando-a à liquidação do valor de R\$ 112.924,34 (cento e doze mil, novecentos e vinte e quatro reais e trinta e quatro centavos), sendo a sentença mantida nesta Instância Recursal.

Acrescentou ter relatado, já naquele feito, que a suposta compradora NS Kids, estabelecida sob denominação No Stress Garopaba, não detém qualquer relação consigo, tratando-se, pois, de pessoas jurídicas distintas, inexistindo motivos para que fosse condenada à quitação de pretensa obrigação contraída por terceiro. Ainda sob esse aspecto, alegou a ausência de pronunciamento judicial sobre tal fato, os quais, também, não foram controvertidos pela parte contrária.

Assim, argumentou que o julgado incidiu em erro de fato, nos termos do art. 485, IX, do revogado Código de Ritos.

Além disso, aduziu violação literal ao dispositivo de lei (CPC/73, art. 485, V), em especial aos arts. 5º, LIV e LV, 93, IX, ambos da Constituição da República, 125 e 398, estes últimos do extinto regramento processual, diante da ausência de sua intimação para manifestação acerca dos documentos que acompanharam as alegações finais da adversária.

Por fim, requereu a concessão de tutela de urgência com o propósito de determinar a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda e da fase de cumprimento de sentença da “actio” de origem até o presente julgamento de mérito.

Às fls. 769/770, determinou-se a intimação da acionante para que, no prazo de 15 (quinze) dias, fosse apresentada emenda à petição inicial, sob pena de indeferimento.

Em observância ao “decisum”, sobreveio aos autos o petitório de fls. 776/777.

À fl. 780, ordenou-se a citação da acionada.

Então, a autora opôs embargos de declaração (fls. 795/797), à alegação de ausência de exame da tutela antecipada pretendida, os quais restaram acolhidos (fls. 800/806), nos seguintes termos:

Diante do exposto, a) acolhem-se os presentes embargos declaratórios, a fim de reconhecer a existência de omissão quanto ao pedido antecipatório, relegando, porém, a respectiva apreciação para momento posterior ao recolhimento das custas iniciais remanescentes, bem como da complementação do depósito de 5% (cinco por cento) previsto no art. 968, II, do CPC; b) corrige-se, de ofício, o valor da causa, conforme indicado na fase de cumprimento de sentença, para R\$ 402.487,03 (quatrocentos e dois mil, quatrocentos e oitenta e sete reais e três centavos), determinando-se o pagamento dos estímulos processuais faltantes e a suplementação do depósito no percentual acima referido, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de extinção; c) com vistas à celeridade e economia processual, intime-se a demandante, desde já, para se manifestar, no mesmo interregno assinalado, sobre o conteúdo do petitório de fls. 785/786 e documentos que o acompanham (fls. 788/790).

Em cumprimento à determinação, foram juntadas as guias de recolhimento complementares de fls. 809/810 e 816/817.

Conclusos, indeferiu-se o requerimento antecipatório (fls. 828/838).

Após citada, a acionada apresentou contestação (fls. 852/857), sustentando que as alegações portais, em especial quanto à pretensa condenação da oponente a adimplir obrigação contraída por terceiro, coincidem com as tecidas em sede de defesa na dita ação de cobrança, bem como no apelo manejado naqueles mesmos autos, sendo nítida a intenção de rediscussão de temática já superada.

Relativamente à ausência de intimação para pronunciamento acerca dos documentos que acompanharam as alegações finais, asseverou ter sido propiciada a respectiva manifestação nos embargos de declaração opostos às fls. 361/377 do processo originário, inclusive com afastamento da preliminar de nulidade da sentença, aventada sob tal argumento no recurso de apelação.

Ao final, pleiteou a improcedência dos pedidos iniciais e a condenação da autora por litigância de má-fé.

Houve impugnação à contestação (fls. 876/902), na qual se reiteraram as teses abordadas na inicial.

Este é o relatório.

VOTO

Versam os autos acerca de ação rescisória por meio da qual se pretende a desconstituição do aresto prolatado pela Quarta Câmara de Direito Comercial na Apelação Cível n. 2008.061462-1, sob relatoria do Eminentíssimo Desembargador José Inácio Schaefer.

Salienta-se, desde logo, que a presente “actio” preenche regularmente os pressupostos formais de admissibilidade:

a) as partes são legítimas para figurar nos polos ativo e passivo da lide, sendo elas a autora e ré da “ação de cobrança” (n. 020.06.011494-0), na qual foi proferido o acórdão objeto do pleito rescisório;

b) o referido julgado restou exarado pela Quarta Câmara de Direito Comercial, ensejando a competência deste Colegiado para apreciação do pedido exordial;

c) a peça póstica preenche os requisitos previstos nos arts. 282 e 488 da extinta Lei Adjetiva Civil (NCPC, arts. 319 e 968);

d) houve recolhimento das custas processuais e do depósito previsto no art. 488, II, do revogado Código de Ritos (art. 968, II, do atual “Codex”), inclusive a complementação determinada às fls. 800/806;

e) observou-se o prazo decadencial de dois anos (CPC/1973, art. 495; CPC/2015, art. 975), datando o trânsito em julgado e a propositura da demanda de 25/2/2014 e 19/2/2016, respectivamente, conforme consulta ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ).

Pretende o acionante a rescisão do referido decisório com fundamento no erro de fato e na violação literal à dispositivo de lei, nos termos do art. 485, IX e V, da legislação processual de 1973 (NCPC, art. 966, VIII e V).

Passa-se, portanto, ao exame do aspecto meritório da controvérsia, analisando-se de forma apartada cada um dos incisos apontados como malferidos.

Erro de fato

Quanto ao erro de fato, alega a acionante que a decisão transitada em julgado condenou-a ao pagamento de dívida contraída por terceiro, no caso, pela franqueada NS Kids, não havendo falar em confusão entre si e a referida pessoa jurídica.

A possibilidade de rescisão da decisão transitada em julgado com lastro na ocorrência de erro de fato encontrava-se prevista no inciso IX da revogada legislação processual, “in verbis”:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

O mesmo dispositivo legal, em seu § 1º, assim conceitua o erro de fato:

§ 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

Segundo Alexandre Freitas Câmara para que se incida na hipótese em tela “[...] é preciso que não tenha havido, no provimento judicial rescindendo, qualquer pronunciamento acerca do fato. Isso porque a ação rescisória não tem, aqui, o objetivo de levar ao reexame da prova. Não se presta a ação rescisória, portanto, a impugnar sentenças em que tenha havido má valoração da prova” (Ação rescisória. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 118).

Nesse mesmo sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça:

O cabimento da ação rescisória fundamentada na existência de erro de fato depende da comprovação de que o julgado rescindendo admitiu um fato inexistente ou considerou inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo tal equívoco determinante para o resultado do julgamento. Em todo caso, **cumpra à parte autora demonstrar** a desnecessidade de dilação probatória para a constatação desse erro, e **que não houve, no âmbito do processo rescindendo, controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o deslinde**. (AgInt no RCD na AR n. 6.268/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe em 21/11/2018)

Na espécie, consoante será demonstrado a seguir, verifica-se que a questão inerente à responsabilidade da ora autora pela liquidação das cifras exigidas na ação de cobrança de n. 020.06.011494-0 já figurou como exaustivo objeto de discussão naqueles autos.

Embora não tenha contestação apresentada pela então ré, ora autora, sido integralmente acostada ao presente caderno processual, denota-se, do relato da sentença proferida naquela “actio” (fls. 51/52), que os argumentos tecidos nesta rescisória coincidem com os outrora externados, tanto com relação à preliminar de ilegitimidade passiva “ad causam”, como atinente ao aspecto meritório de ausência de responsabilidade pelo pagamento dos valores perseguidos.

Assim o é que, em sede de réplica, pontuou a demandante, agora acionada, comprovar o conjunto probatório amealhado àquele feito (contrato social da adversária, romaneios, fac-símiles, correspondências eletrônicas etc.) a aquisição de produtos pela empresa No Stress para fins de comercialização no estabelecimento situado em Garopaba/SC (fl. 53).

Ainda durante o trâmite ocorrido na lide originária, houve a apresentação de reconvenção pela ora acionante, na qual esta reiterou sua tese defensiva, no sentido de não possuir legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, sendo a única relação negocial mantida entre as partes oriunda de contrato de licenciamento da marca, celebrado em 17/6/2012 (fl. 54).

A mesma linha argumentativa constou, também, de outras peças processuais apresentadas pela ré/reconvinte naquela demanda, ora acostadas às fls. 253/256, 257/260, 283/285 e 381/389.

Após o debate travado quanto aos temas, sobreveio sentença de procedência da pretensão de cobrança e de rejeição do pleito reconvenicional (fls. 50/60), que os apreciou pontualmente, como atestam os excertos abaixo colacionados:

Primeiramente, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam arguida pela ré. A argumentação de inexistência de vínculo contratual capaz de justificar qualquer cobrança, uma vez que teria tão-somente firmado contrato de licenciamento da marca NO STRESS confunde-se com o mérito.

Ademais, enquanto pessoa jurídica, por mais que o comércio de roupas do vestuário não componha o seu objeto social, a ré indiscutivelmente manteve vínculo jurídico com a autora que merece análise meritória.

[...] Não obstante, a discussão travada nos presente autos diz respeito tão-somente à aquisição das mercadorias ou não pela ré, já que o valor referente aos royalties devidos são incontroversos.

Pelo contrato de compra e venda uma parte se obriga a transferir o domínio de certa coisa àquele que lhe pague o preço (art. 481, CC), sendo assim, seus requisitos são (1) a entrega da coisa e (2) o pagamento do preço ajustado.

É, portanto, um contrato bilateral que se perfectibiliza a partir do acordo entre as partes a respeito da coisa e do preço, independentemente da entrega da coisa (art. 482, CC), que independe de forma prevista em lei, exceto nos casos especiais previstos na legislação civil.

Desse modo, apesar de não escrito e/ou não assinado, há que se admitir o contrato de compra e venda entabulado pelas partes, uma vez presentes os seus requisitos de validade (art. 104, CC) e eficácia.

A Santo Pano Indústria e Comércio de Confecções Ltda. instruiu o feito com romaneios e faxes (fls. 62 e seguintes), comprovantes de depósitos (fls. 59/61) datados de dezembro de 2004 a janeiro de 2006 que confirmam a solicitação, muitas vezes com urgência, e o pagamento de mercadorias pela No Stress Complexo de Lazer e Entretenimento Ecológico Ltda.

E, a respeito da suposta loja clandestina em Arroio do Silva, SC, colacionou cópia de Contrato de Comercialização de Produtos de 2ª Linha e Ponta de Estoque (fls. 164/167), que, na Cláusula 2ª autoriza a sua instalação, além de fotocópia de um pedido (fls. 168) no qual consta uma observação sobre os preços aplicados e de um e-mail (fls. 170) apresentando sugestões à referida loja.

Documentos como faxes e e-mails, especialmente romaneios, têm sido admitidos como meio de prova pelo E. TJSC, inclusive em ações monitorias [...].

Ademais, apesar de tais documentos terem sido impugnados em sede de contestação, não produziu a ré qualquer prova em contrário capaz de desconstituí-los, dispensando, inclusive, a procuração de prova testemunhal.

Diante disso, evidencia-se que a ré deixou de observar o disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil, fadando-se ao acolhimento do pleito inaugural.

[...] As provas produzidas não deixam dúvidas acerca do ocorrido e, portanto, da existência de saldo devedor em favor da autora, que forneceu mercadorias com preço líquido, descontando os percentuais de royalties e comissões, diretamente à ré, descabida a reconvenção uma vez não provada a argumentação nela contida, nos termos da fundamentação supra. (fls. 55/60)

Vislumbra-se, dessa forma, que a assertiva relacionada à efetiva aquisição das mercadorias ensejadoras da cobrança por No Stress Complexo de Lazer e Entretenimento Ltda ME consubstanciou objeto de vasta discussão em primeiro grau na “actio” de n. 020.06.011494-0, contando com a apreciação de extenso conjunto probatório, devidamente ponderado para a formação do convencimento do sentenciante, a fim de se concluir que, a despeito da celebração do contrato de licenciamento de marca de fls. 165/177, houve o fornecimento de produtos por parte da ré.

Isso porque, embora por força da referida avença a contratada (Santo Pano Indústria e Comércio de Confecções Ltda) pudesse apenas figurar como devedora, sendo responsável pelo adimplemento de “royalties” à contratante, computados no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto de cada pedido produzido (cláusula 4.3, fl. 168), constatou-se que a relação mantida entre as partes extrapolou os termos do pacto original, passando a mencionada pessoa jurídica a fornecer mercadorias para que a adversária efetuasse diretamente a comercialização, daí decorrendo, portanto, as importâncias exigidas na ação de cobrança.

Demais disso, a questão relativa à exigibilidade dos valores fora igualmente debatida em sede de recurso (fls. 427/449), tendo a ora demandante redarguido a tese de dívida contraída por terceiro (no caso, pretensamente pela empresa NS Kids Confecções Ltda.), de forma a não haver falar em qualquer obrigação, de sua parte, em liquidar o montante cobrado (R\$ 112.924,37, em 29/5/2006), mormente porquanto a relação entre as contendoras restringia-se ao contrato de licenciamento de marca aludido, o qual não previa a compra de mercadorias.

E, inobstante a interposição de apelação cível (2008.061462-1), a Egrégia Quarta Câmara de Direito Comercial, por meio do julgado cuja rescisão se pretende (fls. 498/504), negou provimento à insurgência, em aresto assim ementado:

COBRANÇA. **Compra e venda de mercadorias. Ajuste verbal.** Contestação. Pedido reconvenicional. Crédito decorrente do licenciamento para uso de marca. Demanda principal procedente. Insurgência da reconvincente. Preliminares. Nulidade da sentença e **ilegitimidade passiva. Rejeição. Conjunto probatório bastante.** Pedido reconvenicional abrangido na principal com abatimento desse crédito.

A compra e venda de mercadorias entre as partes legitima a apelante para figurar no polo passivo da demanda principal.

A cobrança veio amparada em suficiente prova documental, a qual foi tida bastante na sentença e cujos fundamentos a apelante procurou ignorar. (sem grifos no original)

Do corpo do acórdão, em especial de seu relatório, colhe-se pontualmente que a então apelante, agora autora, “No mérito, sustentou inexistir contrato de compra e venda de mercadorias e, conseqüentemente, ausentes valores a pagar” (fl. 498).

E, sob esse aspecto, houve o expresse afastamento da alegação defensiva/recursal, como se denota pelo seguinte trecho do voto:

Neste caso concreto, inobstante a apelante reclame a falta de juntada de documentos como notas fiscais e comprovantes de entrega das mercadorias pertinentes aos valores pleiteados pelo apelado, há outros elementos de convicção bastantes evidenciando a relação negocial.

A inicial veio instruída com comprovantes de depósitos, planilha contendo valores de negociação de mercadorias, correspondências eletrônicas, fax e outros documentos (fls. 08/109).

Tais documentos evidenciam o caráter informal das negociações havidas entre as partes, sendo possível concluir que, embora inicialmente tenham firmado contrato de licenciamento para uso de marca, a apelada passou a estampar peças de vestuário remetidas pela apelante e devolvê-las à recorrente que promovia a venda junto às franqueadas. Em mais de uma correspondência eletrônica as partes trataram do assunto.

[...] A apelante, a despeito das inúmeras argumentações, apenas tergiversou, não impugnando especificamente os documentos, alegando tão somente que seriam unilaterais e referentes a dívida contraída por loja franqueada que, ressalte-se, fica no mesmo endereço, diferindo apenas de “sala 2 para 3” (fl. 390).

Assim, os documentos carreados pela apelada são suficientes para comprovar a relação negocial em causa, razão pela qual a insurgência não merece ser acolhida. (fls. 501/502) (destacou-se)

Ainda inconformada, a ora autora opôs embargos declaratórios (fls. 520/532), novamente afirmando a carência de demonstração do contrato verbal de compra e venda firmado entre as partes, os quais restaram rejeitados, consignando-se o nítido intuito de rediscussão da matéria preteritamente examinada (fls. 535/538).

Até mesmo no recurso especial de fls. 543/569, nos aclaratórios de fls. 631/641 e agravo de fls. 662/677, esses últimos manejados contra a correspondente decisão de inadmissão do primeiro, sustentou a demandante a incorreta valoração da prova dos autos, a fim de concluir pela inexistência de compra de produtos a render ensejo à cobrança deflagrada em seu desfavor.

O que se observa, outrossim, é que o argumento de ausência de aquisição das mercadorias, fundamento da tese de erro de fato da presente ação rescisória, fora exaustivamente debatido na demanda originária, havendo sido levantado desde o primeiro momento no qual a ora acionante compareceu àqueles autos (contestação) até a interposição de recurso especial. Não houve nenhuma peça processual sequer em que esta deixou de alegar a acimada tese defensiva ou mesmo qualquer comando judicial meritório que não a abordou de forma expressa.

Contudo, mostrando-se imprescindível, na hipótese de erro de fato, a ausência de pronunciamento anterior acerca da circunstância fática arguida, inviável o acolhimento do pleito sob esse aspecto, tratando-se, pois, de evidente intento de rediscussão de questão superada, em flagrante ofensa à coisa julgada e à segurança jurídica.

Em situações semelhantes, já decidiu esta Corte:

AÇÃO RESCISÓRIA. ARESTO PROFERIDO EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRETENDIDA RESCISÃO DO ACÓRDÃO E EXTINÇÃO DA EXPROPRIATÓRIA INSTAURADA PARA COBRAR HONORÁRIOS ARBITRADOS PELA IMPROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO. ACORDO ENTABULADO ENTRE AS PARTES QUE ALEGADAMENTE ABRANGERIA A LIDE PRINCIPAL, SEUS CONSECUTÓRIOS, ALÉM DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS DA RECONVENÇÃO. SUPOSTO ERRO DE FATO. EQUÍVOCO QUANTO À ABRANGÊNCIA DA TRANSAÇÃO. PONTO CONTROVERTIDO NO ARESTO IMPUGNADO. DECISÃO COLEGIADA TOMADA COM BASE NO ACERVO PROBATÓRIO EXISTENTE. INVIABILIDADE DO PLEITO RESCISÓRIO. EXEGESE DO ART. 966, VIII E § 1º DO, CPC/2015. AUSÊNCIA DE VÍCIO. INTENTO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

“A ação rescisória fundada em erro de fato pressupõe que o acórdão rescindendo tenha admitido um fato inexistente, ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial a esse respeito” (AgInt na AR 4.510/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. em 08.11.2018).

PRETENSÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. (Grupo de Câmaras de Direito Civil, Ação Rescisória n. 1000477-07.2016.8.24.0000, Rel. Des. Gerson Cherem II, j. em 8/5/2019) (grifou-se)

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE COMERCIAL. VIOLAÇÃO MANIFESTA A NORMA JURÍDICA. ERRO DE FATO. DOCUMENTO NOVO. VÍCIOS INOCORRENTES. PRETENSÃO DE VESTIR A AÇÃO RESCISÓRIA EM RECURSO. REDISCUSSÃO DOS FATOS E DA VALORAÇÃO DAS PROVA. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. (Grupo de Câmaras de Direito Comercial, Ação Rescisória n. 4015919-59.2016.8.24.0000, Rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 14/3/2018) (grifos para destaque)

Por esses motivos, rejeita-se o pedido quanto à assertiva de ocorrência de erro de fato.

Violação literal à disposição de lei

Ao abordar sobre a violação literal à preceito legal, elencada no inciso V do art. 485 do revogado Diploma Processual, a autora indica como infringidos os art. 5º, LIV, e 93, IX, da Carta Magna, bem

como os arts. 125 e 398 Código de Processo Civil de 1973, cujos conteúdos estão relacionados ao devido processo legal e à ausência de fundamentação suficiente na decisão rescindenda, mormente porque não intimada a se pronunciar sobre os documentos acostados com as alegações finais da parte contrária.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart a hipótese em tela ocorre quando “No julgamento o juiz desrespeita ou não observa regra expressa de direito (que deveria regular a situação concreta que lhe foi submetida), sua decisão não representa a vontade do Estado sobre a questão julgada, não podendo por isso prevalecer. [...] Obviamente, não admite-se a utilização da ação rescisória sempre que a interpretação feita pelo magistrado da regra jurídica não agrada à parte” (Manual de processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2001. p. 633).

Por permitir o levantamento do manto da coisa julgada, mostra-se imprescindível, na hipótese prevista no art. 485, V, do extinto regramento processual, que a decisão rescindenda esteja maculada por vício flagrante, de extrema gravidade, sob pena de se admitir o uso da via processual rescisória, de caráter excepcional, como sucedâneo recursal, malferindo a segurança jurídica.

Justamente por esse motivo, prevê a súmula 343 do Supremo Tribunal Federal que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Na espécie, embora alegue a demandante a violação a preceitos constitucionais e legais, sua tese atrela-se, em realidade, à pretensa inexistência de oportunidade para manifestação e acerca dos instrumentos carreados às alegações finais da adversaria.

Compulsando o processado, verifica-se ter, de fato, a ora acionada colacionado às suas alegações finais (fls. 315/320) os seguintes documentos: a) primeira alteração contratual e consolidação de contrato social da empresa NS Kids Comércio de Confecções Ltda (fls. 321/328); b) notícia extraída do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (fl. 329); c) extrato de movimentação processual da referida Corte Superior e decisão correspondente (fl. 330 e 331/332); d) fotocópia de “decisum” proferido nos autos de n. 167.04.000674-9 (fl. 333), na Apelação Cível n. 2004.035653-8, respectivos embargos declaratórios e medida cautelar incidental (fls. 334/337, 340/344 e 345/348); e) demonstrativo de consulta de processos em primeiro grau (fls. 349/367) e; f) comando judicial prolatado no feito de n. 020.03.013807-8.

Do exame da peça apresentada junto à documentação, denota-se que seu objetivo era o de comprovar a suposta manobra na constituição da aludida pessoa jurídica (NS Kids) “para contornar uma infundável disputa judicial dos atuais sócios da requerida com um ex-sócio, em torno da marca NO STRESS” (fl. 316). O conjunto probatório acostado, com exceção da alteração contratual da empresa, atrela-se a demandas judiciais relacionadas justamente a essa circunstância.

Apesar do análise do caderno processual revelar a carência de intimação da adversária para pronunciamento acerca dos documentos, inexistem dúvidas que estes deixaram de ser sopesados na

formação do convencimento dos julgadores atuantes do feito, não sendo sequer mencionados em qualquer decisão judicial exarada na ação de cobrança de n. 020.06.011494-0. Note-se que nenhum comando prolatado adentra à discussão da pretensa burla na formação ou alteração societária da pessoa jurídica NS Kids Comércio de Confecções Ltda.

A propósito, já deliberou o Superior Tribunal de Justiça:

Não se declara a nulidade do processo com base no art. 398 do CPC [1973] se o documento juntado aos autos, sobre o qual não foi dada vista à parte contrária, não influiu na solução da controvérsia. (AgRg no AREsp 79.908/SC, Quarta Turma, rela. Mina. Maria Isabel Galotti, j. em 16/10/2012)

Não destoam entendimento este Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS. [...] DOCUMENTO NOVO. VISTA À PARTE ADVERSA. IRRELEVÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PETIÇÃO QUE NÃO INFLUIU NO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

[...] II – **Inexiste nulidade do processo se o novo documento não influiu na decisão da controvérsia, mesmo que não tenha sido dada vista à parte contrária.** (Apelação Cível n. 2010.007625-1, Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. em 24/2/2015)

Além do mais, tratava-se de cópias de decisórios e extratos processuais envolvendo a própria ré, agora acionante, sendo inviável alegar desconhecimento acerca dos mesmos.

Não fosse o bastante, houve pontual manifestação acerca dos documentos quando da oposição de embargos declaratórios contra a sentença (fls. 406/422), além da arguição, no recurso de apelação (fls. 427/449) e nos aclaratórios (fls. 520/531) opostos contra o acórdão que o apreciou, de nulidade da sentença, em decorrência da falta de vista com relação os instrumentos carreados.

Aliás, a assertiva presentemente aventada fora rechaçada de forma expressa nesta Instância Revisora, nos seguintes termos:

A prefacial de nulidade da sentença trouxe fundamentos como ausência de fundamentação e **violação de princípios constitucionais por falta de intimação da juntada de documentos após a réplica. No entanto, ausente prejuízo pois antes da sentença foram oportunizadas alegações finais quando oportunizado acesso a todo o processado. Não bastasse, os documentos carreados não são novos, pois dizem com demandas em que a recorrente figurou como parte.** Portanto, ausente violação a qualquer princípio constitucional, sobretudo os do contraditório e ampla defesa. Ademais, não restou demonstrado o prejuízo, requisito indispensável para ser reconhecida a nulidade, requisito que deflui do disposto no artigo 249, § 1º, do Código de Processo Civil. (Acórdão que apreciou o apelo; fl. 499; sem grifos no original)

E ainda:

A embargante reiterou a preliminar de cerceamento de defesa, sustentando ausente intimação da juntada de documentos pela embargada nas alegações finais, inviabilizando seu conhecimento antes da prolação da sentença. Entretanto, não indicou de modo preciso omissões na decisão (fls. 475/478).

Discordância com a conclusão do julgamento quanto à rejeição da preliminar de cerceamento de defesa não caracteriza omissão, contradição ou obscuridade passível de correção pela via estreita dos declaratórios, devendo ser impugnado pela via recursal própria. (Acórdão que examinou os embargos de declaração; fls. 535/536)

Derradeiramente, há de se salientar que, embora tenha a acionante indicado também o art. 93, IX, da Constituição da República como transgredido, a pretensa ofensa ao citado preceito deixou de ser pormenorizada, limitando-se a parte a alegar que “a sentença foi proferida sem a devida fundamentação” (fl. 10).

Para mais, além de estar-se diante de pedido rescisório do aresto proferido na Apelação Cível n. 2008.061462-1, e não da sentença exarada na ação de cobrança, ambas as decisões judiciais encontram-se devidamente fundamentadas, tendo os prolores explicitado exhaustivamente os motivos pelos quais entenderam pela procedência dos requerimentos formulados na “actio”, bem como pela manutenção de tal desfecho processual.

Dessa feita, igualmente não merece amparo o pleito rescisório requestado com lastro na violação de preceitos constitucionais e legais.

Ônus sucumbenciais e reversão do depósito

A teor do § 2º do art. 82 do Código de Processo Civil, “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou”.

Igualmente nessa linha, estabelece o art. 85 do referido Diploma Legal que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. O § 2º do mesmo dispositivo enumera os critérios a serem observados na quantificação do estipêndio patronal, ao dispor que:

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.

Sobre o preceito, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Critérios para fixação dos honorários. 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 reside, 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. (Comentários ao código de processo civil. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 433)

Na espécie, restaram integralmente rejeitadas as postulações inaugurais, devendo a autora, na condição de vencida, arcar com a totalidade do pagamento das custas processuais.

Relativamente aos honorários advocatícios, observa-se que, apesar do trâmite da demanda por pouco mais de 3 (três) anos e meio (propositura em 19/2/2016, fl. 02), a temática nela discutida não apresenta grande complexidade, cabendo ao procurador da parte vencedora tão somente o oferecimento da peça de defesa.

Dessarte, em atendimento aos critérios enumerados nos mencionados incisos I a IV do § 2º do art. 85 e em observância à precedente deste Grupo de Câmaras de Direito Comercial (ação rescisória n. 4027702-14.2017.8.24.0000, de Relatoria do Excelentíssimo Desembargador Luiz Zanelato, julgada em 13/6/2018), fixa-se o estipêndio patronal em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, havendo de ser considerada, ainda, a correção “ex officio” do referido montante, conforme decisão de fls. 800/806.

Por fim, tendo em vista a improcedência da pretensão inaugural, converte-se o depósito em multa, a ser revertida em prol da demandada, a teor do disposto nos arts. 968, II, e 974, parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC/73, art. 488, II).

Litigância de má-fé

Na contestação de fls. 852/857, a demandada pugnou pela condenação da adversária por litigância de má-fé, argumentando tratar-se de lide temerária, com o exclusivo objetivo de protelar o cumprimento da obrigação exigida.

O requerimento formulado encontra guarida no art. 80 do Diploma Processual (CPC/73, art. 17), o qual considera litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado e; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery conceituam o litigante de má-fé como a “parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimentos escusos com

o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito” (Código de processo civil comentado. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 496).

Inicialmente, cumpre destacar ter a ré mencionado a incidência da parte contrária na conduta descrita no inciso I do transcrito dispositivo legal. Todavia, constata-se que a pretensão ora externada não se encontra em descompasso com texto expresso de lei, tampouco as circunstâncias debatidas figuraram como incontroversas, porquanto arguidas e rechaçadas, como referido, desde o início do trâmite da ação de cobrança.

De outro norte, embora não tenha a acionada citado nenhuma outra hipótese do art. 80, poder-se-ia deduzir, da narrativa tecida na peça defensiva, a intenção de amparar o pleito também nos incisos restantes, todos relacionados ao objetivo procrastinatório alegado.

Nada obstante o pedido de sobrestamento do cumprimento de sentença dos autos de n. 020.06.011494-0, inviável se concluir que tenha a acionante agido com dolo ao ingressar com o vertente litígio.

Sob esse aspecto, vale destacar que enquanto a boa-fé é presumida, a conduta dolosa impescinde de comprovação, incorrente no caso em apreço, no qual a parte utilizou-se de seu direito constitucional de acesso à justiça, nos moldes preconizados no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, e do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Conveniente elucidar, ainda, a inexistência de correlação direta entre a mera rejeição dos pleitos portais e a pretensa atuação de má-fé da parte autora. Além disso, em se tratando de ação rescisória já haverá o perdimento do depósito previsto nos arts. 968, II, e 974, parágrafo único, da Lei Adjetiva Civil (CPC/73, art. 488, II) em benefício da ré.

Acerca do assunto, “mutatis mutandis”:

PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES DO AUTOR. PLEITO DE CONDENAÇÃO DA DEMANDADA ÀS PENAS POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. TESE DE CARÁTER PROTELATÓRIO DO RECURSO. INACOLHIMENTO. DESPROVIMENTO DAS RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO INDUZ AO AUTOMÁTICO RECONHECIMENTO DA ATUAÇÃO DOLOSA DA PARTE. OBSERVÂNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Dessarte, há de ser indeferido o pedido de condenação da acionante à penalidade por litigância de má-fé.

Desfecho

Diante do exposto, vota-se no sentido de julgar improcedentes os pedidos exordiais, atribuindo-se à autora a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios,

estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa. Determina-se, ademais, a conversão do depósito em multa, a qual deverá ser revertida em favor da ré, indeferindo-se o pedido de condenação da demandante por litigância de má-fé.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0302206-27.2016.8.24.0092, da Capital - Bancário

Relator: Desembargador Luiz Zanelato

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE DOIS CONTRATOS BANCÁRIOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DE AMBAS AS PARTES.

I - RECURSO DA ENTIDADE FINANCEIRA RÉ.

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DOS CONTRATOS. IMPOSSIBILIDADE DA REVISÃO DO CONTRATO PORQUANTO LIVREMENTE PACTUADO ENTRE AS PARTES. TESE DESACOLHIDA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 297 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO “PACTA SUNT SERVANDA”.

JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE UM DOS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS. LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 530 DA CORTE SUPERIOR.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. PACTOS FIRMADOS APÓS A EDIÇÃO DA MP N. 1.963/2000. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO DE SUA PACTUAÇÃO EXPRESSA OU IMPLÍCITA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 400, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COBRANÇA OBSTADA.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DESDE QUE NÃO CUMULADA COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 294 E 472 DA CORTE DA CIDADANIA. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DA PREVISÃO CONTRATUAL. AFASTAMENTO ACERTADO.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AFASTAMENTO DE ENCARGOS CONTRATUAIS ABUSIVOS QUE IMPLICA, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, NA DEVOLUÇÃO DE VALOR EVENTUALMENTE COBRADO A MAIOR DA PARTE CONTRATANTE, DE FORMA SIMPLES. SENTENÇA IRRETOCADA.

II - RECURSO DO AUTOR

RAZÕES RECURSAIS QUE SE RESTRINGEM EM PUGNAR A PROCEDÊNCIA TOTAL DOS PEDIDOS INICIAIS E A CONDENAÇÃO DO RÉU AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ATO JUDICIAL RECORRIDO. ARGUMENTOS QUE, ALÉM DE GENÉRICOS, NÃO SE PRESTAM A COMBATER A SENTENÇA. NÃO ENFRENTAMENTO DAS RAZÕES DE DECIDIR. MATÉRIA DISSOCIADA DO CONTEÚDO DECISÓRIO. INOBSERVÂNCIA À NORMA DO ARTIGO 932, III, DO CÓDIGO PROCESSUAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. IRREGULARIDADE FORMAL QUE IMPEDE O CONHECIMENTO DO RECURSO QUANTO À PRETENSA PROCEDÊNCIA TOTAL DO FEITO. SENTENÇA IRRETOCADA.

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. NOVA DECAÍDA DAS PARTES NESTES RECURSOS. MAJORAÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE VERBA ADVOCATÍCIA NA ORIGEM. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC.

RECURSO DO BANCO RÉU CONHECIDO E DESPROVIDO.

RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302206-27.2016.8.24.0092, da comarca da Capital - Bancário 2ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis em que é Apte/Apdo Banco do Brasil S/A e Apdo/Apte Jhonatan Steffens Brandao de Lima.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, (i) conhecer e negar provimento ao recurso interposto pelo Banco do Brasil; (ii) conhecer parte do recurso de Jhonatan Steffens Brandao de Lima, e, nesta extensão, negar-lhe provimento; (iii) impor honorários recursais a ambos os recorrentes. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Mariano do Nascimento.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Luiz Zanelato
Relator

RELATÓRIO

Banco do Brasil e Jhonatan Steffens Brandão de Lima interpuseram recursos de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara de Direito Bancário da comarca da Capital que julgou parcialmente procedentes os pedidos tecidos na petição inicial (fls. 240-256).

Exsurge dos autos que o autor objetiva a revisão dos contratos n. 1871735 e n. 18707904, os quais sustenta possuírem cláusulas abusivas, tais como juros remuneratórios acima de 12% (doze por cento), capitalização de juros, e comissão de permanência. Requereu, ao final, o deferimento da justiça gratuita, a inversão do ônus da prova, a concessão da tutela antecipada, e, ao final, a procedência dos pedidos (fls. 1-12).

Ao receber a inicial, o magistrado concedeu o benefício da gratuidade judiciária, inverteu o ônus da prova e determinou ao banco a exibição dos pactos litigados, sob pena de aplicação da sanção prevista no artigo 400 do Código de Processo Civil (fls. 22/23).

Devidamente citado (fl. 92), o banco réu apresentou contestação (fls. 93-99), suscitando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, defendeu a legalidade das cláusulas originalmente contratadas, postulando a improcedência do pleito exordial.

Diante da não exibição dos pactos discutidos, foi determinada nova intimação do banco para cumprir integralmente a diligência (fls. 209/210), o qual, por seu turno, apresentou novos documentos às fls. 214-234.

Réplica à fl. 239.

No dia 7 de junho de 2018, o juiz da causa, Dr. Leone Carlos Martins Júnior, prolatou sentença de parcial procedência, cujo dispositivo segue transcrito:

Ante o exposto, nos termos do art. 487, I, do NCPC, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE os pedidos deduzidos na inicial por Jhonatan Steffens Brandão de Lima em face de Banco do Brasil S.A para:

- 1) limitar no contrato de pp. 216/221 os juros remuneratórios à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil na data da sua celebração, salvo se a taxa praticada pela ré for mais benéfica à parte autora;
- 2) declarar no contrato de pp. 216/221 a abusividade da cobrança da capitalização de juros em qualquer periodicidade, determinando-se a aplicação de juros simples;
- 3) declarar no contrato de pp. 216/221 a abusividade da cobrança da comissão de permanência, permitindo-se a cobrança de juros de mora de 1% ao mês, da multa contratual em 2% sobre o valor do débito e da correção monetário pelo INPC;
- 4) determinar a repetição simples de eventual indébito ou compensação pela instituição financeira, desde que verificado pagamento a maior respeitante aos itens 1/3, a ser apurado na fase de liquidação de sentença por simples cálculo aritmético, corrigidos em índice da CGJ e acrescidos de juros moratórios de 12% a.a., desde a data do efetivo pagamento.

Ante o princípio da sucumbência, considerando que as partes restaram vencedoras e vencidas, condeno-as ao pagamento das custas processuais, no importe de 50% cada, bem como em honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.500,00, a ser distribuído no mesmo percentual atribuído às custas (NCPC, arts. 85, §8º e 86, caput). Observe-se que tocante à parte autora, a exigibilidade resta suspensa, por ser beneficiária da justiça gratuita (NCPC, art. 98, §3º).

Transitada em julgado, certifique-se e, após, arquivem-se os autos dando-se baixa na estatística. (fls. 240-256)

Irresignado, o banco interpôs recurso de apelação (fls. 260-292), sustentando, em síntese que (a) os contratos foram livremente assinados pelo autor, os quais devem ser mantidos, em atenção ao princípio da boa-fé e do *pacta sunt servanda*; (b) não há falar em repetição do indébito, tanto na forma simples quanto dobrada; (c) a capitalização de juros deve ser mantida na forma originalmente pactuada; (d) a taxa de juros remuneratórios não foi fixada em patamar abusivo; (e) não há prova da cobrança cumulada de comissão de permanência e demais encargos moratórios; e (f) a verba fixada a título de honorários advocatícios deve ser minorada.

Por seu turno, o autor também interpôs apelo (fls. 295-299), almejando a procedência total dos pedidos tecidos na petição inicial, e que o réu arque com a integralidade dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões do autor às fls. 303-306.

Os autos ascenderam ao Tribunal de Justiça, e foram distribuídos por vinculação a esta relatoria (fls. 309-311).

Este é o relatório.

VOTO

1. Juízo de admissibilidade

Exsurge dos autos que os presentes recursos foram interpostos contra sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, motivo pelo qual o acerto ou desacerto deve ser examinado com base naquela legislação, por incidência do princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais).

O exame de mérito dos recursos tem repercussão na sua admissibilidade, motivo porque será feito na fundamentação a seguir.

2. Fundamentação

2.1. Recurso do réu – Banco do Brasil S.A.

Inicialmente, é imperioso consignar que, em duas oportunidades, foi determinado ao banco a apresentação do Contrato de Abertura de Crédito BB Giro Rápido n. 018.707.635 e Contrato de Abertura de Crédito Fixo n. 018.707.904 (fls. 22/23 e fls. 209/210).

Todavia, quanto ao Contrato de Abertura de Crédito BB Giro Rápido n. 018.707.635, juntou apenas as Cláusulas Especiais (fls. 216-220), o qual não se presta para instruir a demanda, porquanto não expõe os encargos controvertidos pelo autor, ínsitos nas Cláusulas Gerais.

Por considerar não juntado à espécie o referido documento, o magistrado singular julgou o feito em atenção ao disposto no artigo 400, I, do Código de Processo Civil^[1], contra o que o apelante não se insurgiu na presente peça recursal.

2.1.1. Pacta sunt servanda

Defende o apelante que não há falar em abusividade das cláusulas contratuais, tampouco na revisão das mesmas, porquanto o autor tinha ciência de seu teor ao assinar livremente o contrato em discussão.

Em que pese tal argumento, sem razão o banco recorrente neste tocante.

Na espécie, trata-se de uma relação de consumo propriamente dita, a qual se submete ao regime e proteção da Lei n. 8.078/90. É certo, por outro lado, que referida legislação tem incidência às entidades financeiras, aliás, como pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 297, sob este verbete: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Nesse sentido, pronuncia-se a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA*. SÚMULA 297 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS

DA PROVA, NOS TERMOS DO ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC. EVIDENTE HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DO CONSUMIDOR DIANTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS NORMAS DO CPC. RECURSO PROVIDO.

Nos termos do que preceitua a Súmula 297 do STJ, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. E, consoante o art. 6º, inciso VIII do CDC, são direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente. Assim, ressalvada a aplicação subsidiária do CPC, no caso concreto deve ser deferida a inversão do ônus da prova em favor da parte autora, ante a hipossuficiência técnica frente a instituição financeira ré.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 4027480-12.2018.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 10-9-2019).

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E OUTRAS AVENÇAS. REVISÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELOS DAS PARTES. APELO DA PARTE DEMANDANTE [...] INCIDÊNCIA DAS NORMAS PROTETIVAS DO CONSUMIDOR, NOS TERMOS DA SÚMULA N. 297 DO STJ. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE MITIGADO NA HIPÓTESE.

Em atenção ao art. 6º, inciso V e ao art. 51, ambos previstos no Código de Defesa do Consumidor, é patente a possibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, das cláusulas contidas nos contratos que instrumentalizam as relações de consumo, especialmente com o fim de aniquilar as arbitrariedades comumente inseridas nos contratos de adesão, tal como nos contratos de natureza bancária.

Ademais, a revisão das cláusulas contratuais é permitida também sob à ótica do Código Civil, à luz dos princípios da função social do contrato (art. 421) e da boa-fé objetiva (art. 422), que estatuem que o acordo de vontades (*pacta sunt servanda*) não pode ser transformado num instrumento de práticas abusivas e deve ser mitigado para possibilitar a revisão das cláusulas e condições contratuais abusivas e iníquas [...] (Apelação Cível n. 0300198-77.2016.8.24.0092, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 29-8-2019).

Vale anotar que o contrato bancário, como qualquer outro, orienta-se, dentre outros, pelo princípio da força obrigatória das convenções estabelecidas pelos contraentes, conhecido como *pacta sunt servanda*.

Como os contratos em apreço tem por objeto uma relação de consumo e, pela sua natureza e conformação, estão a caracterizar tipicamente de adesão, a revisão de suas cláusulas é admissível sempre que alguma disposição se manifestar excessivamente onerosa ou abusiva colocando o consumidor em desvantagem exagerada, incompatível com a boa-fé ou a equidade, situação em que se impõe flexibilização na interpretação do princípio *pacta sunt servanda*, de modo a garantir o equilíbrio das obrigações entre as partes.

O Superior Tribunal de Justiça tem posição favorável a essa tese:

[...] Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (Súmula 297 do STJ), o que possibilita a revisão do contrato firmado entre as partes e a eventual declaração de índole abusiva de cláusulas contratuais, relativizando os princípios do *pacta sunt servanda* e do ato jurídico perfeito. Precedentes (AgRg no AREsp 384.274/SC, rel. Min. Raul Araújo, j. 26-11-2013)

[...] A jurisprudência do STJ se posiciona firme no sentido que a revisão das cláusulas contratuais pelo Poder Judiciário é permitida, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual, devendo ser mitigada a força exorbitante que se atribuía ao princípio do *pacta sunt servanda* [...] (AgRg no Ag 1383974/SC, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 13-12-2011).

Como demonstrado, afigura-se incontestável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de natureza bancária representativos de relação de consumo, cuja revisão é possível mediante relativização do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e sem ofensa à Constituição da República, visando resguardar o consumidor, parte mais frágil na relação contratual, da ganância abusiva da contraente instituição financeira e, como consequência finalística, manter o equilíbrio das obrigações entre as partes contratantes.

2.1.2. Juros remuneratórios

Almeja o apelante a manutenção da taxa de juros remuneratórios originalmente pactuadas.

Na análise do tema proposto, quando suscitada a ocorrência de abusividade na taxa fixada para os juros remuneratórios, importa ser observada a orientação fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, em incidente de recursos repetitivos, assim assentada:

BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS.

CONTRATO QUE NÃO PREVÊ O PERCENTUAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS A SER OBSERVADO.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO - JUROS REMUNERATÓRIOS 1 - Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.

2 - Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados.

II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO - Consignada, no acórdão recorrido, a abusividade na cobrança da taxa de juros, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento.

- Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Ônus sucumbenciais redistribuídos.

(REsp 1112879/PR, rela. Mina. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 12-5-2010) [destacou-se]

Deflui do julgado que a taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos. Isto equivale a dizer que a taxa média de mercado não constitui um dogma ou um parâmetro fixo.

Na espécie, o magistrado singular acertadamente não constatou abusividades na taxa de juros praticada no Contrato de Abertura de Crédito Fixo n. 018.707.904 (fl. 247).

De outro lado, considerando que não houve a juntada integral do Contrato BB Giro Rápido n. 018.707.635, revela-se impossível a averiguação dos juros remuneratórios contratados. A propósito, o Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento na redação da Súmula 530 de que, diante da ausência do pacto, é aplicável a taxa média de mercado divulgada pelo Bacen às operações da mesma espécie, exceto se a taxa cobrada for mais favorável ao devedor, senão vejamos:

Súmula 530. Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada - por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor

Acerca do tema, esta Corte de Justiça já se manifestou:

APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CONTRATOS. CONTA CORRENTE. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ [...] AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS CONTRATOS NA INTEGRALIDADE. INÉRCIA DA CASA BANCÁRIA AO COMANDO JUDICIAL. APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO ADVINDA DO ART. 400, INC. I, CPC.

JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE JUNTADA DAS CLÁUSULAS ESPECIAIS. MATÉRIA ABORDADA PELO VERBETE SUMULAR 530 DO STJ E RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.112.879/PR. LIMITAÇÃO A TAXA MÉDIA DE MERCADO. NOVO ENTENDIMENTO.

“Nos contratos bancários, na impossibilidade de comprovar a taxa de juros efetivamente contratada - por ausência de pactuação ou pela falta de juntada do instrumento aos autos -, aplica-se a taxa média de mercado divulgada pelo Bacen, praticada nas operações da mesma espécie, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.” (Súmula 530, STJ) [...] (Apelação Cível n. 0500486-72.2012.8.24.0030, de Imbituba, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 20-7-2017).

Diante disso, mantém-se sentença profligada, que, por considerar inerte a instituição financeira em apresentar o Contrato de Abertura de Crédito BB Giro Rápido n. 018.707.635, adequou os seus juros remuneratórios à taxa média de mercado publicada pelo Bacen, ressalvada a aplicação da taxa cobrada se for mais favorável ao consumidor (fl. 247).

2.1.3. Capitalização de juros

Sobre a matéria, a edição da Súmula n. 596 do Supremo Tribunal Federal já sinalizava que “as disposições do decreto 22.626/33 não se aplicam a taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”.

O STF, portanto, já compreendia que a vedação à capitalização de juros prevista na chamada lei da usura não seria aplicável às instituições financeiras, sujeitas a regramento próprio.

Neste sentido, tem-se que, desde a edição da Medida Provisória n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001, é possível a contratação de juros capitalizados em periodicidade inferior à anual nos contratos bancários, desde que expressamente pactuada, conforme se infere da Súmula n. 539 do Superior Tribunal de Justiça: “é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/03/2000 (MP n. 1.963-17/2000, reeditada como MP n. 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada”.

Cabe consignar que a jurisprudência vem admitindo a incidência da capitalização dos juros quando, além de haver expressa pactuação, o teor do instrumento evidenciar diferença na expressão numérica do percentual de juros anual e mensal. Desse modo, quando a taxa de juros anual for superior ao duodécuplo da taxa mensal, compreende-se por ajustada a capitalização dos juros.

A orientação ditada pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à validade da capitalização numérica, está consignada no Recurso Especial n. 973.827/RS, representativo de controvérsia repetitiva, da relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 27-6-2012, nestes termos:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AÇÕES REVISIONAL E DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. DECRETO 22.626/1933 MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. MORA. CARACTERIZAÇÃO.

1. A capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura) em intervalo inferior a um ano e permitida pela Medida Provisória 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada, tem por pressuposto a circunstância de os juros devidos e já vencidos serem, periodicamente, incorporados ao valor principal. Os juros não pagos são incorporados ao capital e sobre eles passam a incidir novos juros.

2. Por outro lado, há os conceitos abstratos, de matemática financeira, de “taxa de juros simples” e “taxa de juros compostos”, métodos usados na formação da taxa de juros contratada, prévios ao início do cumprimento do contrato. A mera circunstância de estar pactuada taxa efetiva e taxa nominal de juros não implica capitalização de juros, mas apenas processo de formação da taxa de juros pelo método composto, o que não é proibido pelo Decreto 22.626/1933.

3. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.”

- “A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”. (REsp 973827/RS, rel. Min.^a Maria Isabel Gallotti, j. 8-8-2012) [grifou-se]

Na espécie, a capitalização de juros pactuada no Contrato de Abertura de Crédito Fixo n. 018.707.904 (fl. 248) e, quanto ao Contrato de Abertura de Crédito BB Giro Rápido n. 018.707.635, diante da reconhecida inviabilidade de averiguação da existência de pactuação acerca da capitalização de juros, seja ela explícita ou implícita, é correto o afastamento de sua cobrança, face a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor.

Nesse sentido, este Tribunal já se manifestou:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. [...] AUSÊNCIA DE JUNTADA DO CONTRATO. INÉRCIA DA CASA BANCÁRIA AO COMANDO JUDICIAL. APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO ADVINDA DO ART. 400, INC. I, CPC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. CONTRATO FIRMADO APÓS A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.963/2000. AUSÊNCIA DO CONTRATO. APLICAÇÃO DO ART. 400, CPC. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO DE SUA PACTUAÇÃO EXPRESSA OU IMPLÍCITA. [...] (Apelação Cível n. 0307027-89.2017.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 3-10-2019) [grifou-se]

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL C/C DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DO RÉU. REVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. CONTRATO NÃO JUNTADO AOS AUTOS. INCIDÊNCIA DO ART. 400 DO CPC. JUROS REMUNERATÓRIOS. PACTUAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. APLICAÇÃO DA TAXA MÉDIA DE MERCADO, SALVO SE A COBRADA FOR MAIS VANTAJOSA PARA O DEVEDOR. SÚMULA 530 DO STJ. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. PACTUAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. COBRANÇA AFASTADA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PLEITO DE MINORAÇÃO. INVIABILIDADE. MONTANTE RAZOÁVEL E PROPORCIONAL À COMPLEXIDADE DA CAUSA E AO TRABALHO DO ADVOGADO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. MANUTENÇÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0306772-61.2018.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubiali, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 05-11-2019).

Portanto, a insurgência examinada não merece prosperar.

2.1.4. Comissão de permanência

O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial n. 1.058.114 de São Paulo, editou o seguinte verbete sumular, *in verbis* (472): “A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual”.

Não destoando, tem-se a redação do Enunciado III, do Grupo de Câmaras de Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

A comissão de permanência é admitida nos contratos bancários, exceto nas cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, desde que contratada e limitada à soma dos encargos remuneratórios e moratórios:

- a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação;
- b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e
- c) multa contratual limitada a 2% sobre o valor da prestação.

Como se vê, desde que contratualmente prevista, é válida a cobrança de comissão de permanência, que deverá incidir como único e exclusivo encargo de impontualidade, podendo ser exigida em qualquer percentual, contanto que limitada à soma dos juros remuneratórios previstos para o período de normalidade, dos juros moratórios e da multa contratual.

Tal qual nos tópicos anteriores, as cláusulas do Contrato de Abertura de Crédito Fixo n. 018.707.904 foram integralmente mantidas, e, quanto ao Contrato de Abertura de Crédito BB Giro Rápido n. 018.707.635, diante da inércia do réu em apresentar o seu conteúdo integral, o magistrado singular vedou a cobrança da comissão de permanência, estabelecendo, para o período da inadimplência, incidência da cobrança de juros de mora de 1% ao mês, multa de 2% sobre o valor do débito, e correção monetária pelo INPC (fl. 255), conforme a regra prevista no art. 400 do CPC.

2.1.5. Repetição do indébito

O banco sustenta a inexistência de valores a serem restituídos, tanto na forma simples quanto dobrada.

A matéria tem com substrato jurídico o art. 884 do Código Civil, que assim preceitua: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Não se olvida que, em regra, àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro (art. 877 do Código Civil).

O Superior Tribunal de Justiça, deixou assente que a exigência da prova do erro, prevista no citado dispositivo, só tem cabimento nas hipóteses de pagamento voluntário, situação que não guarda identidade com a imposição relativa ao pagamento de encargos remuneratórios decorrentes de contrato bancário, sabidamente de adesão, cujas cláusulas são confeccionadas unilateralmente pela instituição financeira.

Vale citar: “[...] É possível a repetição do indébito quanto a valores pagos por força de cláusulas contratuais ulteriormente reconhecidas como ilegais, sob pena de se prestigiar o enriquecimento indevido do credor. Nesses casos, faz-se desnecessária a prova do erro, uma vez que o artigo 965 do Código Civil anterior só tem aplicação nas hipóteses de pagamento voluntário, situação diversa da dos autos, em que os valores das prestações são fixados unilateralmente pelo Credor. (Resp n. 345.750/RS. rel. Min. Castro Filho, j. 13-9-2005, DJU 13-3-2006)”

Acerca do tema, este Tribunal já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CONTRATOS. CONTA CORRENTE. SENTENÇA PROCEDENTE EM PARTE. INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ. [...] REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE ENCARGOS ABUSIVOS. DEVER DE PROMOVER A DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE, NA FORMA SIMPLES, DIANTE DE ENGANO JUSTIFICÁVEL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA [...] (Apelação Cível n. 0005158-67.2011.8.24.0079, de Videira, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 31-10-2019) [grifou-se]

CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. REVISÃO DE CONTRATO. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM [...] REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COROLÁRIO DA APURAÇÃO DA COBRANÇA DE VALORES ILEGAIS E ABUSIVOS. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DO ERRO. DEVOLUÇÃO SIMPLES.

É devida a devolução dos valores referentes à cobrança abusiva dos encargos por parte do banco, não só para restringir o ilícito detectado, como também para prostrar o enriquecimento sem causa [...] (Apelação Cível n. 0306073-31.2018.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 14-11-2019) [grifou-se]

Diante da revisão contratual realizada quanto ao Contrato de Abertura de Crédito BB Giro Rápido n. 018.707.635, e respectiva exclusão/modificação dos encargos controvertidos, é cabível a repetição do indébito na forma simples, conforme estipulado pelo juízo de primeiro grau, caso sejam apurados pagamentos realizados a maior.

2.2. Recurso do autor – Jhonatan Steffens Brandão de Lima

Segue a transcrição literal da petição recursal do autor:

RAZÕES DE APELAÇÃO,

EGRÉGIO TRIBUNAL

SENHORES JULGADORES

Versa o feito ora sob regime de APELAÇÃO, sobre uma AÇÃO REVISIONAL

DE DÉBITO, voltada para ACERTAMENTO CONTRATUAL, com pedido de ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, aforada pelo APELANTE.

Alinhou, ele, o APELANTE, ter firmado com o APELADO, um contrato de Abertura de Crédito, com LIMITE, para compras, alegando, a mais, a cobrança INDEVIDA, incidência de juros EXTORSIVOS e correção ABUSIVA.

Trouxe à liça, também, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

No demais, pugnou pela vedação da inscrição de seu nome em Órgãos de crédito, postergando, bem assim, pela autorização de depósitos dos valores que entendia serem corretos.

Suplicou, por final, pela decretação da NULIDADE das cláusulas abusivas, como assim pela INVERSÃO do ônus da prova.

POIS BEM.

De início, em elogiável Decisão, teve deferido os pedidos de AJG e INDEFERIDA A MEDIDA LIMINAR DE INCLUSÃO NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO e JUNTADA DOS CONTRATOS com a contestação.

ASSIM. O Eminent Magistrado que PRESIDU o Feito, ao sentenciar entendeu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do pedido inicial, conforme fls. 240/256 dos autos.

Excelências, com o devido respeito, entendemos estar equivocada a interpretação do nobre julgador.

Pois resta de forma clara a abusividade cobrada pela parte apelada da apelante.

Resta demonstrado a taxa de juros e multa excessiva que a apelada cobrou.

Diante disso IMPROCEDEM as prolixas considerações estimadas pelo APELADO em sua contestação.

Conforme documentos de fls. resta provado a taxa abusiva aplicada no contrato em tela.

O que comprova que o contrato deve ser revisado na totalidade e não parcialmente.

Diante disso requeremos a reforma da sentença prolatada para julgar totalmente procedente o pedido inicial e revisar o contrato na totalidade.

No seguimento, vale registrar que, a SUPREMA CORTE decidiu estarem as Instituições Financeiras, como o APELANTE, sujeitas às regras do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Neste compasso, caracteriza a relação de CONSUMO entre ambas as partes, nada mais justo a aplicação do CDC, que, inclusive, exige do Consumidor, In Casu o APELADO, vantagem manifestamente ABUSIVA, culminando com a previsão do art. 51, Inciso IV que, na forma expressa, aduz que são NULAS, dentre outras, as cláusulas que estabeleçam o cumprimento de obrigações INÍQUAS, colocando aquele que consome em DESVANTAGEM exagerada, ou seja, INCOMPATÍVEIS com a boa-fé e a equidade.

Se considerarmos o CAPITAL original financiado e o QUANTUM final exigido pelo APELANTE, veremos a DESVANTAGEM exagerada e a incidência de juros EXTORSIVOS e a correção ABUSIVA.

Contudo, a LIMITAÇÃO da taxa de juros é devida tão somente porque o CONTRATO firmado enquadra-se como de ADESÃO e CONSUMO, portanto sob as diretrizes do CDC.

Voltada para os dispositivos insertos no CDC, a Douta Julgadora DETERMINOU que os juros restassem LIMITADOS no patamar de 12 % ao ano.

A Louvável DECISUM, por sua vez, contemplou que a COMISSÃO DE PERMANÊNCIA constitui-se em cláusula extremamente ABUSIVA, razão de ser, com a CORREÇÃO MONETÁRIA, acumulável, forte no que dispõe a SÚMULA 30, do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Afastada a comissão de permanência, cabível é a substituição desta pela CORREÇÃO MONETÁRIA.

Em consonância com o dispositivo na SÚMULA 285 do Colendo STJ, aplicável será o máximo de 2%, previsto no CDC, a título de MULTA.

Afora tudo, houve-se por bem a equilibrada DECISÃO MONOCRÁTICA, ao ACOLHER o pedido para julgar totalmente PROCEDENTE o pedido de REVISÃO CONTRATUAL, conforme sentença de fls. 112/120 dos autos, bem como condenar a apelada apagamento integral dos honorários de sucumbência e custas.

As noções trazidas à colação pelo APELANTE, não merecem acolhimento, virtude de FRÁGEIS e INCONSISTENTES, bem assim distantes e divorciadas dos ditames legais.

REFERENTE AO ÔNUS SUCUBÊNCIA [sic]:

Em vista de todo o trabalho desenvolvido e das provas produzidas no presente caso, resta demonstrado o direito da parte autora, e em consequência a condenação da ré a pagamento do ônus de sucumbência.

Conforme farta jurisprudência sobre o caso:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA E AVENÇAS PRETÉRITAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. APELAÇÃO DO BANCO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE, APESAR DE INSTADA, NÃO APRESENTA AS CLÁUSULAS DOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE AS PARTES. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAR A EXPRESSA PACTUAÇÃO DO ENCARGO. PORTANTO, INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 359, I, DO CPC. RECONHECIMENTO DA ABUSIVIDADE NA PACTUAÇÃO, CONFORME REQUERIDO PELO AUTOR NA INICIAL. EXIGÊNCIA DA CAPITALIZAÇÃO VEDADA EM QUALQUER PERIODICIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESTE PONTO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAR A EXPRESSA PACTUAÇÃO DO ENCARGO, DEVIDO À AUSÊNCIA DOS CONTRATOS NOS AUTOS. PORTANTO, INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 359, I, DO CPC. RECONHECIMENTO DA ABUSIVIDADE NA PACTUAÇÃO CONFORME REQUERIDO PELO AUTOR NA INICIAL. COBRANÇA DO ENCARGO VEDADA. INSURGÊNCIA NÃO ACOLHIDA NESTE ASPECTO. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. EXIGÊNCIA DE ENCARGOS ABUSIVOS NO PERÍODO DA NORMALIDADE. ORIENTAÇÃO Nº 2 DO STJ, NO RESP REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA Nº1.061.530/RS. ADEMAIS, PARTICULARIDADES DO CASO PRESENTE QUE DEVEM SER OBSERVADAS. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO PARA APURAÇÃO DE EVENTUAL SALDO DEVEDOR. MORA DESCARACTERIZADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO NESTA PARTE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE NA FORMA SIMPLES. ART. 42 DO CDC. REPETIÇÃO NECESSÁRIA, INDEPENDENTE DE ERRO NA PROVA DO PAGAMENTO. SENTENÇA MANTIDA NESTE ASPECTO. APELAÇÃO DO AUTOR. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INSURGÊNCIA QUANTO À DISTRIBUIÇÃO. ALEGAÇÃO DE SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DO AUTOR. TESE ACOLHIDA. PARTE SUCUMBIU SOMENTE NO TOCANTE À CAPITALIZAÇÃO DE UM CONTRATO E, AINDA, PARCIALMENTE. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO. DO CPC. BANCO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO INTEGRAL DAS DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PROVIDO NESTE TÓPICO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DA NORMA ÍNSITA NO ART. 20, § 4º E ALÍNEAS DO § 3º DO ART. 20 DO CPC. VALOR FIXADO PELO JUÍZO QUE SE MOSTRA ADEQUADO. OBSERVÂNCIA DO GRAU DE ZELO DO PROFISSIONAL, DO TRABALHO REALIZADO E DO TEMPO EXIGIDO PARA O SERVIÇO. INSURGÊNCIA INACOLHIDA. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, E RECURSO DO RÉU CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.015344-8, da Capital, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 30-04-2015).

Conforme a decisão acima citada podemos concluir que o caso é o mesmo, ou seja, houve o erro material na distribuição dos honorários advocatícios.

Bem conforme o art. 85 §2º, I, II, III, IV especifica como deve ser avaliado o trabalho do profissional, e no presente caso e advogada da parte autora atuou de forma exemplar, trouxe aos autos provas robustas, especificou os juros e multas e demais ilegalidades que o réu cobrava da parte.

Estudou os autos, apresentou manifestação, replicou, ou seja, faz jus ao recebimento dos honorários advocatícios, por ser um estímulo ao profissional e é de natureza alimentar conforme preveem a Lei, e o art. 85 § 14 do NCPC.

Ainda no art. 85 §10 resta claro que quem perde o objeto, a causa os honorários devem ser suportados por quem deu causa a demanda, ou seja, quem deu causa foi o réu, que não aceitou acordo, e nem resolver a questão na esfera administrativa.

A parte chegou ao Judiciário porque o réu não aceitou proposta alguma, queria cobrar valores altíssimos, superiores aos devidos conforme exposto na inicial. Diante disso, resta caracterizado que quem DEU CAUSA a demanda foi o réu, devendo este suportar com os honorários.

Diante do Exposto, requeremos o recebimento da presente, bem como processamento da mesma e PROVIMENTO do presente recurso.

Neste alinhavo, REQUER dignem-se Vossas Excelências em CONHECER o RECURSO DE APELAÇÃO interposto pelo APELANTE, eis que tempestivo, e PROVENDO o mesmo para julgar PROCEDENTE a demanda em questão com a condenação do apelado conforme requerido na peça inicial, e condenação do apelado a pagamento da totalidade dos honorários de sucumbência e fixação de honorários recursais a ser arcado pelo apelado, como ato da mais lúdima e eficaz JUSTIÇA.

Nestes Termos,

Pede e Espera.

Florianópolis SC, 03 de julho de 2018. (fls. 295-299).

Sucedem tais argumentos não se prestam a impugnar os fundamentos da sentença, na medida em que não há uma linha sequer nas razões recursais que combata o motivo pelo qual os pedidos iniciais foram parcialmente providos; sequer a numeração das páginas mencionada guarda correspondência com os autos em exame.

A norma do art. 932, III, do Código de Processo Civil é expressa ao dispor que incumbe ao relator “não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida”.

Com efeito, Araken de Assis ensina que “a motivação do recurso delimita a matéria impugnada. É essencial, portanto, à predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo. Por outro lado, a falta da motivação prejudica o contraditório: desconhecendo as razões do recorrente, o recorrido não pode se opor eficazmente à pretensão recursal. [...] Entende-se por impugnação específica a explicitação dos elementos de fato e as razões de direito que permitam ao órgão *ad quem* individual com precisão o *error in iudicando* ou o *error in procedendo*. (Manual dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 127/128)

Portanto, como se vê, não há correspondência entre as razões recursais e os fundamentos em que se alicerça a decisão recorrida, uma vez que a apelante não se desincumbiu do ônus de impugnar especificamente a fundamentação da decisão recorrida.

Enfrentando a questão colocada, esta Corte de Justiça deixou assente:

DIREITO COMERCIAL E PROCESSO CIVIL - AGRAVO INTERNO - DECISÃO UNIPESSOAL QUE NÃO CONHECE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM FULCRO NO ART. 932, III, DO CPC - RAZÕES RECURSAIS GENÉRICAS - RECURSO QUE NÃO IMPUGNA ESPECIFICAMENTE OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL - PROVIMENTO NEGADO - DECISÃO MANTIDA.

É correta decisão unipessoal de relator que não conhece de recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade recursal, quando ausente impugnação específica aos fundamentos fáticos e jurídicos adotados na decisão recorrida. (Agravado Interno n. 4028918-10.2017.8.24.0000, de Campo Belo do Sul, rel. Des. Monteiro Rocha, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 07-03-2019). [grifou-se].

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC/2015) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL. PLANOS DE INVESTIMENTO NA EXPANSÃO DA REDE DE TELEFONIA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. INSURGÊNCIA DA EMPRESA DE TELEFONIA.

1 - ALEGAÇÃO DE SUFICIÊNCIA DA RADIOGRAFIA DO CONTRATO PARA A ELABORAÇÃO DOS CÁLCULOS, ALÉM DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO PORQUE ESTARIAM PREENCHIDOS OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. RAZÕES RECURSAIS QUE DEIXAM DE ATACAR O CONTEÚDO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DO DIREITO. INDICAÇÃO DE QUE A DECISÃO AGRAVADA NÃO DETERMINARA A APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. RECURSO QUE NÃO IMPUGNA ESPECIFICAMENTE OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. INADMISSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 932, III, DO CPC/2015. RECURSO NÃO CONHECIDO.

2 - RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. IMPOSIÇÃO, DE OFÍCIO, DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. FIXAÇÃO EM 3% (TRÊS POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA.

“Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor da causa devidamente atualizado (art. 1.021, § 4.º). Note-se que nesse caso há dever de imposição da multa, na medida em que com isso o legislador busca resguardar a seriedade na interposição do recurso, evitando a proliferação de recursos meramente protelatórios ou temerários (trata-se, portanto, de técnica voltada não só à promoção da boa fé processual, art. 5.º, mas também a concretização do direito ao processo com duração razoável, arts. 5.º, LXXVIII, da CF, e 4.º, CPC). Condenado o agravante, a interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4.º [...] (Curso de Processo Civil. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 538)” (Agravado n. 4014585-87.2016.8.24.0000, de Fraiburgo, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 6-6-2017). RECURSO NÃO CONHECIDO. (Agravado Interno n. 4023241-62.2018.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 19-03-2019). [grifou-se].

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE ACOLHEU EM PARTE A IMPUGNAÇÃO. RAZÕES DE AGRAVO INVOCANDO DECISÃO DIVERSA DAQUELA PROFERIDA NO PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA PRÓPRIA QUANTO À DECISÃO PROLATADA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO QUE LEVARAM A PARTE A RECORRER DA DECISÃO SINGULAR. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

“Motivar ou fundamentar um recurso é criticar a decisão recorrida, indicando os erros que ela contém, pelo que, se as razões do recurso, equivocadamente, versando questão não discutida no processo, nada dizem contrariamente ao que foi decidido, não de ser tidas como inexistentes” (RJTJSP 84/174). (agrado de Instrumento n. 2012.024029-2, de Blumenau, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 21-2-2013) [grifou-se]

No mesmo norte, o Ministro Luis Felipe Salomão já se manifestou: “À luz do princípio da dialeticidade, que norteia os recursos, compete à parte agravante, sob pena de não conhecimento do agravo de instrumento, infirmar especificamente os fundamentos adotados pelo Tribunal de origem para negar seguimento ao reclamo, sendo insuficiente alegações genéricas de inaplicabilidade do óbice invocado.” (Edcl no AREsp 154.761/SP, j. 14-8-2012)

Nessa linha de raciocínio, intui-se que a flagrante incongruência ou falta de associação verificada entre o fundamento do recurso e as razões de fato e de direito deduzidos na decisão recorrida, por importar em irregularidade formal e violar o princípio da dialeticidade recursal, acarreta em sua manifesta inadmissibilidade e, por conseguinte, impede que o recurso seja conhecido, quanto à pretensa procedência total dos pedidos da petição inicial.

Por sua vez, a verba sucumbencial será examinada no tópico a seguir.

3. Ônus sucumbenciais

Por fim, o autor assevera que o réu deve arcar com os ônus da sucumbência, ao passo que o último postula a redução da verba honorária advocatícia.

Considerando que os termos da sentença não sofreram alteração, é de ser manter a distribuição dos ônus sucumbenciais fixados originalmente pelo juízo de primeira instância, em 50% para cada litigante, na forma do art. 86 do Código de Processo Civil.

Diante do insucesso de ambos os litigantes com a interposição dos presentes recursos, é mister a majoração do valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) fixado a título de remuneração advocatícia, à luz do § 11 do art. 85 do CPC, para o importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a serem rateados na proporção da sucumbência, a fim de contemplar os honorários recursais.

4. Dispositivo do voto

Ante o exposto, manifesto-me por (i) conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela instituição financeira ré; (ii) conhecer parte do recurso do autor e, nesta extensão, negar-lhe provimento; (iii) condenar ambos os recorrentes ao pagamento de cota adicional de honorários advocatícios à parte adverso, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, consoante precedente fundamentação.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0301915-65.2014.8.24.0005

Relator: Desembargador Guilherme Nunes Born

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATOS BANCÁRIOS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA.

MÉRITO. AÇÃO DE COBRANÇA EDIFICADA NO INADIMPLEMENTO DE MÚTUOS BANCÁRIOS. ORIGEM DA DÍVIDA NÃO DEMONSTRADA. COMPROVANTE DE EMPRÉSTIMO ACOSTADO SEM QUALQUER ASSINATURA. CONTRATOS FIRMADOS ENTRE AS PARTES. QUE PREVIAM A CONCESSÃO DE LIMITE DE CRÉDITO, PORÉM DESACOMPANHADOS DE QUALQUER EXTRATOS QUE DEMONSTRE A UTILIZAÇÃO DE VALORES PELO CONSUMIDOR. CÁLCULO DO SUPOSTO DÉBITO QUE NÃO DEMONSTRA A ORIGEM. AUTORIZAÇÃO DE CONSULTA AO SISTEMA DE INFORMAÇÕES DE CRÉDITO – SCR QUE EM NADA CONTRIBUI PARA O DESLINDE DA AÇÃO. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR NÃO COMPROVADO. EXEGESE DO ARTIGO 373, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR EXAGERADO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MINORAÇÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301915-65.2014.8.24.0005, da comarca de Balneário Camboriú Vara Regional de Direito Bancário em que é Apelante Banco do Brasil S/A e Apelado Helio Romito de Almeida.

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

O julgamento, realizado no dia 12 de dezembro de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Zanelato.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Guilherme Nunes Born

Relator

RELATÓRIO

1.1) Da inicial

Banco do Brasil S/A ajuizou ação de cobrança em face de Hélio Romito de Almeida alegando, em síntese, que é credor da quantia de R\$ 423.327,20, decorrente do inadimplemento de um contrato de adesão a produtos e serviços pessoa física, bem como dos produtos CDC – BB Renovação Consignação e BB créd. Renovação.

Ao final, acostou documentos e pugnou pela condenação da parte ao pagamento do montante devido.

1.2) Da contestação

Citado por edital (fl. 241), foi nomeada curadora em favor do réu (fl. 256), que apresentou contestação (fls. 259/568), sustentando, em suma, que a relação entabulada entre as partes é regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor e que “*em nenhuma cláusula se dispõe sobre empréstimo de valores ou eventuais financiamentos, razão pela qual, não há nestes autos, nenhuma prova documental sobre a origem do débito, tampouco alguma explicação na exordial ou no decorrer do processo*”.

Defendeu a inexistência da dívida, falou da necessidade de apresentar a cédula de crédito original e da ausência de assinatura no documento de fls. 37/38. Ainda, impugnou os juros remuneratórios, pois acima da taxa média de mercado. Por fim, requereu a improcedência da demanda.

1.3) Do encadernamento processual

Impugnação à contestação às fls. 274/280.

1.4) Da sentença

No ato compositivo da lide (fls. 281/285), proferido em 08/09/2019, o Juiz de Direito Osmar Mohr, julgou “*IMPROCEDENTES os pedidos formulados na presente ação de cobrança movida por Banco do Brasil S/A contra Hélio Romito de Almeida, razão pela qual CONDENO a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do curador especial nomeado, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015*”.

1.5) Do recurso

Inconformado, o Banco ofertou recurso de Apelação Cível (fls. 289/296) alegando que foi comprovada a existência da dívida no processo. Tanto que “*o autor colecionou aos autos diversos documentos que demonstram a liberação do crédito e da utilização dos valores, fazendo jus a cassação da sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau. Desta forma requereu a reforma do julgado. Alternativamente, pugnou pela redução do valor dos honorários advocatícios.*”

1.6) Das contrarrazões

Presente (fls. 302/309).

Após, ascenderam os autos a este Colegiado.

Este é o relatório.

VOTO

2.1) Do objeto recursal

A discussão é sobre a existência da dívida e o valor dos honorários advocatícios.

2.2) Do juízo de admissibilidade

Conheço do recurso porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, eis que ofertado a tempo e modo, recolhido o devido preparo e evidenciado o objeto e a legitimação.

2.3) Do mérito

2.3.1) Da (in)existência da dívida

Consoante consta dos autos, a parte apelante busca a quantia de R\$ 423.327,20 decorrente do inadimplemento de contratos bancários.

Para tanto, sustenta em seu recurso que *“todos os documentos que instruem a presente ação de execução demonstram a exigibilidade da dívida que o apelado possui com o Banco”*. E disse que *“A presente ação foi devidamente acompanhada da exposição dos fatos e do direito que fundamentaram o pedido, estando presentes os requisitos legais necessários à sua interposição devidamente elencados pelos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil, acompanhada, ainda de todos os documentos necessários para a sua propositura. Igualmente, cumpre salientar, que os documentos, extratos de conta e o memorial do cálculo demonstram a evolução da dívida, os meses em que o apelado amortizou a dívida e os meses em que deixou de efetuar o pagamento, bem como, a inclusão dos encargos contratuais devidamente pactuados entre as partes, inexistindo qualquer ilegalidade ou abusividade, ou ainda, impossibilidade de defesa”* (fl. 291).

Ainda, acostou um documento intitulado *“Crédito Direto ao Consumidor. Comprovante de Empréstimo/Financiamento”* (fl. 28/29), sem qualquer assinatura, bem como uma *“autorização para consulta ao SCR”* (fl. 30), a cópia dos pactos firmados entre as partes (fls. 31/64) e, por fim, um *“demonstrativo de conta”* (fls. 65/70).

Em contrapartida, a parte apelada diz que não houve qualquer documento que demonstre a disponibilização de crédito, muito menos o uso efetivo de dinheiro que justifique a quantia perseguida.

Pois bem, tratando-se de cobrança de valores decorrentes de inadimplemento de mútuo bancário, compete ao mutuante demonstrar a entrega (tradição) de coisa fungível, que será obrigatoriamente restituída por cousa do mesmo gênero, qualidade e quantidade, ao mutuário. Este é o fato constitutivo de seu direito.

O Código de Processo Civil dispõe que:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No caso em apreço, consoante bem observado na origem, os documentos acostados ao processo são insuficientes para demonstrar a entrega de dinheiro à parte apelada e justificar a dívida perseguida.

Veja-se que o suposto comprovante de empréstimo de fls. 28/29 não possui assinatura alguma. Os pactos firmados entre as partes, em que pese possuírem cláusula informando a concessão de limite de crédito ao mutuário, não foram acompanhados dos extratos bancários respectivos que demonstrem o momento que teria sido utilizado aquele, o que não é verificado no documento de fls. 65/70, muito menos na “autorização para consulta ao SCR” (fl. 30)

Sendo assim, o fato constitutivo do direito do Banco, qual seja, a tradição do bem fungível que busca ser ressarcido não foi provado, razão pela qual impõe-se a manutenção da sentença.

Bem pontuou o Juízo *a quo*:

Embora se trate de ação de cobrança, tem-se que a parte autora deve comprovar os fatos constitutivos do seu direito (art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil), pois, em que pese ter juntado extratos (p. 28-29 e 46-48) e um cálculo do débito de liberação dos valores (p. 65-70), não fora comprovada a liberação de tais valores ao réu, tampouco consta a anuência deste com os termos indicados nos extratos.

Ademais, há que se ater ao fato de que não se trata de contrato feito por meio do terminal de autoatendimento, o que afastaria a necessidade de contrato físico com a devida assinatura do devedor, uma vez que o autor nada menciona sobre a sua origem na petição inicial.

Outrossim, as propostas de adesão a produtos e serviços - pessoa jurídica - carreadas às páginas 32-34 e 40-45 não comprovam a origem do débito, já que se referem a contratos diversos daqueles indicados na exordial, de modo que, em virtude do princípio da congruência (art. 492 do Código de Processo Civil), não pode este juízo condenar o réu ao pagamento de outras dívidas que não indicadas na peça inicial.

Portanto, por não haver comprovação acerca da origem dos empréstimos imputados ao réu e a anuência do devedor com os termos do contrato, o autor acabou não se desincumbindo do seu ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito (art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil), impondo-se a improcedência dos pedidos formulados na exordial. (fls. 283/284).

Acerca do ônus probatório, ensina Luiz Fux:

Ressoa evidente que, pela própria iniciativa, a prova primeira compete ao autor. A necessidade de provar é algo que se encarta, dentre os imperativos jurídico-processuais na categoria de ônus, por isso que a ausência de prova acarreta um prejuízo para aquele que deveria provar e não o fez.

(...) Desta sorte, não há um direito à prova nem um dever de provar senão uma “necessidade de comprovar” os fatos alegados sob pena de o juiz não os considerar e, como consequência, decidir em desfavor de quem não suportou a atividade que lhe competia” (Curso de direito processual civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 582, grifos meus).

No mesmo sentido, leciona Moacyr Amaral dos Santos:

“Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão - ônus da prova.

(...)

Incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age. Ora, que vem a juízo, em primeiro lugar, é o autor; quem inicia a lide é o autor; quem afirma o fato é o autor. Donde tudo parecia mostrar, como corolário imediato daquele preceito, que ao autor cumpria o ônus da prova: *actori incumbit onus probandi*.” (Primeiras Linhas do Direito Processual Civil. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. II. p. 343/344, grifos meus).

A propósito, já decidi:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA. MÉRITO. DÍVIDA DECORRENTE DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. EXIGÊNCIA DE SEGURO DE VIDA. PACTUAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR NÃO SATISFEITO. EXEGESE DO ARTIGO 373, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXCLUSÃO DE TAL VALOR DO MONTANTE DEVIDO QUE SE IMPÕE. JULGAMENTO QUE REJEITA PARCELA DO PEDIDO POR FALTA DE PROVAS QUE NÃO PODE SER EQUIPARADO A DECISÃO SURPRESA, NA FORMA DO ARTIGO 10 DA LEI PROCESSUAL.

O artigo 10 do Código de Processo Civil inovou em nosso ordenamento jurídico para que, na forma do art. 5º, inciso LV, da Lei das Leis, seja vedada a decisão surpresa às partes, qual seja, aquela em que não foi dado às partes a oportunidade de se manifestar a respeito. Contudo, isto não pode ser confundido com a inobservância do dever da parte autora provar o fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 373, inciso I).

Se o Banco não comprova a contratação do seguro de vida atrelado a Cédula de Crédito Bancário, não compete ao Juiz converter o julgamento em diligência para consulta-lo a respeito de tal fato, tampouco dar-lhe prazo para emendar a inicial na tentativa de provar aquilo, posto que a improcedência do pedido não irá caracterizar decisão surpresa, uma vez que o assunto foi debatido no processo. RECURSO IMPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300952-58.2018.8.24.0024, de Fraiburgo, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 24-10-2019).

Portanto, o recurso é improvido neste ponto.

2.3.2) Dos honorários advocatícios

Insurge-se o Banco, também, contrário ao valor fixado a título de honorários advocatícios, pedindo pela sua diminuição.

Conforme disposição da sentença, tal verba foi arbitrada no equivalente a “10% (*dez por cento*) sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015” (fl. 284), o que resultaria em aproximadamente R\$ 42.332,72.

Dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º 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.

[...]

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

Assim, quando do arbitramento dos honorários advocatícios, faz-se necessário considerar o grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

No caso em apreço, vê-se que os serviços da digna advogada iniciaram neste ano, tendo a causídica atuado com lisura e dedicação, empenhando tempo e trabalho, mas o feito não teve instrução processual, não foi produzida qualquer prova técnica e nem inquiridas testemunhas, de modo que o montante mostra-se exagerado e ofensivo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impondo-se sua minoração para o montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Portanto, o recurso é provido neste particular.

Por fim, anota-se que diante do provimento parcial do recurso não há falar em honorários recursais (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 08/05/2017).

3.0) Conclusão:

Diante da fundamentação acima exarada:

3.1) conhecimento do recurso;

3.1.1) dou parcial provimento para minorar os honorários advocatícios para R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4009160-74.2019.8.24.0000, de Brusque

Relator: Desembargador Salim Schead dos Santos

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU A EMENDA DA INICIAL POR MEIO DA COMPROVAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO A SER REVISADO. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA.

ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO. RECURSO REGIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL, PELA PARTE AUTORA, POR MEIO DA COMPROVAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO FIRMADO ENTRE AS PARTES. DESNECESSIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. INDICAÇÃO DO NÚMERO DO CONTRATO E DAS CLÁUSULAS CUJA REVISÃO É PRETENDIDA QUE SE MOSTRAM SUFICIENTES. EXIBIÇÃO QUE PODERÁ SER IMPOSTA À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

Em relação à indicação dos itens contratuais impugnados, é importante esclarecer que, para se extrair certeza e determinação do pedido de revisão de contrato bancário, é suficiente a descrição da espécie de pacto celebrado e dos encargos questionados, de modo que é prescindível a especificação pormenorizada da data da cobrança, número, valor ou cláusulas impugnadas, mormente nos casos em que o consumidor não dispõe dos instrumentos contratuais, cuja instrução pode ser determinada com amparo na inversão do ônus da prova, em favor da parte hipossuficiente, e a exibição imposta por se tratar de conteúdo comum às partes (Agravo de Instrumento n. 0018582-49.2016.8.24.0000, rel. Des. Altamiro de Oliveira).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4009160-74.2019.8.24.0000, da comarca de Brusque (Vara Comercial), em que é Agravante Jonatan William Hadecker e Agravado o Banco J Safra S/A:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a decisão agravada em relação à determinação de emenda da inicial por meio da comprovação de realização de pedido administrativo para a apresentação do contrato de financiamento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Mariano do Nascimento e Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 5 de setembro de 2019.

Desembargador Salim Schead dos Santos
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Jonatan William Hadecker contra decisão prolatada nos autos da ação revisional n. 0301018-43.2019.8.24.0011 nos seguintes termos:

Quanto à exibição de documento(s), o colendo Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.

2. No caso concreto, recurso especial provido. (REsp 1349453/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015)

Colhem-se arestos do nosso e. Tribunal de Justiça adotando esse entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO (CPC/2015, ART. 305 E SEQUINTE). JULGAMENTO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO PELO JUÍZO DE ORIGEM. CASSAÇÃO DA SENTENÇA. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AUTOR DA AÇÃO DE EXIBIÇÃO QUE DEMONSTROU, ADEMAIS, A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES E A DISPONIBILIDADE DE ARCAR COM O CUSTO DO SERVIÇO. “Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária” (STJ, REsp n. 1.349.453/MS, Segunda Seção, rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJe de 2-2-2015). (TJSC, Apelação Cível n. 0300864-44.2017.8.24.0092, da Capital, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubiali, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 03-04-2018).

[...]

Com efeito, e notadamente quanto ao custo do serviço, comprove a parte autora, no prazo de quinze dias, que ao tempo do requerimento de exibição formulado às fls. 4-9, realizou o pagamento da taxa respectiva (ou demonstre que esta não foi exigida), conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária, sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito.

Sustentou a desnecessidade de comprovação de realização de pedido administrativo de apresentação do contrato de financiamento (fls. 1 a 13).

Requeru a concessão do efeito suspensivo, que lhe foi indeferido (fls. 26 a 28).

Intimada, a agravada não ofereceu contrarrazões (fl. 35).

É o relatório.

VOTO

1 - Nos termos do Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça, o processamento do presente recurso rege-se pelo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na sua vigência.

2 - O recurso é tempestivo, porquanto a intimação foi efetuada em 13-3-2019, dando início ao prazo recursal em 14-3-2019, findo em 3-4-2019, e o protocolo data de 1º-4-2019. Sem recolhimento de preparo, porquanto o agravante é beneficiário da Justiça Gratuita. Os demais requisitos de admissibilidade estão presentes.

3 - Determinação de emenda da inicial pela parte autora por meio da apresentação de comprovação de realização de pedido administrativo de apresentação do contrato de financiamento - desnecessidade

O agravante/parte autora se insurgiu contra a decisão agravada em relação à imposição de emenda da inicial por meio da apresentação de comprovação de pedido administrativo de apresentação do contrato de financiamento firmado entre as partes, sob pena de, não o fazendo, ser indeferida a petição inicial.

Razão lhe assiste.

Não se desconhece que, nas ações cautelares de exibição de documento, um dos requisitos da ação é a demonstração da realização de pedido administrativo de apresentação do documento. Nesse sentido, o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.349.453/MS:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, **a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável**, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido. (STJ - Recurso Especial nº 1.349.453/MS, rel. Ministro Luís Felipe Salomão, j. em 10-12-2014, DJe 02/02/2015).

Contudo, o prévio pedido administrativo de apresentação do contrato não é exigido para o ajuizamento das ações revisionais.

No caso concreto, a ora agravante indicou em sua inicial o número do contrato cuja revisão é pretendida, pormenorizou os itens que pretende ver analisados e, por fim, requereu a inversão do ônus da prova, com a apresentação do contrato pela instituição financeira demandada. Assim, foram preenchidos todos os requisitos necessários para a espécie.

Esta Corte de Justiça vem decidindo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. DECISÃO QUE DETERMINOU AOS AUTORES A JUNTADA DOS CONTRATOS. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA.

PRETENSÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DO CONTRATO QUE NÃO CONFIGURA ÓBICE PARA O TRÂMITE DO PROCESSO, UMA VEZ QUE SUA EXIBIÇÃO PODE SER IMPOSTA AO BANCO, CONFORME JÁ DETERMINADO ANTERIORMENTE. REFORMA DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. (Agravo de Instrumento n. 4016666-04.2019.8.24.0000, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. em 18-7-2019 – participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Salim Schead dos Santos e Luiz Zanelato). (grifou-se).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL. IRRESIGNAÇÃO DOS AUTORES.

JUÍZO A QUO QUE DETERMINA A ESPECIFICAÇÃO PORMENORIZADA DE TODOS OS CONTRATOS E DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS IMPUGNADAS, MEDIANTE PROVA DA COBRANÇA. PRESCINDIBILIDADE. SUFICIÊNCIA DA INDICAÇÃO DAS ESPÉCIES NEGOCIAIS, FIRMADAS ATRAVÉS DA CONTA CORRENTE, E DOS ENCARGOS QUESTIONADOS. REQUISITOS DE CERTEZA E DETERMINAÇÃO ATENDIDOS. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 285-B E 286 DO CPC/1973.

“Não há que se falar em emenda à inicial, visto que a petição indica as cláusulas que pretende revisar, estando, portanto, de acordo com os ditames do art. 285-B (TJMG - Agravo de Instrumento 1.0024.13.167603-3/002, rel. Des Arnaldo Maciel, j. 18-2-2014).

[...] Elencados pela autora na inicial da demanda os encargos que reputa ilegais no contrato a ser revisado, desnecessário que sejam apontadas as cláusulas questionadas, mesmo porque plausível a alegação da demandante de que não dispõe de cópia da avença. [...] (TJRS - Apelação Cível 70059698506, de Lajeado, rel. Des. Orlando Heemann Júnior, j. 17-7-2014)” (Agravo de Instrumento n. 2014.005187-3, da Capital, Segunda Câmara de Direito Comercial, rela. Desa. Rejane Andersen, j. 21-10-2014)”. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.042096-1, de São José, rel. Des. Rejane Andersen, j. 6-10-2015).

APRESENTAÇÃO DOS CONTRATOS PELOS AUTORES. DESNECESSIDADE. DOCUMENTOS COMUNS PASSÍVEIS DE EXIBIÇÃO. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE RELAÇÃO DE CONSUMO. PETIÇÃO INICIAL INSTRUÍDA COM CÓPIA DOS EXTRATOS BANCÁRIOS. PLAUSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DAS AVENÇAS APONTADAS EVIDENCIADA. (Agravo de Instrumento n. 0018582-49.2016.8.24.0000, rel. Des. Altamiro de Oliveira, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. em 16-8-2016 – participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Rejane Andersen e Robson Luz Varela). (grifou-se).

Desta última decisão, vale a pena citar:

Em relação à indicação dos itens contratuais impugnados, é importante esclarecer que, para se extrair certeza e determinação do pedido de revisão de contrato bancário, é suficiente a descrição da espécie de pacto celebrado (abertura de crédito conta-corrente, financiamento, cartão de crédito e etc) e dos encargos (juros remuneratórios, capitalização, comissão de permanência e etc) questionados, de modo que é prescindível a especificação pormenorizada da data da cobrança, número, valor ou cláusulas impugnadas, mormente nos casos em que o consumidor não dispõe dos instrumentos contratuais, cuja instrução pode ser determinada com amparo na inversão do ônus da prova, em favor da parte hipossuficiente (art. 6º, inc. VIII, do CDC), e a exibição imposta por se tratar de conteúdo comum às partes (art. 396 do CPC/2015).

Dessa forma, há que se dar provimento ao recurso para cassar a decisão agravada.

4 - Ante o exposto, meu voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a decisão agravada em relação à determinação de emenda da inicial.

É o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0030404-28.2010.8.24.0038, de Joinville

Relatora: Rejane Andersen

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INVALIDADE DE CÁLCULO SOBRE FRETE C/C PEDIDO LIMINAR DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRANSPORTE DE CARGA. OBJETOS PLÁSTICOS (REGISTROS HIDRÁULICOS). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PESSOA JURÍDICA AUTORA, FABRICANTE DOS PRODUTOS. ALEGAÇÃO DE QUE HOVE MUDANÇA DO PREVIAMENTE CONTRATADO POR PARTE DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA REQUERIDA. ARGUIÇÃO DE QUE A REFERIDA TRANSPORTADORA DEMANDADA PASSOU A EFETUAR O CÁLCULO PARA O TRANSPORTE DAS MERCADORIAS POR MEIO DA METODOLOGIA DENOMINADA CUBAGEM, AO INVÉS DO MODO DE COBRANÇA COM BASE NO PESO DOS OBJETOS. DESPROVIMENTO. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO CONTRATO. FATO INCONTROVERSO DE QUE A CONTRATAÇÃO ENTRE OS LITIGANTES SE EFETIVOU E QUE HOVE O ENVIO DE CARTA-PROPOSTA COM O DETALHAMENTO A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE DE CUBAGEM.

“A cobrança pela adequação da mercadoria transportada à relação peso e volume, procedimento de “cubagem”, com base em tabela de preços à disposição da autora, não representa ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, pois cumprido o dever de informação” (Apelação Cível n. 2013.055784-6, de Criciúma, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 12-12-2013).

CARTA-PROPOSTA QUE FOI RECEPCIONADA POR FUNCIONÁRIO DA REQUERENTE. AUTORA QUE ALEGA, MAS NÃO FAZ PROVA DE QUE A CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTES SÃO EFETUADAS SEMPRE PELA DIRETORIA DA SOCIEDADE DEMANDANTE. EXISTÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. EMPREGADO ACIMA MENCIONADO QUE NÃO FOI SEQUER ARROLADO COMO TESTEMUNHA PARA DIRIMIR A QUESTÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR QUE TAMBÉM NÃO FOI APLICADO AO PRESENTE CASO. DOCUMENTAÇÃO TRAZIDA PELA PRÓPRIA DEMANDANTE QUE DEMONSTRA A OCORRÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DO CHAMADO PESO CUBADO TAMBÉM POR PARTE DE OUTRA TRANSPORTADORA COM A QUAL CONTRATOU. AUTORA QUE NÃO CONSEGUIU PROVAR OS FATOS POR SI ARTICULADOS NA EXORDIAL DOS AUTOS.

“[...] Provar, sabidamente, é indispensável para o êxito da causa. Se aquele que tem o ônus de demonstrar o fato constitutivo do seu direito não consegue se desincumbir satisfatoriamente de tal encargo, e se a prova atinente aos seus interesses não vem aos autos por qualquer outro meio, não há como proclamar um édito de procedência em seu favor” (TJSC, Apelação Cível n. 0801943-70.2013.8.24.0082, da Capital - Continente, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 14-09-2017” (Apelação Cível n. 0002607-79.2012.8.24.0047, de Papanduva, rel. Des. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 22-2-2018).

REQUERIMENTO DE REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PROVIMENTO. CAUSA VALORADA EM R\$ 150.465,18 (CENTO EM CINQUENTA MIL, QUATROCENTOS E SESENTA E CINCO REAIS E DEZOITO CENTAVOS). TOGADO SINGULAR QUE ARBITROU ESTIPÊNDIOS DE SUCUMBÊNCIA NO IMPORTE DE 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. REDUÇÃO PARA A MONTA DE 10% (DEZ POR CENTO) QUE SE IMPÕE.

VERBA HONORÁRIA RECURSAL. NÃO CABIMENTO. SENTENÇA PUBLICADA QUANDO DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.

“Uma vez que a sentença foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, não cabe a majoração dos honorários prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015 (Enunciado Administrativo n. 7 do STJ)” (Apelação Cível n. 0001318-86.2009.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, rela. Desa. Janice Goulart Garcia Ubialli, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 27-8-2019).

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0030404-28.2010.8.24.0038, da Comarca de Joinville (1ª Vara Cível), em que é/são Apelante Durin Indústria de Plásticos Ltda e Apelado Braspress Transportes Urgentes Ltda:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para reduzir o montante a título de honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do voto. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Robson Luz Varella e Newton Varella Júnior.

Florianópolis, 26 de novembro de 2019.

Rejane Andersen
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

Durin Indústria de Plásticos Ltda. deflagrou ação declaratória de invalidade de cálculo sobre frete c/c pedido liminar de antecipação de tutela (autos n. 038.10.030404-1) em face de Braspress Transportes Urgentes Ltda., aduzindo, em síntese, que contratou serviço de transporte de cargas de objetos plásticos, mais especificamente registros hidráulicos, mas que a empresa transportadora requerida teria mudado o previamente contratado no que toca ao cálculo para fins de cômputo do valor do frete.

Alegou a ora recorrente que a empresa de transportes demandada passou a efetuar o cálculo para o transporte de mercadorias por meio da metodologia denominada “cubagem”, ao invés do modo de cobrança com base no peso dos objetos.

Com base nas arguições acima destacadas, requereu a procedência da ação para que seja declarado por sentença a invalidade dos cálculos sobre os frentes praticados pela sociedade demandada com base na modalidade “cubagem”.

Contestação às fls. 273-282.

Réplica às fls. 289-295.

Termo de audiência de instrução e julgamento à fl. 307.

Alegações finais pela autora às fls. 318-325.

Alegações finais pela demandada às fls. 326-333.

Sentença às fls. 337-341, da qual se extrai o seguinte dispositivo:

Ante o exposto, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos iniciais deduzidos por Durin Indústria de Plásticos Ltda em face de Braspress Transportes Urgentes Ltda. Em consequência, JULGO o processo com resolução de mérito e revogo a antecipação de tutela concedida.

Tendo em vista a sucumbência, condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios do réu, estes últimos no importe de 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 20, § 4.º do Código de Processo Civil.

Libere-se o valor depositado nos autos em favor da ré, para quitação parcial dos valores devidos pela autora, independente de trânsito em julgado, eis que considerados incontroversos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Arquivem-se.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação (fls. 350-365), pugnando, em síntese, pelo provimento do reclamo e pela reforma da sentença vergastada, a fim de que seja declarada a irregularidade da cobrança de fretes pelo sistema de “cubagem” e que seja adotado como correto o sistema de “pesagem”, confirmando-se, por consequência, a tutela antecipada.

Por fim, requereu a inversão dos ônus sucumbenciais ou a redução dos honorários.

Contrarrazões às fls. 374-384.

Após, ascenderam os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça.

Suscitado conflito negativo de competência (autos n. 1000639-02.2016.8.24.0000), declarou-se competente esta Segunda Câmara de Direito Comercial para processar e julgar o recurso.

É o relatório.

VOTO

Alegações da demandante em relação ao mérito

Alega a ora recorrente que houve mudança do previamente pactuado com a empresa transportadora demandada, sob o fundamento de que a sociedade empresária requerida passou a efetuar o cálculo para o transporte dos produtos da demandante por meio da metodologia denominada “cubagem”, ao invés do modo de cobrança com base no peso das referidas mercadorias.

Conforme consignado pelo recorrido em suas contrarrazões, o sistema denominado cubagem leva em consideração, para a aferição do valor do frete, o peso e o volume das mercadorias, enquanto que o sistema de pesagem tem seu frete calculado de acordo com o peso da carga.

Imperioso ressaltar que não há, nos autos, a juntada do contrato. No entanto, é fato incontroverso que a relação entre as partes existiu.

Este ponto foi destacado pelo MM. Juiz *a quo* quando da prolação da sentença recorrida, tendo o Insigne Julgador assentado que: “Quando ao contrato entre as partes, há início de prova da sua existência, consistente na planilha juntada na inicial (fls. 71/76), carta proposta juntada na resposta e a confissão das partes a respeito desta contratação. Mas é só. Não houve contrato específico entre as partes, com cláusulas claras a respeito. Assim, o ônus da prova dos termos da contratação cabe a autora. Os valores discutidos superam 10 (salários mínimos) na época da contratação e diante da quantia envolvida não há como admitir prova exclusivamente testemunhal, nos termos do art. 401 do Código de Processo Civil [de 1973]” (fl. 339, colchetes nossos).

A parte autora alega que não há nada de irregular com relação à aplicação da metodologia de cálculo por cubagem, no entanto, aduz que seria necessário que tal modo de computação fosse pactuado entre os contratantes, o que, segundo a ora apelante alega, não teria ocorrido.

No entanto, conforme se depreende dos autos, é incontroverso o fato de que houve o envio de carta-proposta, da empresa de transporte apelada para a parte autora, detalhando a respeito da possibilidade de utilização da modalidade de cubagem para fins de contabilização do valor do frete.

A parte demandada, por sua vez, não refuta a existência do envio da susomencionada carta-proposta, no entanto, aduz que quem a recebeu (Srta. Thiara Cristiane de Oliveira, a qual a recorrente alega ser apenas uma assistente de vendas da sociedade) desconhecia as formas e os compromissos assumidos inicialmente no que toca ao pactuado entre os litigantes, aduzindo ainda que as negociações referentes às contratações das empresas prestadoras de serviço de transporte sempre foram realizadas pelos diretores da pessoa jurídica demandante, não podendo a transportadora requerida se aproveitar da presente situação para fazer com o que a funcionária acima apontada assinasse o aludido documento.

Ocorre que, malgrado tenha levantado a referida arguição, a recorrente não comprovou nos autos em nenhum momento a tese de que as contratações de frete eram de incumbência exclusiva da diretoria da empresa, não tendo sequer arrolado a Srta. Thiara Cristiane Oliveira para prestar depoimento quando da realização da audiência de instrução e julgamento de fl. 307.

Veja-se que esta também foi a inteligência do togado singular quando da prolação da sentença de fls. 337-341, tendo o referido julgador registrado que: “Na produção da prova dos seus argumentos,

há um silêncio. A funcionaria Thiara Cristine de Oliveira não foi arrolada para ser ouvida, apesar da confissão de que ela assinou o documento que ampara a tese da ré. A autora procurou desqualificar a importância da assinatura, classificando a funcionaria como simples assistente de vendas, mas apenas traz o documentos de fl. 296, datado de 19/06/2001, nada mencionado sobre o seu cargo atual.

Veja-se que, a testemunha trazida pela ré, Luana Carolie Steffen Moreira Vargas, mencionou que foi ela quem participou da negociação e que a funcionária Thiara (junto com Rosinaldo) estavam presentes nas negociações e que Thiara assinou o documento com a tabela de preço.

Caberia a autora comprovar suas alegações também quando diz que a praxe da empresa, nos contratos de frete, é a assinatura apenas por diretores da empresa. Mas não há nenhuma prova documental a respeito. Se o costume da empresa era este, com certeza houve geração de documentos a respeito.

Há confissão na réplica que a Carta de Proposta foi recebida na empresa e não há notícia que os termos foram refutados. Pelo contrário, após o recebimento pela funcionaria Thiara a autora continuou contratando o transporte rodoviário da ré. Com estes argumentos, as condições tarifárias enviadas pela ré e recebida por Thiara são início de prova suficiente para prova na forma do contrato” (fls. 339-340).

Desta forma, tem-se que a ora recorrente não trouxe aos autos os documentos comprobatórios das suas alegações exordiaias.

Acerca da produção de prova, o Eminent Desembargador Jorge Luis Costa Beber, em precedente extraído desta Corte, assim já decidiu:

Provar, sabidamente, é indispensável para o êxito da causa. Se aquele que tem o ônus de demonstrar o fato constitutivo do seu direito não consegue se desincumbir satisfatoriamente de tal encargo, e se a prova atinente aos seus interesses não vem aos autos por qualquer outro meio, não há como proclamar um édito de procedência em seu favor (Apelação Cível n. 0801943-70.2013.8.24.0082, da Capital - Continente, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 14-9-2017).

Ademais, imperioso ressaltar que o togado singular não aplicou o Código de Defesa do Consumidor ao caso dos autos, de modo que, nos moldes acima apontados, é ônus da parte autora provar os fatos por si alegados junto à exordial dos autos.

A respeito da inaplicabilidade do CDC, tem-se o seguinte precedente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C PERDAS E DANOS CONEXA COM MEDIDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍCIOS NOS PRODUTOS. INSURGÊNCIA DAS PARTES REQUERIDAS.

DECADÊNCIA. ARTIGO 26 DO CDC. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS ATINENTES AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ADOÇÃO DA TEORIA FINALISTA. CONSTRUTOR QUE NÃO SE CONFIGURA NO CONCEITO DE CONSUMIDOR FINAL (ART. 2º, CDC). PREJUDICIAL DE MÉRITO AFASTADA.

INEXISTÊNCIA DE PROVA QUE O PRODUTO COM VÍCIO FOI FABRICADO POR UMA DAS RÉIS/APELANTES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ÔNUS QUE CABIA À AUTORA (ART. 333, I, DO CPC). DESCUMPRIMENTO. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS DE AMBAS AS DEMANDAS. ÔNUS SUCUMBENCIAL. MODIFICAÇÃO. ENCARGO DA PARTE AUTORA.

Recursos conhecidos e providos (Apelação Cível n. 2009.007427-7, de Joinville, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 7-3-2013).

Por fim, imperioso ressaltar que, tanto na exordial dos autos quanto no apelo de fls. 350-365, se constatou a arguição da recorrente no sentido de que também teria feito o uso de serviços de transporte de mercadoria da empresa concorrente denominada “Expresso Mercúrio S/A” mediante o pagamento de tarifa por peso das mercadorias, mas que teria retornado a contratar os serviços da apelada Braspress Transportes Urgentes Ltda porque esta teria lhe oferecido uma proposta mais em conta com base no método de contabilidade de transporte de objetos a partir do peso bruto das mercadorias.

Ocorre que, ao analisar a documentação acostada junto à exordial do feito, constatou-se que não só a Braspress, mas também a empresa Expresso Mercúrio efetuou o cálculo de algumas cargas transportadas com a incidência de peso cubado, o que demonstra que a prática da “cubagem”, além de ser permitida, não foi um ato isolado e exclusivo perpetrado pela transportadora recorrida.

A respeito da referida prática, tem-se o seguinte precedente, da relatoria do Eminentíssimo Desembargador Henry Petry Júnior:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA. CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA. REVISÃO DO PREÇO - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

(1) RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE. TEORIA FINALISTA.

- A mitigação da teoria finalista é excepcionalmente admitida quando haja vulnerabilidade da pessoa jurídica que utiliza o serviço em sua cadeia de produção.

- Na espécie, todavia, não ficou demonstrada vulnerabilidade da sociedade empresária em relação ao serviço de transporte de mercadorias, que não lhe era essencial em virtude da existência de concorrência.

(2) BOA-FÉ OBJETIVA. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIAS. ALEGAÇÃO DE PREÇO SUPERIOR AO DA CONCORRÊNCIA. TABELA DE PREÇOS. “CUBAGEM”. DEVER DE INFORMAÇÃO DEMONSTRADO. LIVRES INICIATIVA E CONCORRÊNCIA PRESERVADAS.

- A cobrança pela adequação da mercadoria transportada à relação peso e volume, procedimento de “cubagem”, com base em tabela de preços à disposição da autora, não representa ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, pois cumprido o dever de informação.

- Prestado efetivamente o serviço, e ausente comprovação de abusividade de preço em relação ao praticado pela concorrência, ônus que incube à autora, prevalece o preço ajustado, em atenção à livre iniciativa e à concorrência, princípio da ordem econômica (Constituição da República, art. 170, IV) e aos usos e costumes (Código Civil, art. 113).

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Cível n. 2013.055784-6, de Criciúma, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 12-12-2013).

Desta forma, por não ter a recorrente conseguido provar os fatos constitutivos do seu direito, o desprovimento da insurgência neste ponto é medida que se impõe.

Alegações da demandante em relação aos honorários

Requer a ora insurgente a redução dos honorários advocatícios de sucumbência arbitrados pelo togado singular.

E, tem-se que o provimento do reclamo neste particular é medida impositiva.

O MM. Juiz *a quo* condenou a autora ao pagamento de estípedios de advogado no valor de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, a qual está valorada em R\$ 150.465,18 (cento e cinquenta mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e dezoito centavos).

Denota-se, portanto, que a porcentagem estipulada pelo magistrado sentenciante está em flagrante exorbitância, uma vez que, da simples contabilização dos valores a título de porcentagem consignados pelo juízo, a verba honorária de sucumbência ultrapassaria os R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Desta forma, nada obstante o distinto trabalho do respectivo patrono nos autos, tem-se que a redução do aludido patamar fixado para a monta de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa é quantia justa ao trabalho desempenhado pelo respeitável causídico.

E, por fim, com relação aos honorários recursais, “Uma vez que a sentença foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, não cabe a majoração dos honorários prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015 (Enunciado Administrativo n. 7 do STJ)” (Apelação Cível n. 0001318-86.2009.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, rela. Desa. Janice Goulart Garcia Ubialli, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 27-8-2019).

Ante o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe parcial provimento para reduzir o montante a título de honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do voto.

É o voto.

Agravo de Instrumento n. 0157153-34.2015.8.24.0000, de Itajaí

Relator: Des. Newton Varella Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO. IRRESIGNAÇÃO DE UM DOS CREDORES.

SUSTENTADA IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DAS GARANTIAS COM A NOVAÇÃO. QUESTÃO NÃO MENCIONADA NO PLANO OU NA DECISÃO. NÃO CONHECIMENTO.

ALEGADAS ABUSIVIDADES NO DESÁGIO, NA ATUALIZAÇÃO E NO PRAZO PARA ADIMPLEMENTO. CASO CONCRETO EM QUE NÃO SE VERIFICA ILICITUDE. DISPOSIÇÕES DE CONTEÚDO EMINENTEMENTE ECONÔMICO.

SUSCITADA INCONSTITUCIONALIDADE DO PLANO. TESE DE CONTRARIEDADE AO DIREITO DE PROPRIEDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DISPOSIÇÕES ECONÔMICAS QUE VISAM A, DENTRO DO POSSÍVEL, RESTITUIR OS CRÉDITOS. RECUPERAÇÃO QUE É PREFERENCIAL À FALÊNCIA, PORQUANTO PROPICIA A DEVOLUÇÃO DE MAIOR PARCELA DOS CRÉDITOS ORIGINAIS.

Em outras palavras, a perda econômica da referida sociedade é fato consolidado. Não há como retroceder ao tempo em que tinha boa saúde financeira para permitir o adimplemento de todas as obrigações. O instituto da recuperação judicial, portanto, visa exatamente a proteger a propriedade, pois extrai da situação a melhor solução de acordo com os limites da realidade.

TESE DE QUE OS MEIOS DE RECUPERAÇÃO NÃO ESTÃO ESPECIFICADOS. INSUBSISTÊNCIA. PLANO QUE DEVE SER INTERPRETADO INTEGRALMENTE. MATÉRIA ECONÔMICA EXPOSTA NOS DEMAIS CAPÍTULOS. APROVAÇÃO ASSEMBLEAR QUE SUPORTA A VIABILIDADE

Em uma interpretação apenas tangencial, fulcrada no fato de que o controle judicial é meramente legalista, nota-se que há exposição da situação atual e das projeções de faturamento, que servem de ferramentas para interpretar os meios indicados.

LEVANTADA ILICITUDE NA ESTIPULAÇÃO DE CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA O ADIMPLEMENTO DE CERTOS CRÉDITOS. NÃO OCORRÊNCIA. PROPOSTA ESPECÍFICA DIRECIONADA A CREDORES FORNECEDORES E FINANCIADORES. DISTINÇÃO JUSTIFICADA PELA COLABORAÇÃO NO REERGUMENTO DA EMPRESA.

“A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos” (REsp 1.634.844-SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.03.2019). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4015336-74.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 09-05-2019).

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0157153-34.2015.8.24.0000, da comarca de Itajaí (4ª Vara Cível), em que é Agravante Banco ABC Brasil SA, e Agravada Ampex Brasil Empreendimentos Comerciais e Participações Ltda. (em recuperação judicial):

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso em parte e, nessa extensão, negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 13 de agosto de 2019, foi presidido pela Exma. Sra. Des. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 16 de agosto de 2019.

Newton Varella Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Banco ABC Brasil SA em face de decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Itajaí que, em Ação de Recuperação Judicial, homologou o plano de recuperação judicial apresentado por Ampex Brasil Empreendimentos Comerciais e Participações Ltda. (em recuperação judicial).

Extrai-se da decisão combatida:

Nos termos do artigo 58 da Lei 11.101/05, verificando que foram cumpridas as exigências legais, homologo o plano aprovado pela assembleia geral de credores e, em consequência, concedo a recuperação judicial ao devedor, com a consequente novação dos créditos sujeitos aos efeitos da recuperação e formação de título executivo judicial em favor dos credores.

Em suas razões recursais, a parte busca a reforma da decisão sob as alegações de que (I) não há descrição pormenorizada dos meios de recuperação; (II) o plano de pagamento demonstra a inviabilidade econômica; (III) há violação da igualdade de tratamento dos créditos; e (IV) há previsão ilegal de novação dos créditos de modo a afetar suas garantias.

Recolheu preparo (fl. 30).

Contrarrazões às fls. 358/368.

É o relatório.

VOTO

1. Novação

A tese recursal mencionada busca impedir que a novação dos créditos fulmine eventuais garantias dos créditos submetidos à recuperação, em especial para manter as ações movidas contra os garantidores.

A questão, entretanto, não guarda relação com a novação mencionada no plano ou na decisão judicial, pois sequer foi mencionada a supressão de garantias pela aprovação do plano.

Mesmo que fosse o caso, há decisões desta Câmara no sentido de que disposições que eventualmente impliquem na supressão das garantias só se aplicam aos credores que com ela expressamente concordarem:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. INSURGÊNCIA DE UM DOS CREDORES QUIROGRAFÁRIOS. AVENTADA ILEGALIDADE NA SUPRESSÃO DE GARANTIAS E DO DIREITO DE AÇÃO. TESE ACATADA PARCIALMENTE. EXEGESE DO ART. 49, §1º, DA LEI 11.101/05 E DO ART. 5º, XXXV, DA CF. Se a supressão de garantias é ilegal por contrariar dispositivo da Lei 11.101/05, inexistente óbice, por óbvio, de estender esse entendimento quando a norma preterida é de ordem constitucional. RESSALVADAS AÇÕES CUJA EXTINÇÃO DECORRER DIRETAMENTE DA APROVAÇÃO DO PLANO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4001944-33.2017.8.24.0000, de Criciúma, de minha relatoria, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 16-04-2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO PARCIAL. IRRESIGNAÇÃO DOS EXCIPIENTES. TESE DE QUE A GARANTIA FIDEJUSSÓRIA É EXTINTA PELO PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA DEVEDORA PRINCIPAL. INSUBSISTÊNCIA. RESSALVA EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI 11.101/05. ALEGADA NOVAÇÃO DA DÍVIDA. NÃO OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DO CRÉDITO ORIGINAL COM EFEITOS RESTRITOS À RECUPERAÇÃO. DÍVIDA E GARANTIAS MANTIDAS. HONORÁRIOS RECURSAIS. INVIABILIDADE DE MAJORAÇÃO. EXCEÇÃO NÃO ACOLHIDA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 519 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4023593-36.2018.8.24.0900, de Brusque, de minha relatoria, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 28-05-2019).

Desse modo, constata-se que a afirmação sequer encontra respaldo no plano ou nas decisões proferidas, o que impõe não conhecer dessa parte do recurso.

2. Controle judicial do plano

A submissão do plano aprovado em assembleia geral de credores ao controle jurisdicional limita-se à constatação de sua licitude, porquanto as demais disposições, de eminente conteúdo financeiro, dizem respeito ao interesse dessa coletividade, cuja decisão se reveste de relativa estabilidade.

A questão, por sua vez, já foi tratada nesta Câmara, que adotou posicionamento no sentido de possibilitar o controle da legalidade, sem adentrar nas questões econômicas do plano:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE HOMOLOGOU O PLANO APROVADO EM ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES E CONCEDEU A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INSURGÊNCIA DE CREDORA QUIROGRAFÁRIA. MÉRITO. A) CONTROLE JUDICIAL. CONTROLE DE LEGALIDADE DO PLANO PROPOSTO. CARÁTER PREPONDERANTEMENTE CONTRATUAL DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO. DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR SOBERANA QUANTO À CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA REORGANIZAÇÃO. VEDAÇÃO AO JULGADOR DA APRECIÇÃO DA VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO SOERGIMENTO. CONTROLE

PRINCIPIOLÓGICO EXCEPCIONAL. [...]. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0032560-93.2016.8.24.0000, de Balneário Camboriú, de minha relatoria, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 07-11-2017).

[...] INSURGÊNCIA RECURSAL QUANTO AO TRATAMENTO OFERECIDO A CREDOR COM GARANTIA REAL, À FORMA DE PAGAMENTO DE DETERMINADAS DÍVIDAS E À DISPONIBILIZAÇÃO DE CAPITAL DE GIRO ÀS RECUPERANDAS - IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DAS TEMÁTICAS PELO PODER JUDICIÁRIO, O QUAL ESTÁ ADSTRITO, NOS TERMOS DA LEI N. 11.101/2005, AO CONTROLE DE LEGALIDADE - SOBERANIA DAS DELIBERAÇÕES REALIZADAS PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES - PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE SODALÍCIO - IRRESIGNAÇÃO DESPROVIDA NO PARTICULAR. [...]. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0171142-78.2013.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 31-10-2017).

[...] O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados n. 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ. [...] (REsp 1.359.311/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 9-9-2014, DJe 30-9-2014). [...]. (TJSC, Mandado de Segurança n. 4009428-02.2017.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 24-10-2017).

No caso, entre as matérias suscitadas, encontram óbice de análise daquelas relacionadas ao deságio e à forma de atualização dos créditos.

Em primeiro ponto, as estipulações assembleares resultantes, presume-se, consideram que a diminuição do valor a ser pago é preferível à alternativa da decretação de falência. Nesse sentido, extrai-se que a aprovação do plano contou com a aprovação de mais de 70% (setenta por cento) dos créditos presentes, todos pertencentes à categoria dos quirografários, já que inexistem outras submetidas à recuperação.

Ainda, em consonância com tal fundamento, vem à baila a exposição de Manoel Justino Bezerra Filho:

Pode o devedor, mediante a concordância dos credores que, reitera-se, aprovam o plano de recuperação por ele proposto, ser beneficiado pela concessão de prazos maiores para pagamento de suas dívidas ou de condições especiais, podendo até mesmo abater parte da dívida. Nesse momento, ocorre verdadeiramente um jogo político, tanto do devedor quanto dos credores. Ao devedor compete apresentar um plano viável e consistente, lembrado que um plano inconsistente levará à discordância dos credores e ao decreto de falência. Aos credores compete examinar o plano para que se veja a possibilidade de sua aprovação, cientes de que a alternativa à não aprovação é a falência, que sempre é pior do que a recuperação; no entanto, se o plano se afigura inviável, aos credores só resta mesmo a opção de discordância e conseqüente falência. Como adverte Mauro Rodrigues Penteadó (p. 73), é da própria natureza da atividade empresarial a perseguição aos interesses pessoais, e, especialmente, frente a créditos a recuperar, diz o autor corretamente, que é natural esperar ações imediatistas e até egoísticas, como é próprio do regime capitalista. Ainda assim, e novamente considerando o aspecto político em jogo, vem a propósito a observação de Adriana Valéria Pugliesi Gardino (p. 117), no sentido de que os agentes de mercado alteram seu comportamento em momentos de crise, de tal forma que podem ser guiados pelo entendimento de que a possibilidade de menores perdas é

alternativa viável à falência pura e simples. Em tal situação, a possibilidade de concordar com a recuperação pode passar a ser considerada como forma preferencial de comportamento, mesmo que a concordância leve a uma situação pior do que aquela que se esperava, se as condições permanecessem normais. (Lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 178-179).

Ainda, não se olvida da existência de decisões em sentido parecido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DESÁGIO DE 80%. Abusividade não configurada. PRAZO DE CARÊNCIA DE VINTE E QUATRO MESES PARA O PAGAMENTO DO DÉBITO EM DOZE ANOS. Tempo para reorganização da atividade produtiva. Recurso improvido. (AI n. 2170700-19.2016.8.26.0000; Rel. Hamid Bdine, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 8-2-2017, acentuei).

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CARÊNCIA DE 12 MESES. DESÁGIO DE 60%. PREVISÃO DE INCIDÊNCIA DE TAXA REFERENCIAL. PLANO EM CONFORMIDADE COM AS DECISÕES DAS CÂMARAS EMPRESARIAIS DO TRIBUNAL. IMPUGNAÇÃO DESARRAZOADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Plano de recuperação judicial. Homologação. Aprovação pela maioria dos credores em assembleia designada para tal fim. Impugnação. Descabimento

Carência de 12 meses para pagamento dos débitos. Ausência de ilegalidade. A recuperanda precisa de prazo para se reorganizar, o que justifica, ainda, o prazo de quitação das dívidas em treze anos, com pagamento progressivo.

Deságio de 60%. A Lei nº 11.101/2005 não prevê percentual de deságio, deixando a cargo dos credores referida deliberação, que certamente leva em consideração o conhecimento da situação da empresa

Previsão de Taxa Referencial e juros de 5% ao ano. Possibilidade.

Alienação de unidades produtivas. A previsão considerou a possibilidade de alienação de unidades produtivas isoladas, e os recursos daí advindos serão, seguramente, destinados ao soerguimento da empresa, exatamente como prevê o plano. A alienação observará estritamente o quanto determina o art. 142 da LRF, de modo que, ausente qualquer ilegalidade, não há razão que justifique a modificação do plano neste ponto

Carência 12 meses. Supervisão judicial. A interpretação que melhor se ajusta ao quanto determinado na Lei é admitir que o prazo de dois anos de observação judicial do cumprimento das obrigações contraídas com o Plano de Recuperação seja contado a partir do final da carência estabelecida. Essa interpretação permite que se faça o acompanhamento judicial do plano nos primeiros dois anos de cumprimento e afasta a possibilidade de uso da carência como forma de excluir a fiscalização judicial do cumprimento das obrigações do devedor, o que, evidentemente, não é o desiderato da Lei.

Recurso não provido, com observação a respeito do termo inicial da supervisão judicial. Prejudicado o agravo regimental

(AI n. 2102479-81.2016.8.26.0000; Rel. Carlos Alberto Garbi, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 13-3-2017, destaqueei)

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Homologação do plano aprovado em assembleia geral. Insurgência por haver suposta nulidade de cláusulas. Aprovação que não o torna imune à verificação, pelo Poder Judiciário, sobre

aspectos de sua legalidade e de obediência a princípios cogentes que iluminam o direito contratual. Ausência de abuso ou violação de norma jurídica a ensejar a anulação do plano. Resultado final dos vetores deságio, tempo, fator de atualização e juros, no caso concreto, que não implica sacrifício desmedido aos credores e afasta a possibilidade de anulação. Créditos quirografários com deságio de 45%, que não se mostra excessivamente elevado. Ausência de iliquidez do plano. Prazo de pagamento de 13 anos com saldo devedor atualizado. Não abusividade. Cláusula que desonera coobrigados da devedora. Anulação. Inteligência do art. 6º e do art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005. Ilegalidade de cláusula que libera garantias e desobriga devedores solidários e subsidiários. Nulidade de cláusulas pontuais que preserva as demais aprovadas pela assembleia de credores, sem a necessidade de convocação de nova assembleia. Recurso provido em parte. (AI n. 2231905-83.2015.8.26.0000, Re. Francisco Loureiro, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 5-4-2016, grifei).

Para reforçar, parte considerável desses créditos são devidos a instituições financeiras, notoriamente especializadas na matemática financeira. Diante disso, a decisão assemblear naturalmente sopesou a situação exposta e, coletivamente, decidiu que o prosseguimento da recuperação nos moldes do plano será preferível à decretação de falência.

Em adendo, o fato de parte considerável da representação ser exercida por um só mandatário – devidamente constituído – não constitui ilegalidade que implique a anulação da assembleia, até porque não há ilicitude no ato.

Assim, tanto o deságio quanto as carências e as atualizações monetárias aprovadas pela assembleia não constituem evidente ilegalidade e, como consequência, não são passíveis de controle judicial, pois constituem discussão predominantemente econômica e contratual do plano de recuperação.

3. Constitucionalidade do procedimento

A tese apresentada no tópico questiona a constitucionalidade do plano no sentido de que houve vilipêndio do direito à propriedade, representado pelo crédito. Diz que o limite de deságio na lei anterior era limitado em 50% (cinquenta por cento), com pagamento à vista.

Em conclusão, referencia suposta lacuna legislativa em relação aos limites econômicos do plano, que deveria, a seu ver, ser preenchida por equidade, considerando também que foi a própria recuperanda que se colocou em tal situação em razão da incapacidade de autoadministrar-se. Contudo, o pleito não prospera

Sob roupagem de inconstitucionalidade, as questões deduzidas são eminentemente de cunho econômico, pois guardam estreita relação com as disposições de pagamento de passivo do plano econômico.

Vale dizer, nesse aspecto, que as condições impostas aos credores através da decisão assemblear não serve como meio de premiar o devedor por seu insucesso no mercado, mas sim propiciar o melhor desfecho para a situação.

Em outras palavras, a perda econômica da referida sociedade é fato consolidado. Não há como retroceder ao tempo em que tinha boa saúde financeira para permitir o adimplemento de todas as obrigações. O instituto da recuperação judicial, portanto, visa exatamente a proteger a propriedade, pois extrai da situação a melhor solução de acordo com os limites da realidade.

Em complemento a tal fundamentação, eventual decretação de falência com o consequente afastamento do deságio não passaria de medida inócua, porquanto o crédito não seria saldado em sua totalidade: o título executivo não produziria efeitos práticos no adimplemento do crédito

Além disso, não se deve esquecer que a agravante é instituição financeira que já contrata empréstimos considerando riscos tais como a recuperação judicial. Isso se traduz diretamente no spread bancário:

Segundo os bancos, a principal razão que puxa os juros e os spreads para cima é a inadimplência. “É um dinheiro que eles perdem”, disse o economista Michael Viriato, coordenador do Laboratório de Finanças do Insper. “É como em uma distribuidora de energia ou uma faculdade: se alguns não pagam, a empresa sobe o preço de todos para cobrir o prejuízo.” (<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/02/03/juros-altos-spreadbancario.htm?cmpid=copiaecola>).

Tudo isso demonstra que a recuperação judicial respeita, nos limites do possível, o direito à propriedade, sendo que a inexistência de abusividade econômica no caso afasta qualquer inconstitucionalidade.

4. Meios de recuperação

A controvérsia nesse ponto cinge-se à previsão relativamente genérica dos meios apontados no plano para que se possibilite a recuperação. Citaram-se, naquela passagem, alguns incisos do art. 50 da Lei 11.101/05:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; [...]. (suprimido para evitar digressão).

Em suas razões, a parte agravante aponta que não há qualquer indicação de como os meios citados serão empregados na recuperação judicial, ou seja, o plano é, em termos, inepto.

Cita, em defesa desse interesse, o art. 53, I, da mesma lei:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

Acontece que as matérias do plano não devem ser interpretadas isoladamente. Isso se traduz na necessidade de apreciá-lo como um todo, observando as peculiaridades do mercado na qual a empresa se insere.

Em uma leitura apenas tangencial, fulcrada no fato de que o controle judicial é meramente legalista, nota-se que há exposição da situação atual e das projeções de faturamento, que servem de ferramentas para interpretar os meios indicados.

Em situação semelhante, já decidiu esta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE HOMOLOGOU A PROPOSTA MODIFICATIVA APROVADA EM ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ORIGINAL. INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA CREDORA QUIROGRAFÁRIA. CONTROLE DE LEGALIDADE DO PLANO PROPOSTO. CARÁTER PREPONDERANTEMENTE CONTRATUAL DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO. DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR SOBERANA QUANTO À CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA REORGANIZAÇÃO. VEDAÇÃO AO JULGADOR DA APRECIÇÃO DA VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO SOERGUMENTO. CONTROLE PRINCÍPIOLÓGICO EXCEPCIONAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE PRAZO DE PAGAMENTO E FIXAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. QUESTÕES DIRIMIDAS NO PLANO ORIGINAL E SUA ANTERIOR MODIFICAÇÃO AOS ORA IMPUGNADOS. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO CONJUNTA DOS TERMOS VIGENTES. FALTA DE INDICAÇÃO DE DATAS CONCRETAS QUE NÃO TEM O CONDÃO DE INVALIDAR A DECISÃO DA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES. SUSCITADA ILEGALIDADE NO FAVORECIMENTO DE CREDORES. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E PAR CONDITIO CREDITORUM. MEIOS DE RECUPERAÇÃO CONSTANTES DO PLANO QUE LOGRARAM ADESÃO DOS CREDORES. VIABILIDADE ECONÔMICA DA EMPRESA AFASTADA DA INGERÊNCIA JUDICIAL. OBSÉQUIO À DECISÃO MAJORITÁRIA DO CONCLAVE ASSEMBLEAR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4032354-40.2018.8.24.0000, de Guarapirangi, rel. Des. Newton Varella Júnior, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 12-03-2019).

Tal decisão também demonstra que a adesão dos credores ao plano demonstra o consenso de que o plano é viável, o que, somado aos demais argumentos expostos, afasta a referida tese.

5. Propostas diferenciadas

A outra parcela da irresignação faz menção ao fato de que há duas propostas, a “comum” e a “especial” no plano.

Consoante os estudos e as propostas apresentadas, constata-se que as diferenças mencionadas são dirigidas aos credores que optarem por colaborar com o pretendido reerguimento da empresa, pois podem obter benefícios como a diminuição do deságio e o incremento das taxas de atualização caso assim optem.

A questão já foi enfrentada por este Sodalício, cuja conclusão encontra-se em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO APROVADO EM SEGUNDA CONVOCAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. AGRAVO INTERPOSTO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA DETENTORA DE CRÉDITO QUIROGRAFÁRIO. “A recuperação judicial deverá ser ‘capaz de restabelecer o curso normal das coisas, retornando o risco da atividade ao seu titular’; a viabilidade, por sua vez, ‘deve ser demonstrada no processo para que se possa conceder a recuperação judicial’. A superação da crise econômico-financeira é, desta feita, o objetivo primordial da recuperação judicial” (Juíza de Direito da Vara Comercial de Brusque, Dra. Clarice Ana Lanzarini, em dissertação de mestrado apresentada em março/2019 sob o título “Instrumentos jurídicoeconômicos para reestruturação da empresa em crise à luz da sustentabilidade: perspectiva brasileira e européia”). CLASSE DE CREDITORES QUIROGRAFÁRIOS DIVIDIDOS EM QUATRO SUBCLASSES. HIPÓTESE QUE NÃO REPRESENTA NULIDADE DE PLANO. INTERESSES DE CREDITORES DA MESMA CLASSE DISTINTOS E PRESERVADOS. FORNECEDORES E INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENUNCIADO 57 DA I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA E DO PRÓPRIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A mera existência de subclasses de credores detentores de crédito da mesma natureza, no caso, quirografários, não induz, por si só, a qualquer nulidade, haja vista que preservados e distintos os seus interesses. Carência e deságio menores se justifica aos credores quirografários fornecedores porque alimentam a cadeia de produtividade da recuperanda e, não fosse isso, a eles se ressaltou a possibilidade de aderirem à subclasse com melhores condições, desde que aquiescessem com a redução do seu crédito. Logo, não se antevê nulidade, porque os interesses de cada subclasse foram respeitados, facultando-lhes a mudança. Na forma do Enunciado nº 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal: “o plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado”. “A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos” (REsp 1.634.844-SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.03.2019). [...]. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4015336-74.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 09-05-2019). Grifei.

No caso concreto, o suposto benefício não só se justifica para permitir a continuidade no fornecimento e no financiamento da empresa, como também não se demonstra abusivo porque a proposta foi estendida a todos os credores.

Nesse sentido, a exclusão do deságio e a aceleração do pagamento nas proporções estabelecidas não se consideram abusivas, nem constituem infração ao princípio da isonomia, porquanto o tratamento desigual decorre exatamente do “risco” que as empresas colaboradoras se dispõem a correr.

Ora, inexistente obrigação de aceitar esse risco – que é inerente ao sistema financeiro –, mas, ao optar por essa proposta especial, pode reaver parte considerável do seu crédito.

O benefício daí decorrente estende-se aos demais credores, porquanto o restabelecimento da empresa propicia o cumprimento do plano de recuperação.

Assim, as distinções não foram criadas desmotivadamente, e justificam-se pelo fato de proporcionarem melhores condições para a superação da crise econômica da recuperanda.

6. Conclusão

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso em parte e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Agravo de Instrumento n. 4016478-11.2019.8.24.0000 e Agravo Interno n. 4016478-11.2019.8.24.0000/50000, de Chapecó

Relator: Desembargador Dinart Francisco Machado

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. INSURGÊNCIA QUE OBJETIVA A CONCESSÃO DA BENESSE.

JUSTIÇA GRATUITA À PESSOA JURÍDICA (OMEDIADOR.NET EIRELI ME). NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS ENCARGOS PROCESSUAIS. OBSERVÂNCIA AO ART. 98 DO CPC/2015 E À SÚMULA 481 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CASO CONCRETO EM QUE OS DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS NÃO COMPROVAM A HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DA AGRAVANTE. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DA BENESSE. PRECEDENTES DESTA CÂMARA E DA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

“Para a concessão do benefício da justiça gratuita, temse exigido não só a simples declaração de hipossuficiência da parte, mas a juntada de outros documentos que demonstrem a real necessidade da benesse. Em se tratando de pessoa jurídica, deve o Magistrado, para fins de constatação da carência de recursos a ensejar a concessão da gratuidade da justiça, ponderar as peculiaridades da situação financeira da empresa no momento da formulação do pedido, examinando, entre outros fatores, a sua inatividade, balancetes mensais etc. Ademais, a teor do enunciado pela súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça, “faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais” (Agravo de Instrumento n. 4003929-66.2019.8.24.0000, de Porto Belo, rel. Des. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 2-7-2019).” (Agravo de Instrumento n. 4021768-07.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rela. Desa. Rejane Andersen, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 24-9-2019).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4016478-11.2019.8.24.0000 e Agravo Interno n. 401678-11.2019.8.24.0000/50000, da comarca de Chapecó 4ª Vara Cível em que é Agravante O Mediador. Net Eireli ME e Agravado Laercio Machado.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Bem assim, julga-se prejudicado o agravo interno. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Robson Luz Varella.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2019.

Desembargador Dinart Francisco Machado
Relator

RELATÓRIO

O Mediador.Net Eireli ME interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Chapecó que, nos autos da ação de locupletamento ilícito ajuizada em desfavor de Laercio Machado (n. 0304192-39.2019.8.24.0018), indeferiu o seu pedido de gratuidade da justiça (fl. 50).

Em suas razões recursais (fls. 1-49), sustentou a agravante, em síntese, que não possui condições para arcar com as custas do processo e os honorários de advogado, considerando a sua precária situação financeira. Alegou que: a) a empresa iniciou as atividades em 2008 e em meados de 2014 passou a fechar suas filiais e demitir a maioria de seus funcionários, e, a fim de tentar evitar a falência, rescindiu o contrato de locação de uma sala comercial em Itajaí e a empresa passou a funcionar no apartamento do proprietário da empresa; b) atualmente, a empresa possui apenas duas funcionárias que trabalham em casa e o gerente, cujos salários e impostos consomem o valor de R\$ 15.000,00 mensalmente, que, somados aos parcelamentos das dívidas, ultrapassa todos os meses o valor da receita; c) a agravante é devedora da importância de R\$ 16.482,24, referente a custas finais de inúmeros processos e discute uma dívida de R\$ 799.322,00 junto ao município de Itajaí e de R\$ 300.000,00 perante a Caixa Econômica Federal; d) tratando-se de pessoa jurídica, se enquadra na previsão da Súmula n. 481 do STJ; e) a agravante perfaz a condição de necessitada a que alude o art. 2º da Lei 1.060/50, merecendo a concessão do benefício pleiteado, diante da crise financeira pela qual passa a empresa; e f) existem diversos precedentes jurisprudenciais que corroboram a tese defendida no recurso.

Por tal razão, pugnou pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso para que seja reformada a decisão agravada, confirmando-se a tutela recursal pleiteada.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 176-181), e certificou-se a não localização do agravado para apresentar contrarrazões (fls. 188-189).

Contra a decisão monocrática que indeferiu o pedido de efeito suspensivo, a agravante interpôs agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC/2015 (autos n. 4016478-11-2019.8.24.0000/50000).

Aduziu, em síntese, que parcela dos ativos lançados no DEFIS, e também demonstrados por intermédio de balancetes e balanços financeiros da empresa, são “valores fantasmas”, visto que embora lançados como ativos, os valores nunca chegaram a entrar no caixa da empresa, estão parcelados e/ou nunca foram pagos pois estão em tramitação perante o poder judiciário; e, ainda assim, o passivo da empresa constitui cifra superior ao ativo da agravante, resultando em fragilidade econômica quase absoluta.

Ressaltou que a documentação anexa ao recurso comprova a situação fática da empresa, qual seja, a de pessoa jurídica necessitada, visto que o ativo gradativamente reduziu-se a cifras negativas ou quase ínfimas perto do estabelecimento inicial das atividades.

Aduziu que o balanço de 2018 demonstra um prejuízo de R\$ 72.051,44 (setenta e dois mil, cinquenta e um reais e quarenta e quatro centavos).

Alegou que a empresa se encontra endividada por conta da inadimplência de seus clientes, e que as certidões do SERASA comprovam débitos superiores a R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), além de dívidas ao Município de Itajaí, União e particulares que somam mais de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Por fim, requereu o provimento do agravo, para que lhe seja deferido o benefício da gratuidade judiciária. Formulou pedido de prequestionamento.

Vieram conclusos os autos.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu o benefício da justiça gratuita à agravante. O pedido de efeito suspensivo foi indeferido, tendo a agravante interposto agravo interno (art. 1.021 do CPC/2015).

Pois bem, no caso em apreço, a agravante OMEDIADOR.NET EIRELI - ME, atual denominação de ONEGOCIADOR.NET, ajuizou ação de locupletamento ilícito contra Laercio Machado (autos n. 0304192-39.2019.8.24.0018), almejando o pagamento da quantia de R\$ 3.100,02 (três mil cem reais e dois centavos), representada por seis notas promissórias.

O MM. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de justiça gratuita, por entender que a autora, pessoa jurídica, não pode ser considerada hipossuficiente diante da documentação acostada aos autos, que demonstra uma receita bruta anual incompatível com tal benefício.

Contra tal decisão, a autora interpôs o presente agravo de instrumento, almejando a reforma da decisão, a fim de que lhe seja deferida a gratuidade judiciária.

No entanto, entendo que a agravante não logrou êxito em comprovar sua alegada hipossuficiência, devendo ser mantido o indeferimento da benesse.

A disciplina legal para a concessão da gratuidade da justiça está atualmente prevista no art. 98 do Código de Processo Civil/2015, que determina o deferimento do benefício à pessoa natural ou jurídica com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios.

Tratando-se de pessoa jurídica, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que a concessão do benefício exige a prova objetiva e segura acerca da incapacidade financeira.

Com efeito, “[...] às empresas com fins lucrativos, a concessão do benefício só resulta autorizada quando houver prova inequívoca da sua debilidade econômica, a ponto de impossibilitá-la de arcar com as custas e despesas processuais, porquanto não milita em seu favor a presunção de hipossuficiência conferida, pela Lei n. 1.060/1950, às pessoas físicas” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.069477-0, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 16-5-2013).

No mesmo sentido, é o teor da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

Ao compulsar os autos, constata-se que, apesar de tratar-se de demanda ajuizada por pessoa jurídica, não se mostra verossímil sua alegação de hipossuficiência financeira, porquanto as informações sócio-econômicas e os balanços societários juntados ao processo indicam que a agravante possui patrimônio econômico expressivo, além de créditos a receber.

Destaca-se que o fato de existirem ações judiciais em curso, bem como débitos fiscais e/ou outras pendências financeiras, não geram a presunção, por si só, de que a agravante seja hipossuficiente, pois a existência de dificuldades financeiras da empresa e a incapacidade para arcar com as despesas normais, incluindo as despesas processuais, custas e honorários advocatícios, devem ser demonstradas juntamente com o risco de comprometer as suas atividades empresariais, o que não ficou evidenciado no caderno processual.

Aliás, o débito par com o município de Itajaí, no valor de R\$ 799.322,39 (setecentos e noventa e nove mil, trezentos e vinte e dois reais e trinta e nove centavos), encontra-se suspenso, conforme relatório de fls. 69-70.

Ainda, de acordo com o “recibo de adesão ao parcelamento do programa especial de regularização tributária do Simples Nacional” (fl. 71), o débito no valor de R\$ 18.539,88 (dezoito mil quinhentos e trinta e nove reais e oitenta e oito centavos) foi parcelado para pagamento em 46 prestações de R\$ 305,98 (trezentos e cinco reais e noventa e oito centavos).

Não há nos autos, portanto, elementos capazes de comprovar, de forma segura, a debilidade financeira da empresa agravante, porquanto ainda que existentes outros débitos pendentes, não se tem notícia de sua execução imediata.

Ressalto, ainda, que os extratos bancários juntados aos autos (atualizados até março/2019) demonstram constante entrada de créditos, apresentando saldo positivo.

Por outro lado, os documentos juntados relativos ao sócio João Carlos Franken não são relevantes, já que a agravante e o sócio possuem patrimônios distintos e a ação foi ajuizada somente pela empresa. Assim, nem seria possível a concessão da justiça gratuita ao sócio, que não é parte no processo, e o benefício deste não implicaria necessariamente em extensão do benefício à pessoa jurídica.

Destaco que a ação de locupletamento ilícito, na origem, possui valor da causa módico (R\$ 6.803,91), não se evidenciando que o pagamento de custas e eventuais honorários venham a prejudicar o funcionamento da empresa, que se encontra ativa. Ainda, a empresa sabidamente é autora em diversas demandas, nas quais busca a cobrança de dívidas contraídas por seus consumidores, sendo possível concluir que a agravante possui diversos créditos a receber.

Por fim, não se pode concluir pela hipossuficiência da empresa autora, razão pela qual deve ser mantida a decisão que indeferiu o benefício da justiça gratuita.

Em situação semelhante à presente, em que a agravante figura como recorrente, esta Corte assim se manifestou:

No caso em tela, o magistrado singular indeferiu o pleito da gratuidade sob o fundamento de que a empresa agravante não trouxe aos autos documentos que evidenciam a impossibilidade de arcar com o pagamento das despesas processuais (fls. 201-202 da origem).

Após análise dos documentos acostados – contrato social (fls. 62-66), declaração de hipossuficiência financeira (fls. 67-70), consulta completa de veículos (fls. 71-75), relatório de débitos tributários do Município de Itajaí emitido em 6-11-2018 (fls. 76-77), relatório de situação fiscal emitido em 19-11-2018 (fls. 78-79 e 98), recolhimento de impostos Simples Nacional (fl. 80), relação de processos com as custas processuais pendentes para pagamento (fls. 81-86), Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais – DEFIS, no período de 1º-1-2017 a 31-12-2017 e 1º-1-2018 a 31-12-2018 (fls. 87-97), balanço patrimonial de 1º-1-2016 a 31-12-2016 e 1º-1-2017 a 31-12-2017 (fls. 100-106), Alvará de licença para localização e funcionamento (fls. 107-115), extratos e faturas de cartão de crédito dos meses de fevereiro a maio de 2019, junto à Caixa Econômica Federal e Banco Sicoob (fls. 116-150 e 161-175) e Declaração de Imposto de Renda de pessoa física em nome de João Carlos Franken (sócio) (fls. 151-160), verifica-se, por ora, não caracterizada a situação de hipossuficiência.

Isso porque os documentos acima identificados não induzem crer que a empresa agravante não possua recursos suficientes para arcar com as despesas processuais. Embora alegue a situação financeira delicada, faz-se imprescindível a comprovação da absoluta impossibilidade de arcar com as despesas processuais para que seja concedida a benesse.

A esse respeito, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que “diferentemente do que ocorre com a pessoa física, que para concessão da justiça gratuita não precisa demonstrar exaustivamente sua hipossuficiência, a outorga desta benesse para pessoa jurídica, com fins lucrativos ou não, requer a comprovação objetiva de sua impossibilidade de arcar com as custas processuais” (AgRg. no Ag. n. 526.227/SP, Terceira Turma Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 23-8-2011).

Na hipótese dos autos, não obstante o déficit no balanço patrimonial, as dívidas tributárias pendentes de julgamento junto ao Município de Itajaí e as despesas ordinárias, não há comprovação da absoluta insuficiência econômica da parte, tampouco indicativo da existência de impedimento intransponível para custear a demanda.

Cabe registrar, ainda, que não é incomum que as pessoas jurídicas possuam dívidas frente à grande movimentação de recursos. No entanto, tal fato não é suficiente para impedir o custeio da demanda.

Aliás, nos autos do cumprimento de sentença n. 0305243-74.2018.8.24.0033/01, em que a agravante, também, pleiteou a gratuidade da justiça, o magistrado foi contundente ao indeferir a benesse, destacando que verificou outras ações de empresas similares, que se apresentam para os consumidores como se fossem uma única empresa, quais sejam: O Negociador, O Mediador, C Franklin, A&&N Cobranças e AMX do Brasil. E estas, inclusive, tiveram seus pedidos de gratuidade, formulados com base na mesma documentação aqui juntada, indeferidos (vide fls. 101-103 daqueles autos).

A propósito, grande parte dos documentos acostado aos autos pertencem a João Carlos Franken, sócio da empresa agravante que, consultando esta no sítio eletrônico da Receita Federal, observa-se que a sociedade

empresária, a qual atua em atividades de cobranças, está registrada desde 30-1-2008 e possui capital social de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Assim, não havendo nos autos documentos que comprovem a alegação, conclui-se não estar a agravante em fundada condição hipossuficiente. (Agravamento de instrumento n. 4020211-82.2019.8.24.0000, rel. Des. Rubens Schulz, j. 19-7-2019, grifei).

Colhem-se também recentes precedentes desta Câmara, em que a agravante figura como recorrente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO DA PARTE AUTORA - PESSOA JURÍDICA. PLEITO DE CONCESSÃO DO BENEPLÁCITO. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA ALEGADA INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. NECESSIDADE DA CONCESSÃO DA BENESSE NÃO COMPROVADA. EXEGESE DA SÚMULA 481 DO TRIBUNAL DA CIDADANIA. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA NA HIPÓTESE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO GUERREADA.

“Para a concessão do benefício da justiça gratuita, tem-se exigido não só a simples declaração de hipossuficiência da parte, mas a juntada de outros documentos que demonstrem a real necessidade da benesse. Em se tratando de pessoa jurídica, deve o Magistrado, para fins de constatação da carência de recursos a ensejar a concessão da gratuidade da justiça, ponderar as peculiaridades da situação financeira da empresa no momento da formulação do pedido, examinando, entre outros fatores, a sua inatividade, balancetes mensais etc. Ademais, a teor do enunciado pela súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça, “faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais” (Agravamento de Instrumento n. 4003929-66.2019.8.24.0000, de Porto Belo, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 2-7-2019). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravamento de Instrumento n. 4018048-32.2019.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Rejane Andersen, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 27-8-2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. INDEFERIMENTO. INSURGÊNCIA DA REQUERENTE. JUSTIÇA GRATUITA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 5º, LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 98 E 99, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA SÚMULA 481 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO PARA CONCESSÃO DA BENESSE. ATIVIDADE EMPRESARIAL DE COBRANÇA DE DÍVIDAS QUE MOVE EXPRESSIVO NÚMERO DE AÇÕES JUDICIAIS. PATROCÍNIO DA CAUSA QUE NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO. APRESENTAÇÃO DO BALANCETE ANUAL QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ENSEJAR A CONCESSÃO DO BENEPLÁCITO. MERA DIFICULDADE FINANCEIRA QUE NÃO INVIABILIZOU O EXERCÍCIO LABORATIVO, NEM AFETOU O PATRIMÔNIO DA SOCIEDADE. PRECARIIDADE ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravamento de Instrumento n. 4020298-38.2019.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Newton Varela Júnior, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 17-9-2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - NOTAS PROMISSÓRIAS - DECISÃO INDEFERITÓRIA DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA - INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA. JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA - DOCUMENTAÇÃO COLACIONADA AO CADERNO

PROCESSUAL QUE, APESAR DE VASTA, NÃO COMPROVA A CONDIÇÃO DE PRECARIEDADE ECONÔMICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA - HIPOSSUFICIÊNCIA QUE NÃO SE PRESUME - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 481 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEPLÁCITO - IMPOSITIVA MANUTENÇÃO DA INTERLOCUTÓRIA RECORRIDA - RECLAMO DESPROVIDO.

A teor do enunciado pela Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça, “faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”. Na hipótese “sub judice”, infere-se que a acionante juntou ao processo vasta documentação, a qual não comprova, todavia, sua impossibilidade de arcar com o pagamento das despesas processuais; e, conquanto se mostre desnecessária a demonstração de miserabilidade absoluta, no presente caso, não se tem por comprovadamente presumida a momentânea iliquidez financeira da empresa. Dessarte, ausente provas que pudessem demonstrar a incapacidade econômico-financeira da parte requerente, a manutenção da decisão de indeferimento é medida impositiva. (Agravo Interno n. 4012420-62.2019.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 10-9-2019).

Da minha relatoria:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA/AGRAVANTE. PEDIDO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. REPETIÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO CONSTANTE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE NOVOS ELEMENTOS PARA COMPROVAR O ESTADO DE MISERABILIDADE. DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS INSUFICIENTES PARA AVERIGUAR A CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DA EMPRESA AUTORA/AGRAVANTE. MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DA BENESSE. RECURSO DESPROVIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravo Interno n. 4012776-57.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 1º-10-2019).

Cito ainda precedentes de outras Câmaras desta Corte, em casos análogos ao presente, envolvendo a empresa ora agravante:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA A EMPRESA AUTORA. RECURSO DA REQUERENTE. SUSTENTADA A IMPOSSIBILIDADE DA PESSOA JURÍDICA ARCARE COM OS ENCARGOS PROCESSUAIS. TESE NÃO ACOLHIDA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS APTOS A DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE RECURSOS FINANCEIROS DA AGRAVANTE. NECESSIDADE DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO NÃO COMPROVADA. DECISUM MANTIDO. AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA A DECISÃO LIMINAR QUE INDEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA. ANÁLISE PREJUDICADA DIANTE DO JULGAMENTO DO RECURSO PRINCIPAL. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO. (Agravo de Instrumento n. 4014178-76.2019.8.24.0000, de Itapema, rel. Des. Osmar Nunes Júnior, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 26-9-2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE INDEFERIU O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. INSURGÊNCIA DA PARTE REQUERENTE. PRELIMINAR. ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA ANTE A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

MAGISTRADA QUE MOTIVA SUA DECISÃO, EMBORA DE FORMA CONCISA. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 489, § 1º, DO CPC E 93, INC. IX, DA CF NÃO CONFIGURADA. PRELIMINAR REJEITADA. 2. ALEGAÇÃO DE QUE FAZ JUS AO BENEFÍCIO POR SER PESSOA JURÍDICA EM SITUAÇÃO PRÉ-FALIMENTAR. INSUBSISTÊNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE ARCAR COM OS ENCARGOS PROCESSUAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 99, § 3º, DO NCPC E SÚMULA 481, DO STJ. BALANCETE FINANCEIRO DA DEMANDANTE QUE, EMBORA COMPROVE DÉFICIT, REVELA ELEVADO ATIVO (CIRCULANTE E NÃO CIRCULANTE). DEMONSTRATIVO DE DÍVIDA E PARCELAMENTO QUE NÃO COMPROVAM A SUA SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE. ATIVIDADES ECONÔMICAS QUE CONTINUAM SENDO EXERCIDAS NORMALMENTE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTREM A INDISPENSABILIDADE DA BENESSE PRETENDIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 4021345-47.2019.8.24.0000, de São Lourenço do Oeste, rela. Des. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 24-9-2019).

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO UNIPESSOAL QUE INDEFERIU O PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DEFICITÁRIA. MANUTENÇÃO DO DECISUM COMBATIDO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Ausentes documentos hábeis à comprovação da situação financeira deficitária, mostra-se inviável a concessão dos benefícios da justiça gratuita. (Agravado Interno n. 4012823-31.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 19-9-2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA À PARTE RECORRENTE. RECURSO DA PARTE AUTORA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA AGRAVANTE QUE NÃO DEMONSTROU OBJETIVAMENTE A PRECARIIDADE DE SUA SITUAÇÃO FINANCEIRA. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO À PESSOA JURÍDICA QUE DEPENDE DA DEMONSTRAÇÃO DE SUA INCAPACIDADE PARA ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS. EXEGESE DA SÚMULA 481, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PRECEDENTE DESTA ÓRGÃO FRACIONÁRIO. GRATUIDADE INDEFERIDA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA INCÓLUME. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 4020999-96.2019.8.24.0000, de Itajaí, rela. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 17-9-2019).

Assim, por não comprovada a necessidade do benefício almejado, impõe-se a manutenção da decisão agravada.

Por fim, fica prejudicado o agravo interno, ante o julgamento do agravo de instrumento. Aliás, cumpre destacar que no agravo interno, a agravante não trouxe novos elementos para comprovar a alegada hipossuficiência, apenas repetindo os argumentos que já havia exposto na minuta do agravo de instrumento, ressaltando que a empresa possui diversas dívidas, o que caracterizaria sua situação de hipossuficiência. Contudo, a argumentação foi analisada e rejeitada no presente julgamento, ratificando-se a decisão anterior que indeferiu o pedido de efeito suspensivo formulado pela agravante.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Bem assim, julga-se prejudicado o agravo interno.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0048913-36.2012.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. COMPRA E VENDA DE ROTAS COMERCIAIS. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, COM POSTERIOR AUTUAÇÃO PELA FAZENDA DO ESTADO DE GOIÁS. ROTA ALIENADA À DEMANDADA, PORÉM, INFRAÇÃO TIRADA EM NOME DA AUTORA. OBRIGAÇÃO DE FAZER E RESSARCIMENTO DE DANOS. IMPROCEDÊNCIA POR AUSÊNCIA DE PROVAS. APELO INTERPOSTO PELA AUTORA.

PACTUAÇÃO INCONTROVERSA ENTRE AS PARTES. AJUSTE QUE ESTABELECE QUE OS CLIENTES DE TAL ROTA COMERCIAL (SC - GOIÁS) PASSARAM À DEMANDADA. INFRAÇÕES TIRADAS JUSTAMENTE EM RAZÃO DO NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS EM GOIÁS. INFRAÇÃO POSTERIOR AO NEGÓCIO FIRMADO. ADEMAIS, PROVA ORAL QUE DÁ CONTA QUE A DEMANDADA, DURANTE UM PERÍODO DE TRANSIÇÃO, DE FATO LABOROU COM OS DADOS DA AUTORA. OBRIGAÇÃO DE FAZER, PARA QUE A RÉ ASSUMA O PARCELAMENTO FISCAL, NÃO MAIS SUBSISTENTE. RESSARCIMENTO DOS VALORES PAGOS, TODAVIA, PROCEDENTE.

Aquele que, em negociação comercial atinente a transporte interestadual de cargas, pratica infração fiscal com os dados de outrem, em período de transição operacional, deve arcar com o prejuízo, sob pena de enriquecimento ilícito.

APELO PROVIDO. CAUSA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0048913-36.2012.8.24.0038, da comarca de Joinville 2ª Vara Cível em que é apelante Transportes Bettoni Ltda EPP e apelado José Osvaldo de Oliveira Transoliveira.

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao apelo, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Tulio Pinheiro, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Machado Junior.

Florianópolis, 22 de agosto de 2019.

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela autora, Transportes Bettoni Ltda. - ME, da sentença, de lavra do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Joinville (Dr. Marco Aurélio Ghisi Machado), que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer proposta contra José Osvaldo de Oliveira Transoliveira.

A autora defendeu na inicial que alienou móveis e equipamentos de escritório, de tecnologia de informação, de carregamento de cargas, clientela e rota ao demandado. Disse que as rotas de transporte rodoviário de cargas de Goiás, Tocantins e Distrito Federal passaram ao demandado, exclusivamente.

Disse que tomou ciência de uma dívida tributária (ICMS devido em Goiás) oriunda dos Autos nº 3020316711471 e 3020317107322, nos valores de R\$ 6.630,21 e R\$ 10.723,60, concernentes a fatos ocorridos em 22.08.2006.

Todavia, malgrado as infrações estejam em seu nome e malgrado tenha parcelado o débito tributário e já esteja pagando as parcelas, foram praticadas pelo demandado, que adquiriu o direito às rotas em 04.04.2006.

Em seu apelo, inicialmente disse que o magistrado não analisou a prova oral produzida, que demonstra que a responsabilidade pelas infrações cometidas são, de fato, do demandado. Por tal razão, disse que a sentença é nula.

Após, defendeu que o contrato não é genérico, conforme entendeu o magistrado, havendo estipulação clara que o transporte nos Estados de Goiás, Tocantins e Distrito Federal somente poderiam ser feitas pelo demandado.

Pedi pelo provimento.

Contrarrazões às fls. 315/328.

É o relatório.

Decido.

VOTO

I. Tempus regit actum

A sentença recorrida foi publicada em 19.01.2018.

Portanto, para fins de admissibilidade do apelo interposto, aplica-se à lide o CPC atual, na forma do enunciado administrativo nº 3 do STJ: “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

II. Admissibilidade

Conheço do apelo interposto.

III. Caso concreto

A autora é sociedade que tem por objeto o transporte rodoviário de cargas municipal, intermunicipal, interestadual e internacional (fl. 71).

Pelos documentos amealhados na inicial, a autora comprova que, em 04 de abril de 2006, firmou contrato de compra e venda com o demandado, através da qual alienou, além de equipamentos de escritório, parte de sua frota (quatro caminhões de placas: LZW-7680; LZK-3255; MCW-8900; e, LZK-6227), além de toda a clientela de SC pertencente à rota, roteiro e itinerário de serviços prestados para os Estados de Goiás, Tocantins e Distrito Federal.

Conforme constou na cláusula segunda da avença: “toda a clientela, rota, itinerário, mencionados na cláusula primeira, passa a ser de direito exclusivo do comprador, podendo negociar diretamente com os clientes o serviço de transporte de cargas sem nenhuma interferência por parte da vendedora”.

No contrato também se ressalvou “que, a partir de 04 de abril de 2006, os vendedores e seus sócios não poderão realizar transporte rodoviário de cargas para esta clientela e rota negociadas nesta transação comercial”.

A autora também comprova que, de fato, em razão de fatos ocorridos em 22 de agosto de 2006, foi autuada pela Fazenda Pública de Goiás por deixar de comprovar a saída de mercadorias no Município de Itumbiara.

Em razão de tal autuação e para evitar maiores danos, a autora firmou acordo para parcelamento do débito.

O magistrado *a quo* considerou, na sentença, que não houve comprovação, nos autos, que as infrações que redundaram em tais autuações foram, de fato, praticadas pelo demandado, sobretudo porque, ao passo que o contrato não especificou quais vias deveriam ser obrigatoriamente seguidas pelo demandado, a autora também poderia circular pela região.

Pois bem. A primeira premissa que se deve estabelecer, ao caso, é que a sentença não é nula. O entendimento do magistrado *a quo* amparou-se no contrato firmado entre as partes, embora não tenha feito referência, na sentença, à prova oral. Mas a valoração das provas produzidas, com maior peso à documental, está dentro do seu livre convencimento, que no caso foi adequadamente motivado. O disposto no art. 93, inciso IX, da CF, portanto, não foi violado.

Disto e porque não se alega cerceamento de defesa, não há falar em nulidade da sentença com o retorno do feito para a origem. Na realidade, ao asseverar que a prova oral produzida demonstra que as infrações foram praticadas pelo demandado, a autora atém-se ao mérito.

Em segundo lugar, é de *mister* considerar que os itinerários (ou rotas comerciais) são construídos a partir dos grupos de interesses, por exemplo, de comerciantes, existentes em cada região. Assim, a premissa da autora, no sentido de que nunca poderia circular pelos territórios de Goiás, Tocantins e Distrito Federal, é, de fato, equivocada.

Tal qual concluiu o magistrado *a quo*, o contrato não proíbe a autora de atender clientes de outras rotas, ainda que o trajeto de ida ou retorno passasse por alguma rodovia de algum Município de Goiás, como, por exemplo, Itumbiara, que fica localizado justamente na divisa do Estado de Goiás e que também está na rota de Uberlândia, MG.

A despeito disto, tenho que a sentença realmente merece reforma.

O contrato é claro ao consignar que a autora não poderia realizar transporte rodoviário para clientes de SC para aquela rota/localidade - Goiás.

Com isso em mente, retira-se dos dois autos de infração que, em razão de fatos ocorridos em 22 de agosto de 2006 - portanto, bastante posteriores ao negócio firmado entre as partes em abril de 2006 -, a autora foi autuada pela Fazenda Pública de Goiás por deixar de comprovar a saída de mercadorias no Município de Itumbiara.

Veja-se a descrição do auto: “deixou de comprovar a efetiva saída do território goiano das mercadorias no valor comercial de R\$ 26.247,70, já acrescido do respectivo IVA, referentes à Nota Fiscal 310685, ao não apresentar para baixa, no posto fiscal de saída, o passe fiscal de trânsito”.

Os dois autos de infração ainda trazem como responsáveis solidários duas empresas sediadas em Apiúna (Brandili) e Guaramirim (Lunender), SC.

Significa dizer: o transporte rodoviário se realizou para a remessa de produtos de Itumbiara, em Goiás, com destino a clientes sediados em SC.

E não por outra razão o ICMS foi reclamado naquele Estado, visto que o seu fato gerador atém-se ao local do início da prestação do serviço de transporte rodoviário de cargas.

Concluiu-se, por isso, tratar-se de infração ocorrida após o negócio firmado entre as partes e justamente na localidade (rota/clientes) transferida com exclusividade ao demandado, que não nega, nos autos, ter adquirido caminhões e clientes da autora, tampouco fez prova que, na realidade, a infração teria sido praticada exclusivamente pela autora, ônus que também lhe incumbia.

Tais fatos foram ratificados pela prova oral, que consiste basicamente no depoimento dos representantes das partes.

A gerente administrativa do demandado, Suzana, ratificou que adquiriram a carteira de clientes e bens da autora e que, tão logo firmado o negócio, começaram a prestar serviços aos clientes em SC.

Salientou que, com a compra, houve uma transição e pediram a abertura de uma filial. Disse que não se recorda da data precisa da abertura da filial, razão pela qual não soube precisar se o CNPJ da autora foi utilizado.

Daniel Betoni, representante da autora, salientou que o demandado utilizou o CNPJ da autora por uns três meses até que conseguisse regularizar sua situação fiscal e filial, período no qual prestavam contas entre si. Disse que o objeto da infração não foi pago na época, “foi esquecido”, e que posteriormente o Estado reclamou os valores. Salientou que os clientes de SC, Brandili e Lunender, foram transferidos na época para a Transloiveira.

À vista de tais elementos, malgrado o demandado defenda que a autora também permaneceu com a situação ativa, isto é, prestando serviços de transportes de cargas, conclui-se que as infrações fiscais objeto dos autos nº 3020317107322 e 3020316711471, foram, de fato, praticadas pelo demandado.

O pedido de obrigação de fazer, para que o demandado assuma os pagamentos perante a Fazenda do Estado de Goiás, não mais subsiste.

É que, consoante documentos amealhados na inicial, houve o parcelamento de tal dívida, em 16.07.2012, em apenas 36 parcelas.

O pedido condenatório, atinente ao ressarcimento, deve ser julgado procedente. Porém, o *quantum debeatur* não está demonstrado nos autos, razão pela qual deverá ser apurado em etapa constitutiva posterior (art. 509, inciso II, do CPC). Sobre as parcelas pagas incidirá correção, pelo INPC-IBGE, desde a data de cada pagamento, e juros de mora, na base legal, a partir da citação.

Com a procedência da demanda e sucumbência diminuta da autora, condena-se a demandada ao pagamento de custas, despesas e honorários fixados em 15% sobre o valor da condenação ao final apurada.

É o quanto basta.

IV. Conclusão

VOTO por dar parcial provimento ao apelo para julgar a causa parcialmente procedente, readequando-se a sucumbência.

É, pois, como voto.

Apelação Cível n. 0013589-53.2010.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO AJUIZADOS PELA ESPOSA DO EXECUTADO. PENHORAS REALIZADAS SOBRE VALORES DEPOSITADOS EM 2 (DUAS) CONTAS CORRENTES: UMA DE TITULARIDADE CONJUNTA DA ORA EMBARGANTE E DE SEU CÔNJUGE, EXECUTADO; E OUTRA PERTENCENTE APENAS AO SEU CONSORTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS.

RECLAMO DA EMBARGANTE DE TERCEIRO.

PRETENDIDA REFORMA DA SENTENÇA, PARA FINS DE SE JULGAR PROCEDENTES OS EMBARGOS. IRRESIGNAÇÃO QUE DEVE SER ACOLHIDA, CONTUDO, APENAS EM PARTE.

CONTA CORRENTE CONJUNTA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE OS IMPORTES NELA DEPOSITADOS SERIAM DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DO EXECUTADO. PRESUNÇÃO, *IN CASU*, DE QUE OS VALORES PERTENCEM 50% (CINQUENTA POR CENTO) A CADA TITULAR. INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE PASSIVA RELATIVAMENTE A TERCEIROS. DETERMINAÇÃO DE LIBERAÇÃO DE METADE DO NUMERÁRIO CONSTANTE NA REFERIDA CONTA, NESSE CENÁRIO, IMPERATIVA, CONFORME PRECEDENTES. APELO PROVIDO.

CONTA CORRENTE DE TITULARIDADE EXCLUSIVA DO EXECUTADO. PEDIDO DE PROTEÇÃO À MEAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE OS IMPORTES DEPOSITADOS NA REFERIDA CONTA TAMBÉM SÃO DE PROPRIEDADE DA EMBARGANTE, UMA VEZ QUE CASADA COM O EXECUTADO EM REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. MATRIMÔNIO CONTRAÍDO SOB O REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, CONFORME CERTIDÃO JUNTADA AO FEITO. HIPÓTESE, POR OUTRO LADO, EM QUE NÃO RESTOU COMPROVADO PELA EMBARGANTE QUE O NUMERÁRIO EM QUESTÃO (OU AO MENOS PARTE DELE) LHE PERTENCERIA. ÔNUS QUE LHE CABIA, A TEOR DO ART. 333, INC. I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, ENTÃO VIGENTE. PRECEDENTES. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE DEVE SER MANTIDA NO PONTO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

NECESSÁRIA REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA, ANTE A REFORMA DA SENTENÇA OPERADA NO PRESENTE JULGAMENTO.

CONDENAÇÃO DAS PARTES AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ESTES MANTIDOS COMO FIXADOS NA ORIGEM, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0013589-53.2010.8.24.0038, da comarca de Joinville (5ª Vara Cível), em que é Apelante Alveni Colares Lopes Aguiar, e Apelado Luiz Carlos de Carvalho Silva:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para: determinar a liberação de metade do numerário constante na

Conta n. 0012654-3, da Agência n. 1673, do Banco Bradesco S.A., de titularidade da recorrente e de seu esposo; e, conseqüentemente, redistribuir a sucumbência nos termos da fundamentação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Gilberto Gomes de Oliveira e Des. Jaime Machado Junior.

Florianópolis, 21 de novembro de 2019.

Desembargador Tulio Pinheiro
Relator

RELATÓRIO

Perante o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Joinville, Alveni Colares Lopes Aguiar ajuizou embargos de terceiro, com pedido de concessão de tutela antecipada, em face de Luiz Carlos de Carvalho Silva, objetivando, em suma, o cancelamento de penhoras, efetivadas nos autos da Ação de Execução n. 038.09.037551-0, sobre valores depositados em 2 (duas) contas correntes mantidas junto ao Banco Bradesco S.A., sendo: uma conjunta, de titularidade sua e de seu esposo (Conta n. 0012654-3, da Agência n. 1673); e outra do cônjuge da embargante (Conta n. 0015939-5, da Agência n. 1673).

Na peça inicial (fls. 1/5), alegou a embargante, em síntese, que metade dos valores encontrados na Conta Corrente n. 0012654-3, que possui de forma conjunta com seu esposo, o então executado Narcelio Aguiar, lhe pertencem, de sorte que não poderiam ser constritados. No tocante à Conta Corrente n. 0015939-5, em que apenas seu consorte é titular, sustentou que os importes nela depositados também são de sua propriedade, uma vez que casada com o executado em regime de comunhão universal de bens.

Por decisão de fl. 16, Sua Excelência, dentre outros aspectos, além de conceder a gratuidade da justiça, deferiu a tutela antecipada, determinando a liberação do importe correspondente a 50% (cinquenta por cento) encontrado em cada uma das contas bancárias informadas.

Houve impugnação (fls. 20/34) e, na sequência, réplica (fls. 66/71).

Ao sentenciar antecipadamente o feito, após redistribuição à 5ª Vara Cível da comarca, o MM. Juiz Walter Santin Júnior julgou improcedentes os embargos de terceiro e, conseqüentemente, revogou a liminar deferida à fl. 17, determinando que a embargante restituísse os importes liberados. Outrossim, condenou a parte embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa (fls. 143/145).

Foram opostos embargos de declaração por Luiz Carlos de Carvalho Silva (n. 0009515-43.2016.8.24.0038), os quais restaram acolhidos, em parte, para fazer constar que a restituição das quantias deverá ocorrer na conta única vinculada à expropriatória (fls. 176/178).

Irresignada, a embargante interpôs este recurso de apelação. Nas razões do inconformismo (fls. 149/157, ratificado à fl. 163), reiterou as assertivas lançadas nos embargos ofertados. Aduziu, a propósito, que metade dos valores encontrados na Conta Corrente n. 0012654-3, que possui de forma conjunta com seu esposo e executado, lhe pertencem. No tocante à Conta Corrente n. 0015939-5, em que apenas seu cônjuge é titular, sustentou que os importes nela depositados também são de sua propriedade, uma vez que casada com o executado em regime de comunhão universal de bens.

Com as contrarrazões (fls. 165/168), subiram os autos a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Alveni Colares Lopes Aguiar contra sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiro ajuizados pela ora recorrente em desfavor de Luiz Carlos de Carvalho Silva.

No apelo ofertado, lembrando, reiterou a apelante as assertivas lançadas nos embargos ofertados. Aduziu, a propósito, que metade dos valores encontrados na Conta Corrente n. 0012654-3, que possui de forma conjunta com seu esposo e executado, lhe pertencem, de sorte que não poderiam ser constringidos. No tocante à Conta Corrente n. 0015939-5, em que apenas seu cônjuge é titular, sustentou que os importes nela depositados também são de sua propriedade, uma vez que casada com o executado em regime de comunhão universal de bens.

Razão lhe assiste, contudo, apenas em parte.

Em relação à conta corrente conjunta, não há nos autos provas de que os importes nela depositados seriam de propriedade exclusiva do executado, sendo, deste modo, imperativa a liberação de parte destes.

Isto porque a presunção, em hipóteses desse jaez, é de que os valores pertencem 50% (cinquenta por cento) a cada titular. Ademais, inexistente solidariedade passiva relativamente a terceiros.

Corroborando tal posicionamento, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. BLOQUEIO DE VALOR DEPOSITADO EM CONTA CONJUNTA. POSSIBILIDADE DE PENHORA DE 50% DO NUMERÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA DE SOLIDARIEDADE PASSIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS.

1. A conta bancária coletiva ou conjunta pode ser indivisível ou solidária. É classificada como indivisível quando movimentada por intermédio de todos os seus titulares simultaneamente, sendo exigida a assinatura de todos, ressalvada a outorga de mandato a um ou alguns para fazê-lo. É denominada solidária quando os correntistas podem movimentar a totalidade dos fundos disponíveis isoladamente.

2. Na conta conjunta solidária prevalece o princípio da solidariedade ativa e passiva apenas em relação ao banco - em virtude do contrato de abertura de conta-corrente - de modo que o ato praticado por um

dos titulares não afeta os demais nas relações jurídicas e obrigacionais com terceiros, haja vista que a solidariedade não se presume, devendo resultar da vontade da lei ou da manifestação de vontade inequívoca das partes (art. 265 do CC).

3. Nessa linha de intelecção, **é cediço que a constrição não pode se dar em proporção maior que o numerário pertencente ao devedor da obrigação, preservando-se o saldo dos demais cotitulares, aos quais é franqueada a comprovação dos valores que integram o patrimônio de cada um, sendo certo que, na ausência de provas nesse sentido, presume-se a divisão do saldo em partes iguais.**

4. No caso, a instância primeva consignou a falta de comprovação da titularidade exclusiva do numerário depositado na conta bancária pela recorrida. Contudo, não tendo ela participado da obrigação que ensejou o processo executivo, não há se presumir sua solidariedade com o executado somente pelo fato de ela ter optado pela contratação de uma conta conjunta, a qual, reitera-se, teve o objetivo precípuo de possibilitar ao filho a movimentação do numerário em virtude da impossibilidade de fazê-lo por si mesma, haja vista ser portadora do mal de Alzheimer.

5. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.184.584/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 22.04.2014) (negritou-se).

E deste Sodalício, cita-se:

PENHORA ON-LINE. BACEN-JUD. IMPENHORABILIDADE INDEFERIDA. AGRAVO DO DEVEDOR. CONTA POUPANÇA CONJUNTA. SOLIDARIEDADE DOS CO-TITULARES PERANTE A INSTITUIÇÃO DEPOSITÁRIA, NÃO PERANTE TERCEIROS. MEAÇÃO DA CÔNJUGE QUE MERECE PROTEÇÃO. **Predomina entendimento jurisprudencial no sentido que a responsabilidade solidária dos co-titulares de conta bancária, de natureza corrente ou poupança, fica circunscrita somente aos créditos da instituição depositária. Quando se trata de crédito de terceiro credor, a penhora não pode se dar em proporção maior que o numerário pertencente ao devedor da obrigação, preservando-se o saldo dos co-titular (50%).** NO MAIS, DESVIRTUAMENTO DA CONTA POUPANÇA. INTENSA MOVIMENTAÇÃO COM SAQUES, RESGATES E COMPENSAÇÕES DE CHEQUES. PENHORA DO REMANESCENTE HÍGIDA. As alegações de impenhorabilidade, seja de valores seja de bens, devem ser vistas de forma restritiva, pois que sempre se trata de exceção à regra, segundo a qual todos os bens integrantes do patrimônio do executado são passíveis, *prima facie*, de constrição judicial para o adimplemento das obrigações por si contraídas. Se a conta poupança é utilizada para movimentação rotineira e não com a finalidade de poupar, a penhora sobre tal numerário não padece de irregularidade. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 4011421-80.2017.8.24.0000, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 09.05.2019) (destacou-se).

Ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU A RESTITUIÇÃO À PARTE EXECUTADA DE 50% DO VALOR EXISTENTE EM UMA DAS APLICAÇÕES BANCÁRIAS APÓS RESERVAR O VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DAS EXEQUENTES. AVENTADA LEGALIDADE DA PENHORA. BLOQUEIO DE NUMERÁRIO VIA BACENJUD EM CONTA CONJUNTA DE TITULARIDADE DA EXECUTADA E SUA FILHA. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE A QUANTIA PERTENCIA EXCLUSIVAMENTE À DEVEDORA. PRESUNÇÃO, NESSE CASO, DE QUE CADA COTITULAR DETÉM 50% DO SALDO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE PASSIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 4024890-62.2018.8.24.0000, rel.^a Des.^a Cláudia Lambert de Faria, j. em 03.09.2019).

Por fim:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE RECONHECEU A IMPENHORABILIDADE DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) DOS VALORES BLOQUEADOS VIA BACENJUD NA CONTA CORRENTE DE TITULARIDADE DA EXECUTADA E SUA FILHA. RECURSO DO EXEQUENTE. AVENTADA A LEGALIDADE DE PENHORA DE VALORES DISPONÍVEIS EM CONTA CONJUNTA. BLOQUEIO DE NUMERÁRIO VIA BACENJUD EM CONTA CONJUNTA DE TITULARIDADE DA EXECUTADA E SUA FILHA. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE A QUANTIA PERTENCIA EXCLUSIVAMENTE À EXECUTADA. PRESUNÇÃO, NESSE CASO, DE QUE CADA UMA DAS COTITULARES É DETENTORA DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) DO SALDO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE PASSIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 4029627-45.2017.8.24.0000, rel.^a Des.^a Soraya Nunes Lins, j. em 11.10.2018).

Desta feita, outra solução não há além de acolher a irrisignação no ponto, de modo a tornar sem efeito a penhora de 50% (cinquenta por cento) dos valores depositados na conta corrente ora em debate.

Por outro lado, no tocante à conta corrente de titularidade exclusiva do executado, sorte não socorre à apelante.

A propósito, vale lembrar, que a recorrente busca a proteção à meação. Para tanto, alegou que os importes depositados na referida conta também são de sua propriedade, uma vez que casada com o executado em regime de comunhão universal de bens.

A assertiva, contudo, não procede.

A uma, porque o matrimônio em questão foi contraído sob o regime de comunhão parcial de bens, conforme certidão juntada à fl. 10.

A duas, porquanto, *in casu*, a embargante não comprovou, como deveria, a teor do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, que o numerário em questão (ou ao menos parte dele) lhe pertenceria.

Nessa senda, vale citar:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. BLOQUEIO DE VALORES. CONTA BANCÁRIA EXCLUSIVA DO DEVEDOR. MEAÇÃO DA COMPANHEIRA. LEVANTAMENTO DA CONSTRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. No caso, além de se tratar de conta individual do devedor – companheiro da embargante –, não ficou comprovado que os valores existentes na aludida conta bancária também pertencem à apelante, sendo insuficiente para tanto o fato de conviver união estável com ele desde o ano de 2003, sob o regime da comunhão parcial de bens, tendo em vista as exceções de comunicabilidade previstas no art. 1659 do Código Civil. Impossibilidade de levantamento da constrição. 2. **Em que pese os companheiros, de regra, na ausência de contrato, como no caso, tenham direito à metade do acervo comum, isso não significa que essa metade se encerre especificamente bem a bem, isoladamente, mas na totalidade dos bens, o que não foi esquadrihado na dilação probatória, ônus que competia à embargante, de modo que, e havendo a escritura pública de união estável sido**

celebrada seis anos após o ajuizamento da execução em que efetivada a penhora questionada, deve ser mantida a sentença. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, Apelação Cível, n. 70076136423, rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. em 12.04.2018) (destacou-se).

Outrossim:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CONTA BANCÁRIA EXCLUSIVA DO DEVEDOR. MEAÇÃO DA COMPANHEIRA. A presunção de que metade dos valores existentes em conta conjunta pertencem à companheira não vige quando se trata de conta exclusiva do devedor. Portanto, não havendo prova que conforte a tese da embargante de que os valores em voga pertencem a ambos, cumpre deferir o bloqueio sobre a integralidade do saldo. DERAM PROVIMENTO AO APELO. (TJRS, Apelação Cível n. 70056657349, rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. em 07.08.2014).

Nega-se, pois, provimento à irrisignação no ponto.

Ante a reforma operada neste grau de jurisdição, imperiosa a adequação do comando de restituição de valores anotados na porção dispositiva ao desfecho do presente julgamento, bem ainda dos ônus sucumbenciais.

E quanto aos encargos da derrocada, à luz do êxito obtido, sem descuidar das teses jurídicas apresentadas, responsabilizam-se ambas as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes mantidos como fixados na origem (ou seja, em 15% [quinze por cento] sobre o valor da causa (R\$ 15.524,85 [quinze mil, quinhentos e vinte e quatro reais e oitenta e cinco centavos], fl. 4), na seguinte proporção: 15% (quinze por cento) devem ser arcados pela embargante e ora recorrente, e 85% (oitenta e cinco por cento) pelo polo adverso.

Ressalva-se, contudo, a suspensão da exigibilidade das verbas sucumbenciais em relação à embargante e recorrente, porquanto beneficiária da gratuidade da justiça.

Diante do exposto, impõe-se conhecer e dar parcial provimento ao recurso, a fim de: determinar de liberação de metade do numerário constante na Conta n. 0012654-3, da Agência n. 1673, do Banco Bradesco S.A., de titularidade da recorrente e de seu esposo; e, conseqüentemente, redistribuir a sucumbência nos termos acima expostos.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0300951-67.2017.8.24.0005 e Tutela Antecipada Antecedente n. 4017690-67.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Túlio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA, CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, EM QUE SE DISCUTE A LEGALIDADE DO ENCERRAMENTO UNILATERAL DA RELAÇÃO BANCÁRIA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

DA AÇÃO COMINATÓRIA.

RECLAMO DO AUTOR.

PRELIMINAR. SUGERIDA OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ANÁLISE DESNECESSÁRIA, TENDO EM VISTA QUE, CONFORME SE VERÁ ADIANTE, O MÉRITO DO PRESENTE RECLAMO, COM RELAÇÃO À MANUTENÇÃO DO VÍNCULO BANCÁRIO, SERÁ DECIDIDO EM FAVOR DO RECORRENTE. NÃO CONHECIMENTO DO RECLAMO NO PONTO.

MÉRITO. RECURSO DA PARTE AUTORA PRETENDENDO O RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DO ENCERRAMENTO UNILATERAL DA RELAÇÃO BANCÁRIA E A CONDENAÇÃO DA CASA BANCÁRIA RÉ A REPARAR OS DANOS DE ORDEM MORAL. ACOLHIMENTO. HIPÓTESE *SUB EXAMINE* EM QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA FIMDOU, DE FORMA IMOTIVADA, VÍNCULO BANCÁRIO DE LONGA DATA – MAIS DE 7 (SETE) ANOS. AVISO PRÉVIO ENCAMINHADO PELA CASA BANCÁRIA AO CONSUMIDOR COMUNICANDO O ENCERRAMENTO DA RELAÇÃO BANCÁRIA, PORÉM, SEM A APRESENTAÇÃO DE QUALQUER JUSTIFICATIVA AO POLO CONSUMIDOR. ILEGALIDADE DO ATO CARACTERIZADA. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE ENTENDE ILEGAL A RUPTURA DA RELAÇÃO BANCÁRIA DE FORMA UNILATERAL E IMOTIVADA QUANDO ESTA É RESULTADO DE VÍNCULO DURADOURO ENTRE AS PARTES. VIOLAÇÃO AO ART. 39, INC. IX, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO BANCÁRIA QUE SE IMPÕE. DANOS MORAIS OCORRENTES. PRESUNÇÃO DECORRENTE DA IMPOSSIBILIDADE DE MOVIMENTAR A CONTA CORRENTE E DE UTILIZAR OS CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO. ENTRAVES NA VIDA COTIDIANA DO AUTOR PARA SATISFAÇÃO DE SUAS NECESSIDADES MERCANTIS DIÁRIAS QUE ULTRAPASSAM O MERO ABORRECIMENTO. ABALO MORAL CONFIGURADO. FIXAÇÃO DE R\$ 60.000,00 (SESSENTA MIL REAIS) A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO. VERBA QUE SE REVELA ADEQUADA, MORMENTE, *IN CASU*, ANTE A RECALCITRÂNCIA DA CASA BANCÁRIA NO CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL DE RESTAURAÇÃO DA RELAÇÃO BANCÁRIA EXARADA EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INDENIZAÇÃO QUE DEVE SER ACRESCIDA DE JUROS DE MORA DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS, CONTADOS DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 54 DO STJ), E DE CORREÇÃO MONETÁRIA, PELO INPC, A PARTIR DO PRESENTE JULGAMENTO (SÚMULA 362 DO STJ). NECESSÁRIA INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA, PARA CONDENAR EXCLUSIVAMENTE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ESTES ESTABELECIDOS EM 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, JÁ CONSIDERADO O LABOR DESEMPENHADO NESTA INSTÂNCIA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

TUTELA ANTECIPADA RECURSAL. ASTREINTES – FIXADAS INICIALMENTE EM R\$ 1.000,00 (MIL REAIS) POR DIA DE DESCUMPRIMENTO, LIMITADAS A R\$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS),

E, ANTE A RECALCITRÂNCIA DA CASA BANCÁRIA, A DESPEITO DE INCLUSIVE INTIMADA A DIZER SOBRE SUA INAÇÃO, INCREMENTADAS PARA R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS) POR DIA DE DESCUMPRIMENTO, COM LIMITAÇÃO A R\$ 60.000,00 (SESSENTA MIL REAIS). RATIFICAÇÃO DA SANÇÃO QUE SE IMPÕE. POSTULAÇÕES ULTERIORES, DE MAJORAÇÃO DAS ASTREINTES E DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL PARA APURAÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, EM RAZÃO DA INÉRCIA NO CUMPRIMENTO DE LIMINAR ANTECIPATÓRIA RECURSAL, QUE DETERMINOU O RESTABELECIMENTO DA RELAÇÃO BANCÁRIA. INDEFERIMENTO. MULTA COMINATÓRIA QUE JÁ FOI OBJETO DE MAJORAÇÃO POR DECISÃO UNIPessoal ULTERIOR DESTA RELATORIA E QUE RESTA CONFIRMADA NO PRESENTE JULGAMENTO. NOVO AUMENTO DESNECESSÁRIO, SEJA ANTE O MONTANTE LIMITADOR JÁ APLICADO, QUE ESPELHA O MESMO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL ARBITRADO NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO, SEJA EM RAZÃO DA PROLAÇÃO DO PRESENTE ACÓRDÃO, QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO COMINATÓRIA SOB ENFOQUE. EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER, NADA OBSTANTE, QUE POSSIBILITARÁ SUA CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS, EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL PARA APURAÇÃO DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, OUTROSSIM, QUE SE MOSTRA INVIÁVEL, POR ORA, NO CASO EM COMENTO, CONSIDERANDO QUE O FEITO DO QUAL DERIVA O PRESENTE INCIDENTE AINDA ESTÁ EM SUA ETAPA COGNITIVA. NORMA PENAL QUE RECLAMA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.

TUTELA ANTECIPATÓRIA RECURSAL RATIFICADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300951-67.2017.8.24.0005, da comarca de Balneário Camboriú (Vara Regional de Direito Bancário), em que é Apelante Eduardo Francisco Phillips e Apelado Banco Bradesco S.A.; e de Tutela Antecipada Antecedente n. 4017690-67.2019.8.24.0000, da Comarca de Balneário Camboriú (Vara Regional de Direito Bancário), em que é Requerente Eduardo Francisco Phillips e Requerido Banco Bradesco S.A:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, 1) no tocante à Apelação Cível n. 0300951-67.2017.8.24.0005, conhecer e dar provimento ao recurso, a fim de julgar procedente a demanda, de modo a determinar à instituição financeira ré que mantenha o vínculo bancário debatido nos exatos termos contratados pelas partes, além de condená-la ao pagamento: **a)** de indenização por danos morais, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso, e de correção monetária, pelo INPC, a partir da presente decisão; **b)** das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, estes no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, já considerado o labor profissional desempenhado nesta Instância; e 2) relativamente à Tutela Antecipada Antecedente n. 4017690-67.2019.8.24.0000, ratificar a decisão deferida às fls. 44/49, com as alterações realizadas pela decisão de fls. 62/63, e indeferir, porém, os pedidos de nova majoração das astreintes e de instauração de inquérito policial para apuração do crime de desobediência, deduzidos na petição de fls. 70/71 do feito incidental em questão. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Gilberto Gomes de Oliveira e Des. Jaime Machado Junior.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Tulio Pinheiro
Relator

RELATÓRIO

Autos n. 0300951-67.2017.8.24.0005.

Perante o Juízo da Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Balneário Camboriú, Eduardo Francisco Philipps ajuizou ação de natureza cominatória em face de Banco Bradesco S.A., objetivando obstar o encerramento de relacionamento bancário existente entre as partes.

Na peça inicial, narra o demandante, em síntese, que é cliente da instituição bancária ré há mais de 7 (sete) anos, sendo detentor de conta corrente com intensa movimentação financeira, além de possuir vários cartões de crédito e débito a ela vinculados.

Segundo aduz, há cerca de 6 (seis) meses, inesperadamente, o gerente da instituição financeira ré lhe informou que o banco não mais possuía interesse em mantê-lo como cliente, fato que impeliu-o a realizar a retirada dos valores de aplicações e a iniciar o encerramento de seu relacionamento com a instituição financeira.

Narra, todavia, que posteriormente foi surpreendido com a informação de seu gerente de que tal situação não passava de um equívoco e que seu relacionamento com a instituição financeira requerida seria mantido, pelo que retomou a utilização dos serviços bancários. Informa, nada obstante, que, além de ter passado por situação constrangedora no dia 10.01.2017, ante a tentativa inexitosa de utilizar seus cartões de crédito por estarem “cancelados”, também, de maneira repentina e arbitrária, “no dia 20/01/2017, recebeu correspondência do banco, informando que a sua conta será encerrada em 10/02/2017”. Defende, neste cenário, ser ilegal o encerramento unilateral do relacionamento bancário havido entre as partes, além de reforçar que tal prática lhe ocasionou muitos transtornos e forte abalo emocional. Ao final, postula a procedência da presente demanda, para que seja “condenado o Réu na obrigação de não fazer para se abster de encerrar/rescindir a conta do Autor e demais serviços bancários (cartão de crédito e débito, cheques e afins), bem como no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais)” (fls. 1/23). Apresentou, com a exordial, os documentos de fls. 25/55.

Recebida a peça inicial, Sua Excelência deferiu a tutela de urgência postulada (fls. 68/73), a fim de “determinar que a instituição financeira ré se abstenha de encerrar ou rescindir a conta bancária do autor, bem como dos demais serviços bancários (cartões de crédito, de débito, cheques, investimentos, etc), ou, acaso já tenha procedido ao encerramento/cancelamento da conta ou dos serviços, que proceda ao imediato restabelecimento, sob pena, em quaisquer das hipóteses, de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais)”.

A financeira ré apresentou contestação (fls. 81/92). Na peça defensiva, a casa bancária sustenta, em suma, que: “o autor é titular da conta corrente nº 0030870-6, agência 2339, e, de acordo com os sistemas do banco, ela se encontra ativa”; o acionante “foi previamente notificado acerca do encerramento da conta, bem como dos produtos vinculados a ela como cartão de crédito, cheque especial, etc, conforme correspondência juntada por ele às fls. 47/49 dos autos”; “diferentemente do que o autor alega, verifica-se que as aplicações que ele mantinha no banco se encontram ativas e rendendo dividendos”; “o procedimento no caso em questão atendeu aos requisitos previstos no art. 12 da Resolução 2,025/93 do BACEN que regulamenta a abertura, manutenção e movimentação de contas depósito”; e que estão ausentes os requisitos da responsabilidade civil, bem como a comprovação dos danos morais. Sucessivamente, pugnou que a fixação de danos morais tenha como termo *a quo* de incidência decisão que torne definitivo o exato *quantum* fixado.

Após réplica (fls. 108/111), realizou-se audiência, na qual foi determinada a suspensão do feito, pelo prazo de 90 (noventa) dias, para tratativas de acordo entre os litigantes (fl. 131).

Ato contínuo, a parte autora peticionou informando que não houve transação. Outrossim, requereu a produção de prova oral (fls. 132/133).

Em seguida, o MM Juiz Osmar Mohr sentenciou o feito, de modo a julgar improcedentes os pedidos formulados na demanda e a revogar a tutela de urgência anteriormente concedida. Condenou, ainda, a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 85, § 2º, do atual Código de Processo Civil (fls. 134/141).

Irresignado, o demandante interpôs recurso de apelação (fls. 145/163). Em suas razões recursais, sugeriu, de início, a ocorrência de cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, o que impossibilitou a produção de prova oral. No mérito, reiterou os fatos e as teses levantadas na exordial. Enfatizou, neste aspecto, que o encerramento da relação bancária entre as partes, dado ser caráter consumerista e vínculo duradouro, deu-se de forma ilícita, na medida em que foi arbitrária e imotivada. Outrossim, salientou que tal prática ocasionou-lhe prejuízos de ordem moral.

Com as contrarrazões (fls. 180/187), ascenderam os autos a esta Corte.

Processo n. 4017690-67.2019.8.24.0000.

Já neste Areópago, Eduardo Francisco Philipps, em incidente próprio e apartado (Autos n. 4017690-67.2019.8.24.0000), formado a partir de petição protocolizado diretamente nesta Corte logo após a prolação da sentença de improcedência reportada linhas acima, formulou pedido com base no art. 1.012, § 3º, do atual Código de Processo Civil, com o escopo de conferir efeito suspensivo ao referido decreto na porção em que revogou a liminar.

Por meio de decisão monocrática deste relator, referido intento restou acolhido, de modo a suspender os “efeitos da sentença de improcedência, prolatada nos Autos n. 0300951-67.2017.8.24.0005, para restabelecer in totum a liminar anteriormente concedida naqueles autos, que determinou ‘que a

instituição financeira ré se abstenha de encerrar ou rescindir a conta bancária do autor, bem como dos demais serviços bancários (cartões de crédito, de débito, cheques, investimentos, etc), ou, acaso já tenha procedido ao encerramento/cancelamento da conta ou dos serviços, que proceda ao imediato restabelecimento, sob pena, em quaisquer das hipóteses, de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais)”, acrescentando-se, ainda, o teto máximo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) à referida penalidade (fls. 44/49).

Por meio da petição de fls. 54/56, o requerente comunicou o descumprimento da decisão proferida e requereu a majoração das astreintes.

Em decisão de fls. 62/63, majorou-se a multa para R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por dia de descumprimento, limitada a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Além disso, estipulou-se o prazo de 5 (cinco) dias para o cumprimento da ordem judicial, computado a partir da intimação pessoal do banco requerido, nos termos da Súmula n. 410 do Superior Tribunal de Justiça, a qual restou realizada à fl. 66.

Posteriormente, o requerente, em outra petição (fls. 70/71), informou a continuidade do descumprimento da liminar. Outrossim, pugnou pela majoração da astreintes e pela instauração de inquérito policial para apuração do crime de desobediência.

Em despacho de fls. 75/76, foi determinada a intimação da casa bancária para se manifestar acerca do pedido do requerente.

Intimada, a parte requerida deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestar-se (certidão de fl. 78).

Logo em seguida, o postulante reiterou os pleitos realizados às fls. 70/71 (fl. 80).

Por fim, retornou o feito conclusivo.

Este é o relatório.

VOTO

Autos n. 0300951-67.2017.8.24.0005.

O recurso, adianta-se, será analisado por tópicos.

Do exame de admissibilidade.

De início, convém ressaltar ser desnecessário o exame do pedido de reconhecimento da ocorrência de cerceamento de defesa, tendo em vista que, conforme se verá adiante, o mérito do presente reclamo, com relação à ilegalidade do encerramento da relação bancária, será decidido em favor do polo recorrente (a propósito: Apelação Cível n. 0004019-03.2011.8.24.0040, deste relator, j. em 1º.11.2018).

Dito isso, passa-se à análise das demais teses recursais.

Do encerramento da relação bancária e do dano moral.

Compulsando os presentes autos, verifica-se que o magistrado *a quo* julgou improcedente a demanda, entendendo que a casa bancária, por ter efetuado a prévia notificação de seu cliente, com prazo suficiente para o demandante ordenar sua situação, agiu no exercício regular de seu direito ao realizar, de forma unilateral, ainda que imotivadamente, o encerramento do vínculo bancário com o autor.

A parte acionante, no entanto, em suas razões recursais, sustenta que o encerramento do vínculo bancário entre as partes, por se tratar de relação de consumo e duradoura, deveria ser motivado, dando-se, *in casu*, portanto, de forma ilícita e arbitrária. Outrossim, pugna pela condenação do banco requerido ao pagamento de indenização por danos morais.

Com razão o demandante.

De início, cumpre consignar que a casa bancária acionada, em sua peça defensiva, não rebateu os fatos narrados na inicial pelo autor, sobretudo o contexto fático em que o suposto ilícito teria exsurto, a saber: a) o autor é cliente da instituição financeira há mais de 7 (sete) anos, sendo detentor de conta corrente com intensa movimentação financeira, além de possuir vários cartões de crédito e débito a ela vinculados; b) cerca de meses antes do manejo da *actio*, o gerente da agência bancária do demandante informou-lhe que a instituição financeira demandada não mais possuía interesse em mantê-lo como cliente, fato que impeliu-o a realizar a retirada de valores de aplicações, bem como a iniciar o encerramento de seu relacionamento com o banco; c) posteriormente, foi surpreendido pelo referido gestor bancário com a informação de que tudo se tratava de um equívoco e que seu relacionamento com a casa bancária seria mantido, pelo que retomou a utilização dos serviços bancários; e d) o banco notificou o autor, no dia 20.1.2017, sem apresentar motivação para tanto, noticiando que o encerramento da conta corrente e dos demais serviços prestados dar-se-ia no dia 10.2.2017.

Cinge-se a incontrovérsia, portanto, a saber se houve ou não ilegalidade no procedimento adotado pela instituição financeira para encerramento unilateral do relacionamento bancário.

Vejamos. No caso *sub examine*, conforme se observa do documento acostado à fl. 49 dos autos, a casa bancária procedeu à cientificação do autor/recorrente, seu correntista, via notificação extrajudicial datada de 10.1.2017, acerca do futuro encerramento de sua conta corrente, o qual, segundo o documento, operar-se-ia na data de 10.2.2017, advertindo aquele, outrossim, para que tomasse as providências cabíveis para efetivação da medida, tais como: retirasse ou regularizasse eventual saldo existente, restituísse cartões e folhas de cheques.

Com efeito, o entendimento que prevalece na jurisprudência desta Corte é no sentido de que não há óbice à resolução unilateral de contrato de conta corrente por parte da casa bancária, contanto que, observados os demais requisitos previstos no art. 12 da Resolução n. 2.025/93 do Bacen, seja o correntista previamente notificado a esse respeito, afinal de contas, “(...) *assim como*

o cliente não é obrigado a manter ad eternum uma conta em determinada instituição bancária, da mesma forma o banco não tem essa obrigação.” (Apelação Cível n. 2011.020309-5, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. em 2.6.2011).

Nesse sentido, inclusive, esta Câmara de Direito Comercial já decidiu em caso semelhante, em acórdão de minha relatoria e lavra (vide: Agravo de Instrumento n. 0136511-74.2014.8.24.0000, j. em 17.8.2017).

No entanto, a própria jurisprudência tem mitigado tal entendimento quando a relação bancária entre cliente e instituição financeira for de longa data, de vínculo duradouro, pois, nestes casos, exsurge uma obrigação ao banco, por conta do princípio da boa-fé, de manter a relação negocial existente, ressalvada a apresentação de justificativa plausível para o desiderato.

In casu, no entanto, não obstante o consumidor tenha sido previamente comunicado acerca do encerramento da conta corrente, com a concessão de 30 (trinta) dias de prazo para o desligamento de seu vínculo bancário, não houve a indicação pela financeira acionada do motivo que levou à resilição do contrato, situação que está em discordância com o art. 39, inc. IX, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...) IX - **recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento**, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais. (destacou-se)

Destarte, tratando-se de contrato bancário de conta corrente de longa duração – mais de 7 (sete) anos –, em atenção ao mencionado dispositivo de defesa do consumidor, não poderia a instituição financeira, sem a devida indicação de motivo razoável da prática do ato, ter encerrado unilateralmente o vínculo bancário existente, ainda que precedido de comunicação.

A propósito, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO BANCO. CONTRATO DE CONTA-CORRENTE. ENCERRAMENTO UNILATERAL DA CONTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCABIMENTO. CONTA CONJUNTA EXISTENTE E MOVIMENTADA HÁ 30 ANOS PELOS AUTORES. AVISO PRÉVIO ENCAMINHADO, CONTUDO, SEM JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. EXEGESE DO ART. 39, IX, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DO CONTRATO E RESPECTIVA CONTA QUE SE IMPÕE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO MORAL SOFRIDO PELOS DEMANDANTES. DESNECESSIDADE. PREJUÍZO QUE SE PRESUME. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. PLEITO DE INCIDÊNCIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

INSURGÊNCIA RECURSAL DE AMBAS AS PARTES QUANTO AO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) A SER PAGO PARA CADA UM DOS AUTORES EM CONSONÂNCIA COM OS PARÂMETROS ADOTADOS POR ESTA CÂMARA EM CASOS ANÁLOGOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. Não pode o banco, por simples notificação unilateral imotivada, sem apresentar motivo justo, encerrar conta-corrente antiga de longo tempo, ativa e em que mantida movimentação financeira razoável.

2. Configurando contrato relacional ou cativo, o contrato de conta-corrente bancária de longo tempo não pode ser encerrado unilateralmente pelo banco, ainda que após notificação, sem motivação razoável, por contrariar o preceituado no art. 39, IX, do Cód. de Defesa do Consumidor.

3. Condenação do banco à manutenção das conta-correntes dos autores.

4. Dano moral configurado, visto que atingida a honra dos correntistas, deixando-os em situação vexatória, causadora de padecimento moral indenizável. 5. Recurso Especial provido. (REsp 1277762/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 13-8-2013) (Apelação Cível n. 2015.065911-5, rel.^a Des.^a Rejane Andersen, j. em 02.02.2016) (negritou-se).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA. ALMEJADA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DEFERIMENTO PELO JUÍZO DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO NESSE TÓPICO. **ENCERRAMENTO UNILATERAL DA CONTA CORRENTE DA AUTORA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA À AUTORA QUE NÃO EXPLICITA A MOTIVAÇÃO DO PRETENSO TÉRMINO DA RELAÇÃO NEGOCIAL, TAMPOUCO ASSINALA PRAZO PARA A TOMADA DE PROVIDÊNCIAS. IMPOSSIBILIDADE DO ENCERRAMENTO IMOTIVADO.** MANUTENÇÃO DO CONTRATO QUE SE IMPÕE. REFORMA DA SENTENÇA NO ITEM. (...) RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível n. 0309581-62.2016.8.24.0033, rel.^a Des.^a Soraya Nunes Lins, j. em 08.03.2018) (destacou-se).

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS”. ENCERRAMENTO UNILATERAL E SEM MOTIVAÇÃO DE CONTA BANCÁRIA. TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA POR AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. REQUISITOS AUTORIZADORES PRESENTES. JURISPRUDÊNCIA ATUAL VOLTADA EM SENTIDO DIVERSO. VERIFICAÇÃO DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DO DANO. DECISÃO REFORMADA. A jurisprudência atual tem se orientado no sentido de que é ilegal a abrupta e imotivada rescisão de contratos bancários por instituição financeira; serviço essencial, cuja ruptura unilateral aponta possibilidade de perigo de lesão grave ou de difícil reparação (Agravo de Instrumento n. 4011372-73.2016.8.24.0000, rel.^a Des.^a Janice Goulart Garcia Ubiali, j. em 12.12.2017).

Nesse mesmo norte, vale registrar a existência de precedente da Corte da Cidadania, que dispõe: “*Configurando contrato relacional ou cativo, o contrato de conta-corrente bancária de longo tempo não pode ser encerrado unilateralmente pelo banco, ainda que após notificação, sem motivação razoável, por contrariar o preceituado no art. 39, IX, do Cód. de Defesa do Consumidor*” (REsp n. 1.277.762/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 4.6.2013).

Assim, por não ter sido a resilição motivada, nem ao menos com a apresentação de justificativa plausível em sede de contestação, mostra-se irregular o encerramento do relacionamento bancário promovido pela instituição financeira ré.

Dessa forma, impõe-se a reforma da sentença, a fim de determinar que a instituição financeira mantenha o vínculo bancário debatido nos exatos termos contratados pelas partes.

No que toca aos danos morais, outrossim, porquanto configurado o ilícito por parte da casa bancária acionada, mostra-se evidente sua ocorrência.

Isto porque, uma vez impossibilitado, diga-se, de forma irregular, de movimentar sua conta corrente e de utilizar seus cartões de crédito/débito, o autor certamente experimentou inúmeros entraves em sua vida cotidiana – dificuldade de disponibilização de capital e crédito para satisfação de suas necessidades diárias –, restando, portanto, estreme de dúvidas, configurado abalo moral.

A propósito, em caso semelhante decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ENCERRAMENTO UNILATERAL DE CONTA CORRENTE SEM A PRÉVIA COMUNICAÇÃO À CONSUMIDORA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO BANCO DEMANDADO. PLEITO OBJETIVANDO A REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE TER COMPROVADO O ENVIO DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA À CONSUMIDORA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO BLOQUEIO DO CARTÃO ANTES DO PRAZO DELIMITADO (30 DIAS), BEM COMO DO ABALO MORAL AVENTADO. INSUBSISTÊNCIA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA RECEBIDA APÓS A FORMALIZAÇÃO DO ENCERRAMENTO DA CONTA CORRENTE E DA INDISPONIBILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS VINCULADOS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DO BANCO DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. ILÍCITO CONFIGURADO. EXEGESE DO ARTIGO 14 DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. **ABALO MORAL DECORRENTE DO SÚBITO IMPEDIMENTO DO USO DA CONTA E DO CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO INCONTESTÁVEL. DEVER DE INDENIZAR VERIFICADO. SENTENÇA MANTIDA NESTE ASPECTO. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PEDIDO DA AUTORA DE MAJORAÇÃO DA QUANTIA ARBITRADA. PLEITO DO REQUERIDO DE MINORAÇÃO DO VALOR. INSUBSISTÊNCIA. QUANTUM FIXADO QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, ALÉM DE MANTER O CARÁTER PEDAGÓGICO E INIBIDOR NECESSÁRIO À REPRIMENDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA, EX VI DO ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO DO DEMANDADO CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DA AUTORA CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0302434-02.2017.8.24.0113, rel. Des. Denise Volpato, j. em 2.10.2018) (destacou-se).**

Neste mesmo sentido, colige-se precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ENCERRAMENTO UNILATERAL DE CONTA CORRENTE. CONTA UTILIZADA PARA RECEBER BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DANO MORAL CONFIGURADO.

I. O contrato de conta corrente bancária de longo tempo não pode ser encerrado unilateralmente pelo banco, ainda que após notificação, sem motivação razoável, por contrariar o preceituado no art. 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do STJ.

II. Dano moral configurado, tendo em vista a conduta abusiva da instituição financeira que, imotivadamente, decidiu pelo encerramento unilateral da conta corrente utilizada pela apelada para receber seu benefício previdenciário, causando padecimento moral considerável para a correntista.

III. O *quantum* indenizatório deve ter o condão de prevenir, de modo que o ato lesivo não seja praticado novamente, bem como deve possuir um caráter pedagógico. Deve-se atentar, ainda, em juízo de razoabilidade, para a condição social da vítima e do causador do dano, da gravidade, natureza e repercussão da ofensa, assim como um exame do grau de reprovabilidade da conduta do ofensor, e de eventual contribuição da vítima ao evento danoso. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível n. 70078063153, rel.^a Des.^a Liege Puricelli Pires, j. em 13.9.2018).

No que tange ao *quantum* indenizatório, prepondera na jurisprudência entendimento segundo o qual a valoração dos danos morais deve levar em conta: as circunstâncias específicas do evento danoso, a condição econômico-financeira das partes, a gravidade da repercussão da ofensa, o viés pedagógico da sanção, e, por fim, o *“bom senso, para que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, nem irrisória, que não lhe propicie uma compensação para minimizar os efeitos da violação ao bem jurídico”* (Apelação Cível n. 2010.064477-9, rel.^a Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

Nessa esteira, cotejando-se os critérios acima mencionados com as peculiaridades descritas do caso concreto, arbitro em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) o montante devido a título de indenização por danos morais à parte autora, sobre o qual deverão incidir juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso (encerramento da conta), e correção monetária, a partir desta data, a teor do que dispõe a Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Ad argumentandum tantum, vale registrar, consoante se observará a seguir, por ocasião da ratificação da tutela antecipada recursal concedida neste Tribunal, que a casa bancária acionada recalcitra em cumprir a decisão concessiva da liminar para manutenção/restabelecimento da conta bancária e dos demais serviços bancários (cartões de crédito, de débito, cheques, investimentos, etc) da parte autora, de modo a fazer perdurar a situação fática embasadora do abalo moral.

Da sucumbência.

Considerando que o julgamento proferido nesta instância reformou integralmente a sentença, imperiosa a inversão dos ônus sucumbenciais, para condenar a casa bancária requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, já considerado o labor desempenhado nesta Instância.

Conclusão dos Autos n. 0300951-67.2017.8.24.0005.

Ante o exposto, conhece-se do apelo para dar-lhe provimento, a fim de julgar procedente a demanda, de modo a determinar à instituição financeira ré que mantenha o vínculo bancário debatido nos exatos termos contratados pelas partes, além de condená-la ao pagamento: **a)** de indenização por danos morais, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso, e de correção monetária, pelo INPC, a partir da presente decisão; **b)** das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, estes no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, já considerado o labor profissional desempenhado nesta Instância.

Do Processo n. 4017690-67.2019.8.24.0000.

Vê-se, ainda, que Eduardo Francisco Philipps, em incidente próprio e apartado (Autos n. 4017690-67.2019.8.24.0000), formado a partir de petitório protocolizado diretamente a esta Corte logo após a prolação da sentença de improcedência reportada linhas acima, formulou pedido com base no art. 1.012, § 3º, do atual Código de Processo Civil, com o escopo de conferir efeito suspensivo ao referido decreto na porção em que revogou a liminar.

Por meio de decisão monocrática deste relator, referido intento restou acolhido, de modo a suspender os “efeitos da sentença de improcedência, prolatada nos Autos n. 0300951-67.2017.8.24.0005, para restabelecer in totum a liminar anteriormente concedida naqueles autos, que determinou ‘que a instituição financeira ré se abstenha de encerrar ou rescindir a conta bancária do autor, bem como dos demais serviços bancários (cartões de crédito, de débito, cheques, investimentos, etc), ou, acaso já tenha procedido ao encerramento/cancelamento da conta ou dos serviços, que proceda ao imediato restabelecimento, sob pena, em quaisquer das hipóteses, de multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais)’”, acrescentando-se, ainda, o teto máximo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) à referida penalidade (fls. 44/49).

Por meio de petição de fls. 54/56, o requerente comunicou o descumprimento da decisão proferida e requereu a majoração das astreintes.

Em decisão de fls. 62/63, majorou-se a multa para R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por dia de descumprimento, limitada a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Além disso, estipulou-se o prazo de 5 (cinco) dias para o cumprimento da ordem judicial, computado a partir da intimação pessoal do banco requerido, nos termos da Súmula n. 410 do Superior Tribunal de Justiça, a qual restou realizada, consoante documento de fl. 66.

Posteriormente, o requerente, por nova petição (fls. 70/71), informou a continuidade do descumprimento da liminar. Outrossim, pugnou pela majoração da astreintes e pela instauração de inquérito policial para apuração do crime de desobediência.

Em despacho de fls. 75/76, foi determinada a intimação da casa bancária para se manifestar acerca do pedido do requerente.

Intimada, a parte requerida deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestar-se (certidão de fl. 78).

Logo em seguida, o postulante reiterou os pleitos realizados às fls. 70/71 (fl. 80).

Em seguida, vieram os autos conclusos para análise.

Pois bem. A decisão que deferiu a tutela antecipada recursal, de fls 44/49, com as alterações realizadas por aquela de fls. 62/63 (que majorou as astreintes), é de ser conservada nos seus exatos termos, sem qualquer nova modificação tendente a majorar o valor da multa cominatória.

É que o presente acórdão, como visto alhures, deu provimento à Apelação Cível n. 0300951-67.2017.8.24.0005, para julgar procedentes os pedidos formulados na ação cominatória, a fim de determinar que a instituição financeira mantenha o vínculo bancário nos exatos termos contratados pelas partes, bem assim para condená-la ao pagamento de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a título de indenização por danos morais à parte autora.

Com a entrega definitiva da prestação jurisdicional, descabe, doravante, falar em majoração de astreintes para compelir o cumprimento de decisão antecipatória da tutela recursal – sobretudo ante a adequação de seu valor limite, que espelha, como visto, o importe indenizatório estipulado nesta *actio*, fixado linhas acima –, de modo que eventual descumprimento do presente acórdão ensejará direito ao autor de, em sede de liquidação de sentença, postular a conversão da ação cominatória em perdas e danos, a teor do art. 816 do Código de Processo Civil vigente, que dispõe que:

Art. 816. Se o executado não satisfizer a obrigação no prazo designado, é lícito ao exequente, nos próprios autos do processo, requerer a satisfação da obrigação à custa do executado ou perdas e danos, hipótese em que se converterá em indenização.

Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.

Nada obstante, cumpre registrar, por oportuno, que, por possuírem natureza jurídica diversa, eventual conversão em perdas e danos da obrigação não afasta a possibilidade de exigência das astreintes estabelecidas nas decisões judiciais proferidas no presente incidente (referência àquela de fls. 44/49, com as alterações realizadas na de fls. 62/63 dos Autos n. 4017690-67.2019.8.24.0000), as quais ficam ratificadas no presente julgamento.

Sobre o assunto, colhe-se do magistério de Fredie Diddier Jr., Paula Sanro Braga e Rafael Oliveira:

(...) A multa tem caráter coercitivo. Nem é indenizatória, nem é punitiva. Isso significa que o seu valor reverterá à parte adversária, mas não a título de perdas e danos. O seu valor pode, por isso mesmo, cumular-se às perdas e danos (art. 461, § 2º, do CPC). A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, convencer

o devedor a cumprir a prestação. Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento. (...) (Curso de direito processual civil, vol. 2. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 408).

Destarte, deve ser indeferido o pedido de majoração.

Da mesma forma, não merece acolhida, ao menos por ora, o pleito de instauração de inquérito policial para apuração do crime de desobediência.

Com efeito, extrai-se do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

Não obstante exista previsão expressa, dentre outras medidas cabíveis, de responsabilização por crime de desobediência para os casos de descumprimento da medida, o feito do qual deriva o presente incidente ainda está em sua etapa cognitiva, não havendo motivo, ao menos nesta fase, para acolhimento do intento em face das partes, sem olvidar, outrossim, que a norma penal reclama interpretação restritiva e aplicação subsidiária quando existentes outras cominações processuais.

Acerca do tema, colhe-se precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DE GELADEIRA. FORNECEDOR DE GRANDE PORTE. AS PREVISÕES DE COMINAÇÃO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA SÃO ADMISSÍVEIS EM FACE DE TERCEIROS OU, EM RELAÇÃO ÀS PARTES, QUANDO CUIDAR O FEITO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA OU PROCESSO DE EXECUÇÃO. POR CUIDAR DE PENALIDADE, A SUA ADMISSIBILIDADE DEVE SER INTERPRETADA RESTRITIVAMENTE. ASSIM SENDO, É DESCABIDA NO CASO CONCRETO, PORQUE IMPOSTA CONTRA A PARTE, EM PROCESSO DE CONHECIMENTO. O JUÍZO PODE DETERMINAR TODAS AS MEDIDAS INDUTIVAS, COERCITIVAS E MANDAMENTAIS A FIM DE ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DAS ORDENS JUDICIAIS, SENDO CERTO QUE A CONDUTA COMISSIVA OU OMISSIVA DE QUEM A ELAS INJUSTIFICADAMENTE RESISTE CONFIGURA ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 77, I; 139, IV E 774, IV, DO CPC. O

PRAZO DE CINCO DIAS NÃO ATENTA CONTRA A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MAJORAÇÃO DE MULTA. INCONFORMISMO. O OBJETO DA DEMANDA JÁ FOI PRESTADO. E NÃO HÁ QUE SE FALAR EM NOVA FIXAÇÃO DE MULTA. AS OBRIGAÇÕES DE DAR COISA CERTA E AS OBRIGAÇÕES DE FAZER FUNGÍVEIS ENCONTRAM NO ORDENAMENTO JURÍDICO MEIO PRÓPRIO DE EXECUÇÃO QUE NÃO A FIXAÇÃO DE MULTA. AFASTADA A MAJORAÇÃO DA MULTA E A COMINAÇÃO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. RECURSO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 0002503-28.2019.8.19.0000, rel. Des. João Batista Damasceno, j. em 8.5.2019) (enlevou-se).

Era, pois, o que havia a se pontuar neste feito incidente.

Conclusão do Feito n. 4017690-67.2019.8.24.0000.

Destarte, ratifica-se a tutela antecipada recursal deferida às fls. 44/49, com as alterações realizadas pela decisão de fls. 62/63, ambas dos Autos n. 4017690-67.2019.8.24.0000, e indefere-se, porém, os pedidos de nova majoração das astreintes e de instauração de inquérito policial para apuração do crime de desobediência, deduzidos na petição de fls. 70/71 deste feito incidental.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4030734-56.2019.8.24.0000

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. “AÇÃO DE REVISÃO DE TAXA DE JUROS C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES”. MAGISTRADO A *QUO* QUE INDEFERE O PLEITO DE JUSTIÇA GRATUITA E DETERMINA O RECOLHIMENTO DAS CUSTAS INICIAIS, SOB PENA DE INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 10-10-19. INCIDÊNCIA DO PERGAMINHO FUX.

JUSTIÇA GRATUITA. VIABILIDADE DE CONCESSÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DA REQUERENTE POSITIVADA. BALIZAMENTOS DO ART. 5º, INCISO XXXV, DA “CARTA DA PRIMAVERA” E DOS ARTS. 98, *CAPUT*, E 99, §§ 2º E 3º, DO CPC/2015.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO VERGASTADA E DA CONSEQUENTE INEXISTÊNCIA DE FIXAÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL NO PRIMEIRO GRAU.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4030734-56.2019.8.24.0000, da comarca de Joinville 1ª Vara de Direito Bancário em que é Agravante Maria Virlyne de Miranda Maia e Agravado Agiplan Financeira S.A. Crédito Financiamento e Investimento.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao Agravo de Instrumento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Antônio Torres Marques, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Janice Goulart Garcia Ubialli.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2019.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de concessão de efeito ativo manejado por Maria Virlyne de Miranda Maia em face da decisão proferida pelo Magistrado oficiante na 1ª Vara de Direito Bancário da Comarca de Joinville, na “ação de revisão de taxa de juros c/c restituição de valores”, movida contra Agiplan Financeira S.A. – autos n.0311415-80.2019.8.24.0038 – que

indeferiu a justiça gratuita e determinou que a Autora recolhesse as custas iniciais, sob pena de indeferimento da inicial (fls. 55-59 dos autos originais).

Verbera a Agravante, em síntese, que: (fls. 1-7): (a) juntou ao caderno processual documentação suficiente para demonstrar sua debilidade financeira, sendo imperativo o deferimento do benefício da gratuidade judiciária; (b) a declaração de hipossuficiência deve ser presumida verdadeira na ausência de prova contrária; (c) a manutenção da decisão combatida resultará no cerceamento de seu acesso à Justiça; e (d) é necessário atribuir efeito ativo ao Reclamo, sob pena de o feito ser extinto em razão do não pagamento das custas processuais.

O efeito ativo clamado foi deferido (fls. 10-12).

Empós, com as contrarrazões (fls. 20-23) volveram os autos conclusos.

É o necessário escorço.

VOTO

Primeiramente cumpre gizar que uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, o Recurso é conhecido.

Esclarece-se, por oportuno, que a decisão recorrida se subsume ao regramento processual contido no Novo Código de Processo Civil, porquanto a publicidade do comando judicial prolatado pelo Estado-Juiz se deu em 10-10-19, isto é, já na vigência do CPC/2015.

1 Do Recurso

Pugna a Recorrente pela concessão do benefício da justiça gratuita.

Estatui a “Carta da Primavera”, em seu art. 5º, incisos XXXV e LXXIV:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Nesse tom, a Constituição Federal objetivou dar amplo acesso ao Estado-Juiz, garantindo, inclusive àqueles que não possuem condições financeiras para ver cumpridos os seus direitos, o meio legal à sua realização.

A seu turno, densificando a garantia fundamental ao acesso universal e efetivo à Justiça, o art. 98, *caput*, do Código Fux disciplinou que “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma na lei”.

Pela exegese dos aludidos enunciados normativos, deduz-se que não se pode restringir o benefício da justiça gratuita àqueles que possuem estado de miserabilidade de fato, haja vista que a norma não exige a demonstração da penúria famélica de quem a postula, mas, sim, a impossibilidade de arcar com as despesas processuais sem que para isso tenha que comprometer ou modificar a dinâmica dos seus gastos com a manutenção ordinária do seu cotidiano.

Ademais, a exigência constitucional de comprovação de insuficiência de recursos circunscreve-se à garantia da prestação de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXV), serviço público a ser prestado pelo Estado, por intermédio das Defensorias Públicas (art. 134), que abrange medidas de caráter judicial e extrajudicial, inclusive consultivo. Não se confunde, pois, com o instituto ora debatido da justiça gratuita, benefício meramente processual de isenção provisória de pagamento de despesas judiciais, sujeito a requisitos menos rigorosos para sua concessão.

Cabe ao magistrado analisar o caso concreto, podendo, se entender conveniente, fixar pontos objetivos a serem provados pela parte, para fins de evitar abusos e a banalização do instituto. No entanto, diversamente do que ocorre em relação à assistência jurídica, para fins de deferimento da justiça gratuita a dispensa de comprovação é a regra, sua exigência a exceção.

Nesse viés, estabelece o art. 99, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil de 2015 que:

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

In casu, verifica-se que a Agravante instruiu o pleito de gratuidade na origem com: (i) declaração de que não possui condições de arcar com os honorários e custas processuais sem prejuízo próprio e de sua família, de que é viúva e aposentada (fl. 18); (ii) fatura de água referente ao mês de agosto de 2018, no valor de R\$ 14,83 (fl. 20); (iii) “extrato de pagamentos” do qual se extrai que a Demandante recebe pensão por morte, o valor bruto de R\$ 998,00, e possui quatro mútuos ativos, que somados consomem R\$ 330,06 de sua renda, recebendo o valor líquido de R\$ 667,94 (fl. 21); (iv) “extrato de pagamentos” do qual se extrai que a Demandante também recebe aposentadoria por tempo de contribuição, no montante bruto de R\$ 998,00, e possui outros quatro mútuos ativos, que somados consomem R\$ 332,91 de sua renda, recebendo o valor líquido de R\$ 667,94 (fl. 22); e (v) comprovantes de isenção de imposto de renda (fls. 51-53).

Considerando os elementos suso indicados, tem-se que o valor disponível mensalmente à Insurgente para o custeio de sua subsistência e de sua família não alcança dois salários mínimos.

Além da documentação acostada atestar a hipossuficiência, não há no caderno processual qualquer indício de que a Recorrente tenha condições financeiras para arcar com as despesas processuais, ao contrário, existem elementos probatórios suficientes à pretensão.

Dessarte, outra solução não há senão deferir o beneplácito da gratuidade da justiça.

2 Da verba advocatícia recursal

No que tange aos honorários sucumbenciais recursais, por ter sido publicada a decisão vergastada na vigência do Novo Código de Processo Civil, as alterações relativas ao cálculo dos honorários advocatícios introduzidas por este novo Diploma, em tese, teriam aplicação ao caso *sub judice*, em obediência à regra de direito intertemporal no art. 14 do novo Diploma Legal.

Todavia, por não ter havido, na primeira instância, condenação ao pagamento de honorários advocatícios, dada a natureza jurídica da decisão prolatada, a fixação do estipêndio recursal neste grau de jurisdição é descabida.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao Recurso para conceder o benefício da justiça gratuita à Autora.

Comunique-se imediatamente ao Juízo *a quo*.

Apelação Cível n. 0131574-17.2013.8.24.0045, de Palhoça

Relator: Desembargador Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CUMULADA COM TUTELA ESPECÍFICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E PEDIDO LIMINAR. CANCELAMENTO DE LIMITE DE CRÉDITO (CHEQUE ESPECIAL). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PLEITO INICIAL. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ. ALEGADA LEGALIDADE EM RESTRINGIR, MAJORAR, CANCELAR OU SUSPENDER O LIMITE DE CRÉDITO UNILATERALMENTE, DESDE QUE NOTIFIQUE O CORRENTISTA. AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO DO AUTOR ACERCA DO CANCELAMENTO DO CRÉDITO QUE RESTOU INCONTROVERSA NOS AUTOS. ADEMAIS, FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE PROVOCOU A DEVOLUÇÃO DE CHEQUE POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS, APESAR DE HAVER CRÉDITO NA CONTA DO AUTOR, JÁ QUE O VALOR DAS CÁRTULAS ESTARIA DENTRO DO LIMITE DO CHEQUE ESPECIAL CONTRATADO. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. DANO PRESUMIDO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 388 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRETENDIDA MINORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO DO QUANTUM EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REDUÇÃO EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. DANOS MATERIAIS. PRETENDIDO O AFASTAMENTO DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO, EM DOBRO, PELA COBRANÇA INDEVIDA A TÍTULO DE TAXAS, TARIFAS, SEGUROS, PACOTES DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. MÁ-FÉ CONFIGURADA. SERVIÇOS NÃO CONTRATADOS PELO ACIONANTE. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DO DEMANDANTE. MANUTENÇÃO DOS ÔNUS. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA ARBITRADA NA SENTENÇA, NOS TERMOS DO ART. 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0131574-17.2013.8.24.0045, da comarca de Palhoça 2ª Vara Cível em que é Apelante Banco Santander S/A e Apelado Rafael Vagner Ferreira de Souza.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer e dar parcial provimento ao apelo. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. José Carlos Cartens Köhler e Desa. Janice Ubialli.

Florianópolis, 02 de julho de 2019.

Desembargador Sérgio Izidoro Heil
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Banco Santander Brasil S.A. em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Palhoça que, nos autos da “ação declaratória e de indenização por danos morais e materiais cumulada com tutela específica de obrigação de fazer e pedido liminar” julgou nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, I, do CPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por Rafael Vagner Ferreira de Souza em face de Banco Santander S/A, ambos qualificados nos autos, para, em decorrência: a) RECONHECER a ilegalidade do bloqueio da conta corrente nº 010015648, dos cartões de débito e crédito a ela vinculados indicados na exordial nº 4220612327202774,544731770505 9101 e 5155900381022329), do corte no limite de crédito e da prática de devolução de cheques mesmo com saldo positivo na conta bancária; b) CONDENAR a ré ao pagamento em dobro dos valores descontados indevidamente do Autor a título de taxas, tarifas, seguros e pacotes de serviços vinculados à mencionada conta, durante o período em que esta permaneceu bloqueada (desde 11/06/2013), acrescidos de correção monetária e juros de mora, na forma da fundamentação; c) CONDENAR a demandada ao pagamento em dobro dos valores descontados indevidamente (a maior) do Autor a título de empréstimos, os quais deverão ser apurados em fase de liquidação de sentença, acrescidos de correção monetária da data de cada desembolso e juros de mora à base legal a contar da citação. d) CONDENAR a requerida a título de indenização por danos morais, ao pagamento ao autor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que deverão ser acrescidos de juros de mora e correção monetária também na forma da fundamentação. e) DETERMINAR que a ré promova o desbloqueio da conta corrente em questão e forneça o cartão de débito para a movimentação financeira. Diante da sucumbência mínima da parte autora, condeno a requerida, ainda, ao pagamento da integralidade das custas e despesas processuais, além do pagamento de honorários sucumbenciais, que fixo em 10% sobre o valor da condenação (art. 85, §2º, do CPC). Diante da informação de pág.279, promova a Contadoria a regularização do recolhimento das custas iniciais (com a sua vinculação ao processo através da Assessoria de Custas do TJSC) quando da análise das custas finais. Proceda o Cartório Judicial a exclusão do SAJ dos documentos de págs. 162/169, uma vez que são documentos sigilosos e desimportantes para o feito (págs.252/259). Após o trânsito em julgado, e nada sendo requerido, arquivem-se os autos. (fls. 402/411).

Em 28.4.2015, por votação unânime, esta Quarta Câmara de Direito comercial deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pelo autor para conceder a antecipação de tutela referente ao pedido para acesso à conta corrente, limitando à visualização do saldo da conta e amortização de eventuais dívidas pendentes (fls. 262/268).

Em suas razões recursais aduz, em síntese, que: não há ilegalidade por parte da instituição financeira em restringir, majorar, cancelar o limite concedido a título de cheque especial; que não está obrigada a conceder e/ou renovar créditos aos seus clientes; entende que não é responsável pelo cancelamento da linha de crédito do autor porque este estava ciente que tal fato poderia acontecer; acredita inexistirem valores, a título de danos materiais, a ser restituídos; pretende a redução do *quantum* arbitrado a título de danos morais. Por fim, requer seja provido seu apelo. (fls. 413/426).

Contrarrazões acostadas às fls. 434/443.

VOTO

De início, vale esclarecer que tanto a prolação da decisão recorrida quanto a interposição deste recurso sucederam a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Logo, a admissibilidade recursal deve observar o regramento disposto no Código de Processo Civil de 2015, segundo estabelecido no Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Dito isso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise de suas razões.

Aduz a instituição financeira que não há ilegalidade na sua conduta em restringir, majorar ou cancelar o limite concedido a título de cheque especial. Entende que não está obrigada a conceder e/ou renovar créditos aos seus clientes. Acredita, ainda, que não é responsável pelo cancelamento da linha de crédito do autor porque este estava ciente que tal fato poderia acontecer.

Razão não lhe assiste.

Primeiramente, importante consignar que não há notícia de comunicação prévia de cancelamento do limite de crédito do autor, ônus que competia à recorrente nos termos do art. 373, II, do CPC/2015 e do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o que configura a irregularidade na conduta da recorrente.

Sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CHEQUE ESPECIAL. CANCELAMENTO SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO. DANO MORAL. REQUISITOS CONFIGURADOS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR RAZOÁVEL. 1. **Consoante jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, é abusivo o cancelamento do limite do cheque especial sem prévia notificação ao correntista, ensejando o dever de reparação do dano moral.** 2. O col. Tribunal de origem manteve a condenação do recorrido ao pagamento de indenização por danos morais, concluindo pela presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil da instituição financeira. Rever tal entendimento, nos moldes em que ora postulado, demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ, que dispõe: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” 3. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Desse modo, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 15.000,00

(quinze mil reais) a título de reparação moral decorrente da inscrição indevida em cadastro de restrição creditícia, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito, como bem consignado na decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 331923 / SP, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 20.9.2013).

No mesmo sentido, já se posicionou esta Corte de Justiça: “[...] Em que pese seja facultado às casas bancárias a concessão ou supressão do limite de crédito oferecido ao correntista de modo unilateral, por se tratar de relação contratual sujeita à legislação consumerista, detém a instituição financeira o dever de notificar o titular da conta acerca do cancelamento do aludido limite, em obediência ao direito de informação do consumidor constante do art. 6º, III, da Lei n. 8.078/1990 e ao princípio da boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil)” (Apelação n. 0001873-55.2012.8.24.0039, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara Comercial, j. 30-9-2016).

Se não bastasse, o extrato da conta corrente acostado à fl. 348 comprova que o Banco devolveu, em 1.7 e em 3.7 por ausência de fundos, cheques do autor, no valor de R\$ 1.700,00 e R\$ 2.100,00, respectivamente, muito embora houvesse crédito na conta.

Dessa forma, porque inexistente justo motivo para a devolução de referidas cédulas, deve ser mantida a responsabilização do apelante pela negligência praticada.

A respeito do assunto, a Corte Superior já sumulou a matéria, por meio do verbete 388: “A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral”.

Para corroborar o exposto, colaciona-se o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEVOUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE. DANO MORAL CARACTERIZADO. 1. A jurisprudência desta Corte tem entendimento firmado no sentido de que a instituição bancária tem o dever de reparação dos danos morais pela devolução de cheque, sem justa causa, nos termos do enunciado 388 desta Corte Superior que estabelece: “A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.” 2. O arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado pelas instâncias ordinárias com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrido e, ainda, ao porte econômico do recorrente, orientando-se pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade. A revisão desse valor demandaria o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1085084 / MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe: 16.8.2011)

No mais, pretende a casa bancária a minoração do *quantum* indenizatório.

De fato, a fixação em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) é exorbitante e em dissonância com os precedentes do STJ. Senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ART. 944 DO CC. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANOS RESULTANTES DE INDEVIDA DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não se constata a alegada violação ao art. 535 do CPC, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexistiu omissão no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pela parte recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. 2. O valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no caso em tela. 3. **No caso, o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não é irrisório nem desproporcional aos danos sofridos pelo agravado decorrentes da devolução indevida de cheque.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no AREsp 781148 / MT, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 24/02/2016. (Grifou-se).

E:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO EXORBITANTE. NECESSIDADE DE REDUÇÃO. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. Impossibilidade de revisão de valor fixado a título de danos morais, por incidência do Enunciado n. 7/STJ, salvo nas hipóteses de irrisão ou exorbitância, por violação do princípio da razoabilidade, o que se verifica no caso. 2. **Redução, na espécie, do valor fixado a título de danos morais de R\$ 40.000,00 para R\$ 15.000,00, em atenção aos parâmetros jurisprudenciais estabelecidos por este Superior Tribunal de Justiça.** 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no AREsp 634009 / SP Rel. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe: 13.4.2015). (Grifou-se).

Dessarte, deve ser reformada a sentença no ponto, reduzindo-se a indenização à R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), montante que aparenta ser justo e se afigura coerente para cumprir os fins pedagógicos e reparatórios do dano moral.

Por fim, entende a casa bancária que não deve arcar com o pagamento de indenização por danos materiais porque não houve qualquer cobrança indevida.

Melhor sorte não lhe acompanha.

Isso porque o autor teve descontados indevidamente da sua conta corrente - durante o período no qual a movimentação e o acesso estiveram bloqueados - valores provenientes de pacote de serviços, seguro, taxas e tarifas o que caracteriza enriquecimento ilícito do Banco que recebeu por serviços que não prestou.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 42, parágrafo único, estabelece que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Todavia, a jurisprudência consagrou o entendimento de que a aplicação do artigo 42 do CDC depende da ocorrência da má-fé por parte do credor, a qual deve ser cabalmente comprovada, porquanto a boa-fé se presume.

Neste sentido, colhem-se os seguintes arestos do STJ, em hipóteses análogas:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO. PROVA DE MÁ-FÉ DO CREDOR. NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DESTA CORTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A repetição de indébito em dobro prevista no Código de Defesa do Consumidor não prescinde da prova de má-fé do credor. Incidência da Súmula 83/STJ (...) (AgRg no AREsp 225.393/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23.4.2013, DJe 7.5.2013).

Mais:

A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ é firme no sentido de que a repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor (AgRg no AREsp 222.609/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.4.2013, DJe 3.5.2013).

Evidente, portanto, a impossibilidade de cobrança das rubricas já referidas em período no qual o autor estava sem acesso a sua conta, o que caracteriza, indubitavelmente, a má-fé da instituição financeira. Tal situação autoriza, assim, a devolução em dobro do indébito na forma aplicada na sentença guerreada.

Em razão da apresentação de contrarrazões pela parte adversa, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios arbitrados na sentença em 5% (cinco por cento).

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento apenas para reduzir a condenação a título de danos morais ao valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Conflito de Competência n. 0001412-59.2019.8.24.0000, de Araranguá

Relatora: Des. Janice Ubialli

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. FEITO AJUIZADO SOB O RITO DA LEI N. 9.099/95. PEDIDO DE REMESSA À JUSTIÇA COMUM APÓS INGERÊNCIA DO MAGISTRADO. INVIABILIDADE. OPÇÃO DO AUTOR QUE NÃO PODE SER ALTERADA NO CURSO DA DEMANDA. VIOLAÇÃO À DICÇÃO DO INCISO II DO ARTIGO 51 DA LEI N. 9.099/95. ADEMAIS, CAUSA DE PEQUENO VALOR E DE MENOR COMPLEXIDADE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO E ACOLHIDO.

A edição da Lei 9.099/95 se deu no afã de empregar um viés mais liberal às relações jurídicas exclusivamente privatistas, flexibilizando o protecionismo e intervencionismo estatal das normas processuais em prol da efetiva resolução construtiva da pacificação social.

Portanto, feita a opção do autor pelo procedimento sumaríssimo do sistema dos Juizados Especiais, segundo a dicção do inciso II do art. 51, “quando inadmissível o procedimento instituído por esta Lei ou o seu prosseguimento, após a conciliação” o juiz encerrará o procedimento sem julgamento do mérito.

Ademais, causa de pequeno valor e de menor complexidade probatória, cuja apuração do *quantum* depende de simples cálculo aritmético, que não pode e não deve ser afastada do sistema dos Juizados Especiais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 0001412-59.2019.8.24.0000, da comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que é Suscitante Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Araranguá e Suscitado Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Araranguá:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, acolher o conflito de competência, a fim de determinar a remessa do feito ao juízo suscitado (3ª Vara Cível de Araranguá). Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Antônio Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2019.

Janice Ubialli

Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de Conflito de Competência n. 0001412-59.2019.8.24.0000, em que é suscitante Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Araranguá e suscitado Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Araranguá, este com competência para julgamento dos processos que tramitam sob o Juizado Especial Cível.

VOTO

No presente caso, debate-se a competência para o julgamento da “Ação de Revisão de Contrato” n. 0304027-68.2018.8.24.0004.

O juízo da 3ª Vara de Direito Cível da Comarca de Araranguá, com competência para julgamento dos processos que tramitam sob o rito do Juizado Especial, determinou a intimação da parte autora para esclarecer se pretendia que a demanda continuasse a tramitar naquela unidade jurisdicional, haja vista que, nos autos revisionais n. 0301796-05.2017.8.24.0004, a Turma de Recursos havia determinado a extinção do feito (p. 15).

O autor, em petição amealhada à p. 16, requereu que o rito fosse convertido para o procedimento comum, bem como que o processo fosse distribuído à competente Vara Cível da Comarca.

O juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Araranguá, por sua vez, suscitou conflito negativo de competência por entender que não há falar em incompetência do Juizado Especial.

Pois bem.

Inicialmente, oportuno mencionar que a competência para o julgamento do presente conflito de competência não pertence à Câmara de Recursos Delegados, mas sim a este Órgão Fracionário.

É que, «ainda que o incidente tenha sido instaurado entre juizado especial cível e vara cível, se o fundamento do conflito refoge à definição da natureza da questão de fundo discutida na ação, de forma a implicar confronto entre as grandes áreas do Direito supracitadas, a competência para o processamento e julgamento do conflito de competência é de uma das câmaras isoladas que detenha competência na área do Direito coincidente com aquela em que se insere a ação» (TJSC, Conflito de competência n. 0159221-88.2014.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 6-7-2016).

Vencido o introito, passa-se à análise da competência para o julgamento dos autos n. 0304027-68.2018.8.24.0004.

Extrai-se do pedido exordial que o autor pretende apenas a revisão da taxa de juros remuneratórios, a fim de que o percentual seja limitado à média de mercado divulgada pelo Bacen, condenando-se a instituição bancária à repetição do valor indevidamente cobrado (R\$ 127,18).

Como se vê, não há óbice para que a demanda tramite sob o rito da Lei n. 9.099/95, uma vez que a apuração do quantum condenatório poderá ser obtida por simples cálculo aritmético quando do cumprimento da sentença. Além disso, é baixa a complexidade da causa e o valor a ela atribuído (R\$ 127,18) se enquadra no teto previsto no art. 3º, I, da Lei supramencionada.

A propósito, colhe-se precedentes de caso análogo, envolvendo os mesmos juízos suscitantes:

Conflito negativo de competência. **Ação revisional de contrato de financiamento para aquisição de veículo c/c repetição de indébito e indenização por danos morais** proposta no Juizado Especial Cível da comarca de Araranguá (3ª Vara Cível). **Remessa dos autos para uma das demais Varas Cíveis da mesma comarca, com procedimento comum (em atendimento a pedido da autora, após despacho informando que o feito poderia ser extinto, conforme decisão recente da Turma de Recursos, que reputou ilíquida sentença proferida em demanda semelhante). Actio originária sem complexidade e que não excede o valor equivalente a quarenta salários mínimos. Competência racione materiae do Juizado Especial Cível. Eventual apuração de valores devidos, ademais, que ocorrerá mediante mero cálculo aritmético (sem necessidade de prévia liquidação).** Precedentes desta Corte. **Opção da postulante, de demandar consoante o procedimento especial, que deve prevalecer.** Conflito acolhido. (Conflito de Competência n. 0018230-23.2018.8.24.0000, de Araranguá, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 29-8-2019, grifou-se).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. JUIZ DA 3ª VARA CÍVEL DE ARARANGUÁ, COM COMPETÊNCIA PARA OS CASOS CÍVEIS DE MENOR COMPLEXIDADE (LEI 9.099/95), QUE DETERMINA A INTIMAÇÃO DA PARTE PARA QUE ESCLAREÇA SE INSISTE NO TRÂMITE DO PROCESSO PERANTE O JUIZADO ESPECIAL CÍVEL, DIANTE DA POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO FUTURA DO PROCESSO PELA TURMA RECURSAL, PELA NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO. PARTE AUTORA QUE COMPARECE AOS AUTOS PUGNANDO PELA CONVERSÃO DO FEITO PARA O RITO COMUM, COM A SUA REDISTRIBUIÇÃO PARA UMA DAS VARAS CÍVEIS, O QUE FOI DEFERIDO. JUÍZA DA 1ª VARA CÍVEL DE ARARANGUÁ QUE RECUSA A COMPETÊNCIA, POR ENTENDER DESNECESSÁRIA FUTURA LIQUIDAÇÃO, O QUE, PORTANTO, ASSEGURARIA A COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. CONFLITO QUE DEVE SER ACOLHIDO. CAUSA DE MENOR COMPLEXIDADE E CUJO VALOR NÃO EXCEDE QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. ADEMAIS, SE FOR O CASO, APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR QUE DEPENDERÁ DE MEROS CÁLCULOS, NÃO REPRESENTANDO AFRONTA AO ARTIGO 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 9.099/1995. ESCOLHA DA PARTE PELO JUIZADO ESPECIAL, PORTANTO, QUE DEVE PREVALECER. PROCESSO QUE DEVE SER DEVOLVIDO AO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO E ACOLHIDO (Conflito de competência n. 0001413-44.2019.8.24.0000, de Araranguá, rel. Des. Rogério Mariano do Nascimento, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 8-8-2019, grifou-se).

De outra banda, não se pode esquecer que a edição da Lei 9.099/95 se deu no afã de empregar um viés mais liberal às relações jurídicas exclusivamente privatísticas, flexibilizando o protecionismo e intervencionismo estatal das normas processuais em prol da efetiva resolução construtiva da pacificação social.

Portanto, feita a opção do autor pelo procedimento sumaríssimo do sistema dos Juizados Especiais, segundo a dicção do inciso II do art. 51, “quando inadmissível o procedimento instituído por esta Lei ou o seu prosseguimento, após a conciliação” o juiz encerrará o procedimento sem julgamento do mérito”. O objetivo da lei, portanto, foi libertar as amarras formais e conservadoras do processo tradicional com o fito de facilitar a celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

Dessarte, atendidos os requisitos legais para a tramitação do feito sob o rito da Lei n. 9.099/95, deve ser prestigiada a opção da parte pelo Juizado Especial Cível.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0500321-96.2009.8.24.0008, de Blumenau

Relator: Desembargador Monteiro Rocha

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL – RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO COM COBRANÇA DE HAVERES – PROCEDÊNCIA NO JUÍZO A QUO – RECURSO DOS RÉUS – PRESCRIÇÃO – ACOLHIMENTO – DEMANDA EMBASADA EM ALEGADO ACORDO ENTRE AS PARTES ENVOLVENDO RETIRADA DOS SÓCIOS DE FATO – CONFIGURAÇÃO DE DISTRATO SOCIAL – DEMANDA OBJETIVANDO ESSENCIALMENTE COBRANÇA DE DÍVIDA LÍQUIDA CONSTANTE DE INSTRUMENTO PARTICULAR – ART. 206, §5º, I, DO CC – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL RECONHECIDA – EXTINÇÃO DO PROCESSO – APELO PROVIDO.

O prazo para ajuizamento de pretensão de cobrança embasada em distrato social é quinquenal, a contar do dia seguinte ao vencimento da obrigação (art. 206, § 5º, I, do CC/2002).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0500321-96.2009.8.24.0008, da comarca de Blumenau 4ª Vara Cível em que são Apelantes Pierim Confecções Ltda e outros e Apelados Hermes João Ohf e outro.

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso dos réus e dar-lhe provimento, nos termos do voto do relator. Custas legais.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra e participaram do julgamento, realizado em 05 de dezembro de 2019, o Exmo. Sr. Des. Jânio Machado e a Exma. Sra. Desa. Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 06 de dezembro de 2019.

Desembargador Monteiro Rocha

Relator

RELATÓRIO

Hermes João Ohf e Giane Cristine Arenhart Ohf moveram ação de reconhecimento e dissolução de sociedade empresária de fato c/c declaratória de exigibilidade de crédito e apuração de haveres em face de Pierim Confecções Ltda, Agustinho Moser e Eliana Maria Reiter Moser.

Afirmaram que a empresa ré Pierim Confecções Ltda foi constituída em 13-05-1996 pelos sócios requeridos (Agustinho e Eliana), tendo como objeto a industrialização e comercialização de confecções em geral, cujo capital social era de R\$ 1.000,00.

Disseram que, em outubro de 1996 num encontro casual de antigos amigos de colégio, teve início a sociedade de fato entre as partes, considerando que o autor Hermes João Ohf detinha experiência e conhecimentos em fabricação e comercialização de camisetas bordadas e, na época, era recente o pedido de falência de sua empresa “To You Bordados Ltda”.

Aduziram ter o réu Agustinho Moser dito que havia trabalhado nas empresas Hering e Dudalina e que havia montado um negócio de confecções, mas estava descontente com os resultados de sua recém criada empresa, demonstrando muito interesse no antigo negócio do autor.

Asseveraram que, após uma reunião entre as partes, restou concretizada a sociedade de fato estabelecida em “contrato de gaveta”, pois as partes entenderam inviável que o nome do autor figurasse como sócio da ré Pierim Confecções Ltda diante do seu recente pedido de autofalência, sendo que essa nova Pierim Confecções Ltda passou a explorar a marca “To You” da empresa falida do autor, mediante contrato de cessão remunerada.

Sustentaram que permaneceram responsáveis diretos pela comercialização das camisetas bordadas que seriam fabricadas pela Pierim Confecções Ltda, sendo que os réus eram responsáveis “pela administração e pelo financeiro”, porém os autores teriam participação na “produção” porque tinham conhecimento sobre o negócio.

Asseveraram que, em junho de 2000, após significativo crescimento econômico da empresa Pierim Confecções Ltda, os réus designaram uma reunião, quando comunicaram abruptamente o término da sociedade de fato entre as partes, sendo que, durante referida reunião, dois funcionários da empresa, por ordem dos réus, dirigiram-se ao escritório comercial localizado na residência dos autores, retirando todos os equipamentos e materiais relacionados à empresa ré, inclusive o “contrato de gaveta” que estabelecia a sociedade.

Sustentaram que, em razão de um projeto de expansão para mercados internacionais, as partes acordaram em registrar o autor como empregado da empresa possibilitando a obtenção de visto para viagem, porém as retiradas mensais a título de pró-labore permaneceram iguais.

Defenderam que a sociedade de fato está demonstrada pela grande amizade entre as famílias e as retiradas mensais de pró-labore, estando tudo demonstrado nos lançamentos das “planilhas de controle de faturamento e pagamentos” elaboradas pelos sócios, onde constam lançamentos tais como “pró-labore de Hermes - Agustinho - Giane e Eliana; pagto materiais e mão de obra da construção da fábrica; pagto das máquinas de bordar; pagto de fios; pagto das despesas de viagem; pagto dos telefones; compra de dólares; pagto pelo uso da marca To You Bordados; vendas realizadas por Hermes; etc” (fl. 9).

Arremataram que foram obrigados a sair da sociedade de fato em 30/06/2000, mediante a aceitação de um acordo de R\$ 750.000,00 a ser pago em 40 parcelas mensais de R\$ 18.750,00 (fl. 476 dos autos anexos), do qual restaram cumpridas apenas 3 parcelas.

Assim discorrendo, requereram a procedência dos pedidos, para reconhecer a sociedade de fato com declaração da exigibilidade do crédito estabelecido no acordo, condenando os réus ao

pagamento das 37 parcelas restantes inadimplidas. Sucessivamente, pleitearam a dissolução da sociedade com apuração de haveres em favor dos autores. Postularam a concessão de justiça gratuita.

À fl. 57, foi deferida a justiça gratuita postulada.

Em audiência conciliatória de fl. 69, restou inexitosa a composição da lide.

Citados, os réus ofereceram contestação (fls. 73-113), ressaltando que “os autores jamais foram sócios da empresa Pierim Confecções Ltda e em nenhum momento firmaram qualquer tipo de sociedade com os demais réus”, sendo que “trabalharam sim na condição, primeiro de representante comercial autônomo e, segundo, na condição de empregado” (fl. 77).

Disseram que, possuindo 20 anos de experiência no ramo de confecções, optaram por constituir, em 13 de maio de 1996, a empresa Pierim Confecções Ltda, a qual passou a prestar serviços de “faccionista” para diversas empresas dentre estas, Hering e Dudalina.

Aduziram que no final do ano de 1996, autor e réu encontraram-se, quando o autor narrou que passava por dificuldades financeiras com sua empresa falida, sendo que transcorrido algum tempo o autor procurou-o para vender os produtos de sua empresa falida.

Asseveraram que, diante da amizade com o autor e como este se dizia conhecedor da área de vendas, iniciou em janeiro de 1997 a relação de trabalho entre as partes, passando o autor a ser representante comercial autônomo da empresa Pierim Confecções e sua esposa como secretária (autora Giane).

Narraram que em razão do crescimento da empresa, propôs ao autor que passasse a integrar o quadro de funcionários em março de 1999, com dedicação ao departamento comercial da empresa, quando igualmente a autora também foi contratada.

Apontaram que solicitaram aos autores que passassem a prestar os serviços na sede da empresa, mas estes resistiram justificando a necessidade de cuidados dos filhos e questões de produtividade.

Argumentaram que, em maio de 2000, os autores solicitaram reavaliação do percentual de comissão sobre as vendas, afirmando que iriam constituir uma empresa de representação comercial e somente permaneceriam como representante comercial sem exclusividade e com percentual de 10% de comissão.

Enfatizaram que “após várias tentativas [de acordo], os autores no dia 31/08/2000 pediram demissão do emprego e de forma irrevogável, pois mantinham firme na decisão de trabalhar por conta própria e a empresa não tinha como suportar os percentuais de comissões pretendidos por eles” (fl. 84).

Apontaram que logo após o fracasso das tratativas de acordo, em 15/08/2000 os autores constituíram a empresa BJ Brazil Assessoria Ltda em nome da irmã e da mãe da autora Giane, sendo que em 01/11/2000 esta empresa firmou contrato de representação comercial com a empresa PBC Confecções Ltda, tendo o autor como procurador da empresa BJ Brazil.

Bradaram que desconhecem o conteúdo do alegado acordo de fl. 476 produzido há 10 anos, o qual é mera fotocópia intitulada de “Resumo dos Investimentos e Materiais” que não relaciona as dívidas da empresa e onde consta uma proposta manuscrita de comissões sobre vendas, o que corrobora as alegações dos réus de que ofereceram um aumento das comissões para manter o autor como supervisor de vendas, mas que não foi aceito pelos autores.

Afirmaram que os autores jamais receberam valores a título de pró-labore, tendo o autor recebido remuneração mediante Recibo de Pagamento Autônomo quando era representante comercial e salário quando empregado.

Refutaram os documentos juntados pelos autores por serem apócrifos, forjados e sem qualquer menção ao nome da empresa Pierim Confecções.

Pugnaram, ao final, pela improcedência do pedido, condenando-se os autores em custas e honorários.

Houve réplica, onde os autores juntaram contrato de cessão e uso de nome comercial, fotocópia autenticada do documento de fl. 476 e outros documentos (fls. 216-246).

Às fls. 292-296, os réus apresentaram manifestação acerca dos documentos acostados em réplica.

Em audiência de instrução e julgamento (fls. 323-328), restou inexitosa a composição da lide, tendo sido ouvidas 3 testemunhas arroladas pelos autores e 2 testemunhas arroladas pelos réus, consoante termo de audiência e depoimentos às fls. 323-328.

Alegações finais dos autores às fls. 334-346 e dos réus às fls. 350-353.

Proferida sentença às fls. 383-384 reconhecendo a ocorrência de prescrição, foi posteriormente anulada por decisão desta Quinta Câmara de Direito Comercial, em acórdão do Des. Guilherme Nunes Born, sob o fundamento de ser *citra petita* (fls. 421-427).

Em nova sentença, a magistrada *a quo* afastou a prescrição e julgou procedentes os pedidos.

Após, os réus opuseram embargos declaratórios (fls. 451-460), que foram rejeitados pelo juízo a quo (fls. 463-467).

Irresignados com a resposta judicial, os réus interpuseram apelação (fls. 470-506), alegando o seguinte: a) que ocorreu prescrição, porquanto o pedido inicial formula pretensão de declaração de exigibilidade do crédito materializado no alegado acordo de fl. 476, ou seja, há pleito de reconhecimento de um ato jurídico perfeito e acabado de apuração de haveres supostamente ocorrido em 30/06/2000, sendo que transcorreu mais de 5 anos após o vencimento final das parcelas com pagamento acordado até 30/12/2003, nos termos do art. 206, §5º, I, do CC/2002; b) que incorre interesse processual em relação ao pedido alternativo de pagar quantia prescrita; c) que a sentença é *extra petita* e *ultra petita*, ao reconhecer a sociedade de fato desde o contrato de cessão de uso de marca em julho de 1996 quando os autores afirmam que a sociedade iniciou apenas em outubro de

1996, além de reconhecer percentuais de participação societária que sequer foram formulados na inicial; d) que a sentença é nula por deficiência em sua fundamentação, nos termos do art. 458, II, do CPC e 93, IX, da CF/88; e) que são inidôneas as apócrifas planilhas de controle de faturamento e pagamento; f) que inexistiu aporte ou integralização de capital na empresa Pierim Confecções ou mesmo informação de como se deu a alegada constituição da sociedade de fato, não tendo os autores esclarecido o que constaria do alegado contrato de gaveta que teria sido subtraído com todo o material de escritório na residência dos autores; g) que a autora Giane não apresentou qualquer prova de contribuição além de seu trabalho e a prova testemunhal não faz menção ao seu nome; h) que os valores das planilhas não guardam relação com os gastos de produção de 30 mil peças/mês ou com gastos de alegada construção de duas fábricas; i) que há indícios de que os réus pediram demissão para reiniciar sua própria empresa em nome de interpostas pessoas; j) que na hipótese de manutenção da procedência do reconhecimento da sociedade de fato, deve ser determinada a apuração de haveres com base na situação patrimonial da data de retirada dos sócios, incluindo o passivo; l) que, ainda, os juros de mora devem incidir a partir da citação.

Requereram, enfim, o provimento do recurso para acolher as preliminares de prescrição, ausência de interesse processual no pedido alternativo, sentença extra petita e sentença sem fundamentação, e, no mérito, julgar improcedentes os pedidos por falta de provas idôneas. Sucessivamente, requereram a fixação de adequada participação societária na proporção da integralização do capital social, apuração de haveres com base na situação patrimonial da data de retirada dos sócios e fixação de juros de mora a partir da sentença de apuração de haveres ou da citação.

Houve contrarrazões (fls. 533-557).

Este é o relatório.

VOTO

1. Petição de protocolo n. 2019.00031696-0

Junte-se a petição de protocolo n. 2019.00031696-0, que não impede o julgamento do recurso, nos termos do art. 100 do CPC.

Convém observar que o Código de Processo Civil atual inovou em matéria de gratuidade da justiça, limitando as oportunidades de impugnação ao pedido de gratuidade de justiça nestes termos:

“Art. 100 – Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso”.

Assim, ao contrário do que ocorria no sistema processual revogado, em que a possibilidade de impugnação perdurava durante o processado, mediante oferecimento de impugnação em autos apartados, atualmente a matéria deve ser impugnada em momento oportuno e vê-se que transcorreram *in albis* os momentos processuais disponíveis pelos apelantes para impugnarem o deferimento da justiça gratuita (fl. 57).

Por fim, a sentença foi de procedência do pedido; logo, os autores não foram condenados ao pagamento de custas e despesas processuais, mas sim os réus.

De qualquer modo, redistribuídos os ônus sucumbenciais em razão de eventual provimento do recurso, o questionamento deve ser apresentado ao juízo de execução tendente ao cumprimento de sentença, demonstrando o credor que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”, nos exatos termos do art. 98, §3º, do atual CPC.

Assim, prossegue-se no julgamento do recurso, prejudicado o pedido formulado pelos apelantes, ressalvada a possibilidade, em caso de reversão do julgamento, de suscitarem a questão por ocasião do cumprimento de sentença objetivando a condenação imposta em caso de inversão dos ônus sucumbenciais.

2. Recurso

Versam os autos sobre reconhecimento e dissolução de sociedade de fato com cobrança de haveres.

Em 13-05-1996, a empresa ré Pierim Confecções Ltda foi constituída pelos sócios réus (Agustinho e Eliana), tendo como objeto a industrialização e comercialização de confecções em geral, cujo capital social era de R\$ 1.000,00 (fls. 35-38).

Na inicial, narram os autores que, em outubro de 1996 num encontro casual de antigos amigos de colégio, teve início a sociedade de fato entre as partes, considerando que o autor Hermes João Ohf detinha experiência e conhecimentos em fabricação e comercialização de camisetas bordadas e, na época, era recente o pedido de falência de sua empresa “To You Bordados Ltda”.

Aduziram ter o réu Agustinho Moser dito que havia trabalhado nas empresas Hering e Dudalina e que havia montado um negócio de confecções, mas estava descontente com os resultados de sua recém criada empresa, demonstrando muito interesse no antigo negócio do autor.

Defenderam que a sociedade de fato está demonstrada pela grande amizade entre as famílias e as retiradas mensais de pró-labore, estando tudo demonstrado nos lançamentos das “planilhas de controle de faturamento e pagamentos” elaboradas pelos sócios.

Arremataram que foram obrigados a sair da sociedade de fato em 30/06/2000, mediante a aceitação de um acordo de R\$ 750.000,00 a ser pago em 40 parcelas mensais de R\$ 18.750,00 (fl. 476 dos autos anexos), do qual restaram cumpridas apenas 3 parcelas.

Por sua vez, em contestação os réus alegam que “os autores jamais foram sócios da empresa Pierim Confecções Ltda e em nenhum momento firmaram qualquer tipo de sociedade com os demais réus”, sendo que trabalharam primeiramente na condição representante comercial autônomo e, depois, como empregados.

Bradaram que desconhecem o conteúdo do alegado acordo de fl. 476 produzido há 10 anos, o qual é mera fotocópia intitulada de “Resumo dos Investimentos e Materiais” que não relaciona as dívidas da empresa e onde consta uma proposta manuscrita de comissões sobre vendas, o que corrobora as alegações dos réus de que ofereceram um aumento das comissões para manter o autor como supervisor de vendas, mas que não foi aceito pelos autores.

Afirmaram que os autores jamais receberam valores a título de pró-labore, tendo o autor recebido remuneração mediante Recibo de Pagamento Autônomo quando era representante comercial e salário quando empregado, sendo que os documentos juntados pelos autores são apócrifos, forjados e sem qualquer menção ao nome da empresa Pierim Confecções.

Em réplica, os autores juntaram contrato de cessão e uso do nome comercial “To You” e fotocópia autenticada do acordo de fl. 476, sendo que referido contrato de cessão está datado de 31/07/1996 com reconhecimento das assinaturas no dia seguinte.

Apreciando a lide, a magistrado *a quo* afastou a prescrição e julgou procedentes os pedidos, condenando os réus ao pagamento do débito remanescente estipulado no acordo (R\$ 704.716,99), com correção monetária e juros e mora desde o vencimento de cada parcela.

A sentença entendeu que havia sociedade de fato entre as partes, o que se poderia concluir, essencialmente, do interesse dos réus na marca “To You” da empresa do autor, da paridade de remunerações registradas nos documentos de “planilhas de controle de faturamento e pagamentos” sob a rubrica pró-labore e do depoimento das testemunhas que consideravam que autor e réu eram sócios.

Passo ao exame das razões recursais dos réus.

- Prescrição

Alegam os réus que ocorreu prescrição, porquanto o pedido inicial formula pretensão de declaração de exigibilidade do crédito materializado no alegado acordo de fl. 476, ou seja, há pleito de reconhecimento de um ato jurídico perfeito e acabado de apuração de haveres supostamente ocorrido em 30/06/2000, sendo que transcorreu mais de 5 anos após o vencimento final das parcelas com pagamento acordado até 30/12/2003, nos termos do art. 206, §5º, I, do CC/2002.

As razões merecem acolhimento.

Os autores postulam ao final da inicial a procedência dos pedidos para reconhecer a sociedade de fato com declaração da exigibilidade do crédito estabelecido no acordo, condenando os réus ao pagamento das 37 parcelas restantes inadimplidas. Sucessivamente, pleiteiam a dissolução da sociedade com apuração de haveres em favor dos autores.

Assim, tem-se que o pleito primordial da demanda é de cumprimento das obrigações estipuladas no alegado acordo de fl. 476 do anexo, ou seja, é de cobrança dos valores constantes desse acordo, acordo este que, nos termos narrados na inicial, consubstancia verdadeiro distrato social, em que as partes teriam ajustado os haveres dos sócios retirantes.

Aliás, nesse contexto sequer se vislumbra interesse processual dos autores em relação ao pleito de reconhecimento e dissolução da sociedade de fato (como pedido principal ou mesmo sucessivo), porquanto já desconstituída nos moldes do alegado acordo, sendo que os autores sequer postulam a atribuição de percentual de quotas sociais.

Em outras palavras, a presente ação não é baseada em direito pessoal que se sujeita a prazo prescricional decenal, pois, sob a ótica dos pedidos e da causa de pedir inicial, tem-se que os autores formulam verdadeira pretensão de cobrança de dívida líquida constante de instrumento particular.

O art. 206, §5º, I, do CC estabelece que o prazo prescricional para “pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular” é o quinquenal, devendo a demanda ser ajuizada no prazo de cinco anos, sob pena de reconhecimento da prescrição com a consequente extinção do processo, tendo como termo inicial da contagem o vencimento da obrigação.

Acerca do tema, colhe-se da jurisprudência, *mutatis mutandis*:

- “CIVIL. PRESCRIÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA, FUNDADA NO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. ART. 178, § 2º DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. REGRA GERAL. ART. 177 DO MESMO DIPLOMA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

- Não objetivando a ação a rescisão do contrato, mas o cumprimento de obrigação contratual assumida no distrato, não se aplica o art. 178, § 2º do Código Civil, mas sim a regra geral do art. 177, que afirma ser de 20(vinte) anos o prazo prescricional para as ações pessoais” (STJ, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp 309.825/MT, j. 02/08/2001).

- “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. SENTENÇA RECONHECENDO A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO AUTURAL. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DISTRATO. TRANSCURSO LAPSO SUPERIOR AO PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NO ART. 206, § 5º, V [inciso I], DO CC. PRESCRIÇÃO EVIDENCIADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO” (TJSC, Câmara Especial Regional de Chapecó, rel. Des. Rubens Schulz, AC n. 2013.058983-6, de Quilombo, j. 30/03/2015).

- “EMPREITADA – AÇÃO DE COBRANÇA – IMPROCEDENTE – PRESCRIÇÃO CONFIGURADA – ARTIGO 206, PARÁGRAFO 5º, INCISO I DO CC – COBRANÇA DE VALOR PREVISTO EM DISTRATO – INÉRCIA DO AUTOR – RECURSO NÃO PROVIDO” (TJSP, 33ª Câm. Dir. Privado, rel. Des. Luiz Eurico, AC n. 1016056-82.2017.8.26.0071, de Bauru - 2ª Vara Cível, j. 10/02/2019).

- “APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DOS EMBARGANTES. PRESCRIÇÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO AMPARADA EM ‘INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA, DIREITOS E OBRIGAÇÕES’. PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS DISCIPLINADO PELO ART. 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL. TERMO INICIAL. DATA

DO VENCIMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO, INDEPENDENTE DO VENCIMENTO ANTECIPADO DA OBRIGAÇÃO PELA MORA DO DEVEDOR. PRECEDENTES DESTA CORTE. PRETENSÃO EXECUTIVA NÃO ATINGIDA PELOS EFEITOS DA PRESCRIÇÃO. DECISÃO MANTIDA NESTE PONTO” (TJSC, 5ª Cam. Dir. Com., rela. Desa. Soraya Nunes Lins, AC n. 0007598-46.2011.8.24.0011, de Brusque, j. 23/06/2016).

Dos autos, colhe-se que o valor constante no acordo (fls. 476-477 do anexo) seria pago em 40 parcelas, cujos vencimentos datavam de set/2000 (primeira parcela) e dez/2003 (última parcela), a partir de quando passa a transcorrer o prazo prescricional.

Nesse contexto, é aplicável ao caso o prazo prescricional de 5 anos do art. 206, § 5º, I, do CC de 2002, o qual tem início a partir da vigência do CC/2002 em 11/01/2003, sendo que a ação foi ajuizada em 14/12/2009, razão pela qual resta configurada a prescrição da pretensão de cobrança dos autores em relação à alegada dívida dos réus.

- Mérito - exame a título de reforço argumentativo

Ainda que a pretensão não estivesse prescrita, no mérito o pleito seria improcedente.

É sabido que o reconhecimento da existência de sociedade empresária - entre estas a sociedade de fato, que é uma sociedade informal - exige a concomitância de dois pressupostos: a) a pluralidade dos sócios; b) a *affectio societatis*.

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, “a *affectio societatis* é a disposição dos sócios em formar e manter a sociedade uns com os outros. Quando não existe ou desaparece esse ânimo, a sociedade não se constitui ou deve ser dissolvida” (Curso de Direito Comercial. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 389).

A respeito da prova da existência da sociedade de fato: “Segundo os ditames do artigo 987 do Código Civil, a prova da sociedade somente poderá ser feita por escrito, podendo, portanto, a sociedade de fato ser provada através de recibos, de instrumento de contrato, de correspondências enviadas ou recebidas, sendo, por tal análise, defeso a utilização de provas de qualquer outra natureza” (Coordenador Ministro CEZAR PELUSO. Código Civil Comentado. 3ª ed. São Paulo: Manole, p. 952).

Lê-se do art. 987 do CC:

“Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo” (grifei).

Sobre o tema, é entendimento desta Quinta Câmara de Direito Comercial que a demonstração de sociedade de fato exige prova documental cristalina e idônea:

- “[...] os documentos citados não são suficientes para corroborar a existência da suposta sociedade de fato, o que exige prova cristalina.

Esses documentos apenas comprovam que a autora participava do cotidiano da instituição de ensino, ajudando na administração da empresa, tendo em vista serem acessíveis aos empregados e, inclusive, alguns produzidos de modo unilateral.

Não constam nos autos provas concretas que comprovem a participação da autora na sociedade comercial, tais como recibos ou contratos que vinculem o nome dela com a sociedade empresarial.

Em relação especificamente ao contrato de locação de terreno celebrado pela requerente (fls. 51-59), não consta nele o fim de servir de estacionamento para a instituição de ensino, nem qualquer menção aos apelados, não comprovando vínculo entre as partes litigantes.

Os depoimentos das duas testemunhas da autora (fls. 493 e 494), a despeito de terem afirmado que a autora era a responsável pelo pagamento de obras na escola e pela orientação dos contratos, por si só não são hábeis para provar que a requerente era sócia de fato do estabelecimento de ensino.

Do mesmo modo, os documentos de fls. 60-62 (solicitação da autora de exclusão do CCF (Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos), fls. 120-199 (extratos de conta corrente da autora), fls. 200-203 (cheques devolvidos sem provisão de fundos), fls. 204-214 (laudo médico e receitas de remédios), fls. 387, 391 e 396-406 (demonstrativos de pagamento e recibos), não comprovam o liame existente entre a autora e a sociedade empresária.

Destarte, a alegada relação de amizade da qual decorreu o suposto empréstimo de valores e a participação da autora na administração da sociedade não produziu efeitos jurídicos capazes de configurar a existência de sociedade entre as partes e, muito menos, a *affectio societatis*, ou seja, a comunhão de interesses e a intenção de empreender em conjunto para a formação de uma sociedade” (TJSC, 5ª Câm. Dir. Com., deste relator, AC n. 0015208-33.2010.8.24.0033, de Itajaí, j. 28-02-2019).

- “A sociedade de fato, ou irregular, ou em comum, é aquela que não tem seu ato constitutivo inscrito no registro do órgão competente.

Nas relações entre sócios ou destes com terceiros, a existência da sociedade de fato somente poderá ser comprovada por prova escrita, conforme estabelece o art. 987 do Código Civil, in verbis:

“Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo”.

[...]

Na doutrina de Alexandre Gir Gomes, trazida na obra de Arnaldo Wald:

Os sócios da sociedade em comum, que poderá funcionar mediante contrato verbal (denominados no regime anterior de sociedades de fato) ou escrito (denominadas no regime anterior de sociedades irregulares), poderão provar suas relações entre si ou com terceiros somente através de prova escrita, seja o próprio contrato de sociedade não registrado ou outro documento idôneo, enquanto os terceiros podem provar a existência da sociedade em comum de qualquer modo admissível pelo direito pátrio, inclusive testemunhal, de acordo com o que dispõe o art. 987 do CC/2002.

A intenção clara do legislador ao restringir os meios de prova para os sócios e facilitá-los aos terceiros que negociam com as sociedades em comum foi incentivar a inscrição e a regularização desses agrupamentos, coagindo-os a procurarem os registros públicos das sociedades. Concomitantemente, foi prestigiada a teoria da aparência em favor de terceiros inocentes (In: WALD, Arnaldo. Direito empresarial: teoria geral. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 455 - grifou-se).

Desse modo, a existência da sociedade de fato, em demandas entre os supostos sócios, só poderá ser provada por meio do contrato social escrito não registrado, ou, se a constituição se deu por contrato verbal, por meio de outras provas documentais idôneas” (TJSC, 5ª Câ. Dir. Com., rela. Des. Soraya Nunes Lins, AC n. 0010099-34.2011.8.24.0023, da Capital, j. 27-09-2018, grifou-se).

- “A alegação do apelante de existência de sociedade de fato entre as partes para o fim de explorar as aludidas agências não se sustenta. Afinal, tornou-se incontroverso que as partes negociaram verbalmente o “empréstimo”, por “relações de amizade”, do nome da empresa apelada para o processo licitatório e posteriores contratos de permissão com a ECT, acordando-se que o “proprietário de fato das duas franquias” seria o apelante (fl. 4), isto é, “administraria o negócio como se seu fosse” (fl. 407). Logo, não se pode falar na existência da sociedade de fato sem a necessária reunião de pessoas com objetivo comum, o que afasta a pretendida indenização por danos materiais fundamentada no direito à apuração de haveres de sociedade inexistente. O que há de concreto é a responsabilidade da empresa apelada pelos contratos de permissão celebrados com a ECT, anotando-se que eventuais direitos trabalhistas do apelante, na condição de ‘administrador’ da empresa apelada, poderão ser discutidos em ação própria.

Ademais, cumpre lembrar da comezinha lição de introdução ao estudo do direito, segundo a qual a ninguém é dado o direito de beneficiar-se da própria torpeza. Ora, se o apelante negociou verbalmente, com dolo, a utilização de nome empresarial de terceiro, não pode agora invocar em seu favor vício que desde sempre conhecia” (TJSC, 5ª Câ. Dir. Com., rel. Des. Jânio Machado, AC n. 2012.025223-5, da Capital, j. 23-07-2015).

No caso concreto, os documentos trazidos pelos autores não são suficientes para comprovar a existência de sociedade de fato.

Defenderam os autores que a sociedade de fato está demonstrada, essencialmente, pela grande amizade entre as famílias e as retiradas mensais de pró-labore, estando tudo demonstrado nos lançamentos das “planilhas de controle de faturamento e pagamentos” elaboradas pelos sócios.

Ora, as referidas planilhas contábeis que seriam da empresa ré Pierim Confecções Ltda - da qual os autores seriam sócios de fato -, em verdade, tratam de simples planilhas de computador, sem qualquer identificação ou logomarca da empresa ré e sem qualquer assinatura ou rubrica dos sócios réus.

Incorre, portanto, verossimilhança de que se tratam de documentos originais ou oficiais da empresa ré Pierim Confecções Ltda, não podendo ser considerados idôneos para embasar o direito dos autores.

Até mesmo o alegado acordo de fls. 476 do anexo igualmente não teria força probatória suficiente para demonstrar a existência da alegada sociedade de fato.

Apesar de se tratar de instrumento formalmente rubricado, *in thesi*, pelo sócio réu Agustinho Moser e que expressamente discrimina valores, o seu conteúdo é frágil, porquanto o documento é intitulado de “Resumo dos Investimentos e Materiais” e a respectiva planilha de 40 parcelas mensais é intitulada de “Plano de Investimento” (fl. 477 do anexo).

Além disso, no alegado acordo de fl. 476 está consignado à mão três faixas de percentuais de comissão, o que poderia corroborar a afirmação dos réus de que houve uma proposta de comissionamento ao autor, mas este a recusou.

Outrossim, inexistente no apontado acordo de fl. 476 a discriminação das dívidas da empresa ou da sociedade de fato entre as partes (passivo), o que igualmente fragiliza os valores apontados no documento como sendo, de forma consistente, decorrentes de apuração de haveres pela retirada dos alegados sócios de fato (autores).

Por fim, as testemunhas também não possuem suficiente consistência e robustez no sentido de que as partes eram efetivamente sócios de fato de empresa devidamente formalizada e registrada sob a forma limitada, porquanto declaram, em síntese, que o autor se apresentava como sócio. É isolado no conjunto probatório a afirmação da depoente Lucilene da Silva de que “foi apresentada pelos réus os autores como seus sócios” (fl. 328).

Nesse norte:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM PEDIDO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE Ausência de prova documental acerca da qualidade de sócio de fato do autor Prova testemunhal fraca para tanto Existência de sociedade que somente pode se provar, entre os sócios, por escrito (art. 997/CC) Sentença de improcedência mantida Apelo desprovido” (TJSP, 2ª Câm. Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Ramon Mateo Júnior, AC 1002015-04.2014.8.26.0011, Foro Regional XI - Pinheiros, j. 10/04/2015).

Inexistem elementos convincentes nos autos de que o autor (e sua esposa autora) tenha atuado como sócio de fato da empresa ré, mas, quando muito, como espécie de parceiro de negócios, mediante recebimento de comissões na parte comercial de promoção de vendas e em algumas atividades administrativas da empresa ré Pierim Confecções Ltda, até porque, conforme afirmaram os próprios autores na inicial, sua marca “To You” foi cedida à empresa ré mediante remuneração, incorrendo verdadeira fusão de esforços de forma duradoura para promoção de empreendimento empresarial comum.

Efetivamente, a alegada relação de amizade da qual decorreu a participação dos autores na área de vendas e, em certo grau, na administração da sociedade ré não produziu efeitos jurídicos capazes de configurar a existência de sociedade entre as partes e, muito menos, a *affectio societatis*, ou seja, a comunhão de interesses e a intenção de empreender em conjunto para a formação de uma sociedade.

Logo, não há provas suficientes para demonstrar que havia a dita sociedade empresária de fato entre as partes, não comprovando os autores os fatos constitutivos do seu direito (art. 333, I, do CPC/73).

Não bastasse tudo isso, é fato incontroverso nos autos de que inexistiu, por partes dos autores, a contribuição com bens para integralização de capital ou mesmo qualquer proposição dos autores nesse sentido, sendo vedada a integralização de quotas sociais mediante prestação de serviços em empresa constituída sob a forma limitada.

Em se tratando de sociedade limitada, preceitua o art. 1.055, §2º, do CC/2002 que “É vedada contribuição que consista em prestação de serviços”.

Não caso em tela, tem-se uma sociedade limitada devidamente constituída, em que os autores postulam o reconhecimento de sociedade de fato, o que, em verdade, deve ser interpretado como pleito de reconhecimento da relação de “sócio de fato” com a sociedade limitada, não se vislumbrando coerência em cogitar da possibilidade de coexistência de duas sociedades, uma de fato e outra regular sobre o mesmo estabelecimento empresarial.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

- “[...] AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE E APURAÇÃO DE HAVERES – Pretensão do autor de que seja reconhecida que as rés são sociedades de fato – Descabimento – Se as rés já são sociedades devidamente constituídas, com registro na Junta Comercial, descabe falar em reconhecimento de sociedade de fato – Além disso, tratando-se de sociedade limitada, só se admite o ingresso de sócio capitalista, isto é, que tenha contribuído com dinheiro ou bens - Alegação do autor de que é sócio de fato, por ter contribuído com a prestação de serviços para a constituição das sociedades (“know-how” na construção civil) – Impossibilidade - A contribuição em prestação de serviços é expressamente vedada pelo ordenamento jurídico (art. 1.055, § 2º, Código Civil) - Sentença de improcedência mantida – RECURSO DESPROVIDO” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; rel. Des. Sérgio Shimura; AC n. 1015041-87.2017.8.26.0068, de Barueri, j. 27/08/2019).

- “Cerceamento de direito. Inocorrência. Perícia bem elaborada. Prova testemunhal dispensável no caso. Sociedade limitada. Pleito que busca o reconhecimento do status de sócio de fato, com vistas à dissolução da sociedade e a apuração dos haveres. Ausência de provas de que o autor tenha contribuído para a constituição do capital, apenas com serviços. Existência de perícia nesse sentido. Vedação expressa prevista no §2º do art. 1.055 do Código Civil. Impossibilidade de se acolher o pleito. Improcedência mantida. Recurso desprovido” (TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Araldo Telles, AC 0003492-79.1999.8.26.0278, de Itaquaquecetuba, j. 20/10/2014).

- “[...] IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - Acolhimento - Sociedade Limitada - Pedido de dissolução parcial da sociedade para retirada de “sócio de fato” e apuração de haveres - Providência autorizada somente ao titular de quotas sociais, que contribuiu com bens ou direitos para integralização do capital social Circunstância diversa dos autos - Vedação expressa de contribuição em prestação de serviços - Carência reconhecida - Dispositivo da sentença alterado para inciso VI do artigo 267 em substituição ao inciso I do artigo 269, do Código de Processo Civil - AGRAVO RETIDO DOS RÉUS ACOLHIDO, PREJUDICADO O APELO DOS AUTORES” (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Elcio Trujillo, AC 0178054-38.2007.8.26.0100, Foro Central Cível, j. 15/06/2011).

- “SOCIEDADE LIMITADA - Ação de dissolução parcial da sociedade para retirada de “sócio de fato” e apuração de seus Itaveres - Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido - Acolhimento - Necessidade - Pretensão inicial possível apenas ao titular de quotas sociais, que contribuiu com bens ou direitos para a integralização do capital social - Contribuição em prestação de serviços - Impossibilidade - Expressa vedação

legal (art. 1.055, § 2º do Código Civil) - Causa de pedir contrária ao ordenamento jurídico - Carência de ação reconhecida - Agravo provido - Extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC” (TJSP, 7ª Câm. de Direito Privado, rel. Des. Alvaro Passos, AI n. 0030983-70.2009.8.26.0000, Foro de Araraquara, j. 22/07/2009).

- “Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade empresária. Improcedência na origem. Autor que se diz sócio de fato e que contribuía com a sua indústria. Prova documental de que sempre esteve registrado como empregado, tanto na sociedade sub judice, quanto em outras. Reconhecimento, ademais, de que só não figurou como sócio de direito porque tinha restrições em órgãos de proteção ao crédito. Dolo confessado e incidência do disposto nos artigos 150 e 1.006, ambos do Código Civil. Sentença mantida. Apelação não provida” (TJSP, Câm. Reservada de Direito Empresarial; rel. Des. Romeu Ricupero, AC 0013666-51.2009.8.26.0132, Foro de Catanduva, j. 27/09/201).

Em decorrência, impõe-se prover o recurso dos réus para reconhecer a prescrição da pretensão dos autores (art. 206, § 5º, I, do CC/2002). De qualquer sorte, inexistiriam provas suficientes para demonstrar que os autores era sócios de fato da sociedade limitada ré (art. 333, I, do CPC/73), bem como inexistiu contribuição com bens para integralização de capital ou mesmo qualquer proposição dos autores nesse sentido, sendo vedada a integralização de quotas sociais mediante prestação de serviços em empresa constituída sob a forma limitada (art. 1.055, §2º, do CC/2002).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso dos réus para extinguir o processo com resolução de mérito (art. 487, II, CPC), invertidos os ônus de sucumbência fixados na sentença (considerando o valor condenatório hipotético como proveito econômico) e já considerado o trabalho em grau recursal.

A exigibilidade das verbas sucumbenciais a cargo dos autores permanece suspensa por força da justiça gratuita deferida à fl. 57, não obstante a possibilidade de pedido de cumprimento pelo credor, demonstrando-se que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade”, nos exatos termos do art. 98, §3º, do atual CPC.

Este é o voto.

Embargos de declaração em agravo de instrumento n. 4023555-71.2019.8.24.0000/5000

Relator: Des. Jânio Machado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. REJEIÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração em agravo de instrumento n. 4023555-71.2019.8.24.0000/5000, da comarca de Joaçaba (2ª Vara Cível), em que é embargante Coppi Industrial Ltda, e embargado Banco do Estado do Rio Grande Do Sul:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 28 de novembro de 2019, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 2 de dezembro de 2019.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Coppi Industrial Ltda. opôs embargos de declaração alegando omissão no acórdão de fls. 114/125, que não teria: a) analisado a alegação relatada no capítulo 2.2 das contrarrazões de que “o Banrisul já possuía acesso às informações de todos os títulos de crédito dados em garantia fiduciária, tanto que os aceitou como garantia e permitiu que a recuperanda os mantivesse em sua posse”; b) considerado que “**o precedente invocado pela empresa tratou de situação idêntica ao caso em tela e seu entendimento não restou superado**” e; c) mencionado os dispositivos legais referidos, o que se faz necessário para fins de prequestionamento (o grifo consta no original).

VOTO

Na sessão do dia 24.10.2019, a Câmara deu parcial provimento ao recurso interposto pelo ora embargado, em acórdão assim ementado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA PARA O FIM DE DETERMINAR: A) A ABSTENÇÃO DO BLOQUEIO DE

RECEBÍVEIS NAS CONTAS BANCÁRIAS DE TITULARIDADE DA DEVEDORA E B) A RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS A PARTIR DA DATA DO DEFERIMENTO DO PEDIDO DE PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COM GARANTIA DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS CREDITÓRIOS. REGISTRO DO PACTO EM CARTÓRIO QUE PRECEDEU O AJUIZAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO DO CRÉDITO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTIGO 49, § 3º, DA LEI N. 11.101, DE 9.2.2005. POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DA DENOMINADA “TRAVA BANCÁRIA” DIRETAMENTE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, DESDE QUE OBSERVADO O LIMITE DO VALOR DA GARANTIA FIDUCIÁRIA CONVENCIONADA. DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO CEDIDOS SE A GARANTIA TEM POR OBJETO DIREITO FUTURO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA CÂMARA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (fl. 114).

No corpo do acórdão constou:

“A sociedade empresária Coppi Industrial Ltda., ora agravada, formulou pedido de recuperação judicial em 16.2.2019, sob o fundamento de que estaria enfrentando grave crise econômico-financeira (fls. 1/338 do SAJ de 1º grau).

O processamento da recuperação judicial foi deferido na data de 6.3.2019 (fls. 359/362 do SAJ de 1º grau), constando a apresentação do plano de recuperação, pela devedora, na data de 9.5.2019 (fls. 842/976 do SAJ de 1º grau).

A administradora judicial apresentou o quadro geral de credores no dia 10.6.2019 (fls. 1.046/1.062 do SAJ de 1º grau) e, por meio de petição protocolada no dia 12.6.2019, a devedora formulou pedido de tutela de urgência para determinar que o Banco do Estado do Rio Grande do Sul, ora agravante, se abstenha de efetuar a retenção de recebíveis diretamente nas contas bancárias da empresa e restitua a totalidade do valor descontado desde o ajuizamento do pedido de recuperação judicial (R\$76.121,68) (fls. 1.119/1.130 do SAJ de 1º grau).

A administradora judicial manifestou-se sobre o pedido de tutela de urgência (fls. 1.184/1.193 do SAJ de 1º grau), tendo a devedora informado nova retenção de valores e reiterado o pedido anterior (fls. 1.194/1.196 do SAJ de 1º grau).

Após nova manifestação da administradora judicial (fls. 1.233/1.235 do SAJ de 1º grau), o digno magistrado Fabrício Rossetti Gast, entre outras medidas, deferiu, parcialmente, o pedido de tutela de urgência para determinar que o agravante se abstenha de “realizar novos descontos ou retenções de valores de recebíveis futuros nas contas bancárias da empresa autora, relativamente aos débitos vencidos e já arrolados na lista de credores”, bem ainda efetue a restituição dos valores retidos ou descontados a partir de 6.3.2019 “(data do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial), relativos ao Contrato de Financiamento nº 2016083030106101000007”, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de sequestro de numerário via Bacenjud (fls. 1.236/1.239 do SAJ de 1º grau). Esta é a decisão objeto do recurso ora em exame.

O artigo 49 da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, estabelece que “estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos”. O § 3º do dispositivo legal antes referido, entretanto, excepciona a regra geral trazida pelo “caput”, apontando determinados créditos que, por suas condições especiais, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial:

“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 irretroatividade, 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.”

A propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, modalidade de propriedade resolúvel em que se transfere a propriedade do bem ao credor, permanecendo a posse com o devedor, foi elencada dentre as exceções legais, de modo que o seu titular preserva para si os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais pactuadas.

Sobre a propriedade fiduciária, confira-se:

“Conceitua-se a alienação fiduciária em garantia como o negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la tão logo venha a ocorrer o acontecimento a que se subordinara tal obrigação, ou tenha solicitada a restituição. Ou seja, trata-se de um negócio fiduciário de garantia pelo qual o devedor transfere a favor do credor a propriedade de uma coisa móvel, permanecendo ele com a posse, e colocando-se na posição de depositário.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1314).

Bem por isso o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que “o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem móvel ou imóvel não se submete aos efeitos da recuperação judicial” (agravo regimental no recurso especial n. 1.543.873, do Mato Grosso, Terceira Turma, relator o ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 10.11.2015).

De outro tanto, porquanto configurem espécie de propriedade fiduciária de natureza ‘móvel’, os créditos decorrentes de cessão fiduciária de direitos creditórios também não se submetem ao plano de recuperação judicial (artigo 66-B, §§ 3º e 4º, da Lei n. 4.728, de 14.7.1965):

“Alguns advogados de sociedades empresárias recuperandas procuraram levantar a ‘trava bancária’ do art. 49, §3º, da LF, sob o argumento de que a cessão fiduciária de direitos creditórios não estaria abrangida pelo dispositivo porque este cuida da propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis. Esse argumento procurava sustentar que na noção de bens somente poderiam ser enquadradas as coisas corpóreas.

Não vinga a tentativa. Os direitos são, por lei, considerados espécies de bens móveis. Confirma-se, a propósito, o art. 83, III, do CC. Nesse dispositivo, o legislador brasileiro consagrou uma categoria jurídica secular, a dos bens móveis para efeitos legais.

Não há nenhum dissenso doutrinário a respeito do assunto: Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Roberto Gonçalves, Silvio de Salvo Venosa, Renato Lotufo tratam o tema nessa mesma direção. Assim, segundo lição assente na doutrina civilista, os bens móveis se tripartem em móveis propriamente ditos (animais, veículos, mobiliário, etc), móveis por antecipação (árvores destinadas ao corte, frutas ainda não colhidas etc.) e móveis para efeitos legais (energia com valor econômico, direitos autorais etc.). Aliás, esta categoria já se encontrava amparada no Código Civil anterior, de 1916, no art. 48, II, que definia como bem móvel ‘os direitos de obrigação’.

Se a lei quisesse eventualmente circunscrever a exclusão dos efeitos da recuperação judicial à titularidade fiduciária sobre bens corpóreos, teria se valido dessa categoria jurídica, ou mesmo da expressão equivalente 'coisa'. Enquanto 'bens' abrange todos os objetos suscetíveis de apropriação econômica, 'coisa' restringe-se aos bens corpóreos.

Concluindo, não há discrepância, na doutrina, sobre a extensão do conceito 'bens móveis', no sentido de alcançar também os 'direitos obrigacionais' (salvo apenas se referidos a bens imóveis). Por isso, o art. 49, §3º, da Lei n. 11.101/2005 deve ser interpretado em consonância com o art. 83, III, do CC, para fins de assentar que a cessão fiduciária de direitos creditórios também está excluída dos efeitos da recuperação judicial" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 194-196).

Esse é, a propósito, o entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça: agravo regimental no recurso especial n. 1.482.441, de Pernambuco, Terceira Turma, relator o ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 25.8.2015; agravo regimental no recurso especial n. 1.306.924, de São Paulo, Terceira Turma, relator o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 12.8.2014; recurso especial n. 1.202.918, de São Paulo, Terceira Turma, relator o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 7.3.2013; embargos de declaração no recurso em mandado de segurança n. 41.646, do Pará, Quarta Turma, relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. em 24.9.2013; e agravo regimental no recurso especial n. 1.181.533, do Mato Grosso, Quarta Turma, relator o ministro Luis Felipe Salomão, j. em 5.12.2013.

Na Câmara assim também já se decidiu: agravo de instrumento n. 2014.082569-4, de Trombudo Central, relator o desembargador Guilherme Nunes Born, j. em 29.10.2015 e agravo de instrumento n. 2015.056557-1, de Biguaçu, de minha relatoria, j. em 10.12.2015.

De todo modo, cumpre ressaltar que, ainda que a validade e a eficácia do pacto celebrado pelas partes prescindam de registro, as garantias reais nele pactuadas dependem do competente registro do título no Cartório de Registro de Títulos e Documentos situado no domicílio da parte devedora, o que é afirmado a partir da singela leitura do artigo 1.361, § 1º, do Código Civil de 2002:

"Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. § 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa."

No caso aqui examinado, consta que a agravada emitiu, na data de 10.6.2016, a cédula de crédito bancário n. 2016083030106101000007, no valor de R\$532.000,00 (quinhentos e trinta e dois mil reais), para pagamento em 60 (sessenta) parcelas mensais, com vencimento da primeira para o dia 8.8.2016 e da última para 8.7.2021 (fls. 15/20). Na cláusula 8ª do referido negócio (fl. 16) se lê:

"8. **CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS SOBRE TÍTULOS DE CRÉDITO.** Em garantia do integral e pontual cumprimento das obrigações decorrentes do presente instrumento, em caráter irrevogável e irretratável, nos termos do artigo 1361, § 1º do Código Civil Brasileiro e pelo §3º do artigo 66-B da Lei 4.728/65, a EMITENTE CEDE e TRANSFERE ao BANRISUL a propriedade fiduciária e a posse indireta da totalidade dos direitos sobre TÍTULOS DE CRÉDITO, na proporção de 31% (trinta e um por cento) do valor do presente empréstimo, de que é titular em razão das vendas efetuadas, e que serão creditados em conta específica – vinculada, agência 0830, conta nº 06.002210.3-0, do BANRISUL."

Do que se viu, foi convencionada a garantia de cessão fiduciária de direitos sobre títulos de crédito no valor correspondente a 31% (trinta e um por cento) do empréstimo bancário. O registro do contrato no competente cartório de títulos situado no domicílio da devedora antecedeu o ajuizamento do pedido de recuperação judicial (o pacto foi registrado na data de 13.6.2016, fl. 20, e a ação foi ajuizada somente em 16.2.2019, conforme informações obtidas no Sistema de Automação da Justiça – SAJ), de modo que o crédito dele derivado, na parte garantida pela cessão fiduciária de direitos creditórios, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do artigo 49, § 3º, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005.

Então, em se considerando que parcela do crédito representado pela cédula de crédito bancário de fls. 15/20 está garantida pela cessão fiduciária de direitos creditórios e, pois, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, a instituição financeira está autorizada a fazer uso da chamada “trava bancária”, observado o limite previsto na cláusula 8ª do pacto (31% do valor do empréstimo, fl. 16).

A propósito:

“AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITOS. TRAVA BANCÁRIA. LIBERAÇÃO. DESCABIMENTO. JULGADOS DESTA CORTE SUPERIOR.

1. Controvérsia acerca de decisão do juízo de origem que liberou, em favor das empresas recuperandas, trava bancária oriunda de contratos garantidos por cessão fiduciária de crédito.
2. ‘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’ (art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, sem grifos no original).
3. Possibilidade de o juízo impor restrições temporárias à propriedade fiduciária de bens de capital, para mantê-los na posse do devedor, em atenção ao princípio da preservação da empresa, conforme previsto no dispositivo legal supracitado.
4. Impossibilidade, contudo, de se impor restrições à propriedade fiduciária de crédito, por não se tratar de bem de capital, segundo entendimento desta Corte Superior.
5. Restabelecimento da trava bancária, na espécie.
6. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.” (os grifos estão no texto original) (agravo interno no recurso especial n. 1.475.258, de Mato Grosso do Sul, Terceira Turma, relator o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 7.3.2017).

Anota-se, por oportuno, que o saldo do crédito não abrangido pela garantia fiduciária fica sujeito aos efeitos da recuperação judicial em face de sua natureza quirografária (confira-se, a propósito, o que foi afirmado por ocasião do julgamento do recurso de agravo de instrumento n. 4017209-12.2016.8.24.0000, de Chapecó, Câmara Especial Regional de Chapecó, relator o juiz José Maurício Lisboa, j. em 21.5.2018), o que equivale a dizer que a efetivação da retenção de recebíveis sobre o valor excedente do limite da garantia fiduciária convencionada é providência vedada, sob pena de violação ao princípio da igualdade entre os credores.

Por fim, a alegação formulada na resposta ao recurso, de que a cessão fiduciária padece de vício formal porque os títulos cedidos deixaram de ser especificados na cédula de crédito bancário (fls. 77/79), fica rejeitada. Isso porque a garantia fiduciária pactuada tem por objeto direitos futuros (cláusula 8ª, fl. 16)

e, nesse caso, a descrição individualizada do título mostra-se dispensável no momento da contratação, conforme já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DE CRÉDITO CEDIDO FIDUCIARIAMENTE AO ARGUMENTO DE QUE O TÍTULO DE CRÉDITO (DUPLICATAS VIRTUAIS) NÃO SE ENCONTRARIA DEVIDAMENTE DESCRITO NO INSTRUMENTO CONTRATUAL. DESCABIMENTO. CORRETA DESCRIÇÃO DO CRÉDITO, OBJETO DE CESSÃO. RECONHECIMENTO. OBSERVÂNCIA DA LEI DE REGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A controvérsia posta no presente recurso especial cinge-se em saber se, para a perfectibilização do negócio fiduciário, a permitir a exclusão do credor titular da posição fiduciária dos efeitos da recuperação judicial, no específico caso de cessão fiduciária de direitos creditórios, o correlato instrumento deve indicar, de maneira precisa, os títulos representativos do crédito (*in casu*, duplicatas virtuais), como entendeu o Tribunal de origem; ou se é o crédito, objeto de cessão, que deve estar suficientemente identificado, como defende o banco recorrente.

2. Dos termos do art. 18, IV, e 19, I, da Lei n. Lei n. 9.514/1997, ressaltando-se absolutamente claro que a cessão fiduciária sobre títulos de créditos opera a transferência da titularidade dos créditos cedidos. Ou seja, o objeto da cessão fiduciária são os direitos creditórios que hão de estar devidamente especificados no instrumento contratual, e não o título, o qual apenas os representa.

3. Por meio da cessão fiduciária de direitos creditórios, representados pelos correlatos títulos, o devedor fiduciante, a partir da contratação, cede ‘seus recebíveis’ à instituição financeira (credor fiduciário), como garantia ao mútuo bancário, que, inclusive, poderá apoderar-se diretamente do crédito constante em conta vinculada (‘trava bancária’) ou receber o respectivo pagamento diretamente do terceiro (devedor do devedor fiduciante). Por consectário, em atenção à própria natureza do direito creditício sobre o qual recai a garantia fiduciária – bem incorpóreo e fungível, por excelência –, sua identificação no respectivo contrato, naturalmente, referir-se-á à mensuração do valor constante da conta vinculada ou dos ‘recebíveis’, cedidos em garantia ao débito proveniente do mútuo bancário e representados por títulos de crédito.

4. A exigência de especificação do título representativo do crédito, como requisito formal à conformação do negócio fiduciário, além de não possuir previsão legal – o que, por si, obsta a adoção de uma interpretação judicial ampliativa – cede a uma questão de ordem prática incontornável. Por ocasião da realização da cessão fiduciária, afigura-se absolutamente possível que o título representativo do crédito cedido não tenha sido nem sequer emitido, a inviabilizar, desde logo, sua determinação no contrato.

5. Registre-se, inclusive, que a lei especial de regência (Lei n. 10.931/2004, que disciplina a cédula de crédito bancário) é expressa em admitir que a cessão fiduciária em garantia da cédula de crédito bancário recaia sobre um crédito futuro (a performar), o que, per si, inviabiliza a especificação do correlato título (já que ainda não emitido).

(...)..

9. Recurso especial provido.” (o grifo não está no texto original) (recurso especial n. 1.797.196, de São Paulo, Terceira Turma, relator o ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 9.4.2019).

Idêntica compreensão é encontrada na Câmara:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPUGNAÇÃO AO CRÉDITO. DECISÃO AGRAVADA QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO. INSURGÊNCIA DA IMPUGNANTE.

PRETENSA INCLUSÃO DOS CRÉDITOS NO ROL DE CREDORES. CRÉDITOS ORIUNDOS DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA QUE, EM REGRA, NÃO SE SUBMETE AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL (ART. 49, §3º, DA LEI N. 11.101/05). GARANTIA PREVISTA NA CÉDULA DE CRÉDITO

BANCÁRIO. CESSÃO DE DIREITO FUTURO. DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA COISA CEDIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 10.931/04. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS SOBRE TÍTULO DE CRÉDITO QUE SE ADMITE. EXEGESE DO ARTIGO 66-B, DA LEI N. 4.728/65. CRÉDITO QUE NÃO SE SUJEITA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO MANTIDA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. FIXAÇÃO EM FAVOR DO PROCURADOR DO AGRAVADO, COM FULCRO NO ART. 85, § 11, DO CPC/2015.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (agravo de instrumento n. 4014341-27.2017.8.24.0000, de Blumenau, relatora a desembargadora Soraya Nunes Lins, j. em 6.9.2018)” (fls. 117/125).

A simples leitura da ementa e dos parágrafos transcritos revela que a insurgência não passa de mero inconformismo ou incompreensão ao que foi decidido, que contrariou os interesses da embargante. Ora, se o resultado não a satisfaz, e considerando que os embargos de declaração não constituem o meio processual adequado para que o julgador valide os seus argumentos, a solução poderá ser encontrada pela via do recurso com efeito infringente.

A respeito dos efeitos infringentes ou modificativos do recurso eleito pela embargante, confira-se:

“Os embargos de declaração não visam à modificação do julgado. Daí, segundo se defende em termos gerais, não têm os embargos efeitos infringentes (por todos, João Monteiro, *Teoria do processo civil*).

Não importa, seja em relação às decisões de primeiro grau ou às proferidas pelo Tribunal, os embargos devem ser usados para que o juiz ou o tribunal, conforme o caso, emita um provimento *integrativo-retificador*, que tenha assim o condão de afastar a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no julgado. Desta feita, não pode, em tese, o julgador, quando do julgamento dos embargos, reexaminar a causa, porquanto a decisão, uma vez proferida, torna-se irretroatável, nos moldes do princípio expressamente insculpido no art. 463 do CPC (‘Publicada a sentença de mérito, o juiz só poderá alterá-la: I- para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II- por meio de embargos de declaração’). Em razão disso, força concluir: não se pode aceitar a alteração da decisão, a par da alegação de evidente erro de julgamento, porquanto o caminho que deve ser seguido é o da via recursal, postulando-se, pois ao juízo hierarquicamente superior a reforma, a modificação, a alteração ou a anulação do julgado.” (MARCATO, Antonio Carlos {Coord.}. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 1801).

O artigo 66-B, § 4º, da Lei n. 4.785/65, foi expressamente mencionado à fl. 119.

O último parágrafo do acórdão combatido tem o seguinte teor:

“Por último, não se faz necessária “a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes” e, tampouco, a “menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados”. (AgRg no REsp. 1.480.667/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.12.2014).” (fl. 125).

Assim se disse em relação ao artigo 43 da Lei n. 11.101/2005 que foi expressamente questionado nas contrarrazões.

O artigo 1.362, inciso IV, do Código Civil, o artigo 18, inciso IV, da Lei n. 9.514/1997, e o artigo 33 da Lei n. 10.931/2004, referidos nos embargos de declaração para fins de prequestionamento, não foram, antes - nas contrarrazões do recurso - questionados. E se não foram antes questionados, não havia necessidade de a Câmara examiná-los:

“No alusivo à interposição de embargos de declaração com a finalidade de *prequestionamento*, é atualmente tranquilo que para tanto os embargos só se prestam se, **antes** de proferido o acórdão embargado, o recorrente já suscitara a questão federal, e a respeito manteve-se todavia omissa o aresto; não se prestam os embargos, portanto, para suscitá-la originalmente, para *innovar* na matéria.” (grifo no original) (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 46-47).

A prevalecer o contrário, um recurso seria objeto de reiterados exames, sendo suficiente que as partes continuassem a invocar violação a novos dispositivos legais. Em tal circunstância – absurdo dos absurdos - um mesmo recurso seria reexaminado por infindáveis vezes, protelando-se, indefinidamente, o desfecho da causa.

Por último, saliente-se que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade” (artigo 1.025 do Código de Processo Civil de 2015).

Com essas considerações, os embargos de declaração são rejeitados.

Agravo de Instrumento n. 4031381-85.2018.8.24.0000, de Criciúma

Relatora: Desembargadora Soraya Nunes Lins

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE REJEITOU A ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA ACERCA DO DEFERIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA SUA PERSONALIDADE JURÍDICA. INSURGÊNCIA DA EMPRESA EXECUTADA.

ILEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA PARA IMPUGNAR O PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE DESCONSIDERAÇÃO DE SUA PERSONALIDADE COM O INTUITO DE DEFENDER INTERESSES DOS SÓCIOS.

ENTENDIMENTO VIGENTE À ÉPOCA DO CPC/1973 QUE DISPENSAVA A INTIMAÇÃO DA EMPRESA E DOS SÓCIOS SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, SENDO EXIGIDA SOMENTE A INTIMAÇÃO SOBRE EVENTUAL CONSTRIÇÃO SOBRE BENS DOS SÓCIOS, FICANDO ASSEGURADO, ASSIM, O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA.

CASO EM ANÁLISE, ADEMAIS, EM QUE A EMPRESA FOI INTIMADA POR MEIO DE SUA PROCURADORA APÓS O BLOQUEIO DE VALORES DE UM DOS SÓCIOS PELO BACENJUD, OPORTUNIDADE EM QUE TOMOU CONHECIMENTO DA DECISÃO DE DESCONSIDERAÇÃO, MAS NÃO SE MANIFESTOU. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA NA DECISÃO AGRAVADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CPC. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A MATÉRIA, EXARADO NO RESP N. 1.539.725/DF.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4031381-85.2018.8.24.0000, da comarca de Criciúma (3ª Vara Cível), em que é Agravante Comercial de Veículos Araranguáense Ltda, e Agravado Espólio de Musa Ahmad Abder Rahman:

A Quinta 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 Excelentíssimo Senhor Desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Monteiro Rocha.

Florianópolis, 22 de agosto de 2019.

Desembargadora Soraya Nunes Lins
Relatora

RELATÓRIO

Comercial de Veículos Araranguaense Ltda interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida no cumprimento de sentença promovido por Espólio de Musa Ahmad Abder Rahman, que não conheceu da alegação de nulidade do feito em razão da suposta ausência de intimação da pessoa jurídica da decisão que acolheu o requerimento de desconsideração da sua personalidade (autos n. 0001834-43.1997.8.24.0020/04).

Argumenta o agravante que era dever da Magistrada de origem enfrentar a alegação de cerceamento de defesa apresentada pela empresa, sendo a decisão contrária ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Requer a concessão do efeito suspensivo, a fim de “suspender os efeitos das certidões dos protestos levados a cabo, pois decorrentes de uma decisão da qual a Agravante não foi intimada”. Ao final, pugna pelo provimento do recurso, para cassar a decisão recorrida e determinar a apreciação da nulidade arguida. Postula ainda a condenação do agravado em honorários sucumbenciais.

O efeito suspensivo foi indeferido (fls. 362/365).

Em contrarrazões, o agravado pugna pelo desprovimento do recurso.

Por petição à fl. 374, o agravante postula pela inclusão no polo ativo do agravo de Eduardo Boff Bacha, Elias Bacha Filho e Carlos Alberto Barata, bem como pela reconsideração da liminar ou, alternativamente, pela inclusão em pauta do reclamo, sob o argumento de que os efeitos do protesto irregular “estão causando óbices de todas às ordens em detrimento dos ora Agravantes”.

Esse é o relatório.

VOTO

Nos autos do cumprimento de sentença promovido pelo ora agravado contra a empresa ora agravante, foi deferido o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, para determinar a penhora de bens pertencentes aos sócios, autorizando a constrição via Bacen Jud, após atualizado o débito (fls. 26/28).

Informado o valor atualizado da dívida de R\$ 35.125,19 (fl. 32), foi deferida a penhora via Bacen Jud (fl. 35).

Após o bloqueio parcial do débito, foi reduzida a termo a penhora (fl. 45) e intimada a empresa executada por meio de seu procurador (fl. 53), sem que tenha havido manifestação (fl. 55).

O exequente requereu a liberação do montante penhorado e a expedição de ofício à Receita Federal, para busca de bens em nome dos sócios (fl. 58).

A MMA. Juíza determinou a intimação pessoal dos executados sem procurador quanto à penhora e, não havendo manifestação, deferiu a liberação dos valores bloqueados, bem como a expedição de ofício requerida (fl. 60).

Houve a intimação pessoal dos sócios Eduardo Boff Bacha, Carlos Alberto Barata e Rodrigo Costa Barata, mas estes não se manifestaram (fls. 79 e 82), sendo então expedido o alvará (fl. 92).

Após diversas tentativas de penhora infrutíferas, o exequente requereu a inclusão do nome dos executados no quadro de protestos, com fulcro no art. 517 do CPC, bem como no cadastro de inadimplentes, com fulcro no art. 782, § 3º, do CPC (fls. 295/296). Posteriormente, postulou pela suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, apreensão do passaporte ou suspensão de cartões de crédito dos sócios da empresa, reiterando os pedidos anteriores e pleiteando ainda nova tentativa de bloqueio via Bacen Jud e consulta ao Infojud (fls. 302/303).

Foi deferida a penhora via Bacen Jud, assim como a consulta ao Sistema Infojud, determinando-se ainda a inscrição dos executados por intermédio do Sistema Serasa Jud e a expedição de certidão para fins de protesto do título judicial. O pedido de suspensão da CNH, apreensão de passaporte e cancelamento de cartões de crédito foi indeferido (fls. 309/310).

Sobreveio petição da empresa executada, na qual alegou que não foi intimada da decisão de descon sideração da personalidade jurídica, razão pela qual requereu a declaração de nulidade do processo a partir daquela decisão, reabrindo-se o prazo recursal (fl. 332).

A MMA. Juíza considerou que a decisão de descon sideração da personalidade jurídica “atingiu a esfera de interesses dos sócios, e não da requerente, carecedora, portanto, de proveito legítimo a ser tutelado”. Diante disso, concluiu que, por não haver prejuízo, não havia nulidade a ser declarada (fls. 341/342). Essa é a decisão agravada.

Preliminarmente, cumpre rejeitar o pleito de inclusão de Eduardo Boff Bacha, Elias Bacha Filho e Carlos Alberto Barata no polo ativo do agravo (fl. 374), uma vez que, após a interposição do recurso, é incabível requerer a alteração da parte recorrente, seja pela substituição, seja pela inclusão de novas pessoas.

Ultrapassada essa questão, passa-se à análise do recurso que, adianta-se, não merece prosperar.

Em primeiro lugar, mostra-se acertado o fundamento da decisão agravada de que a decisão de descon sideração da personalidade jurídica atingiu os interesses dos sócios, e não da pessoa jurídica.

Com efeito, por meio da descon sideração da personalidade jurídica, permite-se que o patrimônio dos sócios seja atingido para satisfação de dívidas da pessoa jurídica. Por isso, a empresa não tem legitimidade para impugnar ou recorrer da decisão, porquanto seu patrimônio não se confunde com o dos sócios.

Nessa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça entende que a pessoa jurídica só tem legitimidade recursal quanto a decisão de descon sideração de sua personalidade, para defender sua autonomia em relação aos sócios e a regularidade da administração, conforme precedente colacionado pelo agravante (AgInt no AREsp 1001293/RJ), mas não para defender interesses dos sócios.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ILEGITIMIDADE DA PRÓPRIA EMPRESA PARA RECORRER NO INTERESSE DOS SÓCIOS. PRECEDENTES. 2. VIOLAÇÃO AO ART. 50 DO CC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. 3. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. É entendimento consolidado nesta Corte que a empresa não possui legitimidade recursal para discutir a desconsideração da própria personalidade jurídica, quando suas razões vierem embasadas no interesse dos sócios. (...) (AgInt no AREsp 978178/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 17/10/2017).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. LEGITIMIDADE DA EMPRESA. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. (...)

(...)

2. Conforme a jurisprudência deste Sodalício, a empresa não possui legitimidade recursal para discutir a desconsideração da própria personalidade jurídica, quando suas razões vierem embasadas no interesse dos sócios. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.

(...) (AgInt no REsp 1625563/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 16/5/2017).

A jurisprudência desta Corte de Justiça não discrepa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE DEFERE O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE RECURSAL EVIDENCIADA. PLEITO QUE DEVE SER MANEJADO PELOS SÓCIOS OU GRUPO ECONÔMICO QUE TERÁ SEU PATRIMÔNIO ATINGIDO PELA DÍVIDA EXEQUENDA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

O interesse recursal em face da decisão que desconsidera a personalidade jurídica não pertence à empresa desconsiderada, mormente quando o objetivo precípua do recurso é afastar o reconhecimento do instituto com o escopo de resguardar os bens de terceiro de possível constrição para adimplemento do débito, donde exsurge a ilegitimidade da Recorrente (Agravo de Instrumento n. 0032463-93.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 6-9-2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E INCLUIU OS SÓCIOS NO POLO PASSIVO. INSURGÊNCIA DA EMPRESA DEVEDORA. ILEGITIMIDADE CONFIGURADA. PATRIMÔNIO DOS SÓCIOS QUE SERÁ ALCANÇADO PELA DÍVIDA DA PESSOA JURÍDICA. INTERESSE RECURSAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

O interesse em reverter a decisão que desconsiderou a personalidade jurídica da pessoa jurídica é dos sócios que terão seu patrimônio atingido pela dívida da empresa (Agravo de Instrumento n. 4003402-22.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 10-5-2018).

No caso em apreço, a pessoa jurídica restringiu-se a arguir a nulidade da decisão por ausência de sua intimação, sem apontar qual seria o prejuízo sofrido.

Logo, diante da ausência da demonstração de prejuízo à empresa, não tem legitimidade para agir em defesa dos interesses dos sócios, razão pela qual não merece reparo o pronunciamento impugnado.

Não fosse por esse fundamento, tem-se que a decisão de desconsideração da personalidade jurídica foi proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1973, quando a medida não dependia de um incidente próprio, podendo ser postulada nos próprios autos.

Dentro desse contexto, o entendimento era de que não havia necessidade de intimação da pessoa jurídica ou mesmo dos sócios acerca da decisão de desconsideração, sendo exigida somente a intimação destes quando efetivada a penhora sobre seus bens, oportunidade em que então poderiam exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Em precedente do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E MATERIAIS. OBSERVÂNCIA. CITAÇÃO DOS SÓCIOS EM PREJUÍZO DE QUEM FOI DECRETADA A DESCONSIDERAÇÃO. DESNECESSIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS COM A INTIMAÇÃO DA CONSTRICÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. VIA ADEQUADA PARA A DISCUSSÃO ACERCA DO CABIMENTO DA DISREGARD. SÚM 83/STJ.

1. Na hipótese, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em consonância com aquele perfilhado pelo STJ, no sentido de que “A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.” (REsp 1096604/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 16/10/2012). Incidência da Súmula 83/STJ na hipótese.

(...) (AgRg no REsp 1182385/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 6/11/2014 – grifou-se).

A respeito da matéria, colhe-se da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ACOLHIDA SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. SUCESSÃO EMPRESARIAL E GRUPO ECONÔMICO. INEXISTÊNCIA DE IMEDIATA INTIMAÇÃO PESSOAL DA SUCESSORA. COMUNICAÇÕES OFICIAIS DIRIGIDAS SOMENTE AOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS PELA DEVEDORA ORIGINÁRIA. PENHORA DE FATURAMENTO DA DETERMINADA EM 2017. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS PELA AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. INSUBSISTÊNCIA. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA MEDIANTE IMPUGNAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO

DESPROVIDO (Agravo de Instrumento n. 4029783-33.2017.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 3-7-2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA, COM PENHORA BACEN-JUD NAS CONTAS DO SÓCIO.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA EMPRESA E DO SÓCIO ACERCA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INACOLHIMENTO.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, não há prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, a falta de intimação prévia dos sócios da empresa, cuja personalidade se pretende desconsiderar, pois a prévia intimação pode obstar a eficácia da medida ou inviabilizar a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Ação Rescisória n. 4014247-61.2018.8.24.0900, de Joinville

Relator: Desembargador Jaime Ramos

AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÕES: (A) OFENSA MANIFESTA A NORMA JURÍDICA; (B) FALSIDADE DA PROVA; (C) PROVA NOVA; (D) ERRO DE FATO (ART. 966, INCISOS V, VI, VII, VIII, E § 1º, DO CPC). INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. ATLETA AMADOR DE FUTEBOL DE SALÃO. LESÃO DE LIGAMENTO E MENISCO QUANDO ATUAVA PELA EXTINTA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE ESPORTES DE JOINVILLE. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. INDENIZAÇÃO PRETENDIDA SOB ALEGAÇÃO DE QUE AS SEQUELAS O IMPEDEM DE CONTINUAR JOGANDO FUTEBOL DE SALÃO. ATESTADOS FIRMADOS PELO MÉDICO DO AUTOR QUE, NO ENTANTO, ATESTAM A POSSIBILIDADE DE RETORNO EM CINCO OU SEIS MESES. PERÍCIA JUDICIAL DA AÇÃO ORIGINÁRIA QUE NÃO INDICA NENHUM IMPEDIMENTO PARA O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES HABITUAIS. PEDIDO RESCISÓRIO IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4014247-61.2018.8.24.0900, da comarca de Joinville, em que é Autor Leonardo Rodrigues Veiga e Réu o Município de Joinville.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o pedido rescisório. Custas na forma da Lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, e presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador João Henrique Blasi, os Exmos. Srs. Desembargadores Jorge Luiz de Borba, Ronei Danielli, Luiz Fernando Boller, Ricardo Roesler, Rodolfo Tridapalli, Odson Cardoso Filho, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Júlio César Knoll, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Francisco Oliveira Neto, Hélio do Valle Pereira, Denise de Souza Luiz Francoski, Artur Jenichen Filho, Vilson Fontana, Pedro Manoel Abreu e Cid Goulart.

Florianópolis, 27 de novembro de 2019.

Desembargador Jaime Ramos
Relator

RELATÓRIO

Leonardo Rodrigues Veiga, com base no art. 966, incisos V, VI, VII e VIII, do Código de Processo Civil, propôs a presente ação rescisória contra a Fundação Municipal de Esportes do Município de Joinville (FME), pretendendo rescindir o acórdão da Terceira Câmara de Direito Público, proferido na Apelação Cível n. 2012.039973-9, de Joinville, que negou provimento ao recurso adesivo do autor e à apelação da parte ré desta rescisória.

Alega que, entre março/2002 e maio/2003, na condição de atleta de futebol de salão, mantinha vínculo empregatício com a Fundação Municipal de Esportes, “percebendo como último vencimento a importância de R\$ 1.850,00, por mês”; que, no mês de setembro/2002, “durante treinamento realizado pela Fundação empregadora [...], sofreu lesão ligamentar e meniscal do joelho direito [...] tendo sido submetido a procedimento cirúrgico em outubro/2002”; que, depois, “foi constatada a existência de seqüela definitiva do membro inferior dominante do autor, em condição incompatível com o exercício da atividade habitual” e, por isso, foi dispensado pela Fundação; que, em razão das seqüelas, não conseguiu mais exercer “a atividade de jogador de futebol, nem sequer a prática amadora”.

Alega, ainda, que “conforme laudo médico realizado nos autos da ação autuada sob o n. 0035277-18.2003.8.24.0038, as lesões restaram consolidadas com o estabelecimento de seqüelas que caracterizaram perda de 25% da função do joelho direito, além do estabelecimento de instabilidade rotacional de tal articulação”; que essas seqüelas têm impacto direto sobre a atividade que exercia (jogador de futebol de salão).

Entende, assim, que o acórdão rescindendo, ao negar provimento ao seu recurso adesivo, em relação à pretendida indenização prevista no art. 950, do Código Civil, está fundado em erro de fato, haja vista que não considerou o conteúdo da prova pericial, que “reconheceu a existência de seqüelas incompatíveis com o exercício da atividade de alto rendimento exercida pelo autor, bem assim a impossibilidade de executar movimentos/esforços exigidos em sua atividade habitual”; que “o parecer atual emitido pelo médico responsável pelo tratamento reconhecendo a incapacidade laborativa para o exercício da função de jogador de futebol por conta das seqüelas existentes no joelho direito, trata-se de documento novo e apto capaz de assegurar pronunciamento favorável”; que “o extrato previdenciário – CNIS, conforme segue anexo, igualmente consiste em documento novo, o qual corrobora com os reconhecimentos da prova pericial e com o parecer do médico responsável pelo tratamento, demonstrando que o autor não mais voltou a exercer a atividade de jogador de futebol”.

Requeru: a) o deferimento da gratuidade da justiça; b) a realização de nova prova pericial para constatar “a existência das seqüelas descritas [...] para ser reconhecida a caracterização da perda/redução da capacidade laborativa para as atividades habitualmente exercidas”; c) a procedência do pedido rescisório e a realização de novo julgamento “deferindo a indenização pelos lucros cessantes a título de pensionamento, correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu, na forma do artigo 950, parágrafo único, do Código Civil, com o deferimento das prestações vencidas e vincendas a contar de março/2002, no valor de R\$ 1.850,00, por mês, até a idade prevista para o autor completar 75,5 anos de vida [...], condenando a fundação ré no seu pagamento, acrescido de verba honorária na razão de 15%”.

No dia 14/06/2018, o autor peticionou requerendo a juntada dos documentos de fls. 252/259.

Em 03/08/2018, foi intimado para emendar a petição inicial, a fim de esclarecer em que consiste o aventado documento novo que, por si só, seria capaz de lhe assegurar um pronunciamento judicial favorável, e indicar os motivos pelos quais fundamentou a rescisória no inciso VI do art. 966 do Código de Processo Civil.

O autor, então, trouxe aos autos o “parecer atual emitido pelo médico responsável pelo tratamento, Dr. Marco Antônio Martins – Ortopedista e Traumatologista”, dizendo que esse é o documento novo.

Disse “que deseja demonstrar no curso da presente ação rescisória, através de nova prova pericial, a existência das sequelas e da perda/redução da capacidade laborativa para as atividades habitualmente exercidas, para efeitos do inciso VI, do artigo 966, do CPC, visando desconstituir/suprir falhas contidas no laudo anteriormente realizado”.

Tentada a citação da Fundação Municipal de Esportes demandada, ficou esclarecido que ela foi extinta e suas atividades foram abrigadas pela Secretaria Municipal de Esportes de Joinville.

Citado, o Município de Joinville contestou requerendo, inicialmente, a retificação do cadastro processual, sob o fundamento de que a Fundação de Esportes, Lazer e Eventos de Joinville foi extinta pela Lei Municipal n. 8.363, de 25/01/2017 e, em seu lugar, foi criada a Secretaria Municipal de Esportes, vinculada à Administração Direta do Município, o que foi deferido e o cadastro processual foi retificado.

Impugnou o pedido de gratuidade da justiça porque “o requerente nos últimos 5 anos tem exercido e vem exercendo cargos de gerência, rendem receita mensal superior ao exigido para a concessão da assistência judiciária”; que esposa do autor “também tem atividade remunerada (enfermeira e nutricionista), como se vê da matrícula imobiliária de sua propriedade e que lhes serve de residência”, percebendo, na condição de servidora do Hospital Municipal São José, vencimentos médios de R\$ 4.000,00; que o autor deve juntar aos autos “a CTPS atualizada, CNIS com todas as informações (recolhimentos autônomos, contribuinte individual, relações de emprego), declarações de imposto de renda, matrículas imobiliárias e recibos de propriedade de veículos, dele e de sua esposa”, haja vista que, sem esses documentos, não é possível o deferimento da gratuidade da justiça com base apenas em simples declaração de hipossuficiência.

No mérito, disse que deve ser “afastado o fundamento do inciso VI do art. 966 do CPC, visto que [o autor] nada esclareceu quanto à suposta prova falsa em que teria se valido o v. acórdão rescindendo para decidir a questão”; que “não há qualquer fundamento para a ação rescisória, visto que ela não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la, que é afinal o que se extrai da pretensão do requerente”; que “a manifestação do médico datada de 17.08.2018 (fls. 273) e, também, o CNIS não se constituem em prova nova, como exigido pelo inciso VIII do art. 966 do CPC”; que é “incabível a produção de nova perícia em sede de ação rescisória”, sobretudo porque “nada foi alegado pelo requerente na ação originária quanto a sua nulidade ou invalidade”; que “eventual queda ou esforço físico causador da dita lesão ocorreu fora das atividades da Fundação, o que de plano retira dela toda e qualquer responsabilidade”; que a lesão ocorreu em 2002 e, por isso, impugna o atestado médico datado de 17.08.2018 porque o autor “pode ter sofrido outras lesões”; que “eventual indenização deve levar em conta na pior das hipóteses a quantia paga de R\$ 1.200,00 e, ainda assim, proporcional à suposta perda havida, limitada sempre à data em que completou 30 anos”.

Intimado, o autor impugnou os argumentos expendidos na contestação e juntou documentos com o intuito de comprovar a sua hipossuficiência.

Por isso, se deu vista dos autos ao Município de Joinville para que, no prazo de quinze (15), se manifestasse sobre os documentos juntados com a petição de fls. 371/380, mas o prazo escoou sem qualquer manifestação.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de intervir por entender inexistente o interesse público na causa.

VOTO

Há que se julgar improcedente o pedido rescisório.

Do pedido de gratuidade da justiça

Imperativo registrar que o autor, nos autos da “Ação de cumprimento de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais” n. 038.03.035277-8 (0035277-18.2003.8.24.0038), proposta contra a extinta Fundação Municipal de Esportes (FME) do Município de Joinville, teve deferido o benefício da gratuidade da justiça.

Agora, nesta ação rescisória, pugnou pelo deferimento da gratuidade da justiça, mas o pedido foi impugnado pelo Município de Joinville, sob o fundamento de que o autor “nos últimos 5 anos tem exercido e vem exercendo cargos de gerência, rendem receita mensal superior ao exigido para a concessão da assistência judiciária” e, além disso, sua esposa é servidora do Hospital Municipal São José e tem vencimentos médios de R\$ 4.000,00, daí por que sustenta que, para o deferimento do pedido, deve ser trazida aos autos “a CTPS atualizada, CNIS com todas as informações (recolhimentos autônomos, contribuinte individual, relações de emprego), declarações de imposto de renda, matrículas imobiliárias e recibos de propriedade de veículos, dele e de sua esposa”.

Intimado, o autor trouxe aos autos a cópia da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dando conta de que o último contrato de trabalho foi rescindido em 20/12/2017; comprovante de mensalidade escolar da filha do casal, no valor de R\$ 735,00 (vencimento em 07/09/2019); contracheque da esposa do mês de agosto/2019 (vencimento líquido de R\$ 2.533,25); recibo de pagamento de financiamento imobiliário expedido pela Caixa Econômica Federal, com vencimento em 17/08/2019, no valor de R\$ 1.332,60.

O Município de Joinville, embora tenha sido intimado para se manifestar sobre esses documentos, nada disse.

Pois bem.

A Lei Federal n. 1.060, de 05/02/1950, que instituiu a assistência judiciária gratuita, no seu art. 4º previa que “a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

Não obstante, esse art. 4º foi revogado pelo art. 1.072, inciso III, do Código de Processo Civil, que passou a tratar da gratuidade da justiça nos seus arts. 98 e seguintes.

A gratuidade da justiça também é assegurada pela Constituição Federal, conforme infere do inciso LXXIV do art. 5º, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A Resolução CM n. 11/2018, do Conselho da Magistratura deste Tribunal de Justiça, que revogou expressamente a Resolução CM n. 4/2006, fixou “diretrizes para a análise do pedido de gratuidade da justiça e para o cumprimento de mandados dessa natureza no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina”.

Aliás, em recente decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 4030737-11.2019.8.24.0000, a Desembargadora Rosane Portella Wolff, deixou assente que “o Conselho da Magistratura desta Corte editou a Resolução n. 11, de 12 de novembro de 2018, na qual recomenda, em suma, a utilização dos critérios adotados pela Jurisprudência deste Tribunal, isto é, o limite de três salários mínimos, parâmetro da Defensoria Pública, além de que seja realizada uma análise criteriosa da documentação exibida nos autos” (TJSC - AI n. 4030737-11.2019.8.24.0000, Relatora Desª Rosane Portella Wolff, decisão proferida em 24/10/2019).

Nesse passo, atento às diretrizes fixadas pela Resolução CM n. 11/2018, do Conselho da Magistratura, e considerando que, aliado à declaração de hipossuficiência, os documentos trazidos aos autos comprovam que o autor não está exercendo atividade formal (último contrato de trabalho foi rescindido em dezembro/2017); que o casal tem de arcar com o pagamento de mensalidades escolares da filha e do financiamento imobiliário firmado com a Caixa Econômica Federal, há que se deferir o pedido de gratuidade da justiça, nos termos dos arts. 98 e seguintes, do Código de Processo Civil.

Inaplicável ao caso, por força do deferimento da gratuidade da justiça, o disposto no inciso II do art. 968 do Código de Processo Civil, quanto ao depósito de 5% do valor da causa (§ 1º do art. 968 do CPC).

Do mérito da ação rescisória

A presente ação rescisória foi proposta com base no art. 966, incisos V, VI, VII e VIII, e seu § 1º, do Código de Processo Civil, segundo os quais “a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V – violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos” considerando-se erro de fato “quando decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado” (§ 1º do art. 966, do CPC); e tem como

objetivo desconstituir o acórdão da Terceira Câmara de Direito Público, proferido na Apelação Cível n. 2012.039973-9, julgada em 1º/03/2016, da qual foi Relator o digno Des. Júlio César Knoll.

Eis a ementa do acórdão impugnado, que transitou em julgado no dia 05/07/2016 (fl. 242):

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER/CINDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ATLETA NÃO PROFISSIONAL QUE RECEBIA INCENTIVO PARA DISPUTAR COMPETIÇÕES PELA FUNDAÇÃO DE ESPORTES DE JOINVILLE. LESÃO DURANTE O PERÍODO EM QUE INTEGRAVA A EQUIPE. RECURSO DA ENTIDADE MUNICIPAL PARA AFASTAR A SUA RESPONSABILIDADE PELO OCORRIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. RISCO DA ATIVIDADE. CC, ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO. REPARAÇÃO QUE DEVE SE RESTRINGIR AO CUSTEIO DO TRATAMENTO MÉDICO E FISIOTERÁPICO DO AUTOR, ALÉM DOS LUCROS CESSANTES. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.

“A Fundação é responsável pela ocorrência de lesões em seus atletas que diminuam sua capacidade de atuar e prejudiquem-os no exercício de atividades futuras. Tal risco é ínsito à atividade promovida pela Fundação, que, a fim de melhorar o nível técnico da equipe na disputa de competições diversas, convoca atletas para representá-la.

“É dever da Fundação reparar o dano causado ao autor, ainda que inexista a comprovação da culpa, reparação que nos limites do decidido pelo Juízo de primeiro grau deve se restringir ao custeio do tratamento médico e fisioterápico e aos lucros cessantes que foram razoavelmente arbitrados, já que havia uma probabilidade objetiva de que, no curso normal das coisas, o autor receberia tal valor se não houvesse a interferência do evento danoso.

“RECURSO ADESIVO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR PERDA DA CAPACIDADE LABORATIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

“A indenização do art. 950 do Código Civil visa reparar os lucros cessantes decorrentes do ilícito. Ocorre que em análise da prova dos autos nota-se que o autor só estaria impedido de jogar futebol de salão até março ou maio de 2003, período utilizado pelo Juízo de primeiro grau para fixar o valor reparatório” (TJSC – AC n. 2012.039973-9, de Joinville, Rel. Des. Júlio César Knoll, julgada em 1º/03/2016).

Pois bem.

Da alegada ofensa ao inciso V do art. 966 do Código de Processo Civil

O autor alega que o julgado impugnado, ao negar provimento ao seu recurso adesivo, negando, por conseguinte, o pedido de indenização (pensionamento) pela redução da capacidade laborativa para a atividade habitual, violou “manifestamente norma jurídica” (inciso V do art. 966 do CPC), vale dizer, o art. 950, do Código Civil, haja vista que, em razão da “existência de sequelas definitivas no membro inferior dominante [...], não mais conseguiu exercer a atividade de jogador de futebol”.

Todavia, razão não lhe assiste porque o pedido de indenização (pensionamento) foi denegado pelas seguintes razões:

“Do recurso interposto por Leonardo Rodrigues Veiga

“Leonardo Rodrigues Veiga recorreu adesivamente, para que a Fundação fosse condenada a pagar indenização por danos permanentes, na medida em que ele já não poderia mais jogar futebol.

“De acordo com o art. 950 do Código Civil

“Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

“Entende o Superior Tribunal de Justiça que ‘a vítima do evento danoso - que sofre redução parcial e permanente da capacidade laborativa - tem direito ao pensionamento previsto no artigo 950 do Código Civil, independentemente da existência de capacidade para o exercício de outras atividades, em razão do maior sacrifício para a realização do serviço’ (REsp n. 1.292.728, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15-8-2013).

“A indenização do art. 950 do Código Civil visa reparar os lucros cessantes decorrentes do ilícito

“Ocorre que em análise da prova dos autos (fls. 23-24), nota-se que o autor só estaria impedido de jogar futebol de salão até março ou maio de 2003, justamente o período utilizado pelo Juízo de primeiro grau para fixar os lucros cessantes e decorrentes do infortúnio (fl. 165).

“O fundamento utilizado pelo recorrente adesivo para a condenação da Fundação ao que ele chama de ‘indenização por danos permanentes’ leva em conta a péssima perícia de fls. 146-149, que em nenhum momento identificou a impossibilidade do autor em praticar futebol.

“Aliás, na esteira do art. 397 do Código de Processo Civil, nada impedia que o autor juntasse em anexo ao apelo documentos novos, destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, para demonstrar até que período ele ficou impossibilitado de exercer a profissão.

“Desse modo, nego o recurso no ponto” (TJSC – AC n. 2012.039973-9, de Joinville, Rel. Des. Júlio César Knoll, julgada em 1º/03/2016).

Note-se, então, que a denegação do pedido de indenização, fundada no art. 950, do Código Civil, está sustentada na prova pericial **“que em nenhum momento identificou a impossibilidade do autor em praticar futebol”**.

Ademais, o Dr. Marco Antônio Schueda, médico que, no dia 26/10/2002, realizou a cirurgia no joelho direito do autor, atestou que ele:

*“Encontra-se em recuperação pós op. ligamentoplastia e **está seguindo curso normal pós cirurgia.***

*“**Retorno ao esporte conforme previsto com 5 1/2 meses a 6 meses (aproximadamente março-maio 2003)**”
(fl. 33 – grifou-se).*

Em outro documento também firmado pelo Dr. Marco Antônio Schueda em 20/03/2003 (fl. 34), consta o seguinte:

“Declaro para devidos fins que o Sr. Leonardo Rodrigues Veiga portador de lesão ligamentar + meniscal joelho direito, realizou correção cirúrgica via artroscópica no dia 26/10/02, estando em reabilitação com previsão de retorno conforme notificação pós operatória em 04, 05 a 06 meses pós cirurgia” (fl. 34).

Não é demasiado registrar que **“a violação de literal disposição de lei autorizativa ao ajuizamento da ação rescisória somente ocorre em face de ofensa flagrante ao direito, haja vista não ser sucedâneo recursal para se discutir a injustiça da decisão em abertura de nova via recursal, ao reexame de matéria fático-probatória** ou, menos ainda, de matéria em harmonia com a jurisprudência pacífica no Tribunal” (STJ – AgInt na AR n. 4.959/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe de 20/09/2018 – destacou-se).

No mesmo sentido:

“A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade” (STJ – REsp n. 1.725.409/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 13/11/2018 – original sem grifo).

“A violação a dispositivo de lei que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 966, V, do CPC/2015, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade pela decisão rescindenda, sob pena de atrair a perpetuação da discussão sobre matéria decidida e desrespeitar a segurança jurídica” (STJ – AgInt na AR n. 5.893/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2019).

Portanto, a prova dos autos da ação de conhecimento em momento algum afirmou que o autor não poderia mais se dedicar às atividades habituais (jogador de futebol), de sorte que o acórdão impugnado, ao rejeitar o pedido indenizatório, não contrariou o art. 950, do Código Civil, o que impede a propositura da ação rescisória com fundamento no inciso V do art. 966 do Código de Processo Civil.

Do pedido fundado no inciso VI do art. 966 do CPC

O eminente Des. Júlio César Knoll, nos fundamentos do acórdão rescindendo, anotou que “o fundamento utilizado pelo recorrente adesivo para a condenação da Fundação ao que ele chama de ‘indenização por danos permanentes’ leva em conta a péssima perícia de fls. 146-149, que em nenhum momento identificou a impossibilidade do autor em praticar futebol”.

Por isso, ao emendar a petição inicial desta ação, o autor disse que “deseja demonstrar no curso da presente ação rescisória, através de nova prova pericial, a existência das sequelas e da perda/redução da capacidade laborativa para as atividades habitualmente exercidas, para efeitos do inciso VI, do artigo 966, do CPC, visando desconstituir/suprir falhas contidas no laudo anteriormente realizado, acerca do qual assim se pronunciou a decisão rescindenda”.

Na espécie, contudo, a ação rescisória não pode ter por fundamento o inciso VI do art. 966 do Código de Processo Civil, haja vista que o autor não comprovou, como lhe competia (art. 373, inciso I, do CPC), que o acórdão impugnado está sustentado “**em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal [...]**” (inciso VI do art. 966 do CPC).

De igual modo, não pode subsistir a pretensão de demonstrar no bojo desta ação rescisória, com a realização de nova prova pericial, a falsidade da prova técnica produzida por experto nomeado pelo juízo, com base na qual o acórdão impugnado negou provimento ao recurso adesivo do autor e, via de consequência, não acolheu o pedido de indenização (pensionamento) pela alegada redução permanente da capacidade laborativa para a atividade habitual.

Isso porque a negativa de provimento ao recurso adesivo e, por conseguinte, ao pedido de indenização (pensionamento) não teve como fundamento uma prova técnica falsa, mas, como registrado nos fundamentos do acórdão impugnado, “a péssima perícia de fls. 146-149, que em nenhum momento identificou a impossibilidade do autor em praticar futebol”.

Aliás, como anotou o eminente Des. Júlio César Knoll, “na esteira do art. 397 do Código de Processo Civil [435, do CPC/2015], nada impedia que o autor juntasse em anexo ao apelo documentos novos, destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, para demonstrar até que período ele ficou impossibilitado de exercer a profissão”.

Então, a realização de uma nova perícia mais de dezessete (17) anos depois de o autor ter lesionado o joelho direito (lesão ocorreu em setembro/2002) e da correção cirúrgica realizada no dia 26/10/2002, não atestará a realidade fática daquela época, mas as atuais condições físicas do autor que, eventualmente, poderão ter sido agravadas pelo decurso do tempo e, no entanto, a ação rescisória deve levar em conta as circunstâncias fáticas da época do julgamento da ação primitiva.

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, a respeito da prova nova, ensinam:

“VII: 48. Prova nova. O atual CPC é mais abrangente do que o CPC/1973, pois admite não só a apresentação de documento novo, mas também de tudo que possa formar prova nova em relação ao que constou da instrução no processo original. **Mas, da mesma forma que ocorria em relação ao documento novo, por prova nova deve entender-se aquela que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer uso – portanto, não cabe, no caso, dar início a nova perícia judicial, por exemplo**” (Código de Processo Civil comentado. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 2150 – destaque apostro).

Logo, como se viu, o autor não comprovou, como lhe competia, que a prova técnica era falsa e, sendo inadmissível, agora, a realização de nova prova pericial que já poderia ter sido produzida lá em 2002 ou 2003, é inviável o manejo da ação rescisória com base no inciso VI do art. 966 do Código de Processo Civil.

Do pedido fundado no inciso VII do art. 966 do CPC

O autor juntou aos autos, com a emenda da petição inicial, “parecer atual emitido pelo médico responsável pelo tratamento, Dr. Marco Antônio Martins – Ortopedista e Traumatologista”, o qual, de acordo com o autor, é um “**documento novo**” obtido após o trânsito em julgado e “capaz de assegurar pronunciamento favorável” porque “demonstra a existência de sequelas consolidadas em seu joelho direito [...] que impedem de forma definitiva o exercício da atividade habitualmente exercida (jogador de futebol), em decorrência das instabilidades articulares rotacionais, redução da amplitude de movimentos e quadros algícos produzidos”.

É importante deixar claro, em primeiro lugar, que o documento firmado em 17/08/2018 pelo Dr. Marco Antônio Martins, médico ortopedista, de prova nova (CPC/2015) ou documento novo (CPC/1973) não se trata.

Isso porque “o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento segundo o qual **o documento novo que autoriza o ajuizamento da ação rescisória é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso por razões estranhas à sua vontade, sendo capaz de assegurar, por si só, a procedência do pedido deduzido na demanda**” (STJ – AR n. 4.408/PR, Rel. Og Fernandes, DJe de 18/12/2018 – grifou-se), o que não é o caso dos autos.

No mesmo sentido:

“Nos termos da jurisprudência do STJ, **o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 966, VII do CPC, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional, o que não é o caso dos autos**” (STJ – AR n. 5.923/MS, Rel. Og Fernandes, DJe de 17/10/2018 – original sem destaque).

“Consoante jurisprudência desta Corte, **‘o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional’** (AgRg no REsp 1.407.540/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 19/12/2014)” (STJ – AgInt no AREsp n. 1.241.970/AC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 18/05/2018 – destaque apostro).

Assim, considerando que o documento novo ou a prova nova é aquela que já existia ao tempo em que foi proferida a decisão rescindenda, mas dela o autor não tinha conhecimento ou não pôde fazer uso, é evidente que o “parecer atual emitido pelo médico responsável pelo tratamento, Dr. Marco Antônio Martins – Ortopedista e Traumatologista”, não se trata de documento novo (inciso VII do art. 485 do CPC/1973) ou de prova nova (inciso VII do art. 966 do CPC/2015) somente pelo fato de ter sido assinado em 17/08/2018, vale dizer, não existia à época do acórdão rescindendo.

Do alegado erro de fato (inciso VIII e § 1º do art. 966 do CPC)

Entende o autor que a decisão rescindenda está “fundada em erro de fato verificável do exame dos autos” (art. 966, inciso VIII, do CPC), porque não considerou que “a prova pericial reconheceu o estabelecimento de sequelas que, tanto isoladamente, quanto por seu conjunto (instabilidade articular rotacional, dificuldade de correr, desencadeamento de dor ao realizar exercícios físicos pesados e redução de 25% da função do joelho direito) impossibilitam/impedem o exercício da atividade de alto desempenho que o autor habitualmente exercia”.

O erro de fato que justificaria uma ação rescisória, segundo se infere do § 1º do art. 966 do Código de Processo Civil, ocorre “quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado”.

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, a respeito do erro de fato, ensinam:

“**50. Erro de fato.** ‘Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito do erro de fato; que haja entre aquela e este um nexo de causalidade’ (Sidney Sanches. RT 501/25). Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória de novas provas para demonstrá-lo. Porém, o erro de fato não autoriza a rescisória escorada em eventual ‘injustiça’ da decisão rescindenda ou mesmo equívoco na qualificação jurídica da prova ou dos fatos [...].

“**51. Condição para que o erro de fato** justifique a propositura da rescisória. O § 1º deixa claro que não é todo erro de fato que enseja a propositura da rescisória. Caso tenha havido discussão do erro de fato, tornando-o controvertido, e o órgão jurisdicional não se pronunciou a respeito, então existe aí omissão que deveria ter sido objeto de embargos de declaração, no momento processual próprio. Há, portanto, preclusão da questão, o que impede a sua arguição posterior em rescisória” (Código de Processo Civil comentado. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 2150/2151).

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que “o cabimento da ação rescisória fundamentada na existência de erro de fato depende da adequada demonstração dos seguintes requisitos: a) que o erro seja relevante para o julgamento da questão; b) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação originária, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e c) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato” (STJ – AR n. 5.601/MA, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe de 19/08/2019).

Assim, “a ação rescisória fundada em erro de fato pressupõe que a decisão tenha admitido um fato inexistente ou tenha considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, mas, em quaisquer

dos casos, é indispensável que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre ele” (STJ - AR n. 5.160/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 18/04/2018).

Contudo, na espécie, não há erro de fato porque no acórdão impugnado constou claramente o seguinte:

- a) “que em análise da prova dos autos (fls. 23-24), **nota-se que o autor só estaria impedido de jogar futebol de salão até março ou maio de 2003, justamente o período utilizado pelo Juízo de primeiro grau para fixar os lucros cessantes e decorrentes do infortúnio** (fl. 165)”; e
- b) que **“o fundamento utilizado pelo recorrente adesivo para a condenação da Fundação ao que ele chama de ‘indenização por danos permanentes’ leva em conta a péssima perícia de fls. 146-149, que em nenhum momento identificou a impossibilidade do autor em praticar futebol”**.

Vê-se, então, que a decisão rescindenda analisou e considerou as provas existentes nos autos da ação de conhecimento, tanto que nela se registrou, referindo-se aos documentos firmados pelo médico que realizou a cirurgia no joelho do autor (fls. 23-24 dos autos originais; 33-34 desta ação rescisória) que ele (autor) estaria liberado para jogar futebol de salão após o mês de março ou maio de 2003; e anotou-se, ainda, que a perícia judicial **“em nenhum momento identificou a impossibilidade do autor em praticar futebol”**, circunstâncias que afastam o alegado erro de fato porque o acórdão impugnado não admitiu como existente um fato inexistente nem considerou inexistente fato que tenha efetivamente ocorrido.

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que “a ação rescisória não se presta a apreciar a boa ou má interpretação do conjunto fático - probatório dos autos, ou a sua complementação” (STJ – AgInt no AREsp n. 1.465.396/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 02/09/2019).

Desse modo, se a decisão rescindenda está sustentada em fatos efetivamente existentes, materializados nas declarações firmadas pelo próprio médico do autor (fls. 23-24 dos autos originais; 33-34 desta ação rescisória) os quais atestam que ele poderia, como previsto, voltar a jogar futebol de salão até o mês de março ou maio de 2003; e na prova pericial que não afastou a possibilidade de o autor retornar à prática do futebol de salão, é evidente que, ao contrário do que sustenta o demandante, o acórdão impugnado não está fundado em erro de fato (art. 966, inciso VIII, do CPC).

Pelo exposto, julga-se improcedente o pedido rescisório, condenando-se o autor da rescisória ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, ficando, no entanto, suspensa a exigibilidade das verbas sucumbenciais, porquanto o demandante é beneficiário da gratuidade da justiça.

Apelação/Remessa Necessária n. 0329745-15.2015.8.24.0023, da Capital

Relator: Des. Jaime Ramos

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. PENSÃO POR MORTE DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA REMUNERADA E ÓBITO POSTERIORES À EC 41/2003. PARIDADE COM A REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES MILITARES EM ATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DA “LEI ESPECÍFICA” A QUE SE REFERE O § 2º DO ART. 42 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA DIFERENCIAR O REGIME DE PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA DO APLICÁVEL EM RELAÇÃO AOS SERVIDORES CIVIS. APLICAÇÃO DOS §§ 7º E 8º DO ART. 40 DA CARTA MAGNA E DAS REGRAS REFERENTES AOS BENEFÍCIOS DEVIDOS PELO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO ATINENTES AOS SERVIDORES EM GERAL (LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 412/2008). NECESSIDADE DE OEDIÊNCIA À REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 47/2005 NOS TERMOS DA DETERMINAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE N. 603.580/RJ, COM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA N. 396) E DO QUE O GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA TRIBUNAL FIXOU ACERCA DO TEMA 07/IRDR. AUSÊNCIA DE PARIDADE DAS PENSÕES POR MORTE INSTITUÍDAS APÓS A EC 41/2003 COM O SUBSÍDIO DE SERVIDOR MILITAR IMPLANTADO PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 614/2013. SEGURANÇA DENEGADA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO E REMESSA PROVIDOS.

“Nos termos do que autoriza o § 2º do art. 42 da Constituição Federal de 1988, as pensões por morte de servidores militares estaduais (policiais e bombeiros) podem ter regras de integralidade e paridade distintas das referentes aos servidores civis, desde que na Unidade da Federação seja editada ‘lei específica’ para tanto. No Estado de Santa Catarina não há ‘lei específica’ a respeito e sim normas que determinam aplicação genérica da legislação do regime próprio de previdência social. Assim, enquanto não for editada ‘lei específica’, as pensões por morte de servidores militares deste Estado, falecidos após a Emenda Constitucional n. 41/2003, regulam-se pelos §§ 7º e 8º do art. 40 da Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, para terem paridade com a remuneração dos servidores militares em atividade, deverão observar as regras de transição do art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005, em obediência ao estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.580/RJ, com repercussão geral (Tema n. 396).” (TJSC, IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023/50000, Rel. Des. Jaime Ramos, **Tema 07/IRDR**). Em face disso, não há como estender aos detentores de pensão por morte instituída em razão do falecimento de servidor militar do Estado de Santa Catarina após a EC n. 41/2003, sem que haja demonstração da observância da regra de transição do art. 3º da EC n. 47/2005, o valor do subsídio de que trata a Lei Complementar Estadual n. 614/2013.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária n. 0329745-15.2015.8.24.0023, da comarca da Capital 2ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Iprev e Apelada Estela dos Santos Ferreira do Amaral.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso de apelação e reformar a sentença em reexame necessário. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 25 de setembro de 2019, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Henrique Blasi (Presidente com voto), Jaime Ramos (Relator), Jorge Luiz de Borba, Sônia Maria Schmitz, Ronei Danielli, Luiz Fernando Boller, Odson Cardoso Filho, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Francisco Oliveira Neto, Hélio do Valle Pereira, Pedro Manoel Abreu, Sérgio Roberto Baasch Luz e Cid Goulart.

Florianópolis, 27 de setembro de 2019.

Desembargador Jaime Ramos
Relator

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, Estela dos Santos Ferreira do Amaral impetrou mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato do Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPREV), aduzindo que, com a morte do seu marido, o Policial Militar da reserva Jairo do Amaral (cujo óbito ocorreu em 17/8/2011), passou a ser pensionista do ente previdenciário; que, se na ativa, seu marido deveria perceber a quantia de R\$ 5.735,03, conforme determinado na Lei Complementar Estadual n. 614/2013; que, consoante os incisos I e II do § 7º do art. 40 da Constituição da República, inciso I do art. 73 da Lei Complementar Estadual n. 412/2008 e art. 24 da Lei Complementar Estadual n. 614/2013, tem direito de receber pensão no valor do limite máximo estabelecido para o benefício do regime geral da previdência social, acrescido de 70% (setenta por cento) da parcela excedente dos proventos do seu marido, que ultrapassarem a este limite; que tem direito à paridade do valor da pensão com o valor dos vencimentos que o servidor instituidor receberia se vivo fosse. Requereu justiça gratuita.

Requereu a antecipação da tutela e ao final a confirmação da ordem, para determinar “o pagamento correto da pensão por morte, recebido pela impetrante, cuja base de cálculos deverá observar a integralidade dos proventos do instituidor da pensão se vivo fosse, em conformidade com os reajustes remuneratórios da Lei Complementar 614/13 observando-se no cálculo a limitação do benefício de pensão por morte imposta pelo artigo 73, I da Lei Complementar 412/08 (limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, acrescida de 70% da parcela excedente a esse limite) em conformidade com os Art. 42 § 2º da Constituição Federal; Art. 159 c/c 30 § 3º da Constituição Estadual e Artigos 92 e 73, I da Lei Complementar 412/08”.

Deferida a gratuidade de justiça, o Juízo de origem concedeu a liminar, para “determinar que o benefício da pensão por morte devido à impetrante seja pago em conformidade com a Lei Complementar n. 614/2013, respeitando-se as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 41/03 e o limite máximo remuneratório preconizado na Emenda Constitucional Estadual nº 68/2013.”

Notificado, o impetrado informou, em síntese, que o regramento a ser aplicado aos militares é o previsto no parágrafo único do art. 73 da Lei Complementar Estadual n. 412/2008; que como

a morte do instituidor do benefício ocorreu após a Emenda Constitucional n. 41/2003, sobre os proventos de sua pensão incidirão as regras dessa referida emenda, que trouxe nova redação ao § 7º do art. 40 da Constituição Federal de 1988; que a referida emenda vedou a paridade para pensões concedidas após sua vigência, considerando-se como base de cálculo ao benefício o provento do instituidor na data do óbito; que a paridade é reservada aos benefícios em fruição, que completaram todos os requisitos para concessão, na data da Emenda Constitucional n. 41/2003, que não é o caso dos autos; que, para se manter o valor real do benefício, os reajustes dos proventos de pensão serão realizados em conformidade com os critérios legais; que não é aplicável a Lei Complementar Estadual n. 614/2013, pois, deve-se considerar a norma vigente no momento da instituição do benefício, e os regramentos acima delineados; que deve ser considerada a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 396.

Com comunicado de cumprimento da liminar, sobreveio informação acerca da interposição de agravo de instrumento (n. 2015.087219-1), o qual teve o pedido suspensivo denegado, sendo ao final julgado prejudicado diante da prolação da sentença.

Houve manifestação do Ministério Público.

Em sentença, o MM. Juiz decidiu julgar procedente o pedido para “confirmar a liminar, determinando que a pensão por morte da parte impetrante seja paga em conformidade com a Lei Complementar Estadual n. 614/13, tendo como base a totalidade da remuneração ou dos proventos do instituidor se vivo fosse (fl. 17), excluídas apenas as verbas de caráter indenizatório, observado o limite estabelecido no art. 40, § 7º, da Constituição Federal, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 41/03, e o teto remuneratório previsto no art. 23, III, da Constituição Estadual, com redação dada pela Emenda Constitucional Estadual n. 68/13. O réu é isento do pagamento das custas processuais, a teor do que preceitua o art. 35, h, da Lei Complementar Estadual n. 156/97. Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/09.”

Inconformado, o IPREV apelou, para reiterar os argumentos das informações, aduzindo, ainda, que os regramentos previdenciários estabelecidos aos servidores públicos civis do Estado de Santa Catarina, também são aplicados aos servidores públicos militares, cabendo ao IPREV a gestão dos benefícios correlatos; que ao caso dos autos não se aplica a exceção trazida no art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005, que trata de paridade de reajustamento, nem a estabelecida no julgamento do RE n. 603580, pelo Supremo Tribunal Federal, no qual, com repercussão geral, se decidiu a favor da paridade das pensões somente àqueles que preenchessem os requisitos da regra de transição prevista no art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005.

Após as contrarrazões e o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que não tratou do mérito recursal, a Primeira Câmara de Direito Civil, por acórdão da lavra do eminente Desembargador Carlos Adilson Silva, com base no art. 976 do Código de Processo Civil, suscitou o Incidente de Assunção de Competência que depois, pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, foi convertido em Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), suspendendo-se o julgamento deste feito e dos demais em tramitação, para aguardar a decisão sobre a matéria de fundo.

Na sessão de 26 de junho de 2019 o Grupo de Câmaras de Direito Público houve por bem deliberar sobre a matéria discutida no IRDR e deveria passar desde logo ao julgamento das Apelações Cíveis e da Remessa Necessária constantes destes autos, porém, não tendo sido possível pautar tais recursos na ocasião, em razão de não ter havido a prévia e necessária cessação do sobrestamento, não foi possível o julgamento conjunto, daí porque, agora devidamente pautados, passa-se ao julgamento dos mencionados recursos.

VOTO

Inicialmente, convém esclarecer que o inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, reproduzido em termos pelo art. 1º da Lei Federal n. 1.533, de 31/12/1951 e mais recentemente pelo art. 1º da Lei Federal n. 12.016, de 7/8/2009, efetivamente garante a todos a concessão de “mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

No entanto, o direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança deve vir comprovado desde logo com a impetração, porquanto nessa via processual não se admite dilação probatória para a sua comprovação.

HELY LOPES MEIRELLES, acerca do que se deve entender por direito líquido e certo, ensina:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

“Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança” (Mandado de Segurança. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 37).

VICENTE GRECO FILHO, acerca da impossibilidade de dilação probatória em mandado de segurança, leciona:

“O pressuposto do mandado de segurança, portanto, é a ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada documentalmente. Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão através do mandado, devendo a parte pleitear seus direitos através de ação que comporte a dilação probatória. Daí dizer-se que o mandado de segurança é um processo sumário documental, isto é, um processo rápido, concentrado, fundado em prova

documental. No caso de não ser possível a apreciação do pedido por haver dúvida quanto à matéria de fato, por outro lado, pode o interessado propor a demanda adequada, não ocorrendo contra ele o fenômeno da coisa julgada” (Direito processual civil brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 308).

Então, a via do “writ of mandamus” é destinada à proteção de direito líquido e certo, cuja comprovação dos fatos e situações concretas para exercício do direito é verificada de plano, por prova pré-constituída incontestável, para que não parem dúvidas ou incertezas sobre esses elementos.

A impetrante aufere pensão por morte do Servidor Policial Militar Jairo do Amaral, falecido em 17/8/2011 (fl. 18), e pleiteou a garantia da paridade com a remuneração dos servidores militares da ativa, em face da instituição do subsídio pela Lei Complementar Estadual n. 614/2013, que elevou a remuneração dos integrantes da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

Foi-lhe deferida a tutela antecipada para tal mister.

Como se observa da Portaria n. 059/PMSC/SSP, o instituidor do benefício previdenciário foi transferido para a reserva remunerada em 2011, como bem descreve a Portaria n. 110/PMSC de 25/01/2011:

“Portaria n. 110/PMSC de 25/01/2011

“TRANSFERIR PARA A RESERVA REMUNERADA, com base no Art. 22, XXI, da CF/88 c/c o Art. 4º do Dec. Lei n. 667/69 e Art. 107, da CE/89 e também com base na portaria n. 2400/GEREH/DIGA/GAB/SSP/2010 e ainda com base no inciso IV do § 1º e inciso II do Art. 50, inciso I do Art. 100, inciso I do Art. 103, e Caput do Art. 104, da Lei n. 6.218, de 10 de fevereiro de 1983, JAIRO DO AMARAL, Cabo do Quadro Especial da Polícia Militar, matrícula 910407-0, a contar de 25 de janeiro de 2011” (fl. 20). Consta dos referidos dispositivos, na redação da época do ato:

“Art. 50 - São direitos dos policiais-militares:

“[...]

“II - a percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria da mesma, quando, ao ser transferido para a inatividade contar com mais de 30 (trinta) anos de serviço se homem e 25 (vinte e cinco) anos se mulher; (Redação dada pela Lei Complementar nº 378/2007)

“[...]

“§ 1º A percepção de remuneração ou melhoria da mesma, de que trata o inciso II do art. 50, obedecerá ao seguinte: (Redação dada pela Lei Complementar nº 378/2007)

“[...]

“IV - as demais praças que contem 30 (trinta) anos de serviço se homem e 25 (vinte e cinco) anos se mulher, ao serem transferidos para a inatividade terão os proventos calculados sobre o soldo correspondente à graduação imediatamente superior; (Redação dada pela Lei Complementar nº 378/2007)

“Art. 100 - A exclusão do serviço ativo da Polícia Militar e o conseqüente desligamento da organização a que estiver vinculado o policial-militar, decorre dos seguintes motivos:

“I - Transferência para a reserva remunerada;

“Art. 103 - A Transferência do policial-militar para reserva remunerada se efetua:

“I - A pedido;

“Art. 104. A transferência para a reserva remunerada, a pedido, será concedida ao militar estadual que contar, no mínimo: [...]”

Falecido em 17/08/2011 o servidor militar estadual, o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPREV) concedeu a pensão por morte à sua viúva, aqui demandante, no valor correspondente à integralidade dos proventos da inatividade daquele, e o ato concessivo foi aprovado pelo Tribunal de Contas do Estado, como se apanha dos documentos de fls. 23 a 26 dos autos que deram origem a este IRDR. Efetivamente, no documento de fl. 23 (“EXTRATO DAS INFORMAÇÕES ENVIADAS – PENSÃO”), o Tribunal de Contas do Estado verificou que no mês anterior ao óbito o Policial Militar teve remuneração bruta total de R\$ 3.146,67; e o documento de fl. 25 é a “PORTARIA nº 2297/IPREV – de 5/10/2011”, com o seguinte teor: “O PRESIDENTE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA – IPREV, no uso de suas atribuições, RESOLVE conceder Pensão Previdenciária a contar de 17 de agosto de 2011, tendo em vista o que consta no Processo IPREV 3921/2011 e de conformidade com os termos do art. 42, § 2º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, c/c os arts. 73 e 92, da Lei Complementar Estadual nº 412/2008, a ESTELA DOS SANTOS FERREIRA DO AMARAL, matrícula 910.407-0, esposa de JAIRO DO AMARAL, colocado na reserva no posto de CABO – POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA, falecido(a) em 17/08/2011. **APOSTILA DE FIXAÇÃO DA PENSÃO: MÊS DE REFERÊNCIA: SETEMBRO/2011. COTA DO BENEFICIÁRIO: 100%. VALOR DA PENSÃO: R\$ 3.146,67.**” (destaques apostos). Por fim, no documento de fl. 26 o colegiado do Tribunal de Contas do Estado manifesta sua aprovação e ordena o registro da Portaria concessiva da pensão por morte à esposa do Policial Militar, nos termos do que ela contém.

Pela “Certidão se vivo fosse”, datada de 6/10/2015, expedida pelo Órgão competente do Comando da Polícia Militar, caberia ao instituidor do benefício o montante de R\$ 5.735,30 (fl. 17).

Como se percebe, o instituidor do benefício, que antes da inatividade exercia as funções do cargo de Cabo Policial Militar, foi transferido para a reserva com soldo de 3º Sargento PM.

A parte demandante invoca o direito à paridade de sua pensão por morte de servidor militar estadual com a remuneração dos servidores da mesma categoria em atividade, para obter a equiparação com o subsídio implantado pela Lei Complementar Estadual n. 614/2013.

Tal não é possível, uma vez que, como se estudou a propósito do julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0329745-15.2015.8.24.0023/50000, instaurado nos presentes autos, em virtude da inexistência da “lei específica” reclamada pelo § 2º do art. 42 da Constituição

Federal para regular a pensão por morte instituída por servidor militar estadual após o advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, o referido benefício se regula pelos §§ 7º e 8º do art. 40 da Carta Magna, e, por conseguinte, devem obediência às regras de transição previstas no art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005, nos termos do que determinou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.580/RJ, com repercussão geral (Tema n. 396).

No referido IRDR se fixou a seguinte tese acerca do Tema 07:

“Nos termos do que autoriza o § 2º do art. 42 da Constituição Federal de 1988, as pensões por morte de servidores militares estaduais (policiais e bombeiros) podem ter regras de integralidade e paridade distintas das referentes aos servidores civis, desde que na Unidade da Federal seja editada ‘lei específica’ para tanto. No Estado de Santa Catarina não há ‘lei específica’ a respeito e sim normas que determinam aplicação genérica da legislação do regime próprio de previdência social. Assim, enquanto não for editada ‘lei específica’, as pensões por morte de servidores militares deste Estado, falecidos após a Emenda Constitucional n. 41/2003, regulam-se pelos §§ 7º e 8º do art. 40 da Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, para terem paridade com a remuneração dos servidores militares em atividade, deverão observar as regras de transição do art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005, em obediência ao estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 603.580/RJ, com repercussão geral (Tema n. 396).”

Ou seja, aplicam-se às pensões por morte de servidores militares do Estado de Santa Catarina, instituídas após a EC n. 41/2003, as regras genéricas da Lei Complementar Estadual n. 412, de 26.06.2008 que abrangem todos os servidores civis e militares estaduais, inclusive no que tange à paridade.

No pertinente à análise, transcrevem-se os seguintes dispositivos da LCE n. 412/2008:

“Art. 47. Aplica-se aos benefícios previdenciários previstos nesta Lei Complementar, ainda que legalmente acumulados, o limite máximo estabelecido no art. 37, XI, da Constituição Federal.

“Parágrafo único. Os proventos de aposentadoria e as pensões previdenciárias, por ocasião de suas concessões, não poderão exceder à remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão por morte.

“Art. 73. Aos dependentes do segurado será concedida pensão por morte, que corresponderá à:

“I - totalidade dos proventos percebidos pelo aposentado na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, acrescida de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a esse limite; ou

“II - totalidade da remuneração do segurado, definida no art. 3º, XXII, no cargo efetivo, na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, acrescida de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a esse limite, se o falecimento ocorrer quando o segurado estiver em atividade.

“Parágrafo único. Até a edição de legislação instituidora do regime próprio de previdência dos militares do Estado de Santa Catarina, a pensão por morte aos dependentes do militar será concedida observadas as regras do art. 60, da Lei nº 6.218, de 10 de fevereiro de 1983”.

Já o art. 60 da Lei Estadual n. 6.218, de 10/02/1983, aí referido, prevê o seguinte:

“Art. 60. Por morte o policial-militar deixará aos seus beneficiários legais pensão estabelecida pelo Instituto de Previdência do Estado (IPESC), bem como salário família de conformidade com a legislação específica.

“§ 1º Ocorrendo o falecimento do policial-militar quando em serviço ou em consequência de acidentes no cumprimento do dever ou em razão de doença profissional comprovada mediante inquérito sanitário de origem, o beneficiário perceberá remuneração correspondente à do policial-militar, em inatividade, no posto ou graduação em que se encontrava o falecido, ressalvando o estabelecido no parágrafo 2º deste artigo, sem prejuízo de futuros reajustamentos na forma da Lei.

“§ 2º No caso do policial-militar ser promovido “post-mortem” em consequência de falecimento em serviço na manutenção da ordem pública o benefício será pago ao nível de vencimentos da graduação ou posto a que tiver sido promovido. (grifamos)

Vale dizer, ainda que a LCE n. 412/2008 mencione a aplicação do Estatuto dos Servidores Militares do Estado de Santa Catarina, a regra vigente acerca da pensão por morte respectiva segue os mesmos parâmetros dos benefícios concedidos em relação aos servidores civis.

Por tal razão, a autora, ora agravada, não conta com direito de auferir, a título de pensão por morte de seu marido, a totalidade dos proventos que o instituidor auferiria se vivo fosse.

É verdade que, de acordo com a Lei Complementar Estadual n. 614/2013, que deu nova redação ao art. 50, § 1º, inciso IV, d Lei Estadual n. 6.218/1983, «as demais praças Militares Estaduais que contem com 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher, ao ingressarem na inatividade, perceberão proventos correspondentes ao subsídio da graduação imediatamente superior»); e, por força do art. 24 da referida LCE «aplicam-se as disposições desta Lei Complementar aos Militares Estaduais inativos e aos pensionistas respectivos com direito à paridade em seus benefícios, nos termos da Constituição da República».

Contudo, o regramento aí estabelecido beneficia os detentores de pensão por morte de servidor militar que têm direito à paridade (porque muitos deles a têm), e não aqueles que tiveram seus benefícios instituídos após a Emenda Constitucional n. 41/2005, que só terão paridade se demonstrarem o cumprimento das regras de transição do art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005, como determinou o Supremo Tribunal Federal no julgamento no RE n. 603.580/RJ, com repercussão geral (Tema n. 396).

Na hipótese em julgamento a parte demandante, cuja pensão por morte foi instituída após a EC n. 41/2003, não comprovou ter havido obediência às regras de transição do art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005, daí porque não é possível conceder-lhe a paridade reclamada e, em face dela, a extensão do subsídio instituído pela Lei Complementar Estadual n. 614/2013.

Assim, não de ser providos o recurso do IPREV e da remessa necessária para denegação da segurança pleiteada na inicial.

A parte impetrante é isenta de honorários advocatícios, porém, deverá arcar com as custas e despesas processuais, cuja execução fica suspensa, uma vez que ela é beneficiária da gratuidade da justiça.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPREV) e à remessa necessária, para denegar a segurança.

Em mandado de segurança não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios (art. 25 da Lei n. 12.016/2009 e Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 106 do Superior Tribunal de Justiça).

A impetrante arcará com as custas e despesas processuais, porém fica suspensa a execução dessas verbas, uma vez que detém gratuidade da justiça.

Mandado de Segurança n. 4015965-43.2019.8.24.0000, do Tribunal de Justiça

Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PLEITO DE INSCRIÇÃO NA CONDIÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA (PcD). PEDIDO DE CONDIÇÃO ESPECIAL DE PROVA. ENFERMIDADE COMPROVADA NOS AUTOS. TROMBOFILIA. DEFERIMENTO DE CONDIÇÃO ESPECIAL DE PROVA, DIANTE DO RISCO DE EFEITOS COLATERAIS CAUSADOS PELA MEDICAÇÃO UTILIZADA. INEXISTÊNCIA, CONTUDO, DO DIREITO DE PLEITEAR A UMA DAS VAGAS RESERVADAS A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DO DECRETO FEDERAL N. 3.298/1999. NORMA CONTIDA NO EDITAL. SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE.

A finalidade precípua da reserva de vagas em concursos públicos é minimizar as barreiras impostas às pessoas com deficiência, garantindo maior acesso ao mercado de trabalho, atenuando as incontestáveis disparidades que possuem em relação aos demais indivíduos e possibilitando, assim, maior participação na sociedade.

Todavia, em que pese a necessidade de minoração de discriminações desses grupos vulneráveis, é imprescindível que os comandos normativos em questão sejam aplicados com cautela, evitando, assim, sua utilização em favor daqueles que não fazem jus a tal tratamento privilegiado, sob pena de se prejudicar os reais destinatários da normatização especial (MPSC, Dr. Américo Bigaton).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4015965-43.2019.8.24.0000, da comarca de Tribunal de Justiça em que é Impetrante Silvia Helena Schimidt e Impetrado Presidente da Comissão de Concurso Público Edital N. 3/2019. .

A Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, conceder parcialmente a segurança, nos termos do voto do relator. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 25 de setembro de 2019, os Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz, Cid Goulart, Jaime Ramos, Jorge Luiz de Borba, Sônia Maria Schmitz, Ronei Danielli, Luiz Fernando Boller, Ricardo Roesler, Rodolfo Tridapalli, Odson Cardoso Filho, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Francisco Oliveira Neto e Hélio do Valle Pereira.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por Silvia Helena Schimidt contra ato do Presidente da Comissão do Concurso Público para outorga de delegações de notas e de registro do Estado de Santa Catarina (Edital 03/2019).

Em síntese, expôs a autora que é portadora de Trombofilia MTHFR A 1298C, o que lhe acarreta elevação do risco de doenças vasculares. Diante disso, formalizou sua inscrição para o referido certame pleiteando vaga destinada às pessoas portadoras de deficiência, cumprindo todas as exigências do edital. Entretanto, teve seu pedido negado pela empresa organizadora do concurso.

Acrescentou que manejou tempestivamente o recurso cabível, tendo, também, seu pedido indeferido. Por fim, afirmou que tampouco o pedido de condição especial de prova, aumentada em uma hora, foi analisado. Isso porque não pode permanecer sentada por muito tempo, sob risco de desenvolver trombose.

Buscou, assim, a concessão da liminar, e ao final da segurança, para que possa participar do certame em condições especiais, concorrendo a uma das vagas destinadas a portadores de deficiência (PcD).

Em despacho, determinou-se a comprovação do ato coator e do recolhimento das custas processuais, a fim de que o feito siga seu trâmite regular.

A guia de recolhimento devidamente quitada foi anexada às fls. 236-240.

O pedido liminar foi parcialmente deferido, para que a impetrante realizasse a prova no dia 2 de junho de 2019 em condições especiais, por ser portadora de Trombofilia (CID10 D68.8), sendo concedida a ela uma hora a mais para a resolução das questões (fls. 241-244).

O Estado de Santa Catarina requereu ingresso no feito e intimação dos atos judiciais subsequentes (fl. 253).

Notificada, a autoridade coatora prestou informações, alegando que os documentos apresentados pela impetrante não justificam o pedido de tempo adicional de prova.

Quanto à reserva de vaga para Pessoa com Deficiência – PcD, expôs que a enfermidade da demandante não consta no rol do Decreto Federal n. 3.298/99, previsto no edital do concurso. Dessa forma, alegou que em obediência aos princípios da isonomia e da estrita vinculação ao edital foi indeferida a inscrição preliminar para concorrer à vaga reservada para pessoa com deficiência.

Manifestando-se, o Ministério Público, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Américo Bigaton, opinou pela concessão parcial da ordem, somente para que seja confirmada a medida antecipatória que possibilitou à impetrante a realização de prova com tempo adicional.

Este é o relatório.

VOTO

Concede-se parcialmente a segurança.

Pretende a impetrante, com a presente ação, o reconhecimento de deficiência para que realize concurso público e concorra a uma das vagas nesta condição – portadora de deficiência.

Portanto, são dois pedidos: realizar a prova em condições especiais (uma hora a mais para a resolução de questões) e participar do concurso como pessoa portadora de deficiência, pleiteando uma das vagas reservadas a deficientes.

Sabe-se que a via do mandado de segurança é destinada à proteção de direito líquido e certo, cuja comprovação dos fatos e situações concretas para exercício do direito é verificada de plano, por prova pré-constituída incontestável, para que não parem dúvidas ou incertezas sobre esses elementos. O direito líquido e certo protegido pela via mandamental é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para se amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser definido por outros meios processuais (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 34ªed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37).

No caso em apreço, observa-se que, para a realização da prova em condições especiais, a impetrante apresentou atestado médico, resultado de exame comprovando seu problema de saúde e formulário, devidamente preenchido, justificando a necessidade de tempo adicional de prova (fls. 31-33).

Atendeu, assim, ao capítulo 6 do edital, que disciplina:

6.2. Os candidatos que necessitarem de condições especiais para a realização de provas, Pessoa com Deficiência - PcD ou não, deverão encaminhar requerimento formal ao IESSES, via SEDEX, conforme modelo apresentado no Anexo III, com postagem até a data final de inscrições preliminares, indicando as condições especiais de que necessitam para a realização das provas, acompanhado da cópia da Guia de Recolhimento de Custas Judiciais (GRJ) em favor do Poder Judiciário de Santa Catarina e do recibo de pagamento (caso não forem isentos).

[...] 6.2.5. O requerimento a que se refere o item 6.2 não equivale ao requerimento previsto no item 4.2.A (vagas reservadas a PCD), nem com ele guarda qualquer relação. Assim, se for o caso, deverão ser apresentados 2 (dois) requerimentos distintos, acompanhado, cada um, de seus respectivos anexos.

6.3. Os candidatos Pessoa com Deficiência ou não, que requererem condição especial de prova, nos termos do item 6.2, participarão do concurso em igualdade de condições com os demais, no que se refere ao conteúdo, à avaliação, ao horário (salvo exceção prevista no item 6.3.1), à aplicação das provas e à(s) nota(s) mínima(s) exigida(s) neste Edital.

6.3.1. Os candidatos Pessoa com Deficiência - PcD que necessitarem de tempo adicional para realização das provas deverão indicar essa necessidade no requerimento previsto no item 6.2 e encaminhar, além dos demais documentos indicados naquele item (6.2), parecer emitido por especialista da área de sua deficiência, justificando essa situação (tempo adicional).

Ainda que o item 6.3.1 tenha disciplinado o pedido de tempo adicional somente para pessoa com deficiência (PcD), não se pode afastar da impetrante tal direito, eis que, como será visto adiante, ainda que não se enquadre no rol que a classificaria como tal, possui problema de saúde que justifica o pedido.

Portanto, diante do preenchimento das condições impostas pelo edital e considerando-se o que atestam os documentos de fls. 31-33, não impugnados pela autoridade coatora, é de se confirmar a liminar, concedida para deferir à impetrante o pedido de condição especial de prova, qual seja, uma hora a mais para a resolução de questões, por ser portadora de Trombofilia (CID10 D68.8). Desse modo, caso tenha se classificado para as demais etapas do concurso, tal condição deverá ser observada.

Quanto ao pleito relativo à concorrência a uma das vagas destinadas a pessoa portadora de deficiência (PcD), igual sorte não assiste à autora.

Isso porque, como já exposto na decisão de fls. 241-244, o edital é claro ao disciplinar que consideram-se Pessoas com Deficiência as que se enquadram no art. 4º do Decreto Federal n. 3.298/1999; os abrangidos pela Súmula n. 377 do STJ e pelo Enunciado AGU n. 45, de 2009, assim redigidos:

Decreto n. 3.298/1999:

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização da comunidade;
- d) utilização dos recursos da comunidade;

- e) saúde e segurança;
 - f) habilidades acadêmicas;
 - g) lazer; e
 - h) trabalho;
- V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Súmula 377, STJ:

“O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes”.

Enunciado n. 45, AGU:

“Os benefícios inerentes à Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência devem ser estendidos ao portador de visão monocular, que possui direito de concorrer, em concurso público, à vaga reservada aos deficientes.”

Efetivamente, a enfermidade da impetrante não figura no rol previsto na legislação mencionada, conforme o edital do certame. Assim sendo, não possui direito líquido e certo a concorrer a uma das vagas destinadas a pessoas com deficiência. Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AGENTE DE POLÍCIA CIVIL. INSCRIÇÃO REALIZADA COMO PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS. AVALIAÇÃO MÉDICA QUE AFASTOU A ALEGADA DEFICIÊNCIA PARA OS FINS DO CONCURSO PÚBLICO POR NÃO ESTAR INSERIDA NOS CASOS PREVISTOS NO DECRETO FEDERAL N. 3.298/1999. AVALIAÇÃO REALIZADA POR EQUIPE MULTIDISCIPLINAR. DESNECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA RECHAÇADO. PROVAS PRESENTES NO PROCESSO SUFICIENTES À FORMAÇÃO E ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não de realização de determinada prova, não implicando cerceamento de defesa, o julgamento antecipado com base nas existentes no processo, se a prova pericial que a parte pretendia produzir era desnecessária e inócua ao deslinde da causa. (TJSC, Apelação Cível n. 0306192-36.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 07-05-2019).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO INSCRITO NA CONDIÇÃO DE PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. DEFICIÊNCIA CONSTATADA MAS NÃO INCLUÍDA DENTRE AQUELAS QUE ASSEGURAM RESERVA DE VAGA. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO DIANTE DA DESNECESSIDADE DE NOVA PERÍCIA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO JULGADO. INVIABILIDADE DE REDISCUSSÃO ACERCA DOS FUNDAMENTOS DO ÓRGÃO COLEGIADO. ACLARATÓRIOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

“Os embargos de declaração não têm a finalidade de restaurar a discussão da matéria decidida com o propósito de ajustar o decisum ao entendimento sustentado pelo embargante. A essência desse procedimento

recursal é a correção de obscuridade, contradição ou omissão do julgado, não se prestando à nova análise do acerto ou justiça deste, mesmo que a pretexto de prequestionamento” (ED em AC n. 2015.069745-2/0001.00, da Capital - Continente, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 25-4-2016). (TJSC, Embargos de Declaração n. 0309241-85.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 12-12-2017).

Por fim, é oportuno citar as palavras do representante do Ministério Público, em seu parecer:

[...] ao cotejar a hipótese sob análise com os comandos normativos delineados, é possível depreender que, muito embora a candidata, de fato, apresente a moléstia alegada, esta não se enquadra em nenhuma das definições previstas na legislação de regência, além de não haver qualquer comprovação no sentido de que configura óbice ao desempenho das tarefas cotidianas.

É forçoso asseverar, por oportuno, que a finalidade precípua da reserva de vagas em concursos públicos é minimizar as barreiras impostas às pessoas com deficiência, garantindo maior acesso ao mercado de trabalho, atenuando as incontestáveis disparidades que possuem em relação aos demais indivíduos e possibilitando, assim, maior participação na sociedade.

Todavia, em que pese a necessidade de minoração de discriminações desses grupos vulneráveis, é imprescindível que os comandos normativos em questão sejam aplicados com cautela, evitando, assim, sua utilização em favor daqueles que não fazem jus a tal tratamento privilegiado, sob pena de se prejudicar os reais destinatários da normatização especial.

Nessa toada, não se pode olvidar que eventual aplicação equivocada da regulamentação em comento pode significar vantagem indevida a candidatos que não fazem jus a tal benesse, em detrimento daqueles que efetivamente necessitam do amparo conferido pela legislação especial (fls. 267-268).

Ante o exposto, concede-se parcialmente a segurança, para deferir o pedido de condição especial de prova à impetrante, correspondente a uma hora a mais para resolução de questões, por ser portadora de Trombofilia (CID10 D68.8).

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 4027338-71.2019.8.24.0000

Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PLEITO DE APLICAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. DESCABIMENTO. TEMA 810/STF. INCIDÊNCIA DO IPCA-E. JUROS DE MORA CONFORME ÍNDICES DA CADERNETA DE POUPANÇA. CONSECTÁRIOS LEGAIS DEVIDAMENTE FIXADOS. PRECEDENTES DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal, no Tema 810, e o Superior Tribunal de Justiça, no Tema 905, estabeleceram o IPCA-E como índice de correção monetária das condenações, em geral, da Fazenda Pública. (TJSC, Des. Jaime Ramos)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4027338-71.2019.8.24.0000, da comarca de Urubici Vara Única em que é Agravante IPREV Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina e Agravados Benjahir Chini e outros.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por meio eletrônico, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 10 de dezembro de 2019, foi presidido pelo Desembargador Luiz Fernando Boller, com voto, e dele participou o Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por IPREV Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina contra decisão interlocutória proferida em sede de impugnação ao cumprimento de sentença movida em face de Bejahir Chini e outros.

O decisum *objurgado acolheu parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença para reconhecer o excesso de execução apontado na fundamentação, determinando a retificação do cálculo e estabelecendo a aplicação do IPCA-E como índice de correção monetária.*

Em sua insurgência, o agravante relata ter a decisão objurgada determinado o afastamento da norma prevista no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 com redação dada pela Lei n. 11.960/09, estabelecendo o IPCA-e como índice de correção monetária. Afirma que o cálculo deve observar as alterações legislativas promovidas pelas leis n. 9.494/97 e 11.960/09, pois estas refletem a realidade econômica atual, devendo os juros de mora seguir os índices praticados pela caderneta de poupança. Assevera ser possível a modificação dos índices de juros moratórios e correção monetária em execução por se tratar de matéria de ordem pública, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal. Aduz que a Suprema Corte estabeleceu, em controle concentrado, a aplicação do IPCA-e apenas a partir de 25.03.2015, não sendo possível desrespeitar a decisão do STF por possuir efeito vinculante. Defende a aplicação da Lei n. 11.960/09 até 26.03.2015, data a partir da qual deve ser observado o IPCA-e. Ao final, pugna pelo provimento do recurso para reformar a decisão objurgada.

Não houve pedido de efeito suspensivo.

Em sede de contrarrazões, os agravados pugnaram pela manutenção do decisum.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça não identificou na causa interesse público que justificasse a sua intervenção.

Este é o relatório.

VOTO

Nega-se provimento ao recurso.

Os autos visam discutir, unicamente, o índice de correção monetária estabelecido na decisão de impugnação ao cumprimento de sentença.

Pois bem.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, julgou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, previsto na Lei n. 11.960/09.

Posteriormente, em 20 de setembro de 2017, aquela Corte concluiu também o julgamento do RE 870.947/SE, submetido ao regime da repercussão geral, fixando, entre outras, a seguinte tese:

O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Ou seja, a Suprema Corte concluiu que o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

Reafirmando o entendimento, na Sessão Plenária de 3.10.2019 a Suprema Corte “por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida [...]”, referendando, desse modo, a inconstitucionalidade da TR, desde a vigência da Lei n. 11.960/09.

Logo, a remuneração da caderneta de poupança prevista no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, não consubstancia índice constitucionalmente válido de correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, uma vez que desvinculada da variação de preços na economia. Assim, inviável sua aplicação, devendo ser mantido o IPCA-e, como já definido pela decisão agravada. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

MANDADO DE SEGURANÇA. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRELIMINAR AFASTADA. PENSÃO POR MORTE. POLICIAL MILITAR. REFORMA POR INCAPACIDADE FÍSICA. INSTITUIDOR FALECIDO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA EC N. 41/2003. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO PREVISTAS NO ART. 3º DA EC N. 47/2005, PARA FINS DE REAJUSTE VENCIMENTAL. PARIDADE COM OS AGENTES PÚBLICOS DA ATIVA. EXEGESE DA EC N. 70/2012. DECISÃO REFORMADA. ORDEM CONCEDIDA. CONECTÁRIOS LEGAIS. JUROS DE MORA APLICADOS DE ACORDO COM OS ÍNDICES DA CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/1997, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009, DECLARADA PELO STF. ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO TEMA 810/STF DA REPERCUSSÃO GERAL. INCIDÊNCIA DO IPCA-E. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0313974-94.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29.10.2019).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PENSÃO ESPECIAL A DEFICIENTE. PENSIONAMENTO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. MAJORAÇÃO. COMPATIBILIZAÇÃO COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS. PENSÃO EQUIPARADA AO SALÁRIO MÍNIMO. MARCO INICIAL DA OBRIGAÇÃO. DATA DO INÍCIO DO VÍNCULO (1º/1/1994). MARCO FINAL NA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI ESTADUAL N. 16.063/2013. CONECTÁRIOS LEGAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA-E. CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO TEMA 810/STF (RE 870.947 RG/SE) E NO TEMA 905 (RESP 1.495.146 RR /MG). RECURSO PROVIDO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA. (...) O Supremo Tribunal Federal, no Tema 810, e o Superior Tribunal de Justiça, no Tema 905, estabeleceram o IPCA-E como índice de correção monetária das condenações, em geral, da Fazenda Pública. (TJSC, Apelação Cível n. 0300052-55.2014.8.24.0076, de Turvo, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 22.10.2019).

Destarte, deve-se manter a decisão objurgada, eis que observou todos cânones definidos no Tema 810/STF, quais sejam, a aplicação da taxa prevista no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 como juros de mora, bem como a correção monetária pelo IPCA-e.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0017742-39.2016.8.24.0000, de Urussanga

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. FALHA NO ABASTECIMENTO DE ÁGUA À POPULAÇÃO DE MUNICÍPIO DO SUL DO ESTADO.

VEREDICTO DE IMPROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DAS AUTORAS.

ALMEJADO RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA AUTARQUIA, PELO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL ENTRE AS DÉCADAS DE 70 E 80 DO SÉCULO PASSADO, PERÍODO EM QUE AS DEMANDANTES E OUTROS MUNICÍPIES FORAM ACOMETIDOS PELA PATOLOGIA *FLUOROSE DENTÁRIA*, PRETENSAMENTE EM RAZÃO DA ALTA CONCENTRAÇÃO DE FLÚOR NA RESERVA AQUÍFERA DA COMUNA ONDE RESIDIAM.

ASSERÇÃO IMPROFÍCUA.

“[...] os teores de fluoreto superiores a 0,5 mg/L estão relacionados à temperaturas das águas minerais acima de 30° C. Observa-se uma forte tendência de ocorrência de águas fluoretadas relacionadas à província cristalina meridional, relativas à aquíferos fraturados desenvolvidos em rochas graníticas. As rochas graníticas da porção sul catarinense representam granitos pós-tectônicos e que contém fluorita como mineral acessório, com ocorrência dispersa na forma intergranular ou em veios e fraturas, que por dissolução, provocada pela ação das águas de infiltração e coadjuvados pelas temperaturas elevadas, pode gerar os altos teores encontrados [...]” (in Diagnóstico de ocorrências de fluorose no Estado de Santa Catarina, Brasil).

PROVA INAPTA A ATRIBUIR OBRIGAÇÃO REPARATÓRIA À CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO.

ESTUDOS E RELATÓRIOS CUJAS CONCLUSÕES REVELAM QUE MAIS DA METADE DA POPULAÇÃO UTILIZAVA POÇOS ARTESIANOS, QUE TAMBÉM CONTINHAM EXCESSO DE FLUORETO.

PROVA INSUFICIENTE PARA DEMONSTRAR QUE AS REQUERENTES CONTRAÍRAM A DISFUNÇÃO APÓS CONSUMIREM A ÁGUA FORNECIDA PELA PRESTADORA DO SERVIÇO.

RECHAÇADO O DEVER DE INDENIZAR.

SENTENÇA MANTIDA.

“[...] sem comprovação efetiva do dano suportado pelos autores, bem como da relação causal entre a conduta do Ente Público e a suposta moléstia contraída, decorrente da ingestão de água contaminada com fluoreto de cálcio (fluorita), inexistem os pressupostos que ensejam a responsabilidade civil (ação ou omissão, dano e nexos de causalidade). (TJSC, Apelação Cível n. 2007.004629-6, de Urussanga, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, Terceira Câmara de Direito Público, j. 25/05/2010).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0017742-39.2016.8.24.0000, da 2ª Vara da comarca de Urussanga em que são Apelantes Tarciana Gregório e Janaína Crepaldi Cesca e Apelado SAMAE-Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto de Urussanga e SAMAE-Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto de Cocal do Sul.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participando do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Paulo Henrique Moritz Martins da Silva e Pedro Manoel Abreu. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Murilo Casemiro Mattos.

Florianópolis, 27 de agosto de 2019.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Tarciana Gregório e Janaína Crepaldi Cesca, em objeção à sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara da comarca de Urussanga, que nos autos da *Ação Indenizatória n. 0000285-71. 2004.8.24.0078*, ajuizada tanto contra o SAMAE-Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto de Urussanga, quanto o SAMAE-Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto de Cocal do Sul, julgou improcedente o pedido de reparação civil (fls. 446/449).

Malcontentes, Tarciana Gregório e Janaína Crepaldi Cesca apontam desacerto no veredicto, aduzindo que *“ficou devidamente comprovado o surto endêmico em função da alta taxa de flúor na água distribuída pelas apeladas aos consumidores [...]”* (fl. 457), o que levou as autoras bem como diversos outros municípios, a realizar vigoroso tratamento odontológico para amenizar as consequências da *fluorose dentária*.

Sustentam ser inviável exigir-lhes a demonstração de que, à época, ingeriram a água fornecida pelos SAMAEs de Urussanga e de Cocal do Sul, visto que os fatos alegados ocorreram entre as décadas de 70 e 80 do século passado, razão pela qual não subsistiram cópias das faturas de água correspondentes àquele período.

Argumentam que no intervalo de tempo em que ocorreram as intercorrências provenientes do fornecimento de água, residiam na área urbana do município, o que induz à conclusão de que suas moradas eram abastecidas pela concessionária do serviço público, tornando plausível o acolhimento do pleito.

Nestes termos, bradam pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 452/458).

Recebido o recurso nos efeitos suspensivo e devolutivo (fl. 460), sobrevieram as contrarrazões, onde o SAMAE de Urussanga e o SAMAE de Cocal do Sul refutam as teses manejadas, clamando pelo desprovemento da insurgência (fls. 463/465 e fls. 466/473, respectivamente).

Em manifestação do então Procurador de Justiça André Carvalho, o Ministério Público apontou ser desnecessária sua intervenção, deixando de lavrar Parecer (fl. 486).

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

O recurso foi interposto a tempo e modo, e preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Portanto, dele conheço.

A *fluorose dentária* é uma patologia que afeta os dentes e que se desenvolve durante a sua formação.

Esta afecção é desencadeada pela presença em excesso de fluoreto (ou flúor), e manifesta-se ao nível do esmalte dentário na forma de manchas e/ou defeitos anatômicos.

Um dos sinais mais evidentes e visíveis da *fluorose dentária* é a presença de manchas nos dentes que normalmente apresentam uma forma irregular e podem ter várias tonalidades consoante o seu grau de gravidade e intensidade.



Nos casos mais severos, poderá mesmo haver irregularidades e perda da estrutura dentária, pois a *fluorose* torna o esmalte hipomineralizado, mais poroso e friável, e como tal, mais fácil de se desgastar, podendo em alguns casos surgir mesmo sensibilidade dentária e/ou dor de dentes.

Estas alterações comprometem a estética dentária e podem interferir na autoestima do indivíduo, principalmente nos casos mais severos.

Como principais causas para a *fluorose dentária* está o consumo de água excessivamente fluoretada, ou certos alimentos e produtos industrializados, juntamente com a ingestão prolongada de algum tipo de gotas ou comprimidos contendo flúor. Pode ainda estar associado com a ingestão excessiva de dentifrícios fluoretados durante a escovagem dentária, o que por vezes acontece em crianças, quer seja por dificuldades no controle adequado da deglutição, quer seja propositadamente por gostarem do sabor da pasta. O mesmo pode acontecer com elixires à base de flúor (disponível em [<https://www.saudebem.ester.pt/pt/medicina/dentaria/fluorose/>], acesso nesta data).

Pois bem.

Em seu art. 37, § 6º, a Constituição Federal prevê a possibilidade das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado - prestadoras de serviços públicos -, serem civilmente responsabilizadas pelos prejuízos que seus agentes, nesta condição, causarem a terceiros:

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.

O ordenamento jurídico legal pátrio adotou a teoria do *risco administrativo*, como fundamento da responsabilidade da Administração Pública.

Nesse sentido, havendo demonstração da relação de causa e efeito entre a conduta lesiva e o dano, consequentemente existirá o dever de indenizar, ao passo que sem essa relação de causalidade, não há como responsabilizar o ente público objetivamente.

No caso em toureio, como bem expendido na sentença, inexistente prova acerca do nexo de causalidade entre a patologia noticiada - *fluorose dentária* -, e o consumo da água fornecida pelos SAMAE's de Urussanga e de Cocal do Sul, de modo que não se convalida possível atribuir-lhes o dever reparatório.

A respeito, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt e Daniel Mitidiero pontuam que a prova destina-se a “*iluminar o juiz [...]*”, pois serve de “*indicativo para o juiz livrar-se do estado de dúvida e decidir o mérito da causa [...]*”, de modo que, “*se a dúvida paira sobre a alegação de fato constitutivo, essa deve ser paga pelo demandante, tendo o juiz de julgar improcedente seu pedido [...]*”¹.

A propósito - em razão de sua pertinência e adequação, por sua própria racionalidade e jurídicos fundamentos -, abarco integralmente a inteligência professada pela magistrada sentenciante Bruna Canella Becker Búrigo, que reproduzo, consignando-a em meu voto, nos seus precisos termos, como razões de decidir:

[...]

¹ *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 395.

A controvérsia posta em julgamento está assentada em doença dentária desenvolvida pelas autoras, conhecida como fluorose, supostamente causada pelo excesso de flúor contido na água fornecida pelo ente autárquico SAMAE do Município de Cocal do Sul, que, na época, pertencia à Urussanga.

Segundo as autoras, tal surto foi oriundo das reservas de fluorita, predominantes na região, que elevaram os níveis de fluoreto na água que era consumida.

A prova trazida torna incontroverso que a região de Cocal do Sul foi destaque negativo no meio odontológico pela endemia de fluorose dentária corrida nas décadas de 70 e 80, devendo-se mencionar as matérias publicadas nas revistas especializadas (fls. 23/24), bem como a prova testemunhal colhida pela instrução processual (CD-ROM de fl. 432).

A testemunha Carina De Noni Marchiori (CD-ROM de fl. 432) relatou possuir conhecimento dos fatos alegados na inicial, afirmando ter trabalhado como auxiliar bucal da prefeitura municipal de Cocal do Sul no período de tratamento da endemia, sendo que inclusive no referido período foram encaminhados pelo governo federal, no caso a FUNASA para executar tratamento referente aos vários problemas dentários advindos da fluorose, sendo que esta veio a causar grandes danos em uma boa parte da população do município de Cocal do Sul [...] Ainda, destacou que a fluorose causava manchas severas nos dentes e que o tratamento era feito com ácido, um tratamento agressivo [...] Perguntado se esta saberia informar qual a causa da fluorose na época, esta respondeu que teria sido certificado que os problemas se deram em razão da água que as pessoas consumiam [...] (01'31"-17'39").

Do mesmo modo apontou a testemunha Maria Luiza Bosa (CD-ROM de fl. 432), tendo esta afirmado que possuía ciência do problema que houve na época, sendo que foi comprovado que tal acontecimento se deu em razão das águas, as quais foram submetidas a testes e análises, demonstrando estar o nível de flúor muito acima do normal. Perguntado se não teria se cogitado nenhuma outra hipótese na época a não ser a água, esta respondeu que não.

Asseverou ainda, que o assunto foi apresentado na imprensa, jornais e TV, que não teria acontecido nada parecido antes em todo Brasil, que apenas no Rio Grande do Sul teve um caso [...] Que na época era a FUNASA que administrava e não existia SAMAE, *que se comentou que o flúor vinha dos poços artesianos que abasteciam a cidade de Cocal, sendo que acredita que o excesso de flúor estava nos lençóis* (01'39"; 09'51").

Induvidoso, pois, o fato alegado, bem como os danos decorrentes.

Contudo, os requeridos frisam a tese de ausência denexo causal, asseverando não haver comprovação de que as autoras consumiram a água fornecida pelo SAMAE durante a endemia de fluorose, pontuando, também, que era absolutamente comum naquela época se consumir água de poços artesianos.

Pois bem, *realmente inexistente comprovação do nexo causal, vez que não há qualquer início de prova a evidenciar o consumo, pelas autoras, de água fornecida pela autarquia à época.*

De acordo com a prova pericial, *“a moléstia se disseminou em decorrência do minério, denominado “fluorita” (fluoreto de cálcio), presente em abundância no subsolo daquela região que, em contato com as reservas subterrâneas de água, elevaram os níveis de flúor, contaminando-a. Assim, todas as crianças com dentição em formação que vieram a consumi-la, seja de poços caseiros ou fornecidas pela empresa responsável pelo abastecimento na localidade, estariam sujeitas a contraírem fluorose dentária (quesito “b”, fl. 391).*

Colhe-se da resposta ao quesito “c”, fl. 391: *“não se pode afirmar que a água consumida era fornecida pelos réus, pois as águas de poços artesianos também possuíam quantidade de flúor elevada”.*

De acordo com o quesito 4, de fl. 393, *“a fluorose pode ser desenvolvida pela ingestão de flúor em excesso em águas (incluindo potáveis), também é utilizado em dentifrícios, sal de cozinha, existiam comprimidos de flúor que médicos recomendavam às grávidas.”*

Por fim, de acordo com o quesito 4.1 de fl. 393, “não é possível a comprovação de onde as autoras consumiram água na época da epidemia, pois as águas de poços artesianos também possuíam a fluorita devido à geologia da região”.

Ademais, de acordo com o estudo juntado pelas autoras à fl. 24, consta a informação que “52,9% dos habitantes de Cocal do Sul usavam água proveniente de poços caseiros”, ou seja, água não fornecida pelos requeridos.

Urge convir que as autoras não juntaram qualquer documentação comprovando que se utilizavam, à época dos fatos, da água fornecida pelos requeridos. Ademais, a prova testemunhal também não mencionou nada em tal sentido. Cumpre aduzir, ainda, que as alegações trazidas à fl. 435 pelas autoras, no sentido de que “os poços artesanais da SAMAE tinham profundidade muito superior aos poços de particulares, alcançando lençol freático diferente, os quais estavam contaminados, bem como que “os poços particulares, em lençóis mais rasos, não estavam contaminados”, causa estranheza ao Juízo, vez que inexistente qualquer prova comprovando tais assertivas.

Destaco, ainda, que em caso semelhante o Tribunal de Justiça catarinense já se posicionou em idêntico sentido [...]

Diante de todo o exposto acima, tenho que a não comprovação denexo causal entre a responsabilidade dos requeridos e o dano alegado, descaracteriza a obrigação de indenizar.

Dessa forma, diante da falta de elementos que comprovem a responsabilidade dos réus no caso em apreço, resta, pois, a improcedência [...] (fls. 446/449 - grifei).

De gizar idêntica deliberação em caso análogo, de lavra da eminente Desembargadora Sônia Maria Schmitz.

Senão, veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SAMAE. ENDEMIAS DE FLUOROSE DENTÁRIA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL E PROVA DO DANO. Sem comprovação efetiva do dano suportado pelos autores, bem como da relação causal entre a conduta do Ente Público e a suposta moléstia contraída, decorrente da ingestão de água contaminada com fluoreto de cálcio (fluorita), inexistem os pressupostos que ensejam a responsabilidade civil (ação ou omissão, dano e nexode causalidade). (TJSC, *Apelação Cível n. 2007. 004629-6*, de Urussanga, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 25/05/2010).

E do aludido aresto, haure-se que:

[...]

Em Cocal do Sul a moléstia se disseminou em decorrência do minério denominado “fluorita” (fluoreto de cálcio), presente em abundância no subsolo daquela região que, em contato com as reservas subterrâneas de água, elevaram os níveis de flúor, contaminando-a.

Assim, todas as crianças com dentição em formação que vieram a consumi-la, seja de poços caseiros ou fornecida pela empresa responsável pelo abastecimento na localidade, estariam sujeitas a contraírem fluorose dentária. Entretanto, no caso dos autos é impossível extrair de qual fonte os autores efetivamente ingeriram a água, já que segundo o estudo juntado às fls. 25/26, 52,9% (cinquenta e dois vírgula nove por cento) da população usava água proveniente de poços caseiros, extraída diretamente dos lençóis freáticos

sem qualquer tratamento ou controle de qualidade e cuja concentração de fluoreto era altíssima em razão das características geológicas presentes naquela região.

Conforme esclarecem Maria Paula Casagrande Marimon, Ari Roisenberg, Arthur Nanni e Lúcia Ayala, respectivamente, Professora do Departamento de Geografia/FAED/UEDESC, Doutora em Geociências; Professor do Departamento de Petrologia e Mineralogia da UFRGS, Doutor em Geociências; Geólogo da Fepam/RS, Doutor em Geociências, em seu estudo intitulado “*Diagnóstico de ocorrências de fluorose no Estado de Santa Catarina, Brasil*”,

“[...] os teores de fluoreto superiores a 0,5 mg/L estão relacionados à temperaturas das águas minerais acima de 30° C. Observa-se uma forte tendência de ocorrência de águas fluoretadas relacionadas à província cristalina meridional, relativas à aquíferos fraturados desenvolvidos em rochas graníticas. As rochas graníticas da porção sul catarinense representam granitos pós-tectônicos e que contém fluorita como mineral acessório, com ocorrência dispersa na forma intergranular ou em veios e fraturas, que por dissolução, provocada pela ação das águas de infiltração e coadjuvados pelas temperaturas elevadas, pode gerar os altos teores encontrados [...]”.

Por conseguinte, é de ser negado provimento ao recurso.

Em arremate, incabíveis os honorários recursais, porque “*somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível seu arbitramento [...]*” (TJSC, *Apelação Cível n. 0308855-03. 2015.8.24.0008*, rel. Des. André Luiz Dacol, j. 18/06/2019).

Dessarte, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

VOTO

Acompanho o voto do relator, e. Des. Luiz Fernando Boller, no sentido de manter a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos material e moral.

O objetivo do pedido de vista era aferir de forma mais profunda a configuração ou não do nexó de causalidade. E, de fato, a prova é frágil.

Confira-se trecho da sentença proferida pela MM. Juíza Bruna Canella Becker Búrigo:

De acordo com a prova pericial, “a moléstia se disseminou em decorrência do minério, denominado “fluorita” (fluoreto de cálcio), presente em abundância no subsolo daquela região que, em contato com as reservas subterrâneas de água, elevaram os níveis de flúor, contaminando-a. Assim, todas as crianças, com dentição em formação, que vieram a consumi-la, seja de poços caseiros ou fornecidas pela empresa responsável pelo abastecimento na localidade, estariam sujeitas a contraírem fluorose dentária. (quesito b, fl. 391)

Colhe-se da resposta ao quesito c, fl. 391: “não se pode afirmar que a água consumida era fornecida pelos réus, pois as águas de poços artesianos também possuíam quantidade de flúor elevada.”

De acordo com o quesito 4, de fl. 393, “a fluorose pode ser desenvolvida pela ingestão de flúor em excesso em águas (incluindo potáveis), também é utilizado em dentifrícios, sal de cozinha, existiam comprimidos de flúor que médicos recomendavam as grávidas.”

Por fim, de acordo com o quesito 4.1 de fl. 393, “não é possível a comprovação de onde as autoras consumiram água na época da epidemia, pois as águas de poços artesianos também possuíam a fluorita devido a geologia da região.”

Ademais, de acordo com o estudo juntado pelas autoras à fl. 24, consta a informação que “52,9% dos habitantes de Cocal de Sul usavam água proveniente de poços caseiros”, ou seja, água não fornecida pelos requeridos.

Urge convir que as autoras não juntaram qualquer documentação comprovando que se utilizavam, à época dos fatos, da água fornecida pelos requeridos. Ademais, a prova testemunhal também não mencionou nada em tal sentido.

Cumpra aduzir, ainda, que as alegações trazidas à fl. 435 pela autora, no poços de particulares, alcançando lençol freático diferente, os quais estavam contaminados”, bem como que “os poços particulares, em lenções mais “rasos”, não estavam contaminados”, causa estranheza ao Juízo, vez que inexistente qualquer prova comprovando tais assertivas. (f. 448/449)

Com efeito, o ônus de demonstrar a conexão entre os danos e a ação dos réus era da parte autora, que não se desincumbiu de tal mister.

É fato notório que tanto a água dos poços quanto a água fornecida pela concessionária estavam contaminadas.

Além disso, a prova oral expõe uma atuação da Funasa, responsável pela administração do Samae, em favor da comunidade, digna de elogios (recurso audiovisual de f. 432).

Ela enxergou o problema e adotou medidas compensatórias, independentemente de qualquer provocação ou de buscar saber se havia ou não sua responsabilidade. Isto é, seu agir foi social.

Esse fato, por si só, já é um fator indicativo favorável da postura da Fundação.

Em memoriais entregues em meu gabinete no dia 20-8-2019, as próprias autoras reconhecem que tiveram assistência:

Quanto ao tratamento prestado às vítimas, foi realizado por profissionais contratados pelos apelados, sendo designados dentistas do quadro da Funasa, que foram para Cocal para atuarem especificamente com esses pacientes. O tratamento adotado foi a aplicação de ácido hidrocloreídrico nos dentes manchados. As crianças eram retidas da sala de aula nas escolas e encaminhadas até o posto de saúde para aplicação. Além do ácido, foi utilizado o método de raspagem do dente, removendo todo o esmalte, deixando os dentes com aparência estranha. Em alguns casos, as crianças foram encaminhadas para tratamento na Capital, sendo que todas as despesas foram custeadas pelos apelados.

O que me preocupa, ademais, é que não se pode conceber uma condenação desse espectro, com a perspectiva de alcançar tantas pessoas, sem uma prova direta de nexó causal.

Aliás, me parece que o caso deveria ter sido tratado no âmbito coletivo, com a propositura de ação civil pública, por exemplo, buscando-se uma responsabilização pecuniária com fim social.

Portanto, voto no sentido de desprover o recurso de apelação, prejudicada a análise do agravo retido (f. 427), pois o julgamento de mérito é favorável à parte que o interpôs (art. 488 do CPC).

Florianópolis, 27 de agosto de 2019.

Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

Apelação Cível n. 0900055-95.2016.8.24.0041, de Mafra

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

VEREADOR ELEITO POR CÂMARA MUNICIPAL, PARA OCUPAR INTERINAMENTE O CARGO DE PREFEITO DURANTE 9 MESES, VISTO QUE ALIJADO O ENTÃO ALCAIDE DA COMUNA.

APONTADO ATRASO NO REPASSE INTEGRAL DA COTA PATRONAL DEVIDA AO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS, NOS MESES DE JULHO À DEZEMBRO DE 2012, SÓ TENDO OCORRIDO SUA REGULARIZAÇÃO EM JANEIRO DO ANO SEGUINTE, PELA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL POSTERIOR, E MEDIANTE PARCELAMENTO.

AFRONTA AO ART. 11, INC. II, DA LEI N. 8.429/92.

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, RESTANDO O RÉU DENUNCIADO CONDENADO AO PAGAMENTO DE MULTA CIVIL NO MONTANTE DE 10 SALÁRIOS MÍNIMOS, COM A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS POR 3 ANOS.

INSURGÊNCIA DO EDIL, ENTÃO MANDATÁRIO.

ADUZIDA CARÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO PARA CONFIGURAR A IMPUTADA CONDUTA ÍMPROBA.

TESE SUBSISTENTE.

POSTERGAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA, QUE SE CONSUBSTANCIALIZOU EM PRÁTICA COMUM NAS PREDECESSORAS GESTÕES GOVERNAMENTAIS, SOBRETUDO DIANTE DA ESCASSEZ DE RECURSOS.

OUTRAS LEIS MUNICIPAIS LEGADAS NA GESTÃO ADMINISTRATIVA DO RÉU, QUE TAMBÉM IMPLICARAM EM AUMENTO DE DISPÊNDIO, DAÍ RESULTANDO O NECESSÁRIO CONTINGENCIAMENTO NOS GASTOS DO TESOUREO PÚBLICO.

DOLO NÃO CONFIGURADO.

“Por outro lado, se o motivo da demora ou omissão for juridicamente escusável, o que também não é raro, claro que a improbidade não se caracteriza. Trata-se de área muito delicada, onde quase sempre se confrontam e se mesclam atos vinculados e atos discricionários. Na hipótese concreta, deverá ser mensurada a motivação exposta para a conduta do agente público, no sentido de se avaliar se é ou não caso em que a oportunidade e/ou a conveniência justificam seu proceder. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 323).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0900055-95.2016.8.24.0041, da 2ª Vara Cível da comarca de Mafra em que é Apelante Paulo Sérgio Dutra e Apelado Paulo Henrique Moritz Martins da Silva e Pedro Manoel Abreu. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Plínio César Moreira.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Paulo Henrique Moritz Martins da Silva e Pedro Manoel Abreu. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Plínio César Moreira.

Florianópolis, 29 de outubro de 2019.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Paulo Sérgio Dutra, em objeção à sentença prolatada pelo magistrado Rafael Salvan Fernandes – Juiz de Direito titular da 2ª Vara Cível da comarca de Mafra -, que nos autos da *Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa n. 0900055-95.2016.8.24.0041* ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, julgou procedentes os pedidos, condenando o ex-Vereador ao pagamento de multa civil no valor de 10 (dez) salários mínimos, e também à suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos, isto em razão de ter repassado intempestivamente o montante exigido pela legislação municipal, relativa aos meses de julho à dezembro de 2012 (fls. 271/279).

Malcontente, Paulo Sérgio Dutra aduz que não incidiu em conduta ímproba, porquanto o atraso no repasse do aludido numerário ocorreu devido à precária situação financeira do Município de Mafra.

Argumenta que através da Lei Municipal n. 3.888/13, e da Lei Municipal n. 3.889/13, a gestão administrativa posterior aprovou o parcelamento do encargo, afastando, assim, sua suposta má-fé.

Nestes termos, brada pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 290/305).

Na sequência sobrevieram as contrarrazões, onde o representante do *Parquet* na origem refutou as teses manejadas, clamando pelo desprovimento da insurgência (fls. 311/319).

Em manifestação da Procuradora de Justiça Hercília Regina Lemke, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 326/334).

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

Recebo o recurso e dele conheço, porque além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Nas *Eleições Municipais de 2008*, Paulo Sérgio Dutra foi eleito Vereador da Câmara Municipal de Mafra.

Não obstante, no ano de 2012 o então Prefeito Jango Herbst teve seu *mandato cassado*, quando o edil Paulo Sérgio Dutra assumiu, então, o posto de Chefe do Poder Executivo, por eleição indireta realizada pela Casa Legislativa.

E foi na referida gestão interina, que ocorreu o atraso no repasse da integralidade das verbas patronais devidas ao IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra, relativas aos meses de julho à dezembro de 2012.

Acerca da mora, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina entendeu inexistir justificativa plausível, já que a suposta contenção de despesas não foi capaz, por exemplo, de frear a assinatura da Lei Municipal n. 3.788/12, e da Lei Municipal n. 3.804/12 - revisão anual e aumento dos vencimentos dos servidores municipais -, incorrendo em aumento e impacto na receita local. E o *Parquet* na origem também referiu que a outorga da Lei n. 3.805/12 - para reenquadramento de cargos -, e a Lei n. 3.808/12 - que criou o cargo de *agente comunitário de saúde* e de *agente da dengue* (fl. 314) -, incrementou despesas para a administração do município, revelando o único objetivo do então edil querer angariar votos para as eleições vindouras, pois reconhecida sua candidatura ao cargo de Prefeito.

Paulo Sérgio Dutra sustenta que a exposição de motivos do *custos legis* é “*indevida, descabida, inverídica e equivocada*” (fl. 238), porquanto “*todos os últimos Prefeitos vêm se valendo de parcelamentos para saldar o devido importe a título de repasse patronal*” (fl. 239).

Notícia que “*a situação era a de que ou eu saldava os salários devidos mês a mês, ou saldava a dívida ao IPMM*” (fl. 208).

Além do mais, o reajuste salarial concedido aos servidores municipais, foi de 3% (três por cento), portanto abaixo do percentual de 12% (doze por cento - fl. 238), pretendido pelo sindicato da categoria, correspondendo a uma promessa do ex-Prefeito e uma reivindicação da classe há já mais de 7 (sete) anos.

Alude que “*recebeu a administração do Município com mais de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) em dívidas [...]*”, enquanto que “*ao deixar o cargo de Prefeito, além da execução de várias obras e aumento dos vencimentos dos funcionários, deixou tão somente um saldo devedor de R\$ 2.720.000,00 (dois milhões, setecentos e vinte mil reais)*” (fl. 266), não havendo que se falar na existência de má-fé ou conduta ímproba.

Pois bem.

Acerca da conduta imputada a Paulo Sérgio Dutra, consubstanciada no art. 11, inc. II, da Lei n. 8.429/92 - de “*retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício*” -, Waldo Fazzio Júnior pondera que:

[...] O dispositivo em pauta não requer, para sua configuração, o ânimo específico de satisfazer interesse pessoal ou de atender os propósitos de qualquer pessoa. Não é prevaricação, em sentido técnico-jurídico. Satisfaz-se com a delonga ou a abstenção. É suficiente o prostrar ou não agir, injustificadamente. Contudo, é forçoso convir que, na prática, o elemento subjetivo apresenta-se com frequência, até porque ninguém age ou se omite sem motivo.

Por outro lado, se o motivo da demora ou omissão for juridicamente escusável, o que também não é raro, claro que a improbidade não se caracteriza. Trata-se de área muito delicada, onde quase sempre se confrontam e se mesclam atos vinculados e atos discricionários. Na hipótese concreta, deverá ser mensurada a motivação exposta para a conduta do agente público, no sentido de se avaliar se é ou não caso em que a oportunidade e/ou a conveniência justificam seu proceder² (grifado).

No caso em prélio, é incontroverso que não houve o repasse - de forma integral e tempestiva -, da cota patronal devida ao IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra relativa aos meses de julho à novembro de 2012.

Contudo, as testemunhas Moacir Antônio Minini e João Carlos Landoski, afirmaram que o atraso e parcelamento do dispêndio era prática rotineira nas anteriores gestões administrativas, sendo que “desde 2002, sem nenhuma exceção, todos os Prefeitos efetuaram os parcelamentos de débitos previdenciários” (fl. 296).

Ora, do acurado exame do acervo probatório constante nos autos, constata-se que no município de Mafra a prática continuou acontecendo nos exercícios seguintes, tal como revela a *Lei Municipal n. 4.132/15*, autorizando o Executivo a parcelar a dívida junto ao PLASSMA-Plano de Assistência à Saúde dos Servidores Municipais de Mafra, e ainda a *Lei Municipal n. 4.339/18*, apresentando parcelamento de nova dívida junto ao RPPS-Regime Próprio de Previdência Social dos funcionários do município.

Já quanto ao fato de terem sido publicadas normas que geraram gastos públicos durante a gestão do demandado, há informação prestada por Allan Leon de Mello - então Secretário de Administração -, de que tais comandos foram aprovados com esteio nos cálculos efetuados pela Secretaria Municipal da Fazenda e Finanças e, também, com a aprovação da Casa de Leis (fls. 33).

Aliás, a Lei n. 3.788/12 já havia sido encaminhada à Câmara de Vereadores por João Alfredo Herbst, Prefeito anterior (fl. 84).

Sobeja, ainda, que em 17/12/2012 Paulo Sérgio Dutra buscou pelo menos tentar contingenciar a dívida, visto que endereçou o *Ofício n. 969/SMA/2012* ao Presidente da Câmara de Vereadores, contendo o *Projeto de Lei n. 121/12*, que dispunha sobre o “reconhecimento de dívida e parcelamento de débitos oriundos de contribuições previdenciárias devidas e não repassadas ao IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra [...]” (fl. 125).

Então, não houve total negligência acerca da conjuntura instalada.

² *Improbidade Administrativa*. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 3ª Ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 323).

Inclusive, foi o referido Projeto de Lei n. 121/12 - mais tarde consubstanciado na Lei Municipal n. 3.888 de 14/01/2013 -, que permitiu concretizar o sobredito adimplemento da dívida, a longo prazo.

A outro turno, a contratação de *agentes comunitários de saúde* normalmente conclama providência urgente, não havendo que se falar, nesse caso, em atuação imprudente do ex-Alcaide ao privilegiar a saúde, em detrimento de outras Secretarias.

Portanto, não sobressai patente a existência de conduta dolosa e má-fé.

Não é demais lembrar que a “*Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé (Min. Herman Benjamin [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0001458-46.2009.8.24.0017, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Vilson Fontana, Quinta Câmara de Direito Público, j. 22/08/2019).*”

Nessa linha - quando do julgamento da análoga *Apelação Cível n. 0013319-95.2005.8.24.0008*, sob relatoria do Desembargador Carlos Adilson Silva -, nossa Corte já decidiu que:

APelação CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSUAL CIVIL. [...] MÉRITO RECURSAL. EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BLUMENAU. AUSÊNCIA DE REPASSE DA CONTRIBUIÇÃO PATRONAL E DOS VALORES RECOLHIDOS DAS FOLHAS DE PAGAMENTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS AO ISSBLU-INSTITUTO SOCIAL DE SEGURIDADE DOS SERVIDORES DE BLUMENAU. ENCARGO MORATÓRIO DE ELEVADA MONTA DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS CONCLUINDO PELA AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO PATRIMONIAL AO ERÁRIO, A DESPEITO DA ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA DE ATO ÍMPROBO PREVISTO NO ART. 10 DA LEI N. 8.429/92. NÃO CONFIGURAÇÃO, ADEMAIS, DE DOLO OU MÁ-FÉ NO TOCANTE À VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO EVIDENCIADO, IMPRESCINDÍVEL À CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTO NO ART. 11 DA LIA. CONDENAÇÃO AFASTADA. SENTENÇA REFORMA-DA. RECURSO PROVIDO.

A improbidade de que trata o art. 10 da Lei n. 8.429/92 admite as modalidades atinentes à culpa ou dolo. Ausente, porém o dano ao erário, não subsiste a alegada tipificação. Se da conduta resultar violação aos princípios que norteiam a Administração Pública, mediante vontade livre e consciente do agente público, pode ser enquadrada no art. 11 da LIA. As condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade dependem da presença do dolo, ainda que genérico. Consequentemente, afasta-se a responsabilidade objetiva dos administradores, não se fazendo necessária a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública. Precedentes. Embargos de divergência não providos (STJ, EREsp n. 917437/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 13.10.2010). A pretensa configuração do ato de improbidade com esteio no art. 11, da Lei n. 8.429/92 exige a demonstração de um único elemento subjetivo, qual seja, o dolo. Ausente este, afasta-se a incidência da norma sob enfoque [...].

Na mesma toada:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Ex-prefeito do Município de Tatuí - Atraso no repasse das contribuições previdenciárias patronais entre os meses de maio e dezembro de 2012 - Celebração de acordo para pagamento dos débitos previdenciários - Parcelamento que se pautou pela legalidade, nos termos da lei municipal regente (Lei Complementar nº 006/2009) - Regularidade da conduta

do réu reconhecida pelo Tribunal de Contas do Estado, Ministério Público e Ministério da Previdência Social - Verbas utilizadas para pagamentos no âmbito da própria administração pública - Alocação da dotação orçamentária - Ausência de dolo, culpa, má-fé ou violação aos preceitos da administração pública - Inexistência de prova de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário - Ato ímprobo não configurado - Sentença reformada, para julgar improcedente o pedido - Recurso provido (TJSP, *Apelação Cível 1004914-42.2015.8.26.0624*, Rel. Desa. Maria Laura Tavares, j. 18/03/2019).

À vista disso, não havendo comprovação do intencional malferimento por Paulo Sérgio Dutra dos princípios da Administração Pública (art. 11, Lei n. 8.429/92), não há como manter a condenação, impondo-se a reforma da sentença.

Dessarte, conheço do recurso e dou-lhe provimento, julgando improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público.

Sem custas e honorários (TJSC, *AC n. 0900701-96.2015.8.24. 0023*, rela. Desa. Bettina Maria Maresch de Moura, j. 20/08/2019).

É como penso. É como voto.

Apelação Cível n. 090005-90.2018.809.24.0076, de Turvo

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIGILÂNCIA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA.

COMERCIALIZAÇÃO, SEM REGISTRO, DE BANDEJAS DE CAMARÃO EMPANADO, BANDEJAS DE ISCAS DE PEIXE, BANDEJAS DE MAÇAMBEQUE (DONAX HANLEYANUS), E MARISCOS DA PEDRA.

SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS, CONFIRMANDO A TUTELA PROVISÓRIA CONCEDIDA.

LOJA DE ASSOCIAÇÃO DE COOPERADOS PROIBIDA DE VENDER PROVISÕES CUJA EMBALAGEM ESTIVER VIOLADA OU ABERTA, CARENTE DE CERTIFICADO, COM VALIDADE VENCIDA, ALÉM DE QUALQUER OUTRA INCONSISTÊNCIA.

COMÉRCIO OBRIGADO, AINDA, A FISCALIZAR DIARIAMENTE OS INSUMOS EXPOSTOS PARA CONSUMO DO PÚBLICO, VERIFICANDO PRAZOS DE VALIDADE, PROCEDÊNCIA, SELOS DE FISCALIZAÇÃO, TEMPERATURA E OUTROS INCIDENTES NOCIVOS À SAÚDE.

CONCOMITANTE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE R\$ 20 MIL, A TÍTULO DE DANO MORAL COLETIVO.

INSURGÊNCIA DA COOPERATIVA AGROINDUSTRIAL.

APONTADA NULIDADE PROCESSUAL, PELO NÃO CHAMAMENTO DE TODOS OS INTEGRANTES DA CADEIA DE FORNECEDORES DOS PRODUTOS.

ENUNCIADO JÁ RECHAÇADO EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IRRECORRIDA.

PRECLUSÃO TEMPORAL EVIDENCIADA.

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ART. 370 DO CPC. APONTADO CERCEAMENTO DE DEFESA.

ASSERÇÃO IMPROFÍCUA.

MÉRITO.

AVENTADA IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM DANO MORAL COLETIVO.

TESE INSUBSISTENTE.

PEDIDO IMPLÍCITO PARA REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

APREENSÃO DE PEQUENAS PORÇÕES DE FRUTOS DO MAR. VALOR INDENIZATÓRIO DESTINADO AO FUNDO DE RECONSTITUIÇÃO DE BENS LESADOS, MINORADO PARA R\$ 5 MIL.

“A postulação, na apelação, pela improcedência total, devolve ao Tribunal a questão da redução do valor indenizatório, ainda que não haja pedido específico do apelante” (STJ, AREsp 1418646, rel. Min. Raul Araújo, j. 30/04/19).

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 090005-90.2018.8.24.0076, da Vara Única da comarca de Turvo, em que é Apelante a COOPERJA-Cooperativa Agroindustrial de Jacinto Machado e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Paulo Henrique Moritz Martins da Silva e Pedro Manoel Abreu. Funcionou como representante do Ministério Público a Procuradora de Justiça Sônia Maria Demeda Groisman Piardi.

Florianópolis, 19 de novembro de 2019.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por *COOPERJA-Cooperativa Agroindustrial de Jacinto Machado*, em objeção à sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da comarca de Turvo, que na Ação Civil Pública n. 090005-90.2018.8.24.0076 ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, após diligência conjunta efetivada pelos órgãos de fiscalização sanitária e a Polícia Militar, constatou a comercialização, sem registro, de 23 (vinte e três) bandejas de camarão empanado, 14 (quatorze) bandejas de iscas de peixe, 3 (três) bandejas de maçambeque (*donax hanleyanus*, espécie de molusco bivalve marinho da família *donacidae*), e 1 (hum) pacote de mariscos da pedra.

O togado singular julgou procedentes os pedidos, proibindo a venda dos frutos do mar cuja embalagem estiver violada ou aberta, sem registro, com validade vencida, além de qualquer outra volubilidade, determinando “*a fiscalização diária das condições dos produtos expostos ao consumo [...]*”.

Condenou a cooperativa requerida ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de dano moral coletivo (fls. 306/311).

Malcontente, em preliminar a *COOPERJA* denuncia nulidade no processo, porquanto não observada a responsabilização solidária “*de toda a cadeia de fornecimento [...]*”.

Aponta não ter sido realizado o *distinguish* ou o *overruling* no tocante ao *AgRg na Ação Rescisória n. 4.429/MG*, e no *AgRg no AgRg n. 1.003.278/SP* - ambos do STJ -, tampouco acerca da *Apelação Cível n. 0302935- 07.2016.8.24.0075*, na qual há transcrição do *AgInt no REsp n. 1.653.721/RS*.

Noticia arbitrariedade no julgamento antecipado da lide, tolhendo a realização de perícia nas embalagens, ou ainda, impedindo a expedição de ofícios aos órgãos competentes.

No mérito, aduz que o direito reclamado consubstancia pretensão individual homogênea, não cabendo indenização por dano moral coletivo.

Nesses termos, brada pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 327/349).

Na sequência sobrevieram as contrarrazões, onde o representante do *Parquet* na origem refutou a tese manejada, clamando pelo desprovimento da insurgência (fls. 355/366).

Em Parecer do Procurador de Justiça Murilo Casemiro Mattos, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 375/381).

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Em preliminar, a *COOPERJA-Cooperativa Agroindustrial de Jacinto Machado* sustenta existir responsabilidade solidária entre todos os fornecedores das provisões, consubstanciando nulo o processo em razão da não formação do litisconsórcio passivo.

Ocorre que a matéria já foi abordada na decisão interlocutória prolatada em 07/06/2018 (fls. 284/286), não tendo havido pela cooperativa interessada, oportuna irresignação a respeito, com isto implicando preclusão temporal.

Ressaio, “*a preclusão é instituto essencial: sanciona a parte que não atua oportunamente (preclusão temporal) [...]*” (TJSC, *Agravo Interno n. 4027420-39.2018.8.24.0000*, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 14/03/2019).

E ainda sobre a coobrigação, não desconheço que *COOPERJA* aduziu não ter ocorrido o adequado *distinguish* ou *overruling* no tocante ao *AgRg na Ação Rescisória n. 4.429/MG* e no *AgRg no AgRg n. 1.003.278/SP* - ambos do STJ -, e à *Apelação Cível n. 0302935-07.2016.8.24.0075*, na qual há transcrição do julgado *AgInt no REsp n. 1.653.721/RS*.

Ora, a *Ação Rescisória n. 4.429/MG* versa sobre concurso público, o *AgRg n. 1.003.278/SP* acerca de contrato administrativo, e, por fim, a *Apelação Cível n. 0302935 -07.2016.8.24.0075*, de compromisso de compra e venda.

Como visto, consubstancia irrelevante se nesses paradigmas considerou-se haver litisconsórcio necessário, pois tais matérias dissentem do caso em toureio.

E no tocante à nulidade do édito singular - em razão do julgamento antecipado da lide -, a prefacial também não comporta guarida, visto que nossa Corte assentou o entendimento de que “*cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da realização de outras provas, não implicando cerceamento de defesa ou violação*”

dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o julgamento com base em provas existentes nos autos, se elas forem suficientes à formação do convencimento do julgador [...]” (TJSC, *Apelação Cível n. 0000861- 78.2014.8.24.0057*, rel. Des. Jaime Ramos, j. 04/07/19).

Se a discussão remontava/remonta à realização de perícia para averiguação do conteúdo das embalagens, tal providência deveria ter sido cumprida pela própria COOPERJA, simplesmente contatando as empresas que alude serem detentoras das bandejas, dos invólucros, das embalagens, etc., ou seja, produzindo prova que é de sua incumbência.

Por isso a nulidade não sobeja patente.

Já relativamente ao mérito, quando do julgamento do *Agravo de Instrumento n. 4008516-68.2018.8.24.0000*, de minha relatoria, pronunciei que:

No caso em prélio, a Resolução n. 23/2000/ANVISA (editada pela RDC n. 27/2010), em seu Anexo I, traz o rol de a “ALIMENTOS DISPENSADOS DA OBRIGATORIEDADE DE REGISTRO”, lá contendo a indicação de que não precisam de registro: “4200098 - MISTURAS PARA O PREPARO DE ALIMENTOS E ALIMENTOS PRONTOS PARA O CONSUMO [...]”.

E o tal conceito do que venha a ser pós ou misturas, é retratado pela RDC-Resolução da Diretoria Colegiada n. 273/05, editada pelo Ministério da Saúde/ANVISA, que decidiu:

[...] Art. 1º Aprovar o “REGULAMENTO TÉCNICO PARA MISTURAS PARA O PREPARO DE ALIMENTOS E ALIMENTOS PRONTOS PARA O CONSUMO”, constante do Anexo desta Resolução.

[...]

2. DEFINIÇÃO

2.1. *Misturas para o Preparo de Alimentos: são os produtos obtidos pela mistura de ingredientes, destinados ao preparo de alimentos pelo consumidor com a adição de outro(s) ingrediente(s). Podem requerer aquecimento ou cozimento. O produto resultante após o preparo, de acordo com as instruções do fabricante, deve ser aquele mencionado na designação da Mistura.*

2.2. *Alimentos Semi-Prontos ou Prontos para o Consumo: são os alimentos preparados ou pré-cozidos ou cozidos, que para o seu consumo não necessitam da adição de outro(s) ingrediente(s). Podem requerer aquecimento ou cozimento complementar. Excluem-se deste item, os alimentos definidos em outros Regulamentos Técnicos específicos [...].*

Relativamente aos pescados, em si, uma questão chama atenção.

É que a Diretoria Colegiada da ANVISA foi tão específica para tratar alguns alimentos, como “4300167 - balas, bombons e gomas de mascar”; “410018 - café, cevada, chá, erva-mate e produtos solúveis chocolate e produtos de cacau”, que é circunstancial não questionar o porquê de não terem realmente previsto com maior clareza e descrição com relação aos frutos do mar.

Os comedidos dizeres «4200098 - MISTURAS PARA O PREPARO DE ALIMENTOS E ALIMENTOS PRONTOS PARA O CONSUMO [...]», são suficientes para daí extrair que os “pescados empanados” estão dispensados do visto sanitário?

A resposta mais adequada passa necessariamente pelo adequado embate entre as partes, na origem.

O que se quer agora é apenas averiguar o acerto ou desacerto da decisão que vetou a venda de tais tipos de produtos.

Sob esta ótica, infere-se que o substrato normativo mais próximo para indicar o parâmetro aplicável no caso concreto emana da própria comunicação institucional lançada pela Divisão de Vigilância Sanitária de Araranguá (fl. 43 dos autos de origem):

[...] Boa tarde,

Venho por meio deste esclarecer que o Alvará Sanitário da empresa Laís Alimentos, autoriza esta a produzir alimentos regulamentados pelas RDC nº 23/2000 ANVISA e RDC nº 27/2010 ANVISA. Porém os produtos apreendidos tratam-se de pescados e derivados que são regulamentados pela LEI N.º 1.283, DE 18 DE DEZEMBRO DE 1950 e LEI N.º 7.889 DE 23 DE NOVEMBRO DE 1989, e assim necessitam de autorização e registro nos órgãos da agricultura (SIF, SIE, SIM). Portando o Alvará Sanitário que a empresa possui não permite esta a produzir estes alimentos.

Fico a disposição para outros esclarecimentos.

Att, Diego Giusti Rodowanski

VISA - 21ª GERSA

De fato, art 2º, 'b', da Lei n. 7.889/89 emana do que “são sujeitos à fiscalização prevista nesta lei: [...] b) o pescado e seus derivados; [...]”.

Se fosse a intenção clara e inteligível da ANVISA dispensar o registro para os pescados - empanados ou não -, certamente o órgão fiscal teria feito uma previsão taxativa.

A propósito, a cooperativa insurgente defende que o *decisum* poderá acarretar prejuízos, já que as limitações abrangem todos os produtos comercializados, e não somente aqueles apreendidos quando da fiscalização.

A situação, porém, não deve ser generalizada.

Ora, se a pessoa jurídica sabe que seus outros produtos atendem às especificações dos órgãos competentes, não há razão para censurar a decisão judicial que só corrobora essa necessária imposição.

Não se pode perder de vista, também, que a decisão objurgada adveio para dirimir uma situação de comercialização inadequada de pescados e derivados, não tendo ocorrido, por outro lado, clara indicação por COOPERJA-Cooperativa Agroindustrial de Jacinto Machado, de quais seriam esses tantos outros itens que ficariam impedidos de serem comercializados.

Vale lembrar que a ANVISA permite uma larga variável de produtos dispensados de registro, e que de forma alguma o togado singular teria incompatibilizado as vendas por intermédio do seu posicionamento:

CÓDIGO	CATEGORIA
1 0 0 1 1 5	ACÚCARES E PRODUTOS PARA ADOÇAR (1)
4 7 0 0 0 4 7	ADITIVOS ALIMENTARES (2)
4 1 0 0 1 1 4	ADOCANTES DIETÉTICOS
4 3 0 0 1 6 4	ÁGUAS ADICIONADAS DE SAIS
4 2 0 0 0 2 0	ÁGUA MINERAL NATURAL E ÁGUA NATURAL
4 2 0 0 0 3 8	ALIMENTOS E BEBIDAS COM INFORMAÇÃO NUTRICIONAL COMPLEMENTAR
4 3 0 0 0 0 3	ALIMENTOS PARA CONTROLE DE PESO
4 3 0 0 0 7 8	ALIMENTOS PARA DIETAS COM RESTRIÇÃO DE NUTRIENTES

Bem como,

4300086	ALIMENTOS PARA DIETAS COM INGESTÃO CONTROLADA DE AÇÚCARES
4300088	ALIMENTOS PARA GESTANTES E NUTRIZES
4300087	ALIMENTOS PARA IDOSOS
4300085	ALIMENTOS PARA ATLETAS
4300167	BALAS, BOMBONS E GOMAS DE MASCAR
4100018	CAFÉ, CEVADA, CHÁ, ERVA-MATE E PRODUTOS SOLÚVEIS
4100166	CHOCOLATE E PRODUTOS DE CACAÚ
4200055	COADJUVANTES DE TECNOLOGIA (3)
4200071	EMBALAGENS
4300194	ENZIMAS E PREPARAÇÕES ENZIMÁTICAS (4)
4100042	ESPECTARIAS, TEMPEROS E MOLHOS
4200012	GELADOS COMESTÍVEIS E PREPARADOS PARA GELADOS COMESTÍVEIS
4200123	GELO
4200098	MISTURAS PARA O PREPARO DE ALIMENTOS E ALIMENTOS PRONTOS PARA O CONSUMO
4100158	ÓLEOS VEGETAIS, GORDURAS VEGETAIS E CREME VEGETAL
4300151	PRODUTOS DE CEREAIS, AMIDOS, FARINHAS E FARELOS
4300196	PRODUTOS PROTÉICOS DE ORIGEM VEGETAL
4100077	PRODUTOS DE VEGETAIS (EXCETO PALMITO), PRODUTOS DE FRUTAS E COGUMELOS COMESTÍVEIS (5)
4000009	VEGETAIS EM CONSERVA (PALMITO)
4100204	SAL
4200101	SAL HIPOSSÓDICO / SUCEDÂNEOS DO SAL
4300041	SUPLEMENTO VITAMÍNICO OU MINERAL

De outro vértice, a agravante aduz que o ajuizamento da ação impediu o prévio esgotamento da *quaestio* na seara administrativa.

Contudo, a premissa contraria o disposto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”.

Relativamente à exorbitância da multa, é prudente reconhecer que existem escalas de sanções previstas na Lei n. 6.320/83 (fl. 31 dos autos de origem), indo desde advertência, multa, passando por apreensão do produto, inutilização de produto, interdição de produto, até a suspensão de vendas e/ou de fabricação de produto, cancelamento de registro de produto, bem como interdição parcial, ou total do estabelecimento, proibição de propaganda, cancelamento de autorização para funcionamento de empresa e cancelamento do alvará de licenciamento de estabelecimento.

Na espécie, já houve apreensão e destruição dos produtos, e a quantidade apreendida não se revelou exorbitante, tudo indicando que administrativamente a solução foi bem esquadrihada, dispensando o Judiciário de lançar mão de um critério demasiado rigoroso.

Assim, sem desconhecer que “o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluir-la [...]” (§ 1º do art. 537 do NCPC), razoável readequar a sanção para R\$ 300,00 (trezentos reais) por dia.

Por derradeiro, o petitório que adita a peça recursal transparece uma situação anômala do ponto de vista processual. Se o intuito é postular a formação de litisconsórcio passivo, à luz do art. 131 do NCPC, o pedido deve ocorrer na origem e na contestação. Além do mais, essa intercorrência não integrou o *decisum* objurgado. Então, não há como esta Corte se debruçar acerca do intento, sob pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição.

Dessarte, e do mais que dos autos consta, DEFIRO em parte a antecipação da tutela recursal, tão somente para readequar o valor da multa diária ao patamar de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Isto colocado, no *REsp* n. 1586515/RS, em acórdão sob relatoria da Ministra Nancy Andrigli, o STJ firmou entendimento no sentido de que “a violação de direitos individuais homogêneos é capaz de causar danos morais coletivos”.

No mesmo sentido tem-se o *REsp* n. 1758703/RS, sob relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no qual o STJ entendeu - inclusive em caso de violação a direito homogêneo -, pela possibilidade de cumulação de condenação de dano moral coletivo com individual:

[...] Na espécie, o Tribunal origem, considerando que estariam sendo tutelados Direitos individuais homogêneos, concluiu que não se poderia condenar a recorrida ao pagamento de danos morais coletivos, tendo em vista que a condenação ao pagamento de indenização pelos danos materiais sofridos por aqueles que tenham adquirido o produto impróprio para o consumo cumulada com a condenação ao pagamento de indenização por danos difusos aos consumidores do combustível adulterado resultaria em *bis in idem*, de modo que o recorrido estaria reparando duas vezes o mesmo lesado.

[...]

Tal entendimento, todavia, não se encontra em consonância com jurisprudência desta Corte Superior, que se orienta no sentido de ser o dano moral coletivo uma categoria autônoma de dano.

A reparação pelos danos a interesses difusos causados por determinado ato, no caso a comercialização de combustível adulterado, não se confunde com a reparação pelos danos materiais causados individualmente a cada um daqueles consumidores que adquiriram tal combustível, sendo plenamente possível a cumulação dos pedidos de indenização por danos morais coletivos com a cumulação pelos danos materiais decorrentes de um mesmo ato.

Neste sentido: [...]

REsp 1586515/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018;

[...]

REsp 1293606/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 26/09/2014.

[...]

REsp 1502967/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018.

No dano moral coletivo, pode ser vislumbrada a tríplice função da indenização do dano moral, destinando-se (a) à reparação dos prejuízos sofridos pela vítima, (b) à punição do ofensor e (c) à prevenção da prática de novos fatos semelhantes, não se confundindo com os danos materiais sofridos individualmente decorrentes de um mesmo ato ilícito.

[...]

A título de exemplo, no REsp 1.586.515/RS, em que o Ministério Público do Rio Grande do Sul ajuizou ação civil pública contra empresa que vendia produtos com vício de quantidade, consignou-se que “a tutela de interesses individuais homogêneos corresponde à defesa de interesse social, não pelo significado particular de cada direito individual, mas pelo fato de a lesão deles, globalmente considerada, representar ofensa aos interesses da coletividade”, de modo que “a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas”. Considerou-se que além dos danos causados a cada um dos consumidores, haveria também lesão ao “interesse coletivo essencial amparado pelo Código de Defesa do Consumidor”, que “é ‘possibilitar e proteger o consumo leal no mercado brasileiro, daí suas normas de ordem pública sobre cláusulas abusivas, interpretação, oferta e responsabilidade civil’”.

Assim, o que se observa é que não há qualquer incompatibilidade entre a condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo e a condenação ao pagamento de indenização pelos danos causados a cada um dos indivíduos afetado pelo ato ilícito, não se podendo falar em *bis in idem*, pois os bens tutelados são distintos [...] (STJ, REsp n. 1758703/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 03/06/2019).

No que concerne ao dano moral coletivo - em razão de sua pertinência e adequação -, por sua própria racionalidade e jurídicos fundamentos, abarco a intelecção professada pelo Procurador de Justiça Murilo Casemiro Mattos, que reproduzo, consignando-a em meu voto, nos seus precisos termos, como razões de decidir:

Como bem colocado pelo *Parquet*, na exordial, “os produtos colocados no mercado de consumo devem cumprir, além de sua função tipicamente econômica, o objetivo de segurança e informação relativa à normalidade dos riscos apresentados pelo produto e a sua previsibilidade. O desvio ou a ausência desta característica também importa vício de qualidade por insegurança, sendo garantido ao consumidor sua incolumidade físico-psíquica diante da ocorrência de acidente de consumo” (pág. 07).

[...] Desse modo, a prova de um prejuízo ou de um sofrimento psíquico individual e concreto é dispensável. O que se exige é o grave desrespeito à dignidade dos cidadãos - fato que aqui se verifica - sejam eles vistos em coletividade ou de modo difuso, em função do direito constitucional à saúde, imperativo que norteia a segurança das relações de consumo.

As circunstâncias aqui verificadas autorizam afirmar que a postura dos réus, que se recusaram a ajuste de conduta, desrespeitou a dignidade dos consumidores e perturbou a ordem social, criando um distúrbio, ainda que local, no sistema de controle sanitário da região em que atuam. [...]

Destarte, não merece prosperar o argumento da apelante, visto que o dano moral coletivo resta configurado.

Assim, tendo a própria COOPERJA em sua apelação confirmado que as “23 bandejas de camarão empanado de 300 g., 14 bandejas de iscas de peixe (pacotes de 300 g.), 3 bandejas de maçambeque (pacotes de 300 g.), 1 pacote de mariscos da pedra de 300 g., estavam apenas expostas, inexistindo prova de que anteriormente algum desses produtos foi vendido” (fl. 344), está caracterizado o desrespeito à saúde dos consumidores, sendo passível de condenação ao pagamento de indenização por dano moral coletivo.

Apesar disso, desponta uma percuciente ressalva.

É que “a postulação, na apelação, pela improcedência total, devolve ao Tribunal a questão da redução do valor indenizatório, ainda que não haja pedido específico do apelante” (STJ, AREsp 1418646, rel. Min. Raul Araújo, j. em 30/04/19)

E como a quantidade apreendida não foi tão significativa - tudo indicando que administrativamente a solução foi bem esquadrihada, impondo tornar inservíveis os produtos apreendidos -, é justo e legítimo readequar a monta pelo abalo extrapatrimonial para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Não olvido que frutos do mar ainda corriqueiramente integram um rol de provisões, que por força de cultura, são comercializados inclusive na modalidade *in natura*, até muitas vezes diretamente das mãos dos próprios pescadores, quando utilizam-se da prática artesanal.

Evidente que o caso em tela revela tratar-se de víveres envasados e embalados, exigindo rigor até mesmo para mensuração sanitária e epidemiológica.

Todavia, considerando a inutilização dos produtos confiscados, já é possível extrair uma coação estatal compatível com o descuido provocado pela *COOPERJA*, isso sem descuidar da importância da indenização imposta, tanto para repelir circunstâncias idênticas no futuro, quanto para sancionar a inação do dever de fiscalização da cooperativa de agronegócios.

Dessarte, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, readequando a indenização pelo dano moral coletivo para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Via de consequência, resta *COOPERJA* responsabilizada pelo pagamento das custas na proporção de 80% (oitenta por cento), dispensado o Ministério Público do remanescente, porquanto isento (art. 18 da Lei Federal n. 7.347/85). Sem honorários (STJ, *AgInt no AREsp 1462912/AL*, Rel. Mina. Assusete Magalhães, j. em 05/09/2019).

É como penso. É como voto.

Apelação Cível n. 0302630-74.2014.8.24.0113, de Camboriú

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CARGO DE MOTORISTA.

APOSENTADORIA COMPULSÓRIA NÃO IMPLEMENTADA POR MUNICÍPIO.

INATIVIDADE PERFECTIBILIZADA SOMENTE 27 MESES APÓS O TERMO AD QUEM DA IDADE LIMITE DE 70 ANOS.

ALMEJADA REPARAÇÃO PELA PROCRASTINAÇÃO DA JUBILAÇÃO.

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DO AUTOR.

APONTADA INJUSTIFICADA DETENÇA DA COMUNA E DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL, NA OUTORGA DA INATIVAÇÃO.

TESE SUBSISTENTE.

DEVER DA ADMINISTRAÇÃO EM CUMPRIR A PREVISÃO CONTIDA NO ART. 40, § 1º, INC. II, DA CF/88.

OMISSÃO IMOTIVADA.

CÔMPUTO DO QUANTUM DEVIDO, QUE INCIDIRÁ SOBRE A REMUNERAÇÃO LÍQUIDA, COM EXCLUSÃO DE EVENTUAL AFASTAMENTO DAS ATIVIDADES A QUALQUER TÍTULO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302630-74.2014.8.24.0113, da 2ª Vara Cível da comarca de Camboriú, em que é Apelante Félix Cristofolini e Apelados CamboriúPrev-Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Camboriú e Município de Camboriú.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participando do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Paulo Henrique Moritz Martins da Silva e Pedro Manoel Abreu. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Durval da Silva Amorim.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2019.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Félix Cristofolini, em objeção à sentença prolatada pelo magistrado José Ildefonso Bizatto - Juiz de Direito titular da 2ª Vara Cível da comarca de Camboriú -, que na Ação de Indenização por Danos Materiais n. 0302630-74.2014.8.24.0113, ajuizada em face de CamboriúPrev-Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Camboriú e Município de Camboriú, julgou improcedentes os pedidos (fls. 131/137).

Malcontente, o apelante defende ter preenchido os “requisitos para sua aposentadoria em 21/12/2010. Porém somente em 11/04/2013 esta foi deferida” (fl. 145).

Argumenta que “a aposentadoria compulsória se dá quando o servidor atinge a idade limite de 70 (setenta) anos, não sendo necessário qualquer requerimento administrativo” (fl. 145).

Aduz fazer jus à indenização material, por ter laborado “pelo período de 27 (vinte e sete) meses e 21 (vinte e um) dias a mais do que o necessário, por desleixo da Administração Pública” (fl. 148).

Nestes termos, brada pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 143/148).

Na sequência sobrevieram as contrarrazões, onde CamboriúPrev refuta as teses manejadas, clamando pelo desprovimento da insurgência (fls. 152/158).

Já o Município de Camboriú, conquanto intimado, deixou transcorrer in albis o prazo para oferecimento de contraminuta (fl. 160).

Em manifestação do Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira, o Ministério Público apontou ser desnecessária sua intervenção, deixando de lavrar Parecer (fl. 167).

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Félix Cristofolini, servidor público aposentado no cargo de motorista no Município de Camboriú, intenta a percepção de verba indenizatória. Alega que, por mora da administração pública ao não lhe conceder de ofício a jubilação, deixou de usufruí-la desde quando completou 70 (setenta) anos de idade, contrariando a previsão contida no art. 40, § 1º, inc. II, da CF/88. Afirma ter preenchido todos os requisitos para sua inativação compulsória em 21/12/2010.

Porém, por alegar desconhecimento às regras de aposentação, somente em 04/03/2013 efetuou o requerimento para a concessão da benesse, que foi deferida em 11/04/2013.

Pois bem.

É primordial examinar se a comuna pode escusar-se de arcar com o dever reparatório, por ter dado azo a que Félix Cristofolini continuasse trabalhando, mesmo já dispondo de condições para inativação.

Deste modo, em observância aos princípios constitucionais que regem o processo civil, especialmente os da economia e celeridade processual - por consubstanciar circunstância análoga que merece idêntica solução -, abarco parte da inteligência professada pelo Desembargador Ricardo Roesler, quando do julgamento da congênere Apelação Cível n. 0301850-37.2014.8.24.0113, que reproduzo, consignando-a em meu voto, nos seus precisos termos, como razões de decidir:

[...] Com efeito, sobre a viabilidade da reparação ao apelante pelo tempo trabalhado, quando deveria estar aposentado, por conta de uma omissão injustificada da Administração, cumpre examinar a questão com certa cautela.

É que, muito embora a aposentadoria dos servidores públicos deva ocorrer compulsoriamente, nos termos do que apregoa a Constituição Federal, em seu art. 40, § 1º, inciso II - completados os 70 anos de idade, a indagação a ser feita é: o dever de indenizar o servidor que continuou trabalhando é visto à luz da responsabilidade objetiva?

A resposta é negativa.

Entendo que, nestes casos, a responsabilidade administrativa é de cunho subjetivo, de modo que deve ficar demonstrada a demora injustificada por parte do ente público (REsp n. 1686088/MS, Rel. Min. Herman Benjamin).

Conforme a assertiva acima, o enfrentamento fundamental da questão concentra-se, portanto, na análise da atuação administrativa; se houve ou não alguma sorte de atraso injustificado por parte da Administração.

[...]

Ademais, acrescento que não se trata de aplicação da Lei Complementar n. 470/09 na hipótese dos autos, ao contrário do que fundamentou o juízo de primeiro grau, porquanto a legislação em questão promove as regras para apreciação dos processos de aposentadoria correspondentes aos servidores estaduais.

Além do mais, o dispositivo menciona que à Administração é exigido o cumprimento de certo prazo para conclusão do processo de aposentadoria, mas que fica facultado ao servidor o seu afastamento durante o intervalo de tempo em questão, previsão legal que afasta a possibilidade de indenização, conforme entendimento jurisprudencial desta Corte.

O caso dos autos é diverso: trata-se de servidor municipal, com mais de 70 anos de idade, hipótese em que a aposentadoria é compulsória, independentemente de seu requerimento.

[...]

Como o critério é subjetivo, deve ser aplicada a teoria da distribuição dinâmica da prova, insculpida no § 1º, do art. 373, do CPC, “segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso (Mina Nancy Andrighi) [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 0055027-36.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. em 04/07/2019).

Isto posto, não sobeja prudente incumbir a Félix Cristofolini o encargo de comprovar a causa de inércia do Município de Camboriú em promover sua jubilação.

É que a administração municipal dispõe de maior capacidade técnica em observância ao comando legislativo que indica ostensivamente o proceder atinente à verificação dos servidores tendentes à aposentadoria.

E a comuna não acostou nenhum documento capaz de fundamentar - ou justificar -, o atraso na inativação do requerente, revelando patente a extrapolação do prazo para consecução do objetado ato administrativo.

A respeito, Hely Lopes Meirelles pondera que:

[...] A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

À vista disso, tendo a norma legal estabelecido requisitos e condições de validade para aposentação, o agente público deve promovê-lo sem margem de discricionariedade, evidenciando direito à indenização pelo dano material suportado.

Avulto que a reparação pecuniária recai apenas sobre a comuna, porquanto esta possui a atribuição e o dever de gerenciar os trâmites funcionais de seus servidores.

Situação diversa seria se o controle tivesse sido delegado ao CamboriúPrev-Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Camboriú.

A base de cálculo deverá ser apurada em sede de liquidação da sentença, tendo como parâmetro a remuneração líquida que Félix Cristofolini auferia à época, descontados os períodos que permaneceu afastado das atividades a qualquer título.

O pagamento da respectiva monta não caracteriza percepção concomitante de proventos de aposentadoria e remuneração por cargo público - prática vedada no art. 37, § 10, da CF/88 -, mas, tão somente, direito à indenização pela inércia da prefeitura municipal.

Nessa linha:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE, EM FASE DE EXECUÇÃO, DETERMINOU O DESCONTO DE VALORES DO BENEFÍCIO CONCEDIDO NO PERÍODO EM QUE A SEGURADA ESTAVA TRABALHANDO APÓS CESSAÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO III DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO E PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. “1. O Segurado que, mesmo

considerado incapaz em termos previdenciários, retorna ao trabalho para manter seu sustento enquanto aguarda a definição sobre a concessão do benefício por incapacidade, não pode ser penalizado com o não recebimento do benefício neste período. 2. Não se pode admitir que o exercício de atividade remunerada, por si só, possa elidir o direito à percepção do benefício por incapacidade, isto porque o indeferimento do benefício pela Autarquia Previdenciária coloca o Segurado em risco social, em estado de necessidade, compelido a superar suas dificuldades físicas para buscar meios de manutenção e sobrevivência. 3. Deve-se olhar a situação com enfoque na efetiva proteção social que a demanda exige, não havendo que se falar em concomitância de exercício de atividade remunerada com a percepção de benefício por incapacidade, e sim na reparação da injusta situação a que foi submetido o Segurado. Retirar da entidade previdenciária o dever de conceder o benefício a quem realmente faz jus seria como premiar a Administração Pública com o enriquecimento sem causa”. (REsp 1573146/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24.10.17). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4001438-57.2017.8.24.0000, de Concórdia, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 12/06/2018 – grifei).

Logo, o apelo merece parcial provimento.

Relativamente à aplicabilidade dos consectários legais nas condenações contra a Fazenda Pública, em 20/11/2017 o STF julgou o Tema n. 810 em sede de Repercussão Geral, e declarou a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 (com redação dada pela Lei n. 11.960/09).

Contudo, em 24/09/2018 o Ministro Luiz Fux concedeu efeito suspensivo aos aclaratórios opostos no Recurso Extraordinário n. 870.947:

[...] a imediata aplicação do decisum embargado pelas instâncias a quo, antes da apreciação por esta Suprema Corte do pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida, pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combalidas finanças públicas. Ex positis, DEFIRO excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no artigo 1.026, § 1º, do CPC/2015 c/c. o artigo 21, V, do RISTF. Publique-se.

Ocorre que na Sessão Plenária de 03/10/2019, a Suprema Corte “*por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida [...]*”, com isto referendando a inconstitucionalidade da TR.

Por conseguinte, as parcelas vencidas deverão ser atualizadas monetariamente segundo o IPCA-E desde quando eram devidas, incidindo, ademais, os juros aplicáveis à poupança a contar da citação (20/02/2015 - fl. 60).

Em arremate, “*com o julgamento do recurso, a decisão de primeiro grau foi reformada, ensejando nova distribuição dos ônus sucumbenciais [...]*”, razão pela qual não cabem “*honorários recursais [...]*”, incidindo apenas a “*verba pela sucumbência global [...]*” (TJSC, Apelação Cível n. 0301178-65.2015.8.24.0025, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. em 26/03/2019).

Dessarte, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, condenando o Município de Camboriú ao pagamento da monta indenizatória referente ao interstício em que Félix Cristofolini permaneceu laborando quando já poderia estar usufruindo da aposentadoria, valor que será aferido em sede de liquidação da sentença, com base na remuneração líquida percebida em cada mês que indevidamente trabalhou, descontados os períodos legais de afastamento no período.

Via de consequência, readequo o ônus sucumbencial, indo apenas o Município de Camboriú responsabilizado pela satisfação dos honorários, fixados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 85, §§ 2º e 3º do CPC).

Para os juros de mora, incidem os índices previstos no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09 (Súmula n. 204 do STJ). Relativamente à correção monetária incidente sobre as parcelas vencidas, diante do julgamento do Tema n. 810 aplicar-se-á o IPCA-E.

Sem custas (art. 33, caput, da Lei Estadual n. 156/1997, com redação dada pela Lei Complementar n. 524/2010).

É como penso. É como voto

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Conflito de Competência n. 0001971-16.2019.8.24.0000, da Capital

Relator: Desembargador Francisco Oliveira Neto

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE SUSCITADO PELO JUÍZO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL EM FACE DO JUÍZO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ORIUNDO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. DEMANDA ORIGINÁRIA QUE FOI PROCESSADA E JULGADA PELO JUÍZO SUSCITADO. COMPETÊNCIA DESTE PARA O JULGAMENTO DO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXEGESE DO ART. 516, II, DO CPC/15. CONFLITO ACOLHIDO.

“É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o cumprimento de sentença será da competência do juízo que processou e julgou a causa no primeiro grau de jurisdição; e, ainda, que a competência é de índole absoluta e não pode ser questionada após o trânsito em julgado da fase de conhecimento.” (CC 146.213/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 13.6.18, DJe 28.8.18).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 0001971-16.2019.8.24.0000, da comarca da Capital 1ª Vara da Fazenda Pública em que é Suscitante Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital e Suscitado Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

A Segunda Câmara de Direito Público, por votação eletrônica, decidiu, à unanimidade, acolher o conflito suscitado para declarar a competência da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital para processar e julgar o feito. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz e Desembargador Cid Goulart.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargador Francisco Oliveira Neto

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital em face da decisão proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública Comarca da Capital, que declinou sua competência para julgar e processar o cumprimento de sentença n. 0145177-39.2007.8.24.0023, movido por Rosa Deola em face do

Estado de Santa Catarina, Isaías Fortkamp e Ernani Garcia, em que postula o cumprimento do título executivo originado de sentença prolatada em ação indenizatória por erro médico.

O juízo suscitante defendeu, em suma, que o cumprimento de sentença deve tramitar perante o juízo de decidiu a causa no primeiro grau em fase de conhecimento, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (fls. 448/451 dos autos principais).

Ao prestar informações, o juízo suscitado justificou sua decisão argumentando que *“antes de ser proferida a sentença, sobreveio o advento do art. 1º, I, c’, da Resolução TJ n. 21/2010, cujo teor determinou que compete à 1ª Vara da Fazenda Pública desta comarca conhecer, processar e julgar as ações cuja matéria discutida – direta ou indiretamente – seja responsabilidade civil, em sentido lato”*.

Prosseguiu sustentando que, *“conquanto não tenha ocorrido a imediata declinação de competência, não existe empecilho à sua declaração posterior, pois o art. 2º da Resolução do TJ n. 21/2010 assegurou que ‘os processos da Unidade da Fazenda Pública serão redistribuídos entre a 1ª, 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública, observada a divisão de competências estabelecidas no artigo 1º desta Resolução”*.

Por isso, entende que os autos deverão ser apreciadas pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls. 10/12).

Em seguida, os autos vieram conclusos.

VOTO

O conflito, adiante-se, deve ser acolhido.

Segundo o art. 516 do Código de Processo Civil, o cumprimento de sentença deverá ser efetuado perante:

“Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo”.

Sobre o tema, *“É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que o cumprimento de sentença será da competência do juízo que processou e julgou a causa no primeiro grau de jurisdição; e, ainda, que a competência é de índole absoluta e não pode ser questionada após o trânsito em julgado da fase de conhecimento. (CC 146.213/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 13.6.18, DJe 28.8.18)”*.

Pois bem. Fixadas tais premissas, extrai-se dos autos que a fase de conhecimento da presente demanda foi julgada pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, cujo trânsito em julgado da decisão ocorreu no dia 15.8.18 (fl. 423 dos autos principais) e, conseqüentemente, a formação definitiva do título executivo.

A par disso, conquando equivocadamente a presente demanda tenha sido processada e julgada pela 2ª Vara da Fazenda Pública, pois, de fato, a Resolução n. 21/10 deste Tribunal prevê que é da competência da 1ª Vara da Fazenda Pública conhecer, processar e julgar as ações que versem sobre responsabilidade civil (competência em razão da matéria, portanto, absoluta), ainda sim deve ser mantida a competência funcional – que também é absoluta –, **prevista em lei ordinária (CPC/15)**, da 2ª Vara para o julgamento do cumprimento de sentença.

Em sendo assim, não restam dúvidas de que a competência para processar a cumprimento de sentença neste caso é da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

Neste sentido, extrai-se da jurisprudência desta Corte:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DISSENSO ENTRE OS JUÍZOS DA 1ª E 2ª VARAS CÍVEIS DA COMARCA DE BRAÇO DO NORTE. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS DE AÇÃO QUE TRAMITOU PERANTE O JUÍZO DA 2ª VARA CÍVEL. COMPETÊNCIA PARA O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA QUE, NOS TERMOS DO ART. 516, II, DO CPC, É DO JUÍZO QUE DECIDIU A CAUSA ORIGINÁRIA. INCIDENTE REJEITADO.

‘É absolutamente competente para a execução a unidade de primeiro grau que julgou a causa, inclusive para a exigência de honorários advocatícios de sucumbência. A mesma regra vale, adaptada, para os casos apreciados originalmente pelos tribunais.

‘As exceções (quando não há sintonia entre o juízo pelo qual se iniciou o processo e aquela da execução) são as sentenças penais condenatórias, arbitrais, estrangeiras e os acórdãos do Tribunal Marítimo.

‘Conflito procedente, reconhecendo-se a competência do juízo da condenação para a execução dos créditos por ele proclamados’ (CC n. 0018439-89.2018.8.24.0000, de Camboriú, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, j. 9-5-2019)” (TJSC, Conflito de competência n. 0001741-71.2019.8.24.0000, de Braco do Norte, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 9.7.19);

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO PROFERIDA EM AÇÃO DE USUCAPIÃO PELO JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA FAMÍLIA, INFÂNCIA, JUVENTUDE, IDOSO, ÓRFÃO E SUCESSÕES. REDEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA NA COMARCA DE JARAGUÁ DO SUL. ATRIBUÍDA A COMPETÊNCIA DOS PROCESSOS QUE VERSAM SOBRE REGISTROS PÚBLICOS À VARA DA FAZENDA PÚBLICA, ACIDENTES DO TRABALHO E REGISTROS PÚBLICOS. RESOLUÇÃO TJ N. 01, DE 01/02/2017. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PROPOSTA NO JUÍZO SENTENCIANTE. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA A VARA DA FAZENDA PÚBLICA, ACIDENTES DO TRABALHO E REGISTROS PÚBLICOS. SUSCITAÇÃO DE CONFLITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 12, II E III, DA RESOLUÇÃO TJ N. 01, DE 01/02/2017 E DO ART. 516, II, DO CPC/2015. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA PROVIDO.” (TJSC, Conflito de competência n. 0000430-79.2018.8.24.0000, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 21-05-2018);

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM C/C PARTILHA DE BEM IMÓVEL. EXECUÇÃO DO CAPÍTULO DA SENTENÇA REFERENTE AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA PROPOSTA PERANTE O JUÍZO DA VARA DA FAMÍLIA DA COMARCA DE CRICIÚMA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. INCIDENTE REDISTRIBUÍDO PARA A 2ª VARA CÍVEL DA MESMA COMARCA. SUSCITAÇÃO DO CONFLITO. COMPETÊNCIA PARA O CUMPRIMENTO DO COMANDO SENTENCIAL DO JUIZ QUE DECIDIU A CAUSA. ART. 516, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ACOLHIDO.

A competência para o processamento e julgamento da fase de cumprimento de sentença é do juízo que decidiu a causa originária, ainda que tenha por objeto o capítulo da sentença atinente aos honorários advocatícios de sucumbência. (TJSC, Conflito de competência n. 0001417-52.2017.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 09-11-2017).

Ante o exposto, o voto é para acolher o presente conflito negativo de competência para, em consequência, declarar a competência do Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital para processar e julgar o feito.

Apelação/Remessa Necessária n. 0300128-58.2019.8.24.0091, da Capital – Eduardo Luz

Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. POLICIAL MILITAR PROMOVIDO AO POSTO DE 3º SARGENTO PELO QUADRO ESPECIAL – QEPPM (LEI ESTADUAL N. 6.153/1982). PARTICIPAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTO (CFS) E INGRESSO NO QUADRO GERAL – QPPM (LEI COMPLEMENTAR N. 318/2006). PRETENSÃO AO CÔMPUTO DO INTERSTÍCIO EM QUE OCUPOU A POSIÇÃO DE 3º SARGENTO DO QUADRO ESPECIAL, PARA FINS DE CLASSIFICAÇÃO DE ANTIGUIDADE E ASCENSÃO AO POSTO DE 2º SARGENTO DO QUADRO GERAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO DA INCOMUNICABILIDADE DO INTERSTÍCIO CUMPRIDO EM QUADROS DISTINTOS. SUPERVENIÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 742/2019. REGRA EXCEPCIONAL E TRANSITÓRIA QUE ASSEGUROU AO POLICIAL MILITAR EGRESSO DO QUADRO ESPECIAL, A CONTAGEM DO PERÍODO PASSADO NA GRADUAÇÃO ANTERIOR. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDOS.

Em razão de serem distintas as regras de promoção pelo Quadro Especial de Praça da Polícia Militar e pelo Quadro Geral, o entendimento deste Sodalício era no sentido de que não havia possibilidade de comunicação dos interstícios, para fins de classificação de antiguidade. Ou seja, não era possível ao policial militar computar o tempo em que esteve vinculado ao Quadro Especial, para fins de promoção por antiguidade no Quadro Geral.

A Lei Complementar n. 742, de 19 de agosto de 2019, que promoveu alterações na Lei Complementar n. 318/2006, estabeleceu regra excepcional e transitória em relação aos policiais militares que foram promovidos a 3º Sargento pelo Quadro Especial, até 11 de agosto de 2018, e que tenham completado o Curso de Formação de Sargento (CFS) até 19 de julho de 2019, data da entrada em vigor da Lei Complementar n. 742/2019, assegurando-lhes a contagem do interstício passado na graduação de 3º Sargento do Quadro Especial (QEPPM), para fins de promoção pelo Quadro Geral (QPPM).

HONORÁRIOS RECURSAIS. OBSERVÂNCIA AO REGRAMENTO DO ART. 85, § 11, DO CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária n. 0300128-58.2019.8.24.0091, da comarca da Capital – Eduardo Luz (Vara de Direito Militar) em que é/são Apelante(s) Estado de Santa Catarina e Apelado(s) João Roberto da Silva.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação, e fixar os honorários recursais em R\$ 500,00 (quinhentos reais). Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Oliveira Neto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Cid Goulart e João Henrique Blasi. Funcionou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Américo Bigaton.

Florianópolis, 5 de novembro de 2019.

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Santa Catarina contra a sentença que, na “ação declaratória c/a pedido de tutela antecipada” ajuizada por João Roberto da Silva, julgou procedente o pedido, fazendo constar na parte dispositiva o seguinte:

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido do autor para declarar o direito à contagem do interstício da graduação de 3º Sargento a partir da promoção no Quadro Especial (QEPPM) e, por consequência, o direito à promoção à graduação de 2º Sargento da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, com efeitos retroativos à data de 31-1-2019, desde que preenchidos demais requisitos, inclusive, estar dentro do número de vagas ofertadas pelos certame.

Condeno o Estado de Santa Catarina ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 82, § 2º, do Código de Processo Civil, ficando o mesmo isento do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 35, i, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 161/97.

A parte recorrente alega que o apelado foi 3º Sargento do Quadro Especial, no período de 31/1/2015 a 14/9/2017 e, após o Curso de Formação de Sargentos, em 15/9/2017, passou à graduação de 3º Sargento do Quadro Geral, pretendendo, com fulcro no art. 17, da Lei n. 6.218/1983, ser promovido por antiguidade à graduação de 2º Sargento do Quadro Geral, computando o interstício de 4 anos, desde 31/1/2015. Sustenta o recorrente que o art. 17, da Lei n. 6.218/1983 não se aplica ao caso, diante de normatização específica da Lei Complementar n. 318/2006, que possibilita a migração para o Quadro Geral, desde que o egresso do Quadro Especial participe do Curso de Formação de Sargento, sendo avaliado pelo seu desempenho intelectual e operacional. Afirma que a antiguidade decorrerá da classificação final no curso, e a formatura será o marco inicial do novo interstício de 4 anos, para fins de promoção à futura graduação dentro desse Quadro Geral. Quanto aos honorários advocatícios, fixados no valor de R\$ 2.500,00, afirma que são excessivos, pois equivalem a 5 vezes o valor da causa. Postula a reforma da sentença para rejeitar os pedidos iniciais, com a inversão dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões apresentadas às fls. 281-296.

Em petição acostada aos autos (p. 307-315), a parte recorrida postulou o cumprimento da Lei Complementar n. 742/2019.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pelo Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser, atribuiu caráter meramente formal à intervenção.

Este é o relatório.

VOTO

Colhe-se dos autos, que o apelado foi promovido ao posto de 3º Sargento do Quadro Especial (QEPPM), em 31/1/2015, conforme os ditames da Lei n. 6.153/1982 e, com objetivo de galgar novas promoções dentro do Quadro Geral de Praças da Polícia Militar (QPPM), concluiu o Curso de Formação de Sargento (CFS), em 15/9/2017, passando a ocupar a graduação de 3º Sargento do Quadro Geral. Em virtude da conclusão do curso e do cumprimento do interstício mínimo necessário de 4 (quatro) anos na graduação, com fulcro nos arts. 6º e 10, IV, “a”, da Lei Complementar n. 318/2006, pretende obter a promoção ao posto de 2º Sargento do Quadro Geral, a partir de 31/1/2019.

Cuida-se na hipótese de saber se o período em que o apelado foi 3º Sargento do Quadro Especial (QEPPM), de 31/1/2015 a 14/9/2017, pode ser computado para fins de classificação de antiguidade e promoção ao posto de 2º Sargento do Quadro Geral (QPPM).

Inicialmente, convém lembrar que a promoção das Praças da Polícia Militar (Soldado, Cabo, Sargento e Subtenente) pode ocorrer pelo Quadro Especial de Praça da Polícia Militar (QEPPM) ou pelo Quadro de Praça da Polícia Militar (QPPM), o chamado Quadro Geral.

No julgamento do Incidente de Assunção de Competência (IAC) n. 0002060-28.2017.8.24.0091/50000, da relatoria do Desembargador Luiz Fernando Boller, julgado em 27/2/2019, foram estabelecidas as principais diferenças entre os Quadros de acesso à promoção na carreira das Praças, consoante se extrai do acórdão: a) o Quadro Especial, regido pela Lei n. 6.153/1982 e Decreto n. 4.689/1994, prevê a possibilidade de promoção para Cabos e 3º Sargentos, exigindo os seguintes requisitos: “*obter conceito favorável do seu comandante/chefe ou diretor; - Classificação, no mínimo, no comportamento ‘bom’; - Aprovação no Teste de Aptidão Física; - Aprovação em inspeção de saúde; - Tempo mínimo de graduação.*” “*Representa uma promoção prêmio para o militar que possuir conduta e ficha sem registros desabonatórios*”; b) o Quadro Geral, regido pela Lei Complementar n. 318/2006 e Decreto n. 4.633/2006, prevê a possibilidade de promoção para Soldados, Cabos, 3º, 2º e 1º Sargentos e Subtenentes, exigindo os seguintes requisitos: “*- Aprovação no curso de formação do cargo pretendido (cabo, sargento e aperfeiçoamento de sargento); - Classificação, no mínimo, no comportamento ‘bom’; - Aprovação em Teste de Aptidão Física; - Aprovação em inspeção de saúde; - Ter conquistado interstício na graduação.*” Representa uma “*promoção por ascensão natural de carreira.*”

A Lei n. 6.153/1982, que criou o Quadro Especial de Cabos e Sargentos da Polícia Militar (QEPPM), possibilita o crescimento na carreira somente até a graduação de 3º Sargento, sendo que a progressão funcional não se dá pelo mérito intelectual, mas apenas pelo decurso do tempo, não havendo exigência de realização de curso de formação.

Por outro lado, a Lei Complementar n. 318/2006, que criou o Quadro Geral da Polícia Militar (QPPM), exige a participação e aprovação em Curso de Formação de Cabo ou Sargento (CFC/CFS) para a promoção na carreira, de acordo com a seguinte graduação hierárquica, em ordem decrescente: subtenente, 1º Sargento, 2º Sargento, 3º Sargento, Cabo, Soldado de 1ª Classe, Soldado de 2ª Classe e Soldado de 3ª Classe.

Tendo em vista que a progressão na carreira pelo Quadro Especial (QEPPM) é limitada à graduação de 3º Sargento, a Lei Complementar n. 318/2006 facultou aos policiais militares estaduais a migração para o Quadro Geral (QPPM), para que possam galgar posições hierarquicamente superiores na carreira.

Nesse contexto, estabelece a Lei Complementar n. 318/2006:

Art. 3º O Militar estadual aprovado no Curso de Formação de Cabo ou de Sargento será promovido à respectiva graduação.

§ 1º Para ser matriculado no Curso de Formação de Cabo e de Sargento, além de atender a outros critérios estabelecidos na presente Lei Complementar, será exigida:

I - conclusão do ensino médio, para os cursos de formação iniciados até o ano de 2016; e

II - formação em curso universitário superior de graduação em qualquer área de conhecimento, desde que reconhecido pelo Ministério da Educação - MEC ou por órgão com delegação, para os cursos de formação iniciados a partir de 2017.

§ 3º O acesso às vagas dos Cursos de Formação de Cabo e de Sargento se dará nos seguintes termos:

I - para o Curso de Formação de Cabo:

a) 30% (trinta por cento) das vagas ofertadas serão preenchidas por antiguidade na graduação de Soldados com no mínimo 2 (dois) anos na categoria de 1ª classe, no limite de 3 (três) Soldados para cada vaga oferecida, dentro deste percentual; e

b) 70% (setenta por cento) das vagas ofertadas serão preenchidas por Soldados na categoria de 1ª classe que, inscritos e submetidos a processo seletivo de provas, classifiquem-se por mérito intelectual, dentro deste percentual, observada a ordem decrescente do conceito numérico final obtido; e

II - para o Curso de Formação de Sargento:

a) 30% (trinta por cento) das vagas ofertadas serão preenchidas, por antiguidade, por Cabos que tenham cumprido, no mínimo, 2 (dois) anos desta graduação integralmente no Quadro de Praças Policiais Militares (QPPM) ou no Quadro de Praças Bombeiros Militares (QPBM), respeitado o limite de 3 (três) Cabos para cada vaga oferecida dentro deste percentual; e

b) 70% (setenta por cento) das vagas ofertadas serão preenchidas por Cabos que tenham cumprido, no mínimo, 2 (dois) anos desta graduação integralmente no QPPM ou no QPBM, os quais, inscritos e submetidos a processo seletivo de provas, serão classificados por mérito intelectual dentro deste percentual, observada a ordem decrescente do conceito numérico final obtido.

(...)

§ 8º Fica facultado aos Militares Estaduais promovidos pelo Quadro Especial de Cabos e Terceiros Sargentos (QEPPM), da Polícia Militar, e pelo Quadro de Praças Bombeiros Militar Complementar (QPBM), do Corpo de Bombeiros Militar, observado o critério de antiguidade na respectiva graduação, o correspondente ingresso no Quadro de Praças Policiais Militares (QPPM) e no Quadro de Praças Bombeiros Militar (QPBM), desde que atendam aos seguintes requisitos:

I – o cumprimento ao disposto no § 1º deste artigo;

II – para os promovidos à graduação de Cabo, a aprovação no Curso de Formação de Cabo; e

III – para os promovidos à graduação de Terceiro Sargento, a aprovação no curso de formação da graduação anterior e no Curso de Formação de Sargento.

§ 9º O exercício da faculdade disposta no parágrafo anterior importará, obrigatoriamente, na transferência automática da respectiva vaga prevista no Quadro Especial de Cabos e Terceiros Sargentos - QEPPM e no Quadro de Praças Bombeiros Militar Complementar - QPBM, respectivamente, para o Quadro de Praças Policiais Militares - QPPM e para o Quadro de Praças Bombeiros Militar - QPBM.

§ 10. Os Militares Estaduais promovidos pelo QEPPM e pelo QPBM que, nos termos do § 8º deste artigo, optarem por ingressar no QPPM e no QPBM, observado o critério de antiguidade na respectiva graduação, terão assegurados, exclusivamente, 10% (dez por cento) de vagas, sobre as vagas de cada um dos Cursos de Formação de Cabo e de Sargento oferecidos pela Instituição Militar, além da possibilidade de acesso nos termos da alínea “b” dos incisos I e II do § 3º deste artigo.

Ocorre que, em razão de serem distintas as regras de promoção do Quadro Geral (QPPM) e do Quadro Especial (QEPPM), consolidou-se na jurisprudência deste Sodalício o entendimento no sentido da incomunicabilidade do interstício cumprido em quadros distintos, para fins de classificação de antiguidade, não sendo possível ao policial militar computar o tempo anterior ao término do curso de formação, no qual esteve vinculado ao Quadro Especial, para fins de promoção por antiguidade na carreira do Quadro Geral.

A propósito:

SERVIDOR PÚBLICO - BOMBEIRO MILITAR - PROMOÇÃO AO POSTO DE 3º SARGENTO - CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO, PARA FINS DE PROMOÇÃO PELO QUADRO GERAL, QUE VALE SOMENTE APÓS O TÉRMINO DO CURSO DE FORMAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA OCORRÊNCIA DE PRÉVIA ASCENSÃO NA CARREIRA PELO QUADRO ESPECIAL - RECURSO PROVIDO.

O acesso ao Curso de Formação de Sargentos - que garante ao militar equivalente posição no Quadro Geral - pela reserva de vagas destinada aos graduados mais antigos da Polícia Militar (em trinta por cento) exige dois requisitos cumulativos, como dispõe o art. 3º, § 3º, II, da LC 318/2006: figurar o candidato por dois anos como cabo de 1ª classe e ostentar antiguidade condizente com as vagas oferecidas.

Não vale para fins de antiguidade, quanto à promoção pelo quadro geral, período anterior ao término do respectivo curso de formação, mesmo que tenha havido anterior ascensão na carreira pelo quadro especial.

Incomunicabilidade que se justifica pela dualidade de modelos de progressão, cada qual com suas peculiaridades e requisitos distintos. (Apelação Cível n. 0301610-41.2019.8.24.0091, da Capital - Eduardo Luz, Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira, j. 12/9/2019).

POLICIAL MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS (EDITAL N. 058/DIE/2018). CÔMPUTO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE VINCULADO AO QUADRO ESPECIAL PARA FINS DE ANTIGUIDADE NA CARREIRA DO QUADRO GERAL. IMPOSSIBILIDADE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE PREVÊ TRATAMENTO DISTINTO ENTRE UMA E OUTRA LISTA. INCOMUNICABILIDADE DOS INTERSTÍCIOS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. (Apelação Cível n. 0305669-09.2018.8.24.0091, da Capital - Eduardo Luz, Relator: Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 13/7/2019).

Aliás, foi esse o motivo pelo qual a Administração Pública não admitiu considerar o período em que o apelado integrou o Quadro Especial (QEPPM) na graduação de 3º Sargento, para fins de ascensão ao posto de 2º Sargento do Quadro Geral (QPPM).

Acontece que, diante da promulgação da Lei Complementar n. 742, de 19 de julho de 2019, houve alterações em alguns dispositivos da Lei Complementar n. 318/2006, inclusive com a introdução de regra de direito intertemporal.

Assim, nos termos do art. 6º, *caput* e § 2º, da Lei Complementar n. 318/2006, para fins de promoção, as Praças Militares serão obrigatoriamente relacionadas em almanaque anual, por ordem de antiguidade e graduação (Soldado de 3ª Classe, Cabo e 3º Sargento), definidas exclusivamente pela classificação final no respectivo Curso de Formação, exigência dirigida inclusive para os militares oriundos do Quadro Especial. O interstício mínimo para a promoção a 2º Sargento será de, no mínimo, 4 (quatro) anos, cumpridos exclusivamente no Quadro Geral, conforme o art. 10, IV, “a” da Lei. O termo inicial da contagem da antiguidade e do interstício daquele que foi promovido a 3º Sargento pelo Quadro Especial será a data da formatura no Curso de Formação de Sargento (CFS), nos termos do art. 12, § único, da Lei Complementar n. 318/2006.

Eis os dispositivos legais com as respectivas modificações:

Art. 6º As praças militares estaduais serão obrigatoriamente relacionadas em almanaque anual, por ordem de graduação e antiguidade.

§ 1º Os Soldados de 2ª e 1ª Classes, os 2º e 1º Sargentos e os Subtenentes terão sua antiguidade contada a partir da data da última promoção, prevalecendo, em caso de empate, a antiguidade da graduação anterior.

§ 2º A antiguidade e a colocação do Soldado de 3ª Classe, do Cabo e do 3º Sargento no respectivo almanaque serão exclusivamente definidas pela classificação final, em ordem decrescente, no respectivo curso de formação, inclusive para os oriundos do QEPPM e do QPBM.

§ 3º A colocação no almanaque de que trata o *caput* deste artigo é automática, em consequência de promoções, exclusões ou impedimentos verificados nas respectivas graduações.

Art. 10. Por qualquer dos critérios, ressalvados os casos previstos em lei, a promoção a 2º Sargento, 1º Sargento e Subtenente, somente poderá ser processada quando o candidato satisfizer os seguintes requisitos:

I - estar classificado pelo menos no comportamento *bom*;

II - ter sido submetido à inspeção de saúde;

III - ter realizado teste de aptidão física, ou dele estar dispensado, por junta médica incumbida da análise;

IV – ter, no mínimo, o seguinte interstício, cumprido exclusivamente no QPPM ou no QPBM:

a) 3º Sargento - quatro anos;

b) 2º Sargento - três anos;

c) 1º Sargento - três anos; e

V - ter no mínimo a metade do interstício previsto para sua graduação em serviço arregimentado.

Art. 12. A antigüidade e interstício dos sargentos, para efeito de promoção, são contados da data em que foram promovidos à graduação que ocupam, obedecidas a colocação no almanaque e processados os seguintes descontos:

- I - tempo de exercício em qualquer função pública não privativa de militar ou que não seja relativo aos Militares Estaduais;
- II - tempo de licença para tratar de interesse particular;
- III - tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade por sentença transitada em julgado;
- IV - tempo de privação do exercício da função, em face de sentença judicial transitada em julgado; e
- V - tempo de prisão disciplinar com prejuízo do serviço.

Parágrafo único. O termo inicial da contagem da antigüidade e do interstício do 3º Sargento promovido pelo QEPPM ou QPBM que ingressar no QPPM e no QPBM, na forma dos §§ 8º, 9º e 10 do art. 3º desta Lei Complementar, será a data da formatura no Curso de Formação de Sargentos (CFS). ”

As disposições legais, sobretudo a determinação de que o interstício mínimo de 4 (quatro) anos deve ser cumprido exclusivamente no Quadro Geral, tendo como termo inicial a data da formatura no Curso de Formação de Sargento, evidencia a impossibilidade de comunicação entre o Quadro Especial e o Quadro Geral da carreira militar. Desse modo, em relação ao militar promovido a 3º Sargento pelo Quadro Especial (QEPPM) que ingressar no Quadro Geral (QPPM), operar-se-á uma nova contagem de tempo para fins de antigüidade e ascensão ao posto hierarquicamente superior de 2º Sargento.

Contudo, o advento da Lei Complementar n. 742/2019 trouxe regra excepcional e transitória aplicável aos policiais militares promovidos a 3º Sargento pelo Quadro Especial (QEPPM) até 11 de agosto de 2018, que optaram em migrar para o Quadro Geral (QPPM) e concluíram o Curso de Formação até 19 de julho de 2019, assegurando-lhes a contagem do interstício anterior, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 6º Aos militares estaduais promovidos a Cabo e 3º Sargento com base na Lei nº 6.153, de 21 de setembro de 1982, que optaram por ingressar no QPPM e no QPBM na forma dos §§ 8º, 9º e 10 do art. 3º da Lei Complementar nº 318, de 2006, e que concluíram o Curso de Formação de Cabo (CFC) ou o CFS até a entrada em vigor desta Lei Complementar, aplicam-se as seguintes regras:

I – ao término do CFC ou CFS será considerada, para a colocação nos almanaques do QPPM ou QPBM, quadros estes criados pela Lei Complementar nº 318, de 2006, a data em que o militar estadual foi promovido à graduação de Cabo ou de 3º Sargento nos quadros criados pela Lei nº 6.153, de 1982, não se aplicando o disposto no § 2º do art. 6º da Lei Complementar nº 318, de 2006;

II – para os Cabos ou 3º Sargentos promovidos na mesma data, deverá ser observada também a classificação final do respectivo curso de formação;

III – para acesso ao CFS na forma prevista nas alíneas do inciso II do § 3º do art. 3º da Lei Complementar nº 318, de 2006, será considerado o tempo transcorrido na graduação de Cabo nos quadros criados pela Lei nº 6.153, de 1982; e

IV – para promoção à graduação de 2º Sargento, a antiguidade e o interstício do 3º Sargento serão contados da data de promoção nos quadros criados pela Lei nº 6.153, de 1982, não se aplicando o disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar nº 318, de 2006.

Parágrafo único. Aplicam-se as regras dispostas nos incisos do caput deste artigo aos Cabos e 3os Sargentos integrantes dos quadros regulamentados pela Lei nº 6.153, de 1982, promovidos a essas graduações, até 11 de agosto de 2018, de acordo com essa Lei.

Como se vê, a nova lei afastou excepcionalmente a aplicabilidade do parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar n. 318/2006, em relação aos policiais militares que foram promovidos a 3º Sargento pelo Quadro Especial, até 11 de agosto de 2018 e que tenham completado o Curso de Formação de Sargento (CFS), até 19 de julho de 2019, quando entrou em vigor a Lei Complementar n. 742/2019, assegurando-lhes a contagem do período para fins de antiguidade, desde a data em que foram promovidos à graduação de 3º Sargento do Quadro Especial (QEPPM).

Com efeito, para aqueles que cumprirem os requisitos da regra transitória, a antiguidade e o interstício de 3º Sargento serão contados a partir da data da promoção no Quadro Especial, e não mais a partir da data da formatura no Curso de Formação.

Na hipótese, o apelado foi promovido ao posto de 3º Sargento do Quadro Especial (QEPPM) em 31/1/2015 e concluiu o Curso de Formação de Sargento (CFS) em 15/9/2017, inserindo-se nos requisitos legais do art. 6º, da Lei Complementar n. 742/2019, de forma que tem direito à promoção ao posto de 2º Sargento desde 31/1/2019.

Ad argumentandum tantum, afasta-se qualquer alegação no sentido de que a nova lei não estabeleceu efeito retroativo e por isso tem eficácia somente a partir da data de sua publicação. Note-se, que a própria Lei Complementar n. 742/2019, no parágrafo único do art. 6º, estabelece expressamente a eficácia retroativa, ao determinar que as regras contidas nos incisos do *caput* aplicam-se aos Cabos e 3º Sargentos integrantes do Quadro Especial que foram promovidos até 11 de agosto de 2018: “Aplicam-se as regras dispostas nos incisos do caput deste artigo aos Cabos e 3os Sargentos integrantes dos quadros regulamentados pela Lei nº 6.153, de 1982, promovidos a essas graduações, até 11 de agosto de 2018, de acordo com essa Lei.”

Observa-se, inclusive, que a Comissão de Promoção de Praças, no caso concreto, atribuiu eficácia retroativa às regras, ao justificar a chamada complementar para a promoção de 11 de agosto de 2019, na edição da Lei Complementar n. 742/2019, em cuja lista consta o nome o apelado (Nota n. 153/PPP/19, p.321-322).

Diante das razões explanadas, impõe-se a confirmação da sentença que reconheceu em favor da parte o direito à ascensão ao posto de 2º Sargento do Quadro Geral da Polícia Militar, com efeitos retroativos à data de 31/1/2019, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

Por fim, segundo o art. 85 § 11, do CPC, “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando,

conforme o caso, o disposto nos §§ 2o a 6o, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2o e 3o para a fase de conhecimento”.

A dinâmica trazida pelo Novel Diploma Processual, conforme infere-se do seu art. 85, § 11, estatuiu que o sucesso na instância recursal determina o aumento dos honorários de sucumbência, atendo-se, sempre, aos vetores insertos nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo. Ou seja, o importe total do arbitramento, englobados tanto os honorários da sentença quanto os honorários recursais, não poderá ultrapassar esses limites.

Como bem proclamou o Superior Tribunal de Justiça, “o § 11 do art. 85 Códigos de Processo Civil de 2015 tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos provenientes de decisões condenatórias antecedentes”. E conclui, “atendidos os limites legais dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15, a majoração da verba honorária a título de honorários recursais é medida que se impõe” (AgInt no AREsp 370579 / RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 23-6-2016).

Destarte, à luz dos critérios estabelecidos no art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC, fixa-se os honorários advocatícios pelo trabalho adicional realizado em grau de recurso pelo procurador do autor/apelado, em R\$ 500,00 (quinhentos reais), considerando que a atuação da parte consistiu na apresentação de contrarrazões recursais.

Pelo exposto, nega-se provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação, e fixa-se os honorários recursais em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Este é o voto.

Apelação Cível e Reexame Necessário n. 0309412-30.2018.8.24.0090, da Capital - Fórum Eduardo Luz

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. BOMBEIRO MILITAR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA. REJEIÇÃO ADMINISTRATIVA POR CONTA DE APONTADA DECADÊNCIA LASTREADA EM RESOLUÇÃO DO COMANDANTE-GERAL DA CORPORACÃO. ILEGALIDADE DE TAL RESOLUÇÃO POR INEXISTIR LEI FIXANDO PRAZO PARA A DEDUÇÃO DO REFERENCIADO PEDIDO DE PROMOÇÃO. PRECEDENTE DA CORTE. SENTENÇA DETERMINATIVA DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATO DE BRAVURA (PAAB) MANTIDA. RECURSO E REMESSA DESPROVIDOS.

“Fere o princípio da legalidade a resolução editada pelo Comandante Geral da Polícia Militar, que estipula prazo decadencial para requerer promoção na esfera administrativa” (TJSC - Apelação Cível n. 2010.032358-3, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, 1ª Câmara de Direito Público, j. 27.7.2010), daí a procedência do pedido exordial com vistas à deflagração do processo de apuração de ato de bravura (PAAB).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0309412-30.2018.8.24.0090, da comarca da Capital - Eduardo Luz, Vara de Direito Militar, em que é apelante o Estado de Santa Catarina e apelado Douglas D'Avila Bida.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso e à remessa necessária, bem como majorar os honorários sucumbenciais de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para R\$ 3.000,00 (três mil reais), na forma do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco de Oliveira Neto, que o presidiu, e Cid Goulart.

Florianópolis, 29 de outubro de 2019

Desembargador João Henrique Blasi

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de reexame necessário e de apelação, esta manejada pelo Estado de Santa Catarina, representado pela Procuradora Kátia Simone Antunes, em ação declaratória de nulidade de ato administrativo proposta por Douglas D'Avila Bida, via Advogada Grace Santos da Silva Martins (fls. 131 a 136), contrastando sentença proferida pelo Juiz Marcelo Pons Meirelles que julgou procedente

o pedido autoral, determinando “a instauração do Processo de Apuração de Ato de Bravura (PAAB) e que, após seja submetido à Comissão de Promoção de Praças (CPP)” (fl. 121).

Contrafeito, o Estado apelante pugna pela reforma do decisum, sob o argumento de que “o requerimento de promoção por ato de bravura extrapolou, em muito, o prazo regulamentar” (fl. 136).

Houve contrarrazões (fls. 140 a 146).

O Ministério Público interveio formalmente (fls. 154 a 156).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Anoto, de pronto, que a irresignação recursal não tem como vicejar, na medida em que a sentença recorrida aviu solução adequada, tal como retratado em sua minudente fundamentação e comando. In verbis:

Preliminarmente, afasto a impugnação à Justiça gratuita arguida pelo Estado, pois as alegações do réu não são capazes de infirmar a prova produzida acerca da hipossuficiência e a concessão do referido benefício.

Ademais, afasto a impugnação ao valor da causa, porquanto não há como mensurar a quantia, razão pela qual viável atribuir o montante apresentado pelo autor para fins meramente fiscais.

Pretende o autor que seja determinado ao CBMSC a instauração do Processo de Apuração de Ato de Bravura (PAAB), uma vez que não há prazo prescricional estipulado na Lei n. 6.218/1983.

Sobre o pedido em análise, a Lei n. 6.218/1983 estabelece que:

Art. 62. As promoções dos militares estaduais serão efetuadas pelos seguintes critérios:

I - merecimento;

II - antiguidade;

III - bravura;

IV- post mortem;

V- merecimento intelectual; e

VI- requerida, com transferência automática para a reserva remunerada

[...]

§ 3º Promoção por bravura é aquela que resulta de ato ou atos não comuns de coragem e audácia, que ultrapassando aos limites normais do cumprimento do dever, representam feitos indispensáveis ou úteis ao serviço operacional pelos resultados alcançados ou pelo exemplo positivo deles emanados, independerá da existência de vaga e poderá ocorrer post mortem.

Em consonância com a citada lei, a Lei Complementar n. 318/2006 dispõe que:

Art. 17 Compete à Comissão de Promoção de Praças - CPP:

I - organizar as relações de acesso para promoção pelo princípio de merecimento e antigüidade, de acordo com as normas consignadas nesta Lei Complementar; e

II - estudar e emitir parecer sobre os processos relativos às promoções por ato de bravura, ressarcimento de preterição e post-mortem.

Parágrafo Único - As decisões da Comissão serão tomadas de maneira colegiada, não tendo direito a voto o oficial Secretário. (grifo nosso)

Entretanto, o CBMSC editou a Resolução n. 1-CBMSC-14, definindo prazo para requerimento da análise da promoção por ato de bravura, verbis:

Art. 2º A instauração do Processo de Apuração de Ato de Bravura - PAAB deve ser solicitada formalmente à Comissão de Promoção de Praças - CPP por qualquer das autoridades previstas nos números 2, 4 e 5 do art. 9º do Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais de Santa Catarina - RDPMSC, desde que com ascensão funcional ao BM envolvido, através de Ofício onde conste o seguinte:

I - relato circunstanciado da ação do bombeiro militar, local, horário, testemunhas envolvidas;

II - escala de serviço, se for o caso;

III - transcrição das Partes relativas ao fato, se houver;

IV - laudo pericial, se houver;

V - noticiário dos jornais, reportagens gravadas, fotografias, imagens lucidativas a respeito dos fatos, etc.;

VI - publicações em boletins ou outras que façam referência ao fato, tais como elogios etc.; e

VII - outros documentos/informações que forem pertinentes.

§ 1º As autoridades citadas no caput podem solicitar à CPP, no prazo de 90 (noventa) dias corridos a contar da data dos fatos, a instauração de PAAB, através de Ofício:

I - ex officio, ou seja, ao tomar conhecimento da atuação de bombeiro militar em ocorrência que considere que deva ser submetida ao processo em questão para apuração;

II - mediante despacho concordando com a solicitação feita por qualquer das autoridades que lhe forem subordinadas previstas nos números 6 ou 7 do art. 9º do RDPMSC, devendo encaminhar a documentação à Comissão; e

III - mediante despacho concordando com a solicitação feita pelo próprio interessado, devendo encaminhar a documentação à Comissão.

§ 2º Os diretamente interessados podem, no prazo de 90 (noventa) dias corridos a contar da data dos fatos, através de Parte, solicitar através dos canais de comando que lhe são superiores, que estes encaminhem ao respectivo Comandante de BBM seu pleito, a fim de que este requeira à CPP a instauração de PAAB. (grifo nosso)

In casu, estamos diante de manifesta afronta ao princípio da hierarquia das normas, onde o Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros Militar edita Resolução atualizando norma deliberada pelo Governador do Estado, uma vez que não houve mera interpretação do texto legal, tendo em vista que a Lei n. 6.218/1983 não prevê prazo para requerimento de apreciação de ato de bravura.

Conforme leciona o ilustre Ministro Luís Roberto Barroso:

Os conceitos e as possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo

da interpretação. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza pode compreender uma variedade de tonalidades entre o preto e o branco, mas não é vermelha nem amarela (in, Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 2009, p. 291-292).

Sobre o tema, colhem-se julgados semelhantes exarados pelo eg. TJSC:

ADMINISTRATIVO - PROMOÇÃO DE POLICIAL MILITAR POR ATO DE BRAVURA - RESOLUÇÃO DO COMANDANTE GERAL ESTABELECE-SE O PRAZO DE 120 DIAS, A CONTAR DA DATA DO FATO, PARA REQUERER ADMINISTRATIVAMENTE A COMENDA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - OMISSÃO LEGISLATIVA QUE NÃO PODE SER SUPRIDA POR ATO ADMINISTRATIVO - INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA - RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS. Fere o princípio da legalidade a resolução editada pelo Comandante Geral da Polícia Militar, que estipula prazo decadencial para requerer promoção na esfera administrativa. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.032358-3, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, j. 27-07-2010). (grifo nosso)

ADMINISTRATIVO. BOMBEIRO MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PROMOÇÃO FUNCIONAL PARA 1º SARGENTO. EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO N. 003/07 PELA COMISSÃO DE PROMOÇÃO DE PRAÇAS INOVANDO OS CRITÉRIOS DA PROMOÇÃO DITADAS NO DECRETO N. 4.633/06. IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVOS CRITÉRIOS NÃO CONSTANTES DA NORMA. EXCLUSÃO DA PROMOÇÃO AFASTADA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA NO PONTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. APELO E RE-MESSA DESPROVIDOS. O art. 10 da Lei Complementar Estadual n. 318/08 elenca os requisitos basilares para a promoção dos Praças a 2º Sargento, 1º Sargento e Subtenente, regulamentados pelo Decreto n. 4.633/06. A Comissão de Promoção de Praças ao editar Resolução para elucidar os critérios não pode extrapolar os termos ditados no Decreto, por não ser competente para tanto. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.079870-0, de Brusque, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 31-03-2015).

Sendo assim, considera-se o artigo 2º, §2º, da Resolução ilegal, devido à inovação do conteúdo da Lei n. 6.218/1983 quando estabeleceu prazo para requerimento de instauração do PAAB.

Ademais, no intuito de elucidar os fatos, ressalta-se que o suposto ato de bravura ocorreu em 12-12-2014, no dia 20-11-2015 o autor requereu a instauração do PAAB ao CBMSC (pág. 18), sendo que o despacho final emitido pelo Comandante indeferindo o pedido por ser intempestivo foi em 30-11-2015, razão pela qual propôs a presente ação em 19-10-2018.

Assim sendo, referente ao prazo prescricional que deverá ser aplicado ao caso, evidencia-se o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, que dispõe sobre as ações que buscam direitos em desfavor da Fazenda Pública:

As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Ora, no caso destes autos a ação pretendendo a abertura do PAAB foi ajuizada em 19-10-2018, ficando indubitável a tempestividade do pleito.

Sob esse prisma, decidiu o e. TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO DETERMINANDO A REINTEGRAÇÃO - POLICIAL MILITAR - AFASTAMENTO DA CORPORACÃO - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO POR AUSÊNCIA DE CAPACIDADE PARA ANUIR OU REQUERER O AFASTAMENTO - SOLDADO PORTADOR

DE EPILEPSIA - INCAPACIDADE ABSOLUTA NÃO ATESTADA PELA PERÍCIA MÉDICA - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. O prazo para propositura de ação de reintegração de policial militar é de 5 (cinco) anos, a contar do ato de exclusão ou licenciamento, nos termos do Decreto n.º 20.910/32. [...] (AgRg no Ag n. 1.152.666/PE, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 01/02/2010). (Apelação Cível n. 2009.022157-7, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza)

Deste modo, resta inadmissível que uma decisão elaborada pelo Comandante do Batalhão, com base no artigo 2º, §2º, da Resolução n. 1- CBMSC - 14, contrário à legislação, portanto ilegal, interrompa a apreciação do ato de bravura, razão pela qual deve o CBMSC instaurar o Processo de Apuração de Ato de Bravura (PAAB), sendo submetido à Comissão de Promoção de Praças (CPP).

Ante o exposto JULGO PROCEDENTE o pedido do autor e, conseqüentemente, determino a instauração do Processo de Apuração de Ato de Bravura (PAAB) e, após seja submetido à Comissão de Promoção de Praças (CPP).

Condene o Estado de Santa Catarina ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 82, § 2º do novo Código de Processo Civil, ficando o mesmo isento do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 35, i, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 161/97.

Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 496, inciso I, do novo Código de Processo Civil. (fls. 116 a 121 - destaquei).

Concordo às inteiras com a fundamentação sentencial, de modo que, afastada a decadência do pedido do autor/apelado visante à promoção por ato de bravura, impõe-se a retomada da regular prossecução do trâmite do respectivo processo administrativo.

Em adjunção, chancelando o acerto da inteligência sentencial, consigno que a matéria sob exame foi sindicada, em feito símile, submetido à esclarecida relatoria do Desembargador Jaime Ramos, revelando-se convinável reproduzir o trecho que segue:

[...] ação de obrigação de fazer e declaratória de inconstitucionalidade contra [...] objetivando abertura de procedimento administrativo para apuração de ato de bravura, nos termos do que dispõe o art. 62, § 3º, da Lei n. 6.218/1983, in verbis:

Art. 62. As promoções dos militares estaduais serão efetuadas pelos seguintes critérios:

[...]

III bravura;

[...]

§ 3º Promoção por bravura é aquela que resulta de ato ou atos não comuns de coragem e audácia, que ultrapassando aos limites normais do cumprimento do dever, representam feitos indispensáveis ou úteis ao serviço operacional pelos resultados alcançados ou pelo exemplo positivo deles emanados, independerá da existência de vaga e poderá ocorrer post mortem.

O Corpo de Bombeiros Militar do Estado reconheceu a prescrição da pretensão do servidor com base no

art. 2º, § 2º, da Resolução n. 1 - CBMSC - 14/2014:

Art. 2º A instauração do Processo de Apuração de Ato de Bravura - PAAB deve ser solicitada formalmente à Comissão de Promoção de Praças CPP por qualquer das autoridades previstas nos números 2, 4 e 5 do art. 9º do Regulamento Disciplinar dos Militares Estaduais de Santa Catarina - RDPMSC, desde que com ascensão funcional ao BM envolvido, através de Ofício onde conste o seguinte:

I - relato circunstanciado da ação do bombeiro militar, local, horário, testemunhas envolvidas;

II - escala de serviço, se for o caso;

III - transcrição das Partes relativas ao fato, se houver;

IV - laudo pericial, se houver;

V - noticiário dos jornais, reportagens gravadas, fotografias, imagens elucidativas a respeito dos fatos, etc.;

VI - publicações em boletins ou outras que façam referência ao fato, tais como elogios etc; e

VII - outros documentos/informações que forem pertinentes.

§ 1º As autoridades citadas no caput podem solicitar à CPP, no prazo de 90 (noventa) dias corridos a contar da data dos fatos, a instauração de PAAB, através de Ofício:

I - ex officio, ou seja, ao tomar conhecimento da atuação de bombeiro militar em ocorrência que considere que deva ser submetida ao processo em questão para apuração;

II - mediante despacho concordando com a solicitação feita por qualquer das autoridades que lhe forem subordinadas previstas nos números 6 ou 7 do art. 9º do RDPMSC, devendo encaminhar a documentação à Comissão; e

III - mediante despacho concordando com a solicitação feita pelo próprio interessado, devendo encaminhar a documentação à Comissão.

§ 2º Os diretamente interessados podem, no prazo de 90 (noventa) dias corridos a contar da data dos fatos, através de Parte, solicitar através dos canais de comando que lhe são superiores, que estes encaminhem ao respectivo Comandante de BBM seu pleito, a fim de que este requeira à CPP a instauração de PAAB.

Segundo apurado nos autos, o suposto ato de bravura ocorreu em 31-1-2013 e o autor requereu a instauração do PAAB ao CBMSC no dia 24-11-2017 (fl. 59). O despacho que indeferiu o pedido por ser supostamente intempestivo foi emitido em 29-11-2017. O autor, então, ajuizou a demanda em 22-1-2018, dentro do prazo previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, que dispõe sobre as ações que buscam direitos em desfavor da Fazenda Pública.

Na sentença, fundamentou-se:

In casu, estamos diante de manifesta afronta ao princípio da hierarquia das normas, onde o Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros Militar edita Resolução atualizando norma deliberada pelo Governador do Estado, uma vez que não houve mera interpretação do texto legal, tendo em vista que a Lei n. 6.218/1983 não prevê prazo para requerimento de apreciação de ato de bravura (fl. 139; grifou-se).

A decisão se coaduna com a jurisprudência desta Corte. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PROMOÇÃO DE PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECLAMO DA PARTE RÉ. PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA. PEDIDO NÃO CONHECIDO PELA CORPORACÃO EM FACE DA PERDA DE OBJETO, CONSIDERANDO ASCENSÃO ORDINÁRIA DO POSTULANTE NO DE-CURSO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. APONTADA ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA

DE PREVISÃO EXPRESSA DESSA LIMITAÇÃO. INTERESSE QUE SE MANTÉM. ANÁLISE DE MÉRITO DA POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE DEVE SER ULTIMADA PELA AUTORIDADE COMPETENTE. SENTENÇA MANTIDA. [...] REMESSA OFICIAL CONHECIDA, COM MANUTENÇÃO DO JULGADO (AC/RN n. 0301602-98.2018.8.24.0091, da Capital, rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. 13-6-2019).

Igualmente:

ADMINISTRATIVO - PROMOÇÃO DE POLICIAL MILITAR POR ATO DE BRAVURA - RESOLUÇÃO DO COMANDANTE GERAL ESTABELE-CENDO O PRAZO DE 120 DIAS, A CONTAR DA DATA DO FATO, PARA REQUERER ADMINISTRATIVAMENTE A COMENDA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - OMISSÃO LEGISLATIVA QUE NÃO PODE SER SUPRIDA POR ATO ADMINISTRATIVO - INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA - RECURSO VOLUNTÁRIO E REE-XAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS.

Fere o princípio da legalidade a resolução editada pelo Comandante Geral da Polícia Militar, que estipula prazo decadencial para requerer promoção na esfera administrativa (AC n. 2010.032358-3, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 27-7-2010; destacou-se).

Portanto, o ato controverso elaborado pelo Comandante do Batalhão, com base no art. 2º, § 2º, da Resolução n. 1 - CBMSC - 14/2014, de fato violou os termos da legislação estadual, pois impôs limite onde a Lei não o fez.

Importante ressaltar, por outro lado, que a ausência de autonomia normativa da resolução indicada, uma vez que é limitada a regular lacunas de leis já existentes, torna inviável a declaração incidental de inconstitucionalidade, porque “Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente os atos normativos qualificados como essencialmente primários ou autônomos expõem-se ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedido o conteúdo do ato normativo atacado por legislação infraconstitucional que lhe dá amparo material, a evidenciar sua natureza de ato regulamentar secundário, inviável a sua impugnação pela via da ação direta. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido” (STF, ADI n. 4.095/PR, rel.ª Min.ª Rosa Weber, j. 16-10-2014).

Por consequência, acertada a procedência parcial do pleito. (Remessa Necessária Cível n. 0300195-57.2018.8.24.0091, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 12.3.2019 - destaquei).

Por fim, na senda do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, impende majorar os honorários sucumbenciais de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais - fl. 121) para R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Frente ao exposto, nada há na sentença que mereça corrigenda, impondo-se, bem por isso, desprover o recurso, assim como a remessa necessária, promovendo-se a majoração dos honorários de sucumbência nos lindes acima explicitados.

É como voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0003101-40.2012.8.24.0015, de Canoinhas

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA CONSTRUÇÃO DE MORADIAS SOCIAIS. CONTRATO QUE NÃO FOI INTEGRALMENTE CUMPRIDO POR QUALQUER DAS PARTES. PROPORÇÃO PAGA PELO ENTE PÚBLICO, TODAVIA, QUE FOI SUPERIOR À OBRA ENTREGUE. RESTITUIÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS DEVIDA. OBRIGAÇÃO IMPRESCRITÍVEL. TEMA 897 DO STF. AVENTADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA. INACOLHIMENTO. TEORIA DA ASSERÇÃO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE SE APLICA A TODOS OS QUE COLABORARAM OU TIVERAM PROVEITO DO ATO ÍMPROBO. SUSCITADA NULIDADE DA PROVA PERICIAL EMPRESTADA. NÃO ACOLHIMENTO. PERÍCIA QUE PASSOU PELO CRIVO DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE COMPROVAÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO. CONCLUSÕES DO EXPERTO QUE SÃO SUFICIENTES AO DESLINDE DO FEITO. PRELIMINARES AFASTADAS. MÉRITO. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE COMPROVAM QUE, MESMO TENDO SIDO O PAGAMENTO PARCIAL, NÃO HOUVE EQUIVALÊNCIA QUANTO ÀS OBRAS ENTREGUES. ADEQUADA CONDENAÇÃO DOS APELANTES NO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO CORRESPONDENTE À DIFERENÇA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003101-40.2012.8.24.0015, da comarca de Canoinhas 2ª Vara Cível em que são Apelantes Contestado Empreiteira de Obras Ltda e outro e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Ramos (Presidente com Voto) e Júlio César Knoll.

Florianópolis, 09 de julho de 2019.

Desembargador Ricardo Roesler
Relator

RELATÓRIO

Constou do relatório da sentença (pp. 444-446):

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs ação civil pública em desfavor de Anderson Cleiton Arnold, Edésio Tramontin e Contestado Empreiteira de Obras Ltda. Alegou que o Município de Major Vieira, por intermédio do então Prefeito Orildo Antônio Severgnini, firmou convênio de financiamento com a Companhia de Habitação do Estado de Santa Catarina no valor de R\$ 230.000,00, destinado à construção de habitações. Afirmou que, para a execução das obras, o Município firmou com a empresa ré, administrada pelos demais réus, o contrato de execução de obras públicas n. 001/96, no valor de R\$ 184.800,00.

Disse que o Município repassou à empresa o valor de R\$ 141.312,00 em razão do contrato celebrado, a fim de que fossem construídas 10 (dez) habitações em área urbana, com metragem de 48 m², e 20 (vinte) habitações em área rural, com metragem de 36m². Entretanto, sustentou que as obras foram interrompidas e não tiveram conclusão, de modo que, dos R\$ 141.312,00 recebidos pela empresa ré, R\$ 85.520,88 não foram empregados em nenhuma edificação, o que caracteriza enriquecimento ilícito.

Requeriu a procedência do pedido, com a condenação dos réus às sanções previstas no art. 12, I, da Lei n. 8.429/1992, por infringência ao art. 9º, XI e XII, do mesmo diploma legal. Juntou documentos (fls. 12-109).

Os requeridos foram notificados (fls. 115, 117 e 167).

Anderson Cleiton Arnold apresentou manifestação às fls. 121-131. Arguiu preliminar de ilegitimidade passiva e, em prejudicial de mérito, a prescrição, com a consequente inadequação do procedimento. No mérito, afirmou que não restou configurado ato de improbidade administrativa, pois não demonstradas a perda patrimonial do ente público e a conduta dolosa ou culposa dos agentes. Sustentou, ainda, que a exordial não expõe as condutas individuais dos requeridos que teriam ocasionado a suposta improbidade. Pugnou pelo não recebimento da inicial e, sucessivamente, pleiteou sua exclusão do polo passivo do feito e o reconhecimento da prescrição. Juntou documentos (fls. 132-140).

A ré Contestado Empreiteira de Obras Ltda. se manifestou às fls. 141-150. Afirmou que o réu Anderson Cleiton Arnold era empregado da empresa e, no momento da constituição de seu contrato social, lhe foram atribuídas cotas minoritárias simbólicas, sem lhe que lhe fosse conferido qualquer poder decisório ou diretivo, bem como sem participação no capital social da empresa. Sustentou a ocorrência de prescrição, com a consequente inadequação do procedimento. No mérito, afirmou que não restou configurado ato de improbidade administrativa, pois não demonstradas a perda patrimonial do ente público e a conduta dolosa ou culposa dos agentes. Afirmou, ainda, que a exordial não expõe as condutas individuais dos requeridos que teriam ocasionado a suposta improbidade. Por fim, alegou que somente recebeu os valores correspondentes às obras executadas, e que sequer recebeu o valor integral de tais obras. Pugnou pelo não recebimento da inicial e, sucessivamente, pleiteou a exclusão de Anderson Cleiton Arnold do polo passivo do feito e o reconhecimento da prescrição.

O réu Edésio Tramontin apresentou manifestação às fls. 151-159. Afirmou que o réu Anderson Cleiton Arnold era empregado da empresa e, no momento da constituição de seu contrato social, lhe foram atribuídas cotas minoritárias simbólicas, sem lhe que lhe fosse conferido qualquer poder decisório ou diretivo, bem como sem participação no capital social da empresa. Sustentou a ocorrência de prescrição, com a consequente inadequação do procedimento. No mérito, afirmou que não restou configurado ato de improbidade administrativa, pois não demonstradas a perda patrimonial do ente público e a conduta dolosa ou culposa dos agentes. Afirmou, ainda, que a exordial não expõe as condutas individuais dos requeridos que teriam ocasionado a suposta improbidade. Por fim, alegou que somente recebeu os valores correspondentes às obras executadas, e que sequer recebeu o valor integral de tais obras, bem como que, na condição de administrador da empresa, adotou todas as medidas e cautelas necessárias, tendo realizado as obras até o momento em que ocorreram os repasses dos valores devidos. Pugnou pelo não recebimento da inicial e, sucessivamente, pleiteou a exclusão de Anderson Cleiton Arnold do polo passivo do feito e o reconhecimento da prescrição.

Manifestação do Ministério Público às fls. 160-164.

A decisão de fls. 168-171 reconheceu a ocorrência de prescrição em relação às sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, com exceção do ressarcimento ao erário. Foram afastadas as preliminares de ilegitimidade passiva do réu Anderson Cleiton Arnold e de inépcia da exordial, com posterior recebimento da inicial.

Citados (fls. 177, 179 e 181), os réus apresentaram contestação às fls. 184-205. Arguíram, em preliminar, a ilegitimidade passiva dos sócios da empresa e a ilegitimidade de Anderson Cleiton Arnold. Sustentaram a ocorrência de prescrição da pretensão condenatória de ressarcimento ao erário, bem como a nulidade da perícia realizada no inquérito. No mérito, alegaram que não há como afirmar com precisão as porcentagens de conclusão das obras e sustentaram que a empresa recebeu apenas R\$ 141.312,00 de R\$ 184.800,00, de modo que o cálculo apresentado pelo Ministério Público encontra-se equivocado. Além disso, disseram que não há como individualizar os recursos recebidos pelas casas de 48 m² e 36 m², bem como que existem porcentagens para cada etapa da obra que devem ser levadas em consideração. Afirmaram, ainda, que somente uma casa se encontra inacabada e duas não foram edificadas, de modo que todas as demais foram construídas. Sustentaram, por fim, que a perícia apontou as etapas realizadas apenas com base nos depoimentos de moradores, além de ter sido realizada 12 (doze) anos após a construção pela empresa. Pugnaram pela improcedência do pedido inicial. Juntaram documentos (fls. 208-230).

Réplica às fls. 234-237.

O Município de Major Vieira, embora citado (fl. 232), não apresentou manifestação (fl. 233).

O feito foi saneado às fls. 238-239, com a designação de audiência de instrução e julgamento.

Em audiência (fl. 277), tomou-se o depoimento pessoal do réu Anderson Cleiton Arnold e foram ouvidas 6 (seis) testemunhas arroladas pela parte autora e 2 (duas) arroladas pela parte ré.

Em continuação (fls. 303 e 409), foi tomado o depoimento pessoal do réu Edésio Tramontin e ouvida uma testemunha. As partes dispensaram a produção de outras provas.

Uma testemunha foi ouvida por carta precatória (fl. 343)

Às fls. 397-408, o réu Anderson Cleiton Arnold juntou aos autos a sentença transitada em julgado que declarou a inexistência de relação societária com a empresa ré, e pugnou pela sua exclusão do feito.

Alegações finais do Ministério Público (fls. 416-428) e dos réus (fls. 429-443).

Adiante, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes para condenar solidariamente Edésio Tramontin e Contestado Empreiteira de Obras Ltda ao ressarcimento dos danos causados ao erário, cujo valor foi fixado em R\$ 85.518,12 (oitenta e cinco mil, quinhentos e dezoito reais e doze centavos), nos termos da sentença de pp. 444-460.

Inconformados, Edésio Tramontin e Contestado Empreiteira de Obras Ltda apelaram (pp. 465-494), postulando a reforma da sentença. Para isso, aduziram, preliminarmente, a prescrição em relação à dita obrigação de ressarcimento aos cofres públicos, a ilegitimidade passiva dos sócios da empresa, além da nulidade da prova pericial emprestada, ao argumento de que não teriam sido intimados para acompanhar sua realização.

No mérito, disseram que as conclusões do perito não são precisas, de modo que, em tese, não restou esclarecido a porcentagem das obras efetivamente finalizadas. Ademais, após questionar os

cálculos apresentados pelo recorrido, afirmaram que o município somente realizou o pagamento de parte do contrato, pelo que, segundo aduziram, ainda que haja constatação inexecução total, não seria devida qualquer restituição.

Contrarrazões às pp. 530-551.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Carlos Alberto Carvalho Rosa, que se manifestou pelo parcial conhecimento e desprovimento do recurso (pp. 566-565).

É o relatório.

VOTO

Cuido de apelação cível interposta por Edésio Tramontin e Contestado Empreiteira de Obras Ltda. contra sentença que, nos autos de ação civil por ato de improbidade administrativa, condenou-os, solidariamente, a ressarcir o erário do Município de Major Vieira no valor de R\$ 85.518,12 (oitenta e cinco mil, quinhentos e dezoito reais e doze centavos).

Adianto, desde já, que o recurso não merece guarida.

Quanto à preliminar de prescrição da pretensão de reparação de danos, esta, sem maiores digressões, é de ser afastada.

Isso porque, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado em sede de repercussão geral (Tema 897), “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa” (RE n. 852.475/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 8/8/2018).

Ademais, é da jurisprudência do STF:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. (STF, RE

852475, Rel: Min. Alexandre de Moraes, Relator p/ Acórdão: Min. Edson FAchin, j em 08.08.2018).

Diante disso, rejeito a preliminar de prescrição.

Quanto à arguida ilegitimidade passiva, em relação ao sócio Edésio Tramontin, melhor sorte não socorre o recorrente.

Disse, em suas razões, que não teria havido confusão patrimonial ou abuso da personalidade jurídica da empresa a justificar sua desconsideração, com a responsabilização dos sócios pelos ditos ilícitos praticados.

É que, em geral, a verificação da legitimidade das partes, em atenção à teoria da asserção, se dá a partir da análise das alegações iniciais, sem avançar no exame do mérito. Especificamente nos casos de ação civil por ato de improbidade administrativa, impõe-se também a produção de prova pré-constituída a fim de que sejam apresentados indícios de autoria, de modo a caracterizar a justa causa para sua propositura, evitando assim a instauração de lides destituídas de fundamento. Nesse sentido: REsp 139.5875/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.02.2014).

Logo, uma vez que a alegação inicial do Ministério Público resume-se na suposta percepção de vantagem indevida por Edésio Tramontin que, na qualidade de gerente da Contestado Empreiteira de Mão de Obra – LTDA, teria se valido da pessoa jurídica para causar dano ao erário, a parte acionada é legítima para compor a lide.

Assim, porque a tese inicial é lógica, não há falar em ilegitimidade de parte, até porque a efetiva participação do sócio no suposto ato ímprobo foi objeto de instrução processual.

Ademais, registro que o art. 3º da Lei n. 8.429/1992, diz que suas disposições são aplicáveis a todos que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficiem de qualquer modo, sendo que o terceiro beneficiado perderá os valores ilicitamente acrescidos, conforme seu § 6º.

Desse modo, dispensável a verificação dos requisitos da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para que se possa atingir o patrimônio do sócio, caso constata sua participação na conduta ímproba.

Por isso, rejeito também tal preliminar.

Por fim, antes de adentrar no mérito, os apelantes aduziram a nulidade da prova pericial, que foi emprestada da seara criminal.

Quanto a isso, o sentenciante fundamentou que (p. 448):

Conforme já salientado na decisão de fls. 238-239, os laudos periciais acostados à petição inicial foram produzidos na esfera criminal e, portanto, sem necessidade de observância das regras estabelecidas no Código de Processo Civil. Deste modo, inexistente nulidade da perícia por violação ao art. 431-A do CPC/73,

que determinava a ciência das partes quanto ao local e à data da realização do ato.

Além disso, os laudos são anteriores à vigência da Lei n. 11.690/2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prova.

No ponto, anoto que a alegação feita pelos recorrentes à p. 476 tende à má-fé. Transcrevo:

Em sentença, o Magistrado sustenta que as duas perícias foram feitas para instruir processo-crime, porém não traz nenhuma prova disto nos autos. Não se aponta que processo crime existiu, se é que existiu. Não se tem notícia nos autos de nenhum processo-crime. Não há notícia de prova emprestada.

Como se vê, ao questionar a própria existência do processo criminal, os apelantes desmereceram o próprio o zelo do togado singular com a finalidade de induzir este órgão julgador a erro.

Isso porque, no laudo de pp. 41-55, há expressa indicação do processo criminal (autos n. 015.04.003922-0) que, aliás, já foi sentenciado.

Logo, totalmente descabida e de duvidável lealdade processual a argumentação dos apelantes. Todavia, por ora, deixo de aplicar as sanções processuais cabíveis.

Somado a isso, tenho que não há nulidade na utilização da prova. Isso porque, quando produzida, observou os requisitos legais e, ademais, na presente demanda, passou pelo crivo do contraditório, tendo sido oportunizada às partes contesta-la, não há falar em nulidade.

Ademais, os apelantes não disseram em que teriam consistido os equívocos da perícia ou os prejuízos em tese suportados, apegando-se, tão somente, à ritualística de não terem participado da sua produção. Logo, porque os laudos produzidos são hábeis a comprovação dos fatos determinantes à solução da lide, afasto também essa preliminar e passo ao exame do mérito.

Sustentou o Ministério Público que o Município de Major Vieira, por meio de convênio firmado com a Companhia de Habitação, contratou a empresa Contestado Empreiteira de Obras Ltda para construção de 10 (dez) habitações na área urbana e 20 (vinte) na área rural, pelo valor total de R\$ 184.800,00 (cento e oitenta e quatro mil e oitocentos reais) sendo o valor do metro quadrado, então, de R\$ 154,00 (cento e cinquenta e quatro reais).

Ocorreu que, conforme disse, o ente municipal repassou à construtora a importância de R\$ 141.312,00 (cento e quarenta e um mil, trezentos e doze reais), que representava parte do pagamento, todavia, nos termos da perícia, as obras não teriam sido finalizadas. Ademais, afirmou que, do total percebido pela construtora, R\$ 85.520,88 (oitenta e cinco mil, quinhentos e vinte reais e oitenta e oito centavos) não foram utilizados nas edificações, tampouco foram destinados à satisfação dos interesses públicos, pelo que afirmou ter ocorrido prejuízo ao erário e locupletamento dos agentes públicos e empresários.

Compulsando os autos, tenho que procede a tese ministerial.

Isso porque, de fato, o município contratou, no ano de 1996, a empresa Contestado Empreiteira de Obras Ltda para construção de 10 (dez) Unidades Habitacionais de 48,00 (quarenta e oito) m² em área urbana e 20 (vinte) Unidades Habitacionais de 36,00 (trinta e seis) m² em área rural, pelo valor total de R\$ 184.800,00, nos termos do contrato de pp. 25-32.

Todavia, o que se tem é que nenhuma das partes do contrato o cumpriram integralmente. Afinal, o ente municipal somente pagou a quantia de R\$ 141.312,00 (cento e quarenta e um mil, trezentos e doze reais) e as obras, de fato, não forma concluídas.

Acontece que, nos termos da perícia, o pagamento efetuado foi muito superior à proporção das obras realizadas, ou seja, considerando o quantitativo das edificações entregues, o pagamento realizado (mesmo que não tenha alcançado o total previsto no contrato) foi muito além do devido.

Com efeito, conforme consta no relatório da auditoria realizada no município (pp. 15-20), foram repassados à empresa ré os valores de R\$ 57.408,00 em 19.04.1996, R\$ 48.576,00 em 17.05.1996 e R\$ 35.328,00 em 17.07.1996, totalizando R\$ 141.312,00.

No que se refere a tais pagamentos, nos termos do mesmo documento (p. 18), tem-se que eles se referem à segunda, terceira e quarta parcelas, havendo menção de inadimplemento quanto à primeira parcela, que deveria ter sido paga no ato da assinatura do contrato.

Informou o relatório ainda que, nos termos do contrato estabelecido, o recebimento da quarta parcela somente seria devida quando da conclusão da obra e da apresentação de laudo técnico elaborado por um engenheiro, todavia, considerando o fato de que as edificações não foram concluídas, não houve quitação desta última fração.

No que se refere à entrega das unidades habitacionais, os depoimentos colhidos na instrução processual, assim como os laudos periciais revelam que muitas delas não foram construídas, outras o foram tão somente em parte.

Nesse sentido foi o relato uníssono das testemunhas, dentre os quais destaco o de Clemente Kumineck (que transcrevo da sentença p. 451):

Que é proprietário de uma das casas; que as casas não foram terminadas; que somente levantaram as paredes e cobriram; que faltou reboco, piso, janelas, vidros e forro; que a casa é na parte rural e não tem número; que o depoente terminou a casa; que teve que fazer o reboco, forro, caixa de vento, banheiro, janelas, vidros; que não havia nada no banheiro; que o piso foi entregue bruto; que o depoente colocou piso, rebocou, calfinou e pintou; que no banheiro não havia louças sanitárias; que tudo foi deixado bruto; que o depoente gastou mais da metade do que foi construído; que o acabamento custou mais que o levantamento da casa com o telhado; que a casa foi adquirida do programa habitacional do Município; que o Prefeito na época era Orildo; que a negociação foi realizada na Prefeitura; que a estrutura entregue ao depoente foi construída por Edésio Tramontin; que não sabe se Edésio tinha empresa; que na época em que o depoente pegou a casa o Prefeito era Orildo; que o depoente não aumentou a casa.

Ademais, Orildo Antônio Severgnini, que era Prefeito Municipal ao tempo da contratação, disse que (p. 453):

O depoente pagava aquela etapa; que o gerente da COHAB era João Linzmeier; que se recorda de ter liberado três etapas; que na última liberação o depoente não era mais Prefeito; que, segundo o laudo, algumas moradias estavam terminadas; que o depoente esteve em algumas casas durante o seu mandato e viu que as paredes na maioria das casas estavam levantadas, caibramento pronto e piso bruto; que uma ou outra casa já estava pronta; que hoje todas as casas estão concluídas, mas não sabe se foi a construtora que construiu; que tem conhecimento de duas casas que não foram acabadas, de Orestes Caetano na localidade de Colônia Ruthes, e de Vieira; que as casas estavam com as paredes levantadas e encaibradas, sem telhado, faltando reboco e piso; que Edésio era responsável pelas construções; que o depoente discutiu com ele sobre o cumprimento do contrato duas vezes; que houve reclamação de demora.

Tais relatos, somados a todos os outros colhidos na fase de instrução, revelam que, de fato, poucas construções foram terminadas, sendo que grande parte delas concluídas pelos proprietários, após serem abandonadas pela construtora.

Quanto à prova pericial, o primeiro laudo, elaborado em 1999, informou que, das 20 (vinte) casas de 36m², foram iniciadas apenas 15 (quinze), com índices de conclusão de 51%, 25%, 25%, 42%, 53%, 7%, 21%, 21%, 40%, 65%, 65%, 31%, 65%, 31% e 11% (p. 34). Desse modo, tem-se que 5 (cinco) unidades não foram sequer iniciadas pela empresa contratada.

Quanto às casas de 48m², foram iniciadas 8 (oito), com índices de conclusão, pela empresa, de 24%, 45%, 50%, 48%, 65%, 56%, 21% e 31% (p. 36). Assim, duas construções não foram iniciadas.

Nesses termos, o perito concluiu que (p. 37):

6.1 - Foram iniciadas QUINZE casas de 36 m², e destas foram executadas pela empreiteira e Prefeitura Municipal 36,97% de todos os serviços propostos para estas casas.

6.2 - Foram iniciadas OITO casas de 48 m², e destas foram executadas pela empreiteira e Prefeitura Municipal 42,50% de todos os serviços propostos para estas casas.

6.3 - Das VINTE casas propostas de 36 m², o percentual de obras realizadas é de 27,65%.

6.4 - Das DEZ casas propostas de 48 m², o percentual de obras realizadas é de 34,00%.

No mesmo sentido foram as constatações do perito criminalístico (pp. 42-55):

“5.Conclusão:

Diante do exame pericial realizado o Perito concluiu as obras residenciais foram realizadas parcialmente ou não foram realizadas”

Logo, as 20 unidades de 36 m² totalizariam 720 m², ou seja, custariam para os cofres públicos R\$ 110.880,00 (considerando o valor de R\$ 154,00 por m²). Todavia, somente foi finalizado 27,65% da obra, pelo que seria devido R\$ 30.658,32.

Ademais, as 10 unidades de 48m², totalizariam 480 m², ou seja, custariam para os cofres públicos R\$ 73.920,00. Considerando que somente 34% da obra foi realizada, conclui-se que eram devidos R\$ 25.132,80.

Nesse raciocínio, o valor total devido pela obra realizada era de R\$ 55.791,12 (cinquenta e cinco mil, setecentos e noventa e um reais e doze centavos). Contudo, o total recebido pela empresa foi de R\$ 141.312,00, pelo que evidente que o valor recebido é superior ao devido, levando-se em conta a proporção entre a obra finalizada e o importe recebido, havendo uma diferença de R\$85.520,88 (oitenta e cinco mil, quinhentos e vinte reais e oitenta e oito centavos).

Registro, aqui, que não está sendo considerando o valor total do contrato firmado, que foi de R\$ 184.800,00 (cento e oitenta e quatro mil e oitocentos reais), mas sim o que foi efetivamente pago à empresa.

Diante disso, impossível o acolhimento das alegações dos recorrentes no sentido de que finalizaram as obras, até porque não há qualquer elemento nos autos que corrobore a tese.

Registro que, em sede de apelo, alegou-se a existência de prova técnica que comprovaria a tese de que somente duas casas não foram efetivamente construídas e, no mais, que não haveria evidência acerca da não finalização das demais unidades.

Segundo os apelantes, tais informações decorreriam do “*próprio laudo pericial realizado pelo engenheiro do IGP, Canoinhas, Marco Antonio Bubniak, às fls. 594-607*”.

Em primeiro lugar, a paginação referida não tem correspondência nos autos que, até o momento, tem 566 laudas. Somado a isso, a perícia mencionada pelo apelante, que parece ser a de pp. 42-55, como já referi, concluiu pela não finalização de grande parte das obras.

Nesse cenário, porque fartamente comprovada a tese do ente ministerial no sentido de que houve, por parte dos ora recorrentes, locupletamento de R\$85.520,88 (oitenta e cinco mil, quinhentos e vinte reais e oitenta e oito centavos), rejeito as razões recursais.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença vergastada conforme proferida.

É como voto.

Apelação Cível n. 0056027-17.1998.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Júlio César Knoll

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. LOTEAMENTO APROVADO PELO MUNICÍPIO DE JOINVILLE. MOVIMENTAÇÃO DO TERRENO. INTERDIÇÃO DE CASAS. INCONFORMISMO DOS AUTORES. RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO PELO EVENTO DANOSO. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO ESPECÍFICA. CONDENAÇÃO DO ENGENHEIRO AGRÔNOMO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA INSUFICIENTE. INDENIZAÇÃO MATERIAL MANUTENÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DA EMPRESA REQUERIDA. ARGUMENTOS NÃO VENTILADOS EM SEDE DE JUÍZO SINGULAR. INOVAÇÃO RECURSAL. ANÁLISE OBSTADA. ABALO MORAL CONFIGURADO. MONTANTE REPARATÓRIO. REDUÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESTA FRAÇÃO, DESPROVIDO. INSURGÊNCIA DA IMOBILIÁRIA CONHECIDA, EM PARTE, E NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE ACOLHIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0056027-17.1998.8.24.0038, da comarca de Joinville 1ª Vara da Fazenda Pública em que são Aptes/Apdos Maura Ruth dos Santos Moura e outro e Apdos/Aptes Nova Brasília Imóveis Ltda e outros.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer, em parte, e nesta extensão: a) dar parcial provimento ao recurso da Nova Brasília Imóveis Ltda para minorar os danos morais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e b) negar provimento ao recurso dos autores. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 29 de outubro de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli.

Funcionou como representante do Ministério Público a Dra. Sonia Maria Demeda Groisman Piardi.

Florianópolis, 29 de outubro de 2019.

Desembargador Júlio César Knoll

Relator

RELATÓRIO

Perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Joinville, Maura Ruth dos Santos Moura e Demival Moura, devidamente qualificados, com fundamento nos permissivos legais, por meio de procurador habilitado, ajuizaram “ação de indenização por dano moral e danos materiais decorrente de ato ilícito”, em desfavor de Nova Brasília Imóveis Ltda., Ivo Romeu Goll, Rolf Walter Goll, Dario Rubens Goll, Marcio Vilson Goll, Osni Waldir Goll, Décio de Oliveira Cabral, e do Município de Joinville.

Disseram que, no ano de 1993, adquiriram um terreno da empresa imobiliária, no Loteamento Jardim Carlos II, o qual fora aprovado pela Municipalidade.

Sustentaram que, “em razão de um aterro mal feito” (fl. 3), houve um deslocamento do solo que ocasionou a interdição de seu imóvel.

Postularam a condenação da empresa, dos seus sócios, e dos demais requeridos, inclusive de Décio de Oliveira Cabral, engenheiro agrônomo que “assinou a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) para o ‘Plano de Corte de Vegetação e Serviço Topográfico onde depois foi feito o loteamento’” (fl. 4) ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Citados, os demandados apresentaram as respectivas respostas, via contestação.

Nelas, refutaram os argumentos expostos na exordial.

Em decisão saneadora, o feito foi extinto, sem julgamento de mérito, em relação a Ivo Romeu Goll, Rolf Walter Goll, Dario Rubens Goll, Marcio Vilson Goll, Osni Waldir Goll, sócios da Nova Brasília Imóveis Ltda (fls. 228).

Juntado o laudo da perícia às fls. 377-420, o qual foi complementado às fls. 455-456.

Em audiência de instrução, foram ouvidas quinze testemunhas (audiovisual fl. 511).

Aduzidas alegações finais pelos requeridos, o MM. Juiz de Direito, Dr. Renato L. C. Roberge, julgou o feito, a saber:

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido veiculado por Maura Ruth dos Santos Moura e Demival Moura contra Município de Joinville e Décio de Oliveira Cabral nesta ação indenizatória. Por outro lado, julgo procedente, em parte, o pedido veiculado contra Nova Brasília Imóveis Ltda, condenando a ré a pagar aos autores indenização por danos materiais em valor equivalente ao da edificação que restou destruída, a ser apurado em fase de liquidação, cuja verba deverá ser atualizada pela variação do INPC/IBGE, bem como acrescida de juros de 0,5% ao mês (CC/16, art. 1.062), desde 04/10/1998. Condeno a ré, ainda, ao pagamento de indenização por danos morais no importe global de R\$ 30.000,00 (R\$ 15.000,00 arbitrado em favor de cada uma das vítimas), em valores que deverão ser atualizados pela variação do INPC/IBGE a partir desta data e acrescidos de juros moratórios de 0,5% ao mês (CC/16, art. 1.062) desde 04/10/1998. Os juros moratórios incidentes sobre ambas as verbas indenizatórias (moral e material) deverão ser computados à ordem de 1% ao mês a partir de 11/01/2003 (CC, art. 406).

Os autores decaíram integralmente do pedido deduzido contra Município de Joinville e Décio de Oliveira Cabral. Portanto, compete-lhes o implemento do equivalente a 2/3 das despesas processuais, além de honorários advocatícios no importe de 20% do valor atualizado da causa (CPC, art. 85, § 2º), devidos ao procurador de cada um dos réus vencedores (CPC, art. 86, caput). A exigibilidade dessas verbas, contudo, fica suspensa na forma do artigo 98, § 3º, do CPC, porque os autores são beneficiários da gratuidade judiciária (fl. 36).

Em relação à pretensão voltada contra Nova Brasília Imóveis Ltda, os autores decaíram de parte mínima do pedido, razão pela qual, com base no artigo 86, parágrafo único, do CPC, condeno a ré sucumbente ao pagamento do remanescente das despesas processuais (1/3), além de honorários advocatícios no importe de 20% do valor atualizado da condenação (CPC, art. 85, § 2º). P. R. I-se (fls. 541-542).

Inconformados, a tempo e modo, os autores e a sociedade limitada interpuseram recursos de apelação.

Em suas razões, a empresa pugnou pela improcedência dos pedidos iniciais.

Subsidiariamente, requereu que, a condenação ao pagamento dos danos:

- a) morais, seja fixada em no máximo R\$ 5.000,00 (cinco mil) reais e
- b) materiais seja imposta, à Municipalidade, em quantia equivalente a 50% (cinquenta por cento) do total.

Por sua vez, Maura Ruth dos Santos Moura e Demival Moura asseveraram que, todos os requeridos devem ser responsabilizados pelo evento.

Pleitearam a majoração do valor da indenização.

Este inconformismo foi contrarrazoado pelos adversários.

Os autos foram encaminhados para a douta Procuradoria-Geral de Justiça, oportunidade em que a Exma. Dra. Eliana Volcato Nunes, lavrou parecer, manifestando-se pela desnecessidade de intervenção no mérito da causa.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelações cíveis, interpostas por Nova Brasília Imóveis Ltda., e por Maura Ruth dos Santos Moura e Demival Moura, da decisão que condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, pela danificação do imóvel da autora, ocorrida em virtude de movimentação do aterro onde ele foi erigido, e afastou a responsabilidade do Município de Joinville, e do engenheiro Décio de Oliveira Cabral.

As insurgências são tempestivas e preenchem os demais pressupostos de admissibilidade, de modo que merecem ser conhecidas.

I) Da insurgência de Nova Brasília Imóveis Ltda.

Destaca-se excerto das razões recursais da sociedade limitada:

Essa situação de inexistir a obrigação legal do aterro, inverte a automática responsabilização da Apelante baseada no Código do Consumidor, pois se a mesma não era obrigada a tanto, deveriam os Autores do processo provar que o aterro foi de autoria da empresa.

[...]

Houveram alterações no imóvel após a entrega do mesmo pela Apelante, de forma que os Autores teriam que provar a culpa da Loteadora, sem que o Código do Consumidor o fizesse automaticamente. A aplicação do Código do Consumidor não poderia substituir o ônus da prova dos autores (fls. 627-628).

Em suma, a empresa argumentou que não poderia ter ocorrido a inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, a aludida regra de instrução processual não foi aplicada ao caso sob exame.

A respeito, cita-se da sentença vergastada:

Sob qualquer dessas perspectivas, a solução da controvérsia exige o exame das provas colhidas ao longo do processo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, inclusive porque é entendimento palmar no Direito que, “se uma parte afirma e a outra nega, só a prova pode dizer quem está com a razão” (Pontes de Miranda, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo IV, 3ª ed., pág. 195). E, neste caso, a análise das provas deve ocorrer segundo o standard de prova comum ao processo civil (CPC, art. 373), já que, apesar de reconhecida a existência de relação de consumo no caso, a inversão do ônus probatório em favor do consumidor (CDC, art. 6º, inc. VIII) revela-se inaplicável pois essa regra não foi previamente anunciada aos litigantes no curso do processo, conforme determina o artigo 373, § 1º, do Código de Processo Civil (fl. 537).

Acerca do tema, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha explanaram:

Para que o recurso seja admissível, é preciso que haja utilidade, - o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada - e necessidade - que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar este objetivo (Curso de Direito Processual Civil, 12ª Ed., Vol. 3, Salvador: Editora JusPODIVM, 2014).

Logo, clarividente que a insurgência, no ponto, não preenche o binômio utilidade/necessidade, motivo pelo qual, não deve ser conhecida.

Em casos semelhantes, decidiu esta Corte:

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA E DO IPREV. JUSTIÇA GRATUITA. PLEITO JÁ ATENDIDO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

Não se conhece de recurso no ponto em que pretende a confirmação da gratuidade da Justiça quando o benefício já foi deferido pelo juízo a quo.

[...] (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0020769-34.2011.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. 08-11-2018)

APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE CONCEDIDO NA ORIGEM. RECLAMO DO INSS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. FATO JÁ CONSIGNADO NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

[...] (TJSC, Apelação Cível n. 0301207-39.2016.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 05-02-2019).

Outrossim, a apelante defendeu que, o Município de Joinville deve arcar com metade do pagamento da indenização pretendida, porquanto teria exigido o aterramento do local, sem amparo da legislação vigente:

Nitidamente inexistia (e ainda inexistiu) a obrigação de aterrar o lote, por ocasião da implantação do loteamento. As empresas do ramo, principalmente na época quando da aprovação do loteamento, se o faziam, era porque o Poder Público assim exigia sem respaldo em lei.

[...]

Fato é que a exigência pelo Município em aterrar cada um dos lotes coloca o Poder Público ao lado do empreendedor.

[...]

Entende a Apelante que Município deve ser mantido dentro do processo como corresponsável, pois existe a sua responsabilidade no caso, e ainda que ela deve ser quantificada, de forma orientada como no julgado abaixo.

A responsabilização de forma percentualmente quantificada é necessária para a segurança jurídica de todos, sob pena de um dos co-obrigados acabar se beneficiando pelo não cumprimento do outro (fls. 627-629).

A seu turno, na contestação, assegurou a higidez do seu aterro, e afirmou que a sua movimentação decorreu de obra realizada pelos autores, e do excesso de chuva.

É certo que, «a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada» (art. 1.013, caput, CPC/2015).

Sobre essa regra, lecionaram Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Há proibição de inovação no juízo de apelo, ressalvado o disposto no art. 517, CPC[1973]. A apelação devolve ao conhecimento do tribunal aquilo que foi decidido pela sentença, sendo-lhe vedado, em regra, conhecer de matéria diversa da decidida em primeiro grau de jurisdição. (Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 548).

Dessa forma, evidente que a situação em comento configurou hipótese de inovação recursal, não se conhece, nesses pontos, a irresignação da imobiliária.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. 1. APELAÇÃO QUE TRATA DE MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE, NO PONTO, DE CONHECIMENTO DO RECURSO, COM EXCEÇÃO DAS MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA.

1.1 “Ressalvadas as questões de ordem pública, matéria não suscitada, não discutida e que, por isso, não foi objeto de apreciação pela sentença, não pode ser agitada por ocasião da apelação e, assim, merecer o exame da instância recursal” (TJSC, AC n. 2009.010252-1, rel. Des. Newton Janke, j. 11.1.11).

1.2 “[...] É vedado à parte inovar os pedidos em sede de apelação, porquanto a análise recursal restringe-se às questões discutidas ou aventadas na instância de primeiro grau, mesmo aquelas não decididas’ (Ap. Cív. n. 2006.044071-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Fernando Carioni). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2014.070802-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 02-06-2015).

No mais, satisfeitos os requisitos legais, conhece-se do inconformismo.

Sobre a configuração do dano moral, a imobiliária argumentou que não houve provas.

Entretanto, do compulsar dos autos, constatam-se os requisitos legais de sua responsabilização pela lesão em apreço.

Dos documentos anexos à exordial (fls. 18-33), destacam-se as fotos (fls. 18-24), fotocópias das reportagens de periódicos sobre o evento (fls. 25-33).

A seu turno, colhe-se do laudo pericial:

VII - CONCLUSÕES

[...]

VII.2. - O loteamento Jardim Carlos II foi devidamente aprovado junto à Prefeitura Municipal de Joinville, sendo que, todos os requisitos foram atendidos pela loteadora a Ré Nova Brasília Imóveis Ltda.

VII.3 - os lotes adquiridos pelos Autores tiveram sua topografia alterada pela loteadora, com a realização de terraplanagem, constituída por aterro, o qual exerceu uma carga sobre o solo natural, que não tinha capacidade de suporte para tal, gerando o deslizamento objeto do presente feito.

VII.4 - os projetos de terraplanagem não indicam os parâmetros básicos a serem seguidos na execução do aterro de forma adequada e de acordo com as normas pertinentes

VII 5. - o aterro denunciado foi executado sem qualquer controle tecnológico [...]

VII 6. - o talude que sofreu o deslizamento não apresentava e ainda não apresenta segurança adequada para receber qualquer tipo de edificação, devendo ser recuperado (fl. 409, grifou-se);

A teor do art. 373, II, do CPC/2015 (art. 333, II, do CPC/1973), competia à empresa a utilização dos meios de prova colocados à sua disposição, para que pudesse se eximir da obrigação de indenizar:

Art. 373 O ônus da prova incumbe:

[...]

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Do citado dispositivo de lei, decorre que “o réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as consequências que pretende.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 14ª ed. São Paulo: RT, 2014. p. 754).

Logo, diante do acervo probatório amalhado ao processo, mantém-se a condenação imposta no juízo de origem.

Em relação ao montante da compensação pecuniária, elucidou o Exmo. Des. Jaime Ramos, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2012.065940-8:

O “quantum” da indenização do dano moral há de ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para o lesado

In casu, a decisão singular fixou em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para cada autor, o ressarcimento pelo abalo anímico suportado.

Tem-se, contudo, que, em relação aos danos morais, a quantia individual de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), é mais coerente para fins reparatórios, por proporcionar uma compensação justa à parte lesada, e por possuir caráter pedagógico válido, no sentido de coibir condutas semelhantes.

Referido número foi recentemente arbitrado, em processo julgado por esta Câmara, relativo ao mesmo evento:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. LOTEAMENTO APROVADO PELO MUNICÍPIO DE JOINVILLE. MOVIMENTAÇÃO DO TERRENO. INTERDIÇÃO DE CASAS. REPARAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS PACTUADA EM ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO PARCIAL

DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. APELOS, EM PARTE, PREJUDICADOS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO PELO EVENTO DANOSO. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO ESPECÍFICA. ABALO MORAL CONFIGURADO. MONTANTE REPARATÓRIO. REDUÇÃO. NECESSIDADE. CONDENAÇÃO DO ENGENHEIRO AGRÔNOMO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA INSUFICIENTE. RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESTA FRAÇÃO, DESPROVIDO. INSURGÊNCIA DA IMOBILIÁRIA CONHECIDA, EM PARTE, E NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE ACOLHIDA. (TJSC, Apelação Cível n. 0031592-95.2006.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 20-08-2019).

Dessa forma, no ponto, acolhe-se, em parte, a pretensão de Nova Brasília Imóveis Ltda.

I - Do inconformismo da autora

Maura Ruth dos Santos Moura e Demival Moura, ora apelantes, asseveram que a Municipalidade e o engenheiro responsável pelo loteamento, também devem ser condenados pelo infortúnio em questão.

Constou na Anotação de Responsabilidade Técnica n. 667989 (fl. 105), avençada entre Décio de Oliveira Cabral - engenheiro agrônomo CREA/SC 5.933 - e Nova Brasília Imóveis Ltda., em relação a Rua Advogado Miguel Cercal, onde estava o imóvel da autora:

- a) descrição - resumo do contrato (item 15): a “responsabilidade técnica pela elaboração e execução da implantação de um loteamento (plano de corte da vegetação e serviço topográfico com locação de lotes)” e
- b) atividade (item 24): objeto: 20; classificação: A0804; nível: 6.
- c) descrição complementar da obra ou serviço: levantamento topográfico da área para a execução de um loteamento.

A respeito, assentou o magistrado sentenciante:

Ainda mais impertinente é a hipótese de responsabilização do engenheiro Décio de Oliveira Cabral, que foi contratado pela Nova Brasília Imóveis Ltda. para elaborar projeto para o “desmatamento de área da contratante, onde a mesma pretende implantar o loteamento Jardim Carlos II” (Art n. 683/540/CREA-SC). A Décio, engenheiro agrônomo, não cabia atestar a regularidade ou não do aterramento que a Nova Brasília Imóveis Ltda pretendia realizar (e realizou irregularmente) no terreno. Competia-lhe apenas analisar a viabilidade de promover-se a supressão de vegetação no local, em consonância com o serviço para o qual foi contratado. E foi isso o que ele fez, conforme restou incontroverso nos autos. Aliás, mesmo que Décio tivesse sido contratado para elaborar o projeto de aterramento e terraplanagem do local, não lhe caberia partilhar a responsabilidade pela atuação do empreendedor em desacordo com as normas técnicas porque, “em regra, não é possível responsabilizar por falhas na execução de reforma em residência o engenheiro que se obrigou apenas a realizar projeto, nos termos do artigo 610, § 2º, do Código Civil” (TJSC Ap. Cível n. 2011.070137-1, rel. Des. Henry Goy Petry Júnior, j. Em 29/05/2014) (fls. 539-540, grifou-se).

Permanece, então, afastada a sua responsabilidade pelo evento em tela.

Em relação ao Poder Público, a regra insculpida no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, atribuiu aos entes municipais a teoria da responsabilidade objetiva, segundo a qual, as pessoas jurídicas de direito público respondem pelo danos que seus agentes causarem a terceiro, resguardado, todavia, o direito à ação regressiva.

Contudo, a aplicação desta modalidade, é mitigada nas hipóteses em que resta demonstrada uma omissão do Poder Público, a qual pode aparecer de forma específica ou genérica, e somente neste último caso, é que será examinada a culpa.

Sobre o tema, transcreve-se trecho do elucidativo aresto de relatoria do Des. Luiz César Medeiros, que passa a integrar o presente:

[...] em razão de uma omissão genérica ao dever de agir, o Poder Público não pode ser responsabilizado com fundamento na teoria da responsabilidade objetiva, pois os danos decorrentes de sua inação refogem à égide do controle público. Adotar esta teoria equivaleria a transformar o Estado em “segurador universal” o que, em última análise, significa a aplicação pura e simples da teoria do risco integral. De outro lado, 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. (Apelação Cível n. 2009.046487-8, de Criciúma, j. em 16-09-2009).

Na espécie, imputa-se ao Município de Joinville, ora apelado, o descumprimento de sua obrigação em proceder à “ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar [...] a exposição da população a riscos de desastres” (art. 2º, VI, “h”, Lei Federal n. 10.257/2001).

É certo que, «conforme orientação do STJ, há responsabilidade solidária do Município em relação às obras de infraestrutura quando loteamento aprovado, o que faz sentido, pois se conheceu do e aprovou o, não se trata de empreendimento clandestino, e por isso, se negligenciou na fiscalização da execução das obras de infraestrutura, solidarizou-se; e, tendo-se solidarizado, responde isoladamente, cabendo-lhe regresso contra os responsáveis diretos na forma da lei civil (CC, arts. 275 e 283)» (Apelação Cível Nº 70074029380, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Irineu Mariani, J. em 25/04/2018).

Conquanto o ente público municipal tenha chancelado o loteamento sob exame, ressaltou no alvará acostado à fl. 112, verbis: “após a terraplanagem deverá ser feita a recuperação dos taludes com enleivamento dos mesmos, assim como a drenagem superficial com a colocação de canaletes de pé e crista de talude para se evitar infiltração, erosões e deslizamentos, conforme projeto”.

Dessa forma, conforme assentou o Togado a quo,

se o Estado não agiu, não se pode dizer que ele causou o dano com suas ações e, por isso, sua responsabilização só tem lugar se restar comprovado que ele, o Estado, tinha a obrigação legal de impedir o dano e não o fez.[...]

Por isso é que, tendo atuado dentro dos limites da competência constitucional que lhe cabia e, inclusive, alertado o empreendedor acerca da necessidade de adoção de medidas preventivas em relação a deslizamentos de terra, o Município de Joinville não descumpriu qualquer dever legal que lhe era imposto. Logo, não há como responsabilizá-lo solidariamente pelo ocorrido (fl. 539, grifou-se).

Logo, mantém-se, no ponto, a sentença vergastada.

Diante da apreciação do apelo da Nova Brasília Imóveis Ltda., concernente ao montante da indenização do dano moral, as razões recursais sobre a questão restam prejudicadas.

No que tange aos danos materiais autora postulou a sua majoração, “uma vez que as famílias tiveram as suas vidas mudadas para pior” (fl. 562).

Nada obstante, como é certo que o ressarcimento em tela não prescinde da demonstração eficaz do prejuízo patrimonial sofrido pela parte, incabível o acolhimento do aludido pleito, diante da falta de elementos a tanto, pelas provas jungidas aos autos.

Nesse contexto, a jurisprudência dispõe que “a condenação à reparação por danos materiais depende da comprovação concreta da sua existência, de forma que não cabe ser concedida com base em meras suposições ou conjecturas. Ou seja, apenas os danos emergentes e os lucros cessantes efetivamente demonstrados devem ser indenizados, sob pena de enriquecimento ilícito.” (TJSC, Apelação Cível n. 0002095-59.2010.8.24.0082, da Capital - Continente, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 27-3-2018).

Como houve mínima reforma da decisão singular, determina-se a manutenção da distribuição dos ônus sucumbenciais. Diante do exposto, é medida que se impõe, conhecer, em parte, e nesta extensão: a) dar parcial provimento ao recurso da Nova Brasília Imóveis Ltda para minorar os danos morais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e b) negar provimento ao recurso dos autores.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4018605-19.2019.8.24.0000, da Capital

Relator: Desembargador Jaime Ramos

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE ADMITIU O FRACIONAMENTO, INDIVIDUALIZADO POR ASSOCIADO EXEQUENTE, DO VALOR GLOBAL DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS EM AÇÃO COLETIVA E ORDENOU O PAGAMENTO MEDIANTE REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV). IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À REGRA DO ART. 100, § 8º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VERBA FIXADA DE FORMA GLOBAL, UNA E INDIVISA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

“1. Uma vez que o crédito do advogado se origina de uma relação de direito processual, sendo devido em função de atos únicos praticados no curso do processo, em proveito de todos os litisconsortes e independentemente de quantos eles sejam, fixados os honorários de forma global sobre o valor da condenação, o crédito constituído é uno, indivisível e guarda total autonomia no que concerne ao crédito dos litisconsortes.

2. Nas causas em que a Fazenda Pública for condenada ao pagamento da verba honorária de forma global, é vedado o fracionamento de crédito único, consistente no valor total dos honorários advocatícios devidos, proporcionalmente à fração de cada litisconsorte, sob pena de afronta ao art. 100, § 8º, da Constituição.

3. Embargos de divergência providos para determinar que a execução dos honorários advocatícios se dê de forma una e indivisa. [...]” (ARE 797.499-AgR-EDv/RS, rel. Ministro DIAS TOFFOLI, j. 07/02/2019).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4018605-19.2019.8.24.0000, da comarca da Capital Execuções contra a Fazenda Pública e Precatórios em que é Agravante Estado de Santa Catarina e Agravado Associação de Praças do Estado de Santa Catarina APRASC.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Ramos (Presidente), Ronei Danielli e Ricardo Roesler.

Florianópolis, 5 de novembro de 2019.

Desembargador Jaime Ramos

Relator

RELATÓRIO

O Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão que, nos autos do Cumprimento de Sentença contra a Fazenda Pública n. 0005479-

95.2019.8.24.0023 (desmembramento do Cumprimento de Sentença n. 0307871-37.2016.8.24.0023), proposta pela Associação de Praças do Estado de Santa Catarina - APRASC, autorizou o pagamento dos honorários advocatícios por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV), os quais foram arbitrados na Ação Coletiva n. 0034229-25.2010.8.24.0023/03, ora executada.

Sustenta, em suma, que a cobrança dos honorários advocatícios fixados na ação coletiva, de forma individualizada, caracteriza fracionamento do crédito e burla ao regime de precatórios, violando, desta forma, o disposto no art. 100, § 8º, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

O agravante busca a reforma da decisão objurgada para que não haja pagamento de honorários advocatícios por meio de RPV.

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo (págs. 24/28).

A parte agravada deixou transcorrer “in albis” o prazo para apresentar contraminuta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, considerou ausente o interesse público na causa e deixou de opinar.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão proferida nos autos do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública n. 0005479-95.2019.8.24.0023 (desmembramento do Cumprimento de Sentença n. 0307871-37.2016.8.24.0023), movida pela Associação de Praças do Estado de Santa Catarina - APRASC, que autorizou o pagamento dos honorários advocatícios por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV), os quais foram arbitrados na Ação Coletiva n. 0034229-25.2010.8.24.0023/03, ora executada, nos seguintes termos:

- Se já deferida ou requerida, mantenho e defiro a justiça gratuita.
- O Cartório deve promover, junto à autuação, o cadastro dos associados listados na petição inicial na qualidade de “interessados”.

- 1) Os créditos dos associados Jose Ari Wolff Neto, Jose Ataíde de Sa e os honorários advocatícios de sucumbência, consoante decisão proferida no AgREsp n. 1.292.249/SC, condizem ao de pequeno valor;
- 2) Os créditos dos demais associados não se enquadram no conceito de pequeno valor e estão sujeitos à expedição de precatório.

Intime-se a parte executada por um dos meios previstos na cabeça do art. 535 do CPC, na pessoa de seu representante judicial, para, querendo, impugnar a execução no prazo de 30 (trinta) dias. Na hipótese de impugnação parcial, a parte demandada deverá apontar o valor que entende incontroverso, desde já autorizado o seu pagamento, a teor do art. 535, § 4º, do C.P.C.

Não o fazendo, no todo ou parcialmente, encaminhem-se os autos à contadoria judicial para elaboração de demonstrativo de cálculo nos moldes da Resolução G.P./T.J. nº 49/2013 e, após, expeça-se a competente Requisição de Pagamento de Precatório relativamente ao crédito principal, anotando tratar-se de verba de natureza alimentícia.

Quanto aos créditos que perfazem pequeno valor, expeçam-se os ofícios requisitórios ao devedor, via meio eletrônico, para que efetue o pagamento no prazo de 2 (dois) meses, contado da entrega da requisição (art. 535, §3º, II, do CPC). Em não o fazendo, a chefia do Cartório proceda ao sequestro da importância, via “bacen jud”, previamente atualizada pela Contadoria, seguido da intimação da parte executada e, oportunamente, da expedição do alvará respectivo. Após, intime-se a parte exequente para, no prazo de 5 (cinco) dias, manifestar-se sobre o adimplemento do seu crédito, sob pena de se presumir a integral quitação.

Oferecida impugnação, intime-se a parte exequente para falar sobre ela, em 5 (cinco) dias.

Defiro a retenção no percentual de 15% dos créditos em execução a título de honorários advocatícios contratuais, consoante pacto acostado às fls. 5-7.

Quanto à contribuição previdenciária e ao imposto de renda, não incidirão se o *valor do principal* tiver natureza indenizatória. Em relação aos *honorários advocatícios*, não incidirá contribuição previdenciária, por estarem os Advogados submetidos a regime previdenciário próprio. No entanto, haverá incidência do imposto de renda, visto que esta verba se consubstancia em renda cuja percepção representa o fato gerador do tributo, nos termos do art. 43, I, do CTN.

- Relativamente à taxa de serviços judiciais T.S.J. e ao custeio de despesas processuais, observem-se a lei estadual n. 17.654, de 27.12.18, em vigor a partir de 1º.4.19, e a Resolução C.M. n. 3, de 11.3.19, com vigência também daquela data. (págs. 30/31 dos autos de origem)

Como consabido, a via processual recursal do agravo de instrumento serve para o combate de decisões proferidas nos juízos originários, de forma que o exercício da instância recursal cinge-se a apreciar o acerto ou o desacerto da decisão recorrida, estando obstruído o exame de questões não tratadas pelo Juízo de origem, sob pena de caracterizar supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição.

A propósito:

O agravo de instrumento constitui recurso que se presta tão só a apreciar o acerto ou desacerto da decisão vergastada, no momento em que foi proferida, razão pela qual é vedado ao juízo *ad quem* examinar elementos que não foram ainda apreciados pelo juízo de origem, sob pena de indevida supressão de instância e ofensa ao duplo grau de jurisdição. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0011014-79.2016.8.24.0000, de Blumenau, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 10-05-2018).

O agravo de instrumento segue direcionado à análise do acerto ou desacerto da decisão agravada, de modo que apenas os tópicos submetidos ao crivo do juízo de origem poderão ser conhecidos. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4005669-64.2016.8.24.0000, de Joinville, Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 22-03-2018).

Pois bem.

A demanda originária versa sobre execução de sentença com honorários advocatícios e o presente agravo foi interposto contra a decisão que, nos autos do Cumprimento de Sentença contra a Fazenda Pública n. 0005479-95.2019.8.24.0023 (desembramento do Cumprimento de Sentença n.

0307871-37.2016.8.24.0023), autorizou o pagamento dos honorários advocatícios fixados em ação coletiva, por meio de RPV, em relação a cada substituído.

Conforme dispõe o art. 100, §§ 3º e 8º, da Constituição Federal:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

[...]

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

[...]

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

Inferre-se dos autos de origem que a agravada iniciou o cumprimento de sentença n. 0005479-95.2019.8.24.0023 - originado da ação coletiva n. 0034229-25.2010.8.24.0023/00003 -, sustentando que o valor dos honorários advocatícios consiste na soma da verba honorária individual devida ao patrono de cada um dos substituídos, atingindo o montante total de R\$ 33.832,24 (pág. 1 dos autos de origem).

Importante salientar que tal quantia não se refere ao valor total executado, mas apenas à parte do grupo de associados que já iniciaram a execução.

Assim, o Juiz a quo determinou a expedição de Requisição de Pequeno Valor (RPV) para o pagamento dos honorários de sucumbência de forma individualizada em relação a cada associado credor (págs. 29/30 dos autos de origem).

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os embargos de divergência nos Recursos Extraordinários n. 919269, n. 919793 e n. 930251 e no Agravo em Recurso Extraordinário n. 797499, decidiu, por maioria de votos, pela impossibilidade do fracionamento de honorários advocatícios fixados em ação coletiva proposta contra a Fazenda Pública.

Na ocasião, o relator, Ministro Dias Toffoli, entendeu que a quantia devida a título de honorários advocatícios é uma só, fixada de forma global, pois se trata de um único processo, e, portanto, consiste em título que deverá ser executado de forma una e indivisa.

O acórdão que definiu a questão restou assim ementado:

Embargos de divergência no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional e Processual. Regra do art. 100, § 8º, da CF. Litisconsórcio ativo facultativo. **Honorários advocatícios. Crédito autônomo, uno e indiviso fixado de forma global. Execução proporcional à fração de cada litisconsorte. Impossibilidade.** Embargos de divergência providos.

1. Uma vez que o crédito do advogado se origina de uma relação de direito processual, sendo devido em função de atos únicos praticados no curso do processo, em proveito de todos os litisconsortes e independentemente de quantos eles sejam, fixados os honorários de forma global sobre o valor da condenação, o crédito constituído é uno, indivisível e guarda total autonomia no que concerne ao crédito dos litisconsortes.

2. Nas causas em que a Fazenda Pública for condenada ao pagamento da verba honorária de forma global, é vedado o fracionamento de crédito único, consistente no valor total dos honorários advocatícios devidos, proporcionalmente à fração de cada litisconsorte, sob pena de afronta ao art. 100, § 8º, da Constituição.

3. Embargos de divergência providos para determinar que a execução dos honorários advocatícios se dê de forma una e indivisa.

4. Custas sucumbenciais invertidas, observada a eventual concessão de justiça gratuita. (ARE 797.499-AgR-EDv/RS, rel. Ministro DIAS TOFFOLI, j. 07/02/2019 – grifou-se).

No mesmo sentido:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO COLETIVA. FRACIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. **1. O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 919.269-ED-EDv, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, por maioria de votos, firmou o entendimento de que o crédito do advogado é autônomo, uno e indivisível, sendo vedada a sua execução proporcional à fração de cada litisconsorte.** 2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve prévia fixação de honorários advocatícios de sucumbência. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STF, RE 1190856 AgR, rel. Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 31/05/2019 – grifou-se).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. FRACIONAMENTO DE HONORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DISCORDÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.

1. O entendimento adotado no acórdão recorrido mostra-se divergente da jurisprudência predominante neste Supremo Tribunal Federal, segundo a qual, tratando-se de crédito único e individual do advogado, não é possível a execução dos honorários de maneira proporcional ao quinhão de cada litisconsorte, sob pena de violação do art. 100, § 8º. Compreensão diversa demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

2. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, sobretudo no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República.

3. Agravo interno conhecido e não provido”. (RE-AgR 1.041.293, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 5.4.2019 – grifou-se).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em caso semelhante, em que figura como parte a ora agravada, entendeu pela impossibilidade de fracionamento do valor dos honorários advocatícios em relação a cada exequente (substituído) que foi vencedor em ação civil pública, como no caso da espécie. Vejamos:

“EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. DECISÃO QUE ADMITIU O FRACIONAMENTO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, EM RELAÇÃO A CADA EXEQUENTE (SUBSTITUÍDO), PARA PERMITIR O PAGAMENTO POR MEIO DE RPV. IMPOSSIBILIDADE. VERBA FIXADA DE FORMA GLOBAL. PRECEDENTES DO STF. DECISÃO CASSADA. RECURSO PROVIDO.

“[...] 1. Nas causas em que a Fazenda Pública for condenada ao pagamento da verba honorária de forma global, é vedado o fracionamento de crédito único, consistente no valor total dos honorários advocatícios devidos, proporcionalmente à fração de cada litisconsorte, sob pena de afronta ao art. 100, § 8º, da Constituição Federal.

“2. Agravo regimental ao qual se dá provimento’ (AgR no RE n. 1038035, rel. P/ acórdão Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 7-11-2017)”. (TJSC. Agravo de Instrumento n. 4005417-90.2018.8.24.0000, da Capital. Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 13/11/2018).

Do corpo do acórdão extrai-se:

“Determinou-se o pagamento dos honorários por meio de RPV. Todavia, tais valores não se referem ao valor total executado, mas apenas à parte do grupo de associados (321) que deram andamento à execução, tanto que a Aprasc requereu a suspensão da execução em relação aos demais substituídos (854 associados) (f. 19/20).

“Assim, evidente o fracionamento dos honorários de execução - verba que corresponde a 10% do valor total do débito - em relação aos exequentes substituídos, o que não é admitido

“Ou seja, como a verba honorária foi fixada em valor global para remunerar o trabalho prestado ao conjunto dos litisconsortes (substituídos), não é cabível o fracionamento da execução dos honorários, sob pena de afronta ao art. 100, § 8º, da CRFB.

“São inúmeros os precedentes do STF:

“1.

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional e Processual. Ação promovida em litisconsórcio facultativo. Honorários advocatícios. Execução proporcional à fração de cada litisconsorte. Artigo 100, § 8º, da CF. Violação. Ocorrência. Precedentes.

1. Nas causas em que a Fazenda Pública for condenada ao pagamento da verba honorária de forma global, é vedado o fracionamento de crédito único, consistente no valor total dos honorários advocatícios devidos, proporcionalmente à fração de cada litisconsorte, sob pena de afronta ao art. 100, § 8º, da Constituição Federal.

2. Agravo regimental ao qual se dá provimento. (AgR no RE n. 1038035, rel. P/ acórdão Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 7-11-2017)

2.

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO

EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AÇÃO PROPOSTA EM LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. CONDENAÇÃO GLOBAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EM MÚLTIPLAS DEMANDAS, DE FORMA FRACIONADA, CONSIDERADO O NÚMERO TOTAL DE LITISCONSORTES. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 100, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTE DESTA SEGUNDA TURMA EM CASO IDÊNTICO. 1. Mesmo em causas promovidas em regime de litisconsórcio facultativo simples, é vedado o fracionamento da execução dos honorários advocatícios sucumbenciais se a condenação à verba honorária se deu em valor global, para remunerar o trabalho prestado ao conjunto dos litisconsortes. Em casos tais, o crédito de honorários é um só e está revestido de autonomia em relação ao crédito principal, com ele não se confundindo (princípio da autonomia dos honorários de sucumbência). 2. Precedente em caso idêntico: RE 949.383-AgR (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 17/5/2016). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

“(AgR no RE n. 954418, rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 9-8-2016)

“3.

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FRACIONADA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÃO COLETIVA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AgR no RE n. 949383, rel. Min. Carmem Lúcia, Segunda Turma, j. 17-5-2016)

“Ainda, desta Corte:

“EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - TÍTULO JUDICIAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - LITISCONSÓRCIO ATIVO - UNIDADE DA VERBA - INVIABILIDADE DE FRACIONAMENTO.

“Os honorários advocatícios detêm natureza alimentar e possuem autonomia. Ainda que atrelados à condenação principal, decorrem do labor profissional e, por isonomia, merecem o mesmo tratamento e prestígio que se daria em outro crédito daquela espécie. São por expressa previsão legal pertencentes ao advogado. A execução e a expedição de requisitórios (RPV/RPP), de maneira individual, estão em harmonia com o art. 100, § 8º, da Constituição Federal. Precedentes desta Corte e do STJ. Súmula Vinculante. Não se admite, porém, que estes mesmos honorários sejam satisfeitos, no único processo executivo, de maneira fracionada, postulando o advogado (tornado exequente) uma cisão quanto ao crédito derivado de cada litigante que fora por ele representado. Isso seria artificial: o trabalho do advogado foi único, aproveitando-se das vantagens propiciadas pela formação de litisconsórcio na mencionada fase de conhecimento. O fato de os seus clientes, agora também exequentes, terem créditos pessoais não justifica que o causídico busque apartar seu crédito (único na essência) para se beneficiar, menor os valores apartados, das mercês das requisições de pequeno valor. Recurso conhecido e desprovido. (AI n. 0134644-46.2014.8.24.0000, de Brusque, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quarta Câmara de Direito Público, j. 31-8-2017)

Deixa-se de aplicar os julgados do STJ mencionados pelo agravado, pois trata-se de matéria eminentemente constitucional, cuja interpretação final compete ao STF.

Aliás, assim já decidiu o próprio STJ:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO COLETIVA. LITISCONSÓRCIO. EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. FRACIONAMENTO DA VERBA. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. A Corte local consignou ser “Vedada a cobrança de parcela de honorários calculada sobre o crédito de cada litisconsorte/filiado substituído pela entidade de classe, pois configura indevido fracionamento, vedado pelo art. 100, § 8º da CF, na medida em que a verba honorária fixada na ação é única”.

3. O acórdão impugnado possui como fundamento matéria eminentemente constitucional, porquanto o deslinde da controvérsia deu-se à luz do art. 100, § 8º, da Constituição da República, de modo que a via especial não se presta a modificar os termos do aresto a quo, sob pena de invadir a competência exclusiva da Suprema Corte.

4. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp n. 933.894/RS, rel. Min. Herman benjamin, Segunda Turma, j. 18-10-2016)”

Ademais, a Lei Estadual n. 15.945/2013, que alterou a redação do art. 1º da Lei n. 13.120/2004, estabelece que:

Art. 1º Fica definido o limite de 10 (dez) salários-mínimos para as obrigações de pequeno valor a que alude o § 3º do art. 100 da Constituição Federal, com redação introduzida pelas Emendas Constitucionais nº 30, de 13 de setembro de 2000, nº 37, de 12 de junho de 2002, e nº 62, de 09 de dezembro de 2009.

No caso, além da inviabilidade do fracionamento, o valor pretendido pela agravante, a título de honorários advocatícios sucumbenciais, alcança a cifra de R\$ 33.832,24 (pág. 01 – autos de origem), superior, portanto, aos 10 (dez) salário mínimos previstos na Lei Estadual n. 13.120/04, com a alteração dada pela pelo n. 15.945/13, particularidade que impede a expedição de Requisição de Pequeno Valor.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para determinar que o pagamento da verba honorária seja requisitado por meio de precatório.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Reexame Necessário e Apelação Cível n. 0001391-69.2010.8.24.0042, de Maravilha

Relatora: Desa. Vera Copetti

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE, COM DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO, PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA QUE, DURANTE A REALIZAÇÃO DO CERTAME, MANIPULOU O RESULTADO E APROVOU DUAS CANDIDATAS ANTERIORMENTE ESCOLHIDAS PARA OS CARGOS DE ODONTÓLOGO E FARMACÊUTICO.

RECURSOS DOS DEMANDADOS.

1) PRELIMINARES. CERCEAMENTO DE DEFESA – PELO INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – E ILEGITIMIDADE PASSIVA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IRRECORRIDA. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO. AGENTE POLÍTICO. PEDIDO DE EXTINÇÃO DA AÇÃO, ANTE A INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO.

“[...] De acordo com a jurisprudência do STJ, a Lei n. 8.429/1992 é aplicável aos agentes políticos.” (AgInt no AREsp 625.949/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 08/11/2018)

2) MÉRITO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA, REALIZADA VERBALMENTE, PARA DIRECIONAR A APROVAÇÃO PARA AS VAGAS DOS CARGOS DE ODONTÓLOGO E FARMACÊUTICO A CANDIDATAS PRÉ-ESTABELECIDAS. BURLA À OBRIGATORIEDADE DE LICITAR. VANTAGEM PATRIMONIAL ADVINDA DA FRAUDE LICITATÓRIA – CARÁTER COMPETITIVO FRAUDADO. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. DANO *IN RE IPSA*.

“[...] Quanto à existência de dolo, a jurisprudência do STJ entende que o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano *in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta. O próprio art. 10, VIII, da Lei 8.492/1992 conclui pela existência de dano quando há frustração do processo de licitação, inclusive abarcando a conduta meramente culposa. Logo, não há perquirir-se sobre a existência de dano ou má-fé nos casos tipificados pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes: REsp 1.685.214/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017, REsp 1.624.224/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 6/3/2018, e REsp 769.741/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 20.10.2009. [...]. 8. Recursos Especiais parcialmente conhecidos e não providos.” (REsp 1732761/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 16/11/2018)

FRAUDE NO PROCESSO SELETIVO. LAUDOS PERICIAIS QUE DEMONSTRAM AS TROCAS DE GABARITOS. INTERVENÇÃO DOS SÓCIOS DA EMPRESA CONTRATADA, PARA A SUBSTITUIÇÃO DOS CARTÕES DE RESPOSTAS QUE ALÇARAM AS CANDIDATAS AOS PRIMEIROS LUGARES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.

DOSIMETRIA DAS PENAS. PEDIDOS DE MINORAÇÃO DA MULTA CIVIL E DE AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. REDUÇÃO DAS SANÇÕES APLICADAS AO ENTÃO

PREFEITO MUNICIPAL. RECURSO PROVIDO, NO PONTO. MANUTENÇÃO DAS PENALIDADES IMPOSTAS NA SENTENÇA, EM RELAÇÃO AOS DEMAIS REQUERIDOS.

REMESSA NECESSÁRIA. DANO MORAL COLETIVO. NÃO OCORRÊNCIA.

“Quanto ao pedido de condenação ao dano moral extrapatrimonial ou dano moral coletivo, insta salientar que este é cabível quando o dano ultrapassa os limites do tolerável e atinge, efetivamente, valores coletivos, o que não foi constatado pela corte de origem.” (AgRg no REsp 1513156/CE, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18.8.15).” (TJSC, Apelação n. 0005774-08.2012.8.24.0079, de Videira, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 17-05-2016). (TJSC, Apelação Cível n. 0047398-50.2008.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 14-02-2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário e Apelação Cível n. 0001391-69.2010.8.24.0042, da comarca de Maravilha 2ª Vara em que é/são Apelante (s) Camila Silva e outros e Apelado (s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer da remessa necessária; conhecer parcialmente dos recursos interpostos por PL Consultoria e Assessoria Ltda., Clóvis Pauletti, Marcos Antônio Perin, Cionara Dall’Agnol e Camila Silva e negar-lhes provimento; bem como, conhecer do recurso de Milton Luís Müller e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Des. Sônia Maria Schmitz (com voto) e dele participaram a Exma. Desa. Vera Copetti e o Exmo. Des. Rodolfo Tridapalli.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Narcísio Geraldino Rodrigues.

Florianópolis, 11 de julho de 2019.

Desembargadora Vera Copetti

Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e apelações cíveis, interpostas por PL Consultoria e Assessoria Ltda. e outros, Camila Silva, Cionara Dall’Agnol e Milton Luís Müller, contra a sentença proferida nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa n. 042.10.001391-2, da 2ª Vara da comarca de Maravilha, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, nos seguintes termos:

“[...], **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido formulado na inicial e **DECLARO** a nulidade do teste seletivo do Município de São Miguel da Boa Vista, regido pelo edital n. 001/2010, apenas quanto às candidatas Cionara Dall Agnol e Camila Silva, tornando definitiva a exoneração de ambas, tal como fundamentado na decisão que antecipou os efeitos da tutela;

1. Com relação a ré PL Consultoria e Assessoria Ltda.:

1.1 DECLARO-A como incurso na prática de ato de improbidade administrativa por concorrer para a fraude na licitação, na medida em que negociou com a administração municipal para dispensar indevidamente a licitação de modo a eliminar a concorrência e possibilitar a sua contratação. Além disso, fraudou o resultado do concurso público realizado no Município de São Miguel da Boa Vista. Dessa forma, incorreu nas sanções correspondentes ao art. 11, inciso V, da Lei de Improbidade, concorrendo, contudo, para a prática prevista no art. 10, inciso VIII.

1.2 DECRETO a proibição, pelo prazo de 5 (cinco) anos, de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

1.3 CONDENO a ré ao pagamento de multa civil no montante de 10 vezes o valor da remuneração percebida pelo Chefe do Executivo municipal na data dos fatos. Sobre essa quantia incide correção monetária pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça desde a data do trânsito em julgado e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, ambos até a data do efetivo pagamento (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92).

2. Com relação ao réu Marcos Perin:

2.1 DECLARO-O como incurso na prática de ato de improbidade administrativa por concorrer para a fraude na licitação, na medida em que negociou com a administração municipal para dispensar indevidamente a licitação de modo a eliminar a concorrência e possibilitar a contratação de empresa na qual é proprietário. Além disso, fraudou o resultado do concurso público realizado no Município de São Miguel da Boa Vista. Dessa forma, incorreu nas sanções correspondentes ao art. 11, inciso V, da Lei de Improbidade, concorrendo, contudo, para a prática prevista no art. 10, inciso VIII;

2.2 DECRETO a suspensão dos direitos políticos do réu pelo prazo de 5 (cinco) anos (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

2.3 DECRETO a proibição, pelo prazo de 5 (cinco) anos, de o réu contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

2.4 CONDENO o réu ao pagamento de multa civil no montante de 10 vezes o valor da remuneração percebida pelo Chefe do Executivo Municipal na data dos fatos. Sobre essa quantia incide correção monetária pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça desde a data do trânsito em julgado e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, ambos até a data do efetivo pagamento (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92).

3. Com relação ao réu Clóvis Pauletti:

3.1 DECLARO-O como incurso na prática de ato de improbidade administrativa por concorrer para a fraude na licitação, na medida em que negociou com a administração municipal para dispensar indevidamente a licitação de modo a eliminar a concorrência e possibilitar a contratação de empresa na qual é proprietário. Além disso, fraudou o resultado do concurso público realizado no Município de São Miguel da Boa Vista. Dessa forma, incorreu nas sanções correspondentes ao art. 11, inciso V, da Lei de Improbidade, concorrendo, contudo, para a prática prevista no art. 10, inciso VIII;

3.2 DECRETO a suspensão dos direitos políticos do réu pelo prazo de 5 (cinco) anos (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

3.3 DECRETO a proibição, pelo prazo de 5 (cinco) anos, de o réu contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

3.4 CONDENO o réu ao pagamento de multa civil no montante de 10 vezes o valor da remuneração percebida pelo Chefe do Executivo Municipal na data dos fatos. Sobre essa quantia incide correção monetária pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça desde a data do trânsito em julgado e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, ambos até a data do efetivo pagamento (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92).

4. Com relação ao réu Milton Luis Müller:

4.1 DECLARO-O como incurso na prática de ato de improbidade administrativa por negociar os cargos públicos e dispensar indevidamente a licitação, para que a empresa ré pudesse ser contratada, para o fim de direcionar o concurso do Município de São Miguel da Boa Vista, previsto no art. 10, inciso VIII, além do ato de improbidade descrito no art. 11, inciso V, da Lei nº 8.429/92;

4.2 DECRETO a suspensão dos direitos políticos do réu pelo prazo de 8 (oito) anos (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

4.3 DECRETO a proibição, pelo prazo de 3 (três) anos, de o réu contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

4.4 CONDENO o réu ao pagamento de multa civil em valor equivalente a dez vezes a remuneração que percebia na data da publicação do Edital de Processo Seletivo n. 001/2010 (13.01.2010). Sobre essa quantia incide correção monetária pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça desde a data do trânsito em julgado e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, ambos até a data do efetivo pagamento (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92).

5. Com relação à ré Cionara Dall Agnol:

5.1 DECLARO-A como incurso na prática de ato de improbidade administrativa por ter concorrido para a fraude do processo seletivo tendo sido beneficiada diretamente com o direcionamento deste. Dessa forma, a ré concorreu para os atos de improbidade previstos no art. 11, V, da Lei n. 8.429/92, nos termos do art. 3º da mesma lei;

5.2 DECRETO a suspensão dos direitos políticos da ré pelo prazo de 3 (três) anos (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

5.3 DECRETO a proibição, pelo prazo de 3 (três) anos, de a ré contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

5.4 CONDENO a ré ao pagamento de multa civil em valor equivalente a 8 (oito) vezes a remuneração que percebia na data da contratação (11.02.2010). Sobre essa quantia incide correção monetária pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça desde a data do trânsito em julgado e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, ambos até a data do efetivo pagamento (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92).

6. Com relação à ré Camila Silva:

6.1 DECLARO-A como incurso na prática de ato de improbidade administrativa por ter concorrido para a fraude do processo seletivo tendo sido beneficiada diretamente com o direcionamento deste. Dessa forma, a ré concorreu para os atos de improbidade previstos no art. 11, V, da Lei n. 8.429/92, nos termos do art. 3º da mesma lei;

6.2 DECRETO a suspensão dos direitos políticos da ré pelo prazo de 3 (três) anos (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

6.3 DECRETO a proibição, pelo prazo de 3 (três) anos, de a ré contratar com o poder público ou de receber

benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92);

6.4 CONDENO a ré ao pagamento de multa civil em valor equivalente a 8 (oito) vezes a remuneração que percebia na data da contratação (11.02.2010). Sobre essa quantia incide correção monetária pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça desde a data do trânsito em julgado e juros de mora de 1% ao mês desde a citação, ambos até a data do efetivo pagamento (art. 12, III, da Lei nº 8.429/92).

Condeno os réus mencionados nos itens 1 a 6 a pagar, de forma solidária, 50% das custas e despesas processuais, porque o autor sucumbiu em parte do seu pedido.

Ainda que o autor tenha sucumbido na parcela de seu pedido, fica isento do pagamento de sua parcela das custas, com fundamento na Lei Complementar Estadual 156/97, art. 35, 'a'" (fls. 496-500).

Alegou o autor ministerial, em síntese, na inicial, que, na data de 13 de janeiro de 2010, o Município de São Miguel da Boa Vista deflagrou processo seletivo, regido pelo Edital n. 001/2010, para o preenchimento de vagas no quadro dos profissionais do magistério e atividades técnicas e científicas de nível superior do Poder Executivo municipal e, na sequência, o Prefeito Municipal, Milton Luís Müller, contratou a empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda. – representada por seus sócios Marcos Antônio Perin e Clóvis Pauletti –, por dispensa de licitação, para a realização do teste seletivo. Afirmou que as vagas destinadas aos cargos de dentista e farmacêutica estavam previamente destinadas às candidatas Cionara Dall'Agnol e Camila Silva, eis que os cartões respostas das provas das candidatas foram substituídos quando da correção, com o propósito de beneficiá-las. Ressaltou, por fim, que não foi realizado o procedimento prévio de dispensa de licitação para a contratação da empresa acima referida, diante do intuito de fraudar a licitude do processo de seleção. Sendo assim, requereu a condenação de Milton Luís Müller e da empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda. pelos atos de improbidade administrativa previstos no art. 11, inciso I, da Lei n. 8.429/92; bem como a condenação de Milton Luís Müller, Marcos Antônio Perin, Clóvis Pauletti, Cionara Dall'Agnol e Camila Silva pela prática dos atos ímprobos descritos no art. 11, inciso V, da Lei n. 8.429/92; a declaração da nulidade da contratação da empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda., do teste seletivo regido pelo Edital n. 001/2010 e das portarias que contrataram as candidatas Cionara Dall'Agnol e Camila Silva; a devolução dos salários pagos a Cionara Dall'Agnol e a Camila Silva; ao pagamento de dano moral coletivo e, ao pagamento das custas e demais despesas processuais (fls. 02-44).

Devidamente notificadas (fls. 51-52), as requeridas Cionara Dall'Agnol e Camila Silva apresentaram defesa preliminar, oportunidade em que alegaram, em preliminar, a nulidade das interceptações telefônicas e da perícia técnica realizada, por não lhes ter sido oportunizada a indicação de perito assistente e a formulação de quesitos. Quanto ao mérito, pretendem a extinção da ação, afirmando (a) que inexistente prova de fraude no processo seletivo n. 001/2010; (b) a fragilidade das provas utilizadas para instruir a presente ação civil pública, eis que não houve qualquer descrição pormenorizada da participação dos requeridos e (c) a ausência de provas de que foram beneficiadas com a suposto esquema fraudulento (fls. 54-67).

Os requeridos PL Consultoria e Assessoria Ltda., Marcos Antônio Perin e Clóvis Pauletti manifestaram-se pretendendo, em preliminar, (i) o reconhecimento da nulidade do Inquérito Civil, devendo ser julgado extinto o processo, sem julgamento do mérito, porque instaurado e conduzido sem a participação ativa e contraditória dos demandados, em inobservância ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal; (ii) a ilegitimidade passiva ad causam de Marcos Antônio Perin, pois, na data da ocorrência dos fatos estava afastado do trabalho por motivo de doença; (iii) a inclusão de todos os candidatos aprovados no teste seletivo regido pelo Edital n. 001/2010 na condição de litisconsortes passivos necessários e (iv) o indeferimento da antecipação de tutela pretendida pelo Ministério Público, em razão das inúmeras irregularidades encontradas no Inquérito Civil. No mérito, requerem a improcedência da ação, alegando que (a) não restou configurado que a empresa e seus sócios tenham cometido ato de improbidade administrativa, visto que sua contratação foi regular e revestida de todas as formalidades legais; (b) não houve fraude na realização do teste seletivo, nem favorecimento a qualquer candidato; (c) inexistente dolo ou culpa na conduta dos agentes; (d) não houve prejuízo ao erário; (e) “o processo licitatório não foi dispensado injustamente, de modo que nada conduz a irregularidade da contratação que justifique a sua anulação”; (f) não foi observado o princípio do contraditório na produção de provas; (g) inexistente má-fé na conduta dos agentes; (h) o pedido formulado pelo Ministério Público é genérico, pois não descreveu a conduta de cada um dos agentes, e (i) inexistente dano moral coletivo, por não haver interesse coletivo no feito. Ao final, requereram a produção de todos os meios de provas em direito admitidas (fls. 68-95) e juntaram a documentação de fls. 96-131.

Por sua vez, Milton Luís Müller apresentou defesa prévia, requerendo, preliminarmente, a extinção do presente feito, ante o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva, eis que a Lei n. 8.429/92 não é aplicável aos agentes políticos. Quanto ao mérito, afirma que (a) o procedimento de dispensa de licitação não exige qualquer formalidade e, no caso em análise, a dispensa era justificável em razão do valor do objeto contratado; (b) não há nexos causal entre sua conduta e a suposta fraude no teste seletivo e (c) os equívocos formais ocorridos no procedimento de dispensa de licitação não constituem, por si sós, ato de improbidade administrativa e foram decorrentes de sua falta de habilidade no exercício da função (fls. 134-145). Juntou documentos às fls. 147-152.

O município de São Miguel da Boa Vista, ao manifestar-se, alegou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva ad causam; requereu sua inclusão no pólo ativo da demanda; ratificou a inicial formulada pelo Ministério Público – exceto os pedidos realizados em desfavor do Prefeito Milton Luiz Müller – e a condenação dos responsáveis pela fraude no teste seletivo (fls. 154-156).

Na sequência, a inicial foi recebida, fundamentadamente, e ordenada a citação dos réus, para a apresentação de defesa (fls. 158-169).

Citadas (fls. 175-176), as requeridas Camila Silva e Cionara Dall’Agnol ofereceram contestação, requerendo, em preliminar, a reintegração imediata aos cargos que ocupavam; bem como a nulidade das interceptações telefônicas e da prova pericial realizada. No mérito, alegam não existir provas da alegada fraude no processo seletivo referente ao Edital n. 001/2010; que a “denúncia” realizada por Patrícia Prevedello não apresentou qualquer indício contundente da alegada fraude e que inexistem

provas de que foram beneficiadas antes ou depois da aplicação do teste seletivo, pelo Prefeito de São Miguel da Boa Vista ou pela empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda. Ao final, pleitearam a produção de todos os meios de prova admitidos em direito (fls. 182-193).

O Município de São Miguel da Boa Vista apresentou resposta, às fls. 195-199, reiterando os argumentos trazidos às fls. 154-156.

Os réus PL Consultoria e Assessoria Ltda., Marcos Antônio Perin e Clóvis Pauletti ofereceram contestação, às fls. 208-233, e Milton Luís Müller também ofereceu contestação, às fls. 234-245, reiterando os argumentos declinados na fase preliminar.

O Ministério Público impugnou a contestação, remetendo-se aos argumentos da inicial e, ao final, postulando o julgamento antecipado da lide e, não sendo este o entendimento, o prosseguimento do feito, com a consequente instrução (fls. 254-264).

Em decisão interlocutória de fls. 274-280, determinou-se a inclusão do Município de São Miguel da Boa Vista no pólo ativo da demanda.

Concluída a instrução, as partes ofereceram alegações finais, às fls. 354-388, fls. 390-393, fls. 397-409, fls. 427-443 e fls. 451-466.

Sobreveio a sentença, julgando parcialmente procedente o pedido formulado na inicial (fls. 467-500).

Irresignados, os réus PL Consultoria e Assessoria Ltda. e outros interpuseram recurso de apelação (fls. 502-529), arguindo, em preliminar, (i) cerceamento de defesa, por terem sido impedidos de produzir prova pericial ou, ao menos, formular quesitos complementares para serem respondidos pelo perito que emitiu o laudo pericial acostado aos autos e por não lhes ter sido dado acesso ao conteúdo integral das interceptações telefônicas e (ii) ilegitimidade passiva ad causam de Marcos Antônio Perin, pois, na condição de pessoa física, não participou do teste seletivo realizado no município de São Miguel da Boa Vista, por estar afastado de suas funções em razão de problemas de saúde. No mérito, pretendem a reforma da sentença (a) por não haver comprovação de dano ao erário; (b) eis que não podem responder por procedimentos internos da Prefeitura Municipal, que levaram à contratação da empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda.; (c) por não haver provas que comprovem fraude no procedimento licitatório vez que, se o valor foi inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), a dispensa de licitação é prevista na Lei de Licitação; (d) porque a simples ausência do procedimento formal de dispensa de licitação não caracteriza ato de improbidade administrativa; (e) por ausência de provas acerca do enriquecimento ilícito dos requeridos; (f) por não haver comprovação do suposto ajuste entre os envolvidos; (g) ante a ausência, na inicial, de efetiva comprovação e individualização da conduta dos recorrentes e (h) por falta de provas suficientes à condenação. Subsidiariamente, requereram a minoração do valor estimado à multa civil, por excessivo.

As requeridas Camila Silva e Cionara Dall'Agnol recorreram separadamente, porém, com idêntica fundamentação (fls. 534-545 e fls. 547-558, respectivamente). Preliminarmente,

alegam a ocorrência de cerceamento de defesa, ante a nulidade da prova pericial, por não lhes ter sido oportunizada a nomeação de assistente técnico para a acompanhar, bem como diante da impossibilidade de apresentação de quesitos complementares, e a nulidade das interceptações telefônicas, por não terem sido juntadas aos autos, nem fazerem provas das alegações descritas na inicial. Quanto ao mérito, postulam a reforma da sentença, ao argumento de não haver provas da alegada fraude no processo seletivo e nem de que foram beneficiadas na referida prova.

Por fim, Milton Luís Müller apelou, postulando, em preliminar, a extinção da ação, pela impossibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos, e, ainda, a declaração de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação na aplicação das penas acima do mínimo legal. No mérito, relativamente à contratação da empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda., afirmou que o procedimento foi realizado pelo Setor de Compras da Prefeitura Municipal; que não houve superfaturamento ou desvio de recursos públicos e que a contratação da empresa ocorreu enquanto estava em gozo de férias. Ressaltou que, verificada sua eventual responsabilidade, a mesma deve ser afastada por inexistência de dano ao erário e também de dolo ou culpa grave. Quanto às irregularidades no teste seletivo, para aprovação de Cionara Dall’Agnol e Camila Silva, afirma que (i) na época do ocorrido encontrava-se em férias; (ii) “não possuiu qualquer participação, direta ou indireta, no Teste Seletivo n. 001/2010, não praticando qualquer ato na qualidade de gestor municipal”; (iii) não realizou qualquer ato com a finalidade de manipular o certame licitatório; (iv) não detinha ciência da inidoneidade da empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda. e (v) inexistiu dolo ou má-fé em sua conduta. No mais, requer a condenação do Estado ao pagamento de honorários advocatícios e, caso seja mantida sua condenação, pretende o afastamento da suspensão dos direitos políticos, a diminuição da multa civil e a fixação da Taxa Selic como critério de cálculo dos juros moratórios, por serem desproporcionais à realidade dos fatos (fls. 560-587).

Com as contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público, às fls. 597-633, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho, então Procurador de Justiça, manifestando-se pelo “a) **conhecimento parcial** e, nessa extensão, **desprovemento** do recurso de apelação cível interposto por PL Consultoria e Assessoria, Clóvis Pauletti e Marcos Antônio Perin; b) **conhecimento parcial** e, nessa extensão, **desprovemento** do recurso de apelação cível interposto por Cionara Dall’Agnol e Camila Silva; c) **conhecimento** e **desprovemento** do recurso de apelação cível interposto por Milton Luís Muller” (fls. 671-676 – grifos no original).

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, no que concerne ao direito intertemporal, considerando que a decisão impugnada foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e interpostos os recursos no ano de 2015, os requisitos de admissibilidade daquele Códex devem ser observados.

O caso é de reexame necessário e de recursos de apelação manifestados contra decisão que, em análise do mérito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa de iniciativa do Ministério Público de Santa Catarina, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar PL Consultoria e Assessoria Ltda., Marcos Antônio Perin, Clóvis Pauletti, Camila Silva, Cionara Dall'Agnol e Milton Luís Müller por concorrerem para a fraude no resultado do concurso público realizado no Município de São Miguel da Boa Vista/SC.

O reexame afigura-se apropriado, in casu, eis que, tendo sido o pleito inicial julgado parcialmente procedente – ante o desacolhimento do pedido de indenização por dano moral coletivo –, é prudente seguir a orientação do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1787858/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 03/05/2019) no sentido de que se aplica, analogicamente, às ações civis públicas julgadas improcedentes o disposto no art. 19 da Lei 4.717/653, que regulamenta a ação popular.

O exame dos autos revela que os recursos interpostos por PL Consultoria e Assessoria Ltda., Clóvis Pauletti, Marcos Antônio Perin, Cionara Dall'Agnol e Camila Silva devem ser parcialmente conhecidos, enquanto que o recurso de Milton Luís Müller deve sê-lo na íntegra, eis que são próprios e tempestivos.

Cabe, então, inicialmente, solucionar os questionamentos acerca das nulidades levantados pelos demandados, ora apelantes.

Consistiriam os vícios apontados em cerceamento de defesa, por indeferimento da pretensão de produzir prova pericial ou, ao menos, formular quesitos complementares ao perito que emitiu o laudo juntado aos autos; bem como por não lhes ter sido dado acesso ao conteúdo integral das interceptações telefônicas.

Tais pedidos foram indeferidos, pelo magistrado de origem, nos termos da decisão interlocutória de fls. 158-169. Os apelantes, no entanto, não recorreram, tornando referido decisum inimpugnável, no ponto (coisa julgada formal), conforme prevê o art. 507 do Código de Processo Civil, in verbis: «É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão».

No que diz respeito à preclusão, Daniel Amorim Assumpção Neves⁴ esclarece:

Tradicionalmente a preclusão é classificada em três espécies: a consumativa, a lógica e a temporal.

A preclusão consumativa se verifica sempre que realizado o ato processual. Dessa forma, somente haverá oportunidade para realização do ato uma vez no processo e, sendo esse consumado, não poderá o interessado realizá-lo novamente e tampouco complementá-lo ou emendá-lo. Essa espécie de preclusão não se preocupa com a qualidade do ato processual, limitando-se a impedir a prática de ato já praticado, ainda que de forma incompleta ou viciada.

3 Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973)

4 *In Manual de direito processual civil* – volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 364.

Na preclusão lógica, o impedimento de realização de ato processual advém da realização de ato anterior incompatível logicamente com aquele que se pretende realizar. Exemplo clássico dessa espécie de preclusão é a aquiescência prevista no art. 1000 do Novo CPC, que extingue o direito da parte de recorrer quando pratica ato de concordância, expressa ou tácita, com a decisão.

Diz-se preclusão temporal quando um ato não puder ser praticado em virtude de ter decorrido o prazo previsto para sua prática sem a manifestação da parte. Ao deixar a parte interessada de realizar o ato dentro do prazo previsto, ele não mais poderá ser realizado, já que extemporâneo. (grifei)

Assim, como bem ressaltou o então Procurador de Justiça e hoje desembargador desta e. Corte, Dr. André Carvalho, “uma vez analisada e decidida, não pode a questão ser objeto de nova análise, com vistas à preservação da segurança jurídica, salvo, por evidente, a possibilidade de interposição do recurso cabível”.

A preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, aventada pelo apelante Marcos Antônio Perin, foi rechaçada e, assim como os demais recorrentes, este não se valeu da faculdade de interpor recurso quando da rejeição da alegação pelo togado a quo (fls. 158-169).

E, ainda que se trate de arguição que pode ser conhecida em qualquer grau de jurisdição, é legítimo o sócio da empresa (Contrato Social juntado às fls. 86-90 do Apenso I) figurar no polo passivo da ação de improbidade administrativa se demonstrada sua participação efetiva na consecução do ato ímprobo. Veja-se, a respeito:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI N. 8.429/92). PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DE SÓCIA ADMINISTRADORA DA EMPRESA BENEFICIADA COM O ATO IMPROBO. INSUBSISTÊNCIA. DEMANDADA QUE CONCORREU E SE ENVOLVEU NOS ATOS DE IMPROBIDADE QUESTIONADOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI N. 8.249/92. PREFACIAL RECHAÇADA. **Para que o terceiro seja legitimado passivo da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, faz-se mister que tenha instigado ou concorrido com o agente público para a prática de ato ímprobo, ou dele tenha se beneficiado. Assim, aquele que, mesmo não sendo agente público, concorrer ou se beneficiar da prática ilícita estará sujeito às sanções cominadas ao ímprobo, conforme dispõe o art. 3º da Lei n. 8.429/92.** MÉRITO. CONSTRUÇÃO DO CENTRO DE SAÚDE MUNICIPAL DE SANTA TEREZINHA DO PROGRESSO. DIVERSAS ILEGALIDADES PERPETRADAS NO TRANSCURSO DA LICITAÇÃO E NA EXECUÇÃO DA OBRA, DENTRE AS QUAIS DESTACA-SE O FRACIONAMENTO DO OBJETO LICITADO. UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE DE CARTA CONVITE, EM VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA AMPLA CONCORRÊNCIA. FAVORECIMENTO DE EMPRESA CAPITANEADA POR PRIMA DO PREFEITO MUNICIPAL À ÉPOCA DOS FATOS. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO ESCRITO E NÃO REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO QUANTO À SEGUNDA ETAPA DA OBRA. UTILIZAÇÃO DE MATERIAIS DE QUALIDADE E PREÇO INFERIORES AOS PREVISTOS NO PROJETO DA OBRA. LIQUIDAÇÃO ILEGAL DE DESPESAS. CONDENAÇÃO DOS AGENTES POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 9º E 10 DA LEI N. 8.429/92. MANUTENÇÃO DO DECISUM. MANIFESTO PREJUÍZO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. ELEMENTO VOLITIVO EVIDENCIADO. (TJSC, Apelação Cível n. 0000509-05.2007.8.24.0013, de Campo Erê, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 12-09-2017 – grifou-se).

Também o pedido de extinção da ação, formulado pelo demandado Milton Luís Müller, sob o fundamento de que os agentes políticos não estão sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa, não merece acolhimento.

Isso porque, a aplicação das disposições da referida lei aos agentes políticos é matéria pacificada pelo e. Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EX-PREFEITO. APLICAÇÃO DA LIA. IMPROBIDADE. NEPOTISMO. ATO CONFIGURADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. O Plenário do STJ decidiu que “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. 2).

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, a Lei n. 8.429/1992 é aplicável aos agentes políticos.

3. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo “indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, evitada de culpa grave nas do artigo 10” (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011). [...]. (AgInt no AREsp 625.949/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 08/11/2018 – grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL.** EDIÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES. NOMEAÇÃO DE SERVIDOR PARA EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO E DESEMPENHO DE ATIVIDADES PRIVATIVAS DE CARGO EFETIVO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC/73. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO EM PARTE DO RECURSO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. INOCORRÊNCIA DE OMISSÕES. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA NO CASO CONCRETO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR E DE UTILIDADE NO REJULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRECEDENTES DESTA CORTE. **APLICABILIDADE DA LEI N. 8.429/92 A AGENTES POLÍTICOS.** INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. PRESENÇA DE DOLO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. APLICAÇÃO NO CASO DOS AUTOS. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.

[...].

VI - Esta Corte firmou orientação no sentido de que o conceito de agente público estabelecido no art. 2º da Lei n. 8.429/92 abrange os agentes políticos, como prefeitos e vereadores, não havendo bis in idem nem incompatibilidade entre a responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei n. 201/67, com a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa e respectivas sanções civis (art. 12, da LIA).

[...].

XI - Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 1748752/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 08/11/2018 – grifou-se)

Por fim, no que toca às preliminares, a alegada nulidade da sentença, por ausência de fundamentação na aplicação das penas acima do mínimo legal, sustentada pelo demandado Milton Luís Müller, confunde-se com o mérito e, por isso, com ele será analisado.

Quanto ao mérito da pretensão recursal, a ação civil pública, *in casu*, revolve em torno da imputação de fraude na realização do certame público regido pelo Edital n. 001/2010, do Município de São Miguel da Boa Vista.

Segundo a descrição da inicial, o Prefeito de São Miguel da Boa Vista, Milton Luís Müller, dispensando indevidamente o processo licitatório, contratou empresa de sua confiança, a PL Consultoria e Assessoria Ltda., de propriedade de Marcos Antônio Perin e Clóvis Pauletti, para a realização de todos os atos atinentes ao processo seletivo regido pelo Edital n. 001/2010 (fls. 09-26 do anexo), em conluio com os quais ficou estabelecido que, ao seu término, fossem aprovadas as candidatas Cionara Dall’Agnol e Camila Silva para ocupar os cargos de odontólogo e farmacêutico, respectivamente, desiderato a ser alcançado mediante a substituição dos cartões respostas por elas preenchidos por outros que garantissem a atribuição de notas suficientes à *aprovação*. Também está relatado que, embora a contratação da empresa tenha ocorrido pelo valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais – fl. 67 do anexo), a avença se fez verbalmente, sem observância aos procedimentos necessários para a contratação direta.

Analisados os autos, constata-se que a falta do prévio procedimento de dispensa de licitação foi confirmada pelo então Prefeito de São Miguel da Boa Vista, Milton Luís Müller, que, embora tenha alegado estar em férias ao tempo dos fatos, afirmou que “os equívocos formais (falta de justificção para dispensa de licitação e não formalização do contrato), são decorrentes de falta de habilidade do Requerido” e que “a falta de formalização do contrato, é um erro formal apenas” (fls. 244-245).

A alegação de Milton, de estar afastado do cargo e, por isso, não ter participado da conduta dita ímproba será, na sequência, objeto de análise na abordagem do mérito.

Além da inadequação da dispensa da licitação pelo gestor público, burlando a obrigatoriedade de licitar, identifica-se ilegalidade na contratação, eis que um dos sócios da contratada, Marcos Antônio Perin, *era*, na época dos fatos, advogado contratado pelo Município de São Miguel da Boa Vista (fls. 420-423 do Apenso III).

Do mesmo modo, não há como afastar a participação de Clóvis Pauletti que, além de sócio, estava à frente da administração da empresa e era o responsável pela realização dos concursos públicos e conferência manual dos gabaritos (Contrato Social de fls. 86-90 do Apenso I).

A regra da obrigatoriedade da licitação é inafastável, como garantia de respeito aos princípios constitucionais orientadores da Administração Pública, previstos no art. 37, caput, inciso XXI, da Constituição Federal, que dispõe, in verbis:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...];

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[...].

O inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal, definiu como requisito, para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, a obrigatoriedade da licitação pública, ressalvados os casos especificados na legislação, como forma de selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público.

Por sua vez, a Lei n. 8.666/93 regulamentou o aludido dispositivo constitucional, definindo expressamente em seu art. 24 os casos de dispensa de licitação, in verbis:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...];

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

[...].

A ressalva que a lei prevê à obrigatoriedade da licitação nem por isso está imune a procedimento destinado especialmente à verificação e formalização do atendimento aos requisitos autorizadores da dispensa.

Além disso, não afasta o ato improbo a impossibilidade de quantificação da diminuição patrimonial do município, sendo presumida a lesão aos cofres públicos pelo ato de contratação direta e de má gestão da coisa pública.

A respeito, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. DANO *IN RE IPSA*. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/1992. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FATOS ATESTADOS NAS PROVAS DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Trata-se de Recursos Especiais interpostos por Cleber Michael Paganelli, HC Comercial Cleber Michael Paganelli - ME, Osvaldo Marques e Cirúrgica Eldorado Distribuidora de Medicamentos Ltda. em peças de interposição semelhantes, por meio do mesmo causídico. Na origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo moveu Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa em razão de dispensa de licitação e fornecimento de medicamentos e outros materiais hospitalares por preço acima do valor de mercado.

2. A apreciação dos argumentos de afronta direta a dispositivos da Constituição e a princípios tipicamente constitucionais é competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme abstrai-se dos arts. 102 e 105 da CF. Assim, não cabe ao STJ, em Recurso Especial, examiná-los.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se firmado no sentido de que, nas ações por improbidade administrativa, o prazo prescricional deve ser contado a partir do dia subsequente ao encerramento do vínculo do agente com a Administração Pública. Inteligência do art. 23, I, da Lei 8.429/1992.

4. Quanto à existência de dolo, a jurisprudência do STJ entende que o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano *in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta. O próprio art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992 conclui pela existência de dano quando há frustração do processo de licitação, inclusive abarcando a conduta meramente culposa. Logo, não há perquirir-se sobre a existência de dano ou má-fé nos casos tipificados pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes: REsp 1.685.214/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017, REsp 1.624.224/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 6/3/2018, e REsp 769.741/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 20.10.2009.

[...].

8. Recursos Especiais parcialmente conhecidos e não providos. (REsp 1732761/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 16/11/2018 – grifou-se)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO *IN RE IPSA* À ADMINISTRAÇÃO.

1. A jurisprudência do STJ entende que o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano *in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta.

2. O próprio art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992 “conclui pela existência de dano quando há frustração do processo de licitação, inclusive abarcando a conduta meramente culposa. Assim, não há perquirir-se sobre a existência de dano ou má-fé nos casos tipificados pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.” (REsp 769.741/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 20.10.2009).

3. Recurso Especial não provido. (REsp 1685214/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017 – grifou-se)

No caso, o Ministério Público, ao ensejo da apresentação das contrarrazões, pela Promotora de Justiça Dra. Marcela Pereira Geller, discorreu, com detalhes, a respeito da motivação dolosa que determinou o desprezo pelas formalidades de dispensa de licitação e da contratação, nos seguintes termos:

“[...] a fraude no teste seletivo somente foi possível porque houve direcionamento na contratação, mediante dispensa de licitação, para que a empresa eleita fosse de confiança do então Prefeito Municipal, Milton Luis Muller, e então fossem aprovadas as candidatas paniguadas, Cionara e Camila.

O Prefeito Municipal Milton Luis Muller dispensou a licitação e contratou para a prestação dos serviços a PL consultoria e assessoria Ltda. de Marcos Perin e Clóvis Pauletti.

A contratação ocorreu mediante dispensa de licitação pelo valor de R\$ 6.500,00, sem sequer ser realizado o necessário procedimento prévio para dispensa de licitação.

A forma que se sucedeu a contratação da PL consultoria e assessoria Ltda. (Marcos Perin e Clóvis Pauletti) foi em comum acordo entre as partes.

Aliás, frisa-se que a contratação da empresa foi verbal, fator que malfez de morte o princípio da legalidade na Administração Pública e denota toda a torpeza e má-fé (caracterizadora do dolo exigido para configuração de alguns atos de improbidade administrativa) da conduta dos réus.

O então Prefeito Milton Luis Muller assim procedeu para direcionar as vagas do cargo de odontóloga e farmacêutica para as candidatas Cionara Dall Agnol e Camila Silva e, para tanto, contou com a empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda., de Marcos Perin e Clóvis Pauletti, que conforme já acertado, substituíram os gabaritos delas e modificaram suas respostas de modo que fossem aprovadas em 1º lugar para os respectivos cargos.

A contratação foi ilegal, pois a empresa foi contratada diretamente, tanto é que um dos sócios, Marcos Perin, na época dos fatos era advogado contratado do Município de São Miguel da Boa Vista (SC) – fls. 419 do procedimento anexo, agravando sobremaneira a conduta praticada, que violou de forma escancarada o princípio da impessoalidade.

Salienta-se que, ainda que a contratação da empresa não tenha ultrapassado o valor em que é dispensável o procedimento licitatório (R\$ 8.000,00), a contratação direta com a empresa requerida deveria, no mínimo, ter obedecido procedimento administrativo de dispensa de licitação, a fim de assegurar a sua legalidade.” (fls. 608/609 – grifos no original).

Nesse contexto, ao burlarem a obrigatoriedade de licitar/dispensar licitação, contratando verbal e diretamente a empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda., sem dar oportunidade a outras empresas de participar do certame, os demandados incorreram em fraude à licitação e causaram dano presumido ao erário municipal, ao impedir que a Administração selecionasse proposta mais vantajosa.

Conclui-se, portanto, que os réus Milton Luís Müller, PL Consultoria e Assessoria Ltda., Marcos Antônio Perin e Clóvis Pauletti praticaram conduta configuradora de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92.

Relativamente à fraude no processo seletivo regido pelo Edital n. 001/2010, verifica-se do conjunto probatório que as candidatas Cionara Dall'Agnol e Camila Silva, as quais obtiveram as primeiras classificações nos cargos de odontólogo e farmacêutico, respectivamente, foram beneficiadas com acréscimos indevidos de notas após alterações realizadas nos cartões-respostas, conforme se infere dos Laudos Periciais elaborados pelo Instituto Geral de Perícias e acostados às fls.158-177 do anexo, dos quais se colhe:

I - DOCUMENTOS QUESTIONADO:

DOCUMENTO 1 - Cartão IDENTIFICAÇÃO DO CANDIDATO (fl. 01), impresso em nome de PL – CONSULTORIA E ASSESSORIA S/S LTDA, apresentando preenchimento manuscrito em nome da candidata CIONARA DALL'AGNOL nos campos do Nome, Cargo, N° Doc. Identidade, Data de Nascimento, Endereço e Cidade, além de apresentar assinatura ilegível em nome da mesma. Observe o anexo reprográfico nº 03.

DOCUMENTO 2 - CARTÃO RESPOSTA (fl. 01), constante de 40 questões, com as alternativas A, B, C, D, E e apresentando marcação manuscrita através de um “X” da questão 1 até a questão 40. Observe o anexo reprográfico nº 04.

DOCUMENTO 3 - Cartão IDENTIFICAÇÃO DO CANDIDATO (fl. 26), impresso em nome de PL – CONSULTORIA E ASSESSORIA S/S LTDA, apresentando preenchimento manuscrito em nome da candidata CAMILA SILVA nos campos do Nome, Cargo, N° Doc. Identidade, Data de Nascimento, Endereço e Cidade, além de apresentar assinatura ilegível em nome da mesma. Observe o anexo reprográfico nº 05.

DOCUMENTO 4 - CARTÃO RESPOSTA (fl. 26), constante de 40 questões, com as alternativas A, B, C, D, E e apresentando marcação manuscrita através de um “X” da questão 1 até a questão 40. Observe o anexo reprográfico nº 06.

[...].

V - DOS EXAMES:

1. Examinados os documentos questionados com auxílio dos instrumentais óticos relacionados no item anterior, constataram os Peritos o seguinte:

1.1. – Documentos examinados no equipamento VSC 5000 – Vídeo Spectral Comparator:

a.- Análise da tinta de caneta do CARTÃO DE IDENTIFICAÇÃO 01 (Documento 1) com o CARTÃO RESPOSTA 01 (Documento 2) - (referente ao quesito nº 1):

Com incidência de radiação para verificação da fluorescência da tinta, constatou-se que a tinta de caneta utilizada nos manuscritos dos dois documentos possui semelhanças na fluorescência (vide o anexo fotográfico abaixo). Porém, não se pode afirmar que os lançamentos manuscritos tenham partido de instrumentos escreventes diferentes, bem como, não se pode afirmar que os manuscritos em ambos os documentos tenham partido do mesmo instrumento escrevente, pois, tintas de canetas diferentes podem ter reação semelhante na fluorescência.

b.- Análise da tinta de caneta do CARTÃO DE IDENTIFICAÇÃO 26 (Documento 3) com o CARTÃO RESPOSTA 26 (Documento 4) - (referente ao quesito nº 2):

Com incidência de radiação para verificação da fluorescência da tinta, constatou-se que a tinta de caneta utilizada nos manuscritos dos dois documentos possui semelhanças na fluorescência (vide o anexo

fotográfico abaixo). Porém, não se pode afirmar que os lançamentos manuscritos tenham partido de instrumentos escreventes diferentes, bem como, não se pode afirmar que os manuscritos em ambos os documentos tenham partido do mesmo instrumento escrevente, pois, tintas de canetas diferentes podem ter reação semelhante na fluorescência.

[...].

d.- Análise da tinta de caneta das aposições “X” constantes da segunda folha do GABARITO OFICIAL (Documento 10) com o CARTÃO RESPOSTA 01 (Documento 2) e o CARTÃO RESPOSTA 26 (Documento 4) - (referente ao quesito nº 4):

Constatou-se que a tinta de caneta utilizada no segundo e no terceiro “X” constantes na segunda folha do GABARITO OFICIAL (Documento 10) possui DIVERGÊNCIA na fluorescência das outras três aposições “X” constantes no referida folha (vide o primeiro anexo fotográfico abaixo), bem como das aposições manuscritas constantes nos outros dois documentos (vide o segundo anexo fotográfico abaixo). Desta forma, podemos afirmar que a tinta de caneta utilizada na aposição dos dois “X” não foi a mesma utilizada na aposição dos outros três “X”, nem nos demais campos do CARTÃO RESPOSTA 01 (Documento 2) e do CARTÃO RESPOSTA 26 (Documento 4). Quanto às demais aposições manuscritas que possuem semelhança na fluorescência, não se pode afirmar que tenham partido de instrumentos escreventes diferentes, bem como, não se pode afirmar que tenham partido do mesmo instrumento escrevente, pois, tintas de canetas diferentes podem ter reações semelhantes na fluorescência.

e.- Análise dos picotes do CARTÃO DE IDENTIFICAÇÃO 01 (Documento 1) com o CARTÃO RESPOSTA 01 (Documento 2), conforme padrão de confronto (Documento 09) – (referente ao quesito nº 5):

Constatou-se o desencontro dos picotes do CARTÃO DE IDENTIFICAÇÃO 01 com o CARTÃO RESPOSTA 01 (vide os anexos fotográficos abaixo), caracterizando que aquele primeiro NÃO foi destacado do segundo.

f.- Análise dos picotes do CARTÃO DE IDENTIFICAÇÃO 26 (Documento 3) com o CARTÃO RESPOSTA 26 (Documento 4), conforme padrão de confronto (Documento 09) – (referente ao quesito nº 6):

Constatou-se o desencontro dos picotes do CARTÃO DE IDENTIFICAÇÃO 26 com o CARTÃO RESPOSTA 26 (vide o anexo fotográfico abaixo), caracterizando que aquele primeiro NÃO foi destacado do segundo.

[...].

Corroborando a conclusão pericial de que houve favorecimento das candidatas Cionara Dall’Agnol e Camila Silva, tem-se a oitiva da informante Patrícia Prevedello, ao declarar:

[...] era bastante amiga da adontóloga Cionara e, na época, foram juntas fazer a prova; no decorrer da prova não percebeu nada de diferente; no dia seguinte, após sair o gabarito, fez a conferência e acertou 24, das 40 questões para o cargo de farmacêutica; com o gabarito em mãos, conversou com Cionara, a qual afirmou ter acertado 12, das 25 questões em comum nas provas para todos os cargos; porém, ao sair o resultado da prova, percebeu que Cionara tinha ficado em 1º lugar para o cargo de odontóloga, com a nota 7,5; que constatou que havia algum erro na nota de Cionara pois, por mais que ela gabaritasse a parte específica da prova, composta de 15 questões, sua nota seria 6,75; posteriormente, conversando com Mari Dall’Agnol, prima de Cionara, foi informada que o pai de Camila Silva, primeira colocada no concurso para o cargo de farmacêutica no

município de São Miguel da Boa Vista, juntamente com o tio de Cionara, Clésio Dall'Agnol, percorreram alguns municípios pedindo emprego para Camila, e que em São Miguel da Boa Vista tiveram uma resposta do Prefeito Milton, de que Camila 'ganharia uma mão' para conseguir o emprego" (documento audiovisual de fl. 316).

Diante disso tudo, resta comprovado que as recorrentes Cionara Dall'Agnol e Camila Silva tiveram os cartões-respostas substituídos com a finalidade de alterar o gabarito assinalado e, assim, aumentar o número de acertos, elevando suas colocações para os primeiros lugares.

Ainda, ao serem ouvidos em juízo, os funcionários da empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda., Gabriela Pissatto e Flávio Santa Catarina, declararam que Clóvis Pauletti era o responsável pela empresa à época dos fatos e que, no concurso de São Miguel da Boa Vista, foi a única pessoa com acesso aos cartões-respostas, fazendo a conferência manual dos gabaritos (documento audiovisual de fl. 316).

Acerca da participação de Marcos Antônio Perin, compete transcrever parte do decisum de lavra da magistrada, Dra. Heloisa Beirith Fernandes, que revela análise acurada dos fatos e que passa a integrar os fundamentos do presente:

“[...]”

O réu relata que estava afastado do trabalho no período em que foram realizadas todas as tratativas e realizado o concurso, não participando de nenhuma fase do teste seletivo em comento. Acrescenta que, para configurar o ato de improbidade administrativa deve estar presente o dolo em sua conduta, bem como que esta conduta deve estar individualizada, o que não ocorreu no presente caso.

Inicialmente, necessário analisar o afastamento do trabalho do requerido.

Fato é que foi reconhecida pela perícia médica administrativa do Instituto Nacional de Previdência Social que Marcos estava temporariamente incapacitado para o trabalho no período de 23.11.2009 até 10.02.2010 (documento de fl. 99).

No entanto, em 02.12.2009, data esta em que deveria estar afastado do trabalho, o requerido peticionou nos autos n. 042.08.001509-5, consoante comprova o documento de fl. 420 dos autos em apenso. Note-se que esta petição refere-se a um processo em que o requerido é o Município de São Miguel da Boa Vista e cuja procuração lhe foi outorgada pelo então Prefeito Municipal, Milton Luís Müller, também réu nesta demanda.

Assim, a tese defendida pelo réu, de que estava afastado de suas atividades e não tinha conhecimento acerca dos fatos não merece prosperar, ainda mais porque estava atuando justamente em prol do Município onde seria realizado o certame.

Apesar de as testemunhas ouvidas em juízo terem dito que Marcos estava afastado para cuidar da esposa, não significa que ele não sabia o que estava acontecendo e do fato obter benefícios. Ademais, seu sócio estava orientado para agir de determinada maneira, especialmente no que diz respeito a isentar Marcos de qualquer culpa.

Outra prova que demonstra que os réus agiram em conluio é a gravação e reportagem apresentada no

odontólogo e farmacêutico, manipularam os cartões-respostas e frustraram a licitude do concurso público, incidindo, portanto, no disposto no art. 11, inciso V, da Lei n. 8.429/925.

Quanto à dosimetria das sanções aplicadas, verifica-se que os apelantes fraudaram procedimento licitatório, consistente na indevida dispensa de licitação com eleição da empresa PL Consultoria e Assessoria Ltda. para a execução do concurso público realizado no Município de São Miguel da Boa Vista; bem como o resultado do concurso público, com alteração dos gabaritos, praticando condutas configuradoras de atos de improbidade previstos nos art. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, demonstrando a gravidade e alta reprovabilidade dos atos praticados por cada um dos agentes.

Diante deste cenário, inviável o pedido de redução dos valores correspondentes à multa civil imposta à PL Consultoria e Assessoria Ltda., à Marcos Antônio Perin e à Clóvis Pauletti, os quais tiveram papel primordial para que a fraude engendrada fosse realizada, agindo de modo a possibilitar que a primeira, da qual os demais são sócios, fosse contratada sem licitação, com burla à legalidade e impedindo que a Administração selecionasse proposta mais vantajosa, tudo isso para favorecer Cionara Dall'Agno e Camila Silva, possibilitando que ocupassem os cargos públicos de odontólogo e farmacêutico, independentemente da pontuação por elas alcançada no processo seletivo.

Sendo assim, merecem ser confirmadas as suas condenações, nos exatos termos da r. sentença, mantendo-se a multa civil, para cada um deles, no valor equivalente a 10 (dez) vezes a remuneração percebida pelo Chefe do Poder Executivo Municipal na data dos fatos, corrigida pelos índices mencionados pelo juízo a quo, os quais estão de acordo com a jurisprudência desta e. Corte, quantia esta que se mostra adequada, ante a gravidade da situação ora em análise, servindo para o fim de desestimular a prática de novos atos de mesma natureza.

Relevante ressaltar que, mesmo que os apelantes não percebessem a remuneração do então Prefeito, o valor da multa civil deve ser vinculado à remuneração deste. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência deste e. Tribunal:

APelação CÍVEL EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCêNDIO EM PRÉDIO PÚBLICO. DISPENSA DE LICITAÇÃO SOB ALEGAÇÃO DE URGêNCIA E INSERÇÃO DE OBRAS E REFORMAS DE AMBIENTES NÃO ATINGIDOS PELO EVENTO DANOSO, VISANDO INCLUI-LAS NA SITUAÇÃO EMERGENCIAL E PERMITIR A CONTRATAÇÃO DIRETA, EM BURLA AOS PRECEITOS CONTIDOS NA LEI N. 8.666/93. PRELIMINAR DE AUSêNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL ANTE A SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS RITOS DA LEI N. 7.347/85 E LEI N. 8.429/92. NãO OCORRêNCIA. PRELIMINAR, ADEMAIS, AFASTADA EM AGRAVO ANTERIOR DO ORA APELANTE POR ESTA CORTE. ALEGAÇÃO DE QUE O INCêNDIO ATINGIRA TODOS

5 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...];

V - frustrar a licitude de concurso público;

[...].

OS COMPARTIMENTOS DO EDIFÍCIO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PROVA ROBUSTA NO SENTIDO DE QUE AO MENOS O AUDITÓRIO E ALGUMAS SALAS RESTARAM PRESERVADAS. CONFISSÃO EXPRESSA DO ORA APELANTE NO RECURSO. GASTOS MAIS ELEVADOS REALIZADOS NO AUDITÓRIO E EM SALAS DIRETIVAS. AÇÃO DELIBERADA E VOLUNTÁRIA VOLTADA À QUEBRA DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. QUEBRA DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. PEDIDOS INICIAIS DE CONDENAÇÃO LASTREADOS NOS ARTS. 10 E 11 DA LIA. APLICABILIDADE, PORÉM, DE APENAS UM ÚNICO FEIXE DE SANÇÕES, COM EXASPERAÇÃO DA PENA. READEQUAÇÃO NECESSÁRIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. DECRETO DE REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO AO ERÁRIO NO IMPORTE DA OBRA INTEGRALMENTE REALIZADA. CRITÉRIO DEMASIADO, TENDO EM CONTA QUE A OBRA FORA ENTREGUE AO PODER PÚBLICO, RESIDINDO A GRAVE ILICITUDE NA INDEVIDA DISPENSA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESNECESSIDADE EMERGENCIAL DA REFORMA QUE NÃO PODE SER MENSURADA SEM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PROCEDIMENTO, CONTUDO, QUE PODE INVIABILIZAR A APLICAÇÃO E EFICÁCIA DA DECISÃO PELA AÇÃO DO TEMPO. POSSIBILIDADE DE APLICAR-SE A MULTA CIVIL COM MAIORRIGOR, TENDO COMO PARÂMETRO A REMUNERAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO, NA FORMA DO ART. 12, III, DA LEI N. 8.429/92, INCIDENTE TAMBÉM SOBRE TERCEIROS BENEFICIADOS PELO ATO ÍMPROBO. PERDA DO CARGO PÚBLICO QUE DEVE LIMITAR-SE À ESFERA DO CARGO EM QUE SE DEU O ATO DE IMPROBIDADE, SALVO FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA QUE EXPRESSA A NECESSIDADE ATINGIR O CARGO DE ORIGEM, HIPÓTESE INOCORRENTE NA ESPÉCIE. PRECEDENTES. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS E PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO ADEQUADAS À GRAVIDADE OSTENTADA PELOS FATOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA ADEQUAR AS REPRIMENDAS AO ÚNICO FEIXE DE SANÇÕES CONTIDAS NO ART. 11, III, DA LIA. No campo da improbidade administrativa, possível que um ou mais réus incidam em mais de um dos tipos previstos na Lei n. 8.429/92, arts. 9.º, 10 e 11. Contudo, na aplicação destas sanções, deve o julgador eleger apenas um feixe de reprimendas, normalmente o mais grave, com exasperação. In casu, incidem as sanções pela violação dos princípios administrativos. Na reparação de danos por prejuízo ao erário, cabe ao julgador decretá-la observando critérios de adequação e utilidade. Na espécie, condenou-se os requeridos à devolução do valor integral de obra realizada e entregue ao Poder Público, ainda que não fosse urgente, quando, em verdade, o prejuízo maior residiu na ofensa à Lei, à moralidade administrativa e à impessoalidade. Necessidade de adequação à realidade dos autos e à mens legis haurida da LIA. 'A multa tem assumido grande relevância na concreção da prevenção geral e da prevenção especial, punindo o infrator pelo ilícito praticado e dissuadindo ele próprio e os demais infratores em potencial da prática de novas infrações. Muitas são as vantagens que apresenta, dentre elas o papel punitivo que exerce sobre o infrator; o intimidativo sobre os demais componentes do grupamento; e o fator de renda para o Estado, ente para o qual é revertido o valor arrecadado. Como principais características, pode-se citar o risco de que terceiro forneça os meios necessários à sua satisfação, ou mesmo sua iniquidade se comparada ao patrimônio do ímprobo. Imperfeições à parte, pois estas são próprias das realizações humanas, trata-se de importante instrumento utilizado no combate à improbidade, compondo um feixe de sanções que incidirá sobre diferentes bens jurídicos do ímprobo. (...) **Quando um terceiro concorrer para a prática dos atos previstos no art. 11 da Lei de Improbidade, estará ele sujeito à multa cominada no inciso III do art. 12, sendo a remuneração do agente público o parâmetro a ser seguido para a sua fixação. É importante frisar que não há qualquer incoerência no fato de a multa ser aplicada ao extraneus, fixada em conformidade com a remuneração percebida pelo agente público, pois este é o elo que permite a aplicação da Lei n. 8.429/92 àqueles que não mantenham qualquer vínculo com a administração pública. A condição do agente público possibilitará a incidência da tipologia legal, que deve ser concebida na perspectiva de sua unidade, fazendo com que todos os envolvidos respondam pelo mesmo ato e incidam no mesmo feixe de sanções a ele cominado, ainda que sejam distintos os valores aplicados a cada qual'** (Emerson Garcia). A perda do cargo público deve limitar-se à esfera do

cargo em que se deu o ato de improbidade, salvo fundamentação válida que exprima a necessidade de atingir o cargo de origem. (TJSC, Apelação Cível n. 0024576-96.2010.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 09-10-2018 – grifou-se).

Desfecho diverso se dá em relação ao apelante Milton, tendo em vista que, a despeito de ter sido declarado como incurso na prática dos atos ímprobos previstos nos arts. 10, inciso VIII, e 11, inciso V, da Lei n. 8.429/92, a fundamentação indicada no dispositivo da sentença em relação às sanções que lhe foram impostas (suspensão dos direitos políticos pelo período de oito anos, proibição de contratar ou receber benefícios do poder público por três anos e pagamento de multa civil em valor equivalente a dez vezes a remuneração que percebia à época) faz menção apenas ao inciso III do art. 12 da Lei de Improbidade, de modo que os limites nele especificados devem ser respeitados.

Por isso, embora não se ignore a gravidade e alta reprovabilidade de sua participação na empreitada ilegal e imoral que causou dano ao ente público municipal, tendo em vista que foi ele quem negociou os cargos públicos e dispensou indevidamente a licitação para que a empresa requerida fosse contratada e direcionasse o concurso público em favor das candidatas acima referidas, as sanções que lhe são imputadas devem estar em conformidade com os parâmetros do inciso III do art. 12 da Lei n. 8.429/92, razão pela qual reduzo para 4 (quatro) anos o prazo de suspensão de seus direitos políticos e diminuo o valor correspondente à multa civil, o qual passa a ser fixado em 8 (oito) vezes a quantia correspondente a sua remuneração à época da data da publicação do Edital de Processo Seletivo n. 001/2010 (13-01-2010), corrigida pelos índices indicados na sentença, mantendo a proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais, direta ou indiretamente, pelo período de três anos, tal como estipulado pelo magistrado a quo.

Por fim, a título de reexame, descabido o pedido de indenização por dano moral coletivo.

É que, nada obstante se adira ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que «o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico» (...), é preciso convir que, para gerar a obrigação de indenizar o dano moral, é preciso que a conduta reprovada seja «grave o suficiente para produzir intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva» (TJSC, Apelação Cível n. 0011055-92.2009.8.24.0064, de São José, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 13-12-2016).

Não se localiza nos autos, porém, a ocorrência de excepcional ofensa aos valores coletivos, atingindo limites intoleráveis. Desafortunadamente, casos como o presente não são raros na jurisprudência desta e. Corte, indicando uma prática administrativa viciada e assídua. Todavia, o caso concreto não traz elementos fáticos indispensáveis ao convencimento de ter produzido intranquilidade social e tampouco o descrédito inaceitável da Administração municipal.

Assim, embora seja admissível a pretensão de reparação por dano moral coletivo nas ações por ato de improbidade administrativa e dispensável a demonstração de sofrimento ou dor moral – exigível em algumas demandas individuais – não se pode fugir de uma análise dos danos que a conduta causou ao patrimônio imaterial da sociedade.

Oportuna a transcrição de precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO A CESSAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DE BINGO OU DE ATIVIDADE CORRELATA, BEM COMO A CONDENAÇÃO PELOS DANOS MORAIS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ENTENDEU NÃO CONFIGURADOS OS DANOS MORAIS COLETIVOS. JULGADO CUJA REVISÃO DEMANDA O REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO, VEDADO, A PRINCÍPIO, NESTA SEARA RECURSAL. PRECEDENTES: AGINT NO ARESP 601.414/SP, REL. MIN. ASSUSETE MAGALHÃES, DJE 13.12.2016; AGRG NO ARESP 277.516/SP, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE DE 3.5.2013. AGRAVO INTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Rever o entendimento adotado pelo Tribunal a quo, segundo o qual **a configuração do dano moral coletivo depende da ofensa a interesses legítimos, valores e patrimônio ideal de uma coletividade que devam ser protegidos**, enseja, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos, o que não se compatibiliza com a via do Apelo Nobre.

2. Agravo Interno do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1689699/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2019, DJe 15/04/2019 – grifou-se)

No mesmo sentido, o posicionamento adotado neste e. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DEMOLIÇÃO. OBRA CONSTRUÍDA SEM ALVARÁ OU AUTORIZAÇÃO. ÁREA DE USO LIMITADO. OBRA CLANDESTINA. **DANO MORAL COLETIVO NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA.** RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA OFICIAL CONHECIDOS E DESPROVIDOS. O ato ilegal do particular que constrói sem licença rende ensejo a que a administração use o poder de polícia que lhe é reconhecido para embargar, imediata e sumariamente, o prosseguimento da obra e efetivar a demolição do que estiver irregular, com seus próprios meios, sem necessidade de um procedimento formal anterior, porque não há licença ou alvará a ser invalidado. Basta a constatação da clandestinidade da construção, pelo autor de infração, para o imediato embargo e ordem de demolição (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. Malheiros, n. 6, p. 166) **“Quanto ao pedido de condenação ao dano moral extrapatrimonial ou dano moral coletivo, insta salientar que este é cabível quando o dano ultrapassa os limites do tolerável e atinge, efetivamente, valores coletivos, o que não foi constatado pela corte de origem.”** (AgRg no REsp 1513156/CE, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18.8.15)” (TJSC, Apelação n. 0005774-08.2012.8.24.0079, de Videira, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 17-05-2016). (TJSC, Apelação Cível n. 0047398-50.2008.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 14-02-2017 – grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E À CONDENAÇÃO DOS RÉUS AO PAGAMENTO

DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS COLETIVOS. AVENTADA FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCESSO LICITATÓRIO, MEDIANTE INSERÇÃO DE EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS RESTRITIVAS. INSUBSISTÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODERIA CONFIGURAR O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DESCRITO NO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92 (LIA), ENSEJANDO A EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS VETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ISTO SE A PRETENSÃO NÃO TIVESSE SIDO ALCANÇADA PELO ADVENTO DO LUSTRO PRESCRICIONAL. PREJUÍZO AO ERÁRIO, ADEMAIS, NÃO VERIFICADO. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS PELA EMPRESA CONTRATADA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO NOS AUTOS QUE POSSA CARACTERIZAR SUPERFATURAMENTO OU MÁ QUALIDADE DAS OBRAS. [...] **DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADE QUE, MESMO SE FOSSE RECONHECIDA, AINDA ASSIM NÃO TERIA O CONDÃO DE OCASIONAR INTRANQUILIDADE SOCIAL E ALTERAÇÕES RELEVANTES NA ORDEM EXTRAPATRIMONIAL COLETIVA.** “Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial [...]’ (AC n. 2010.003640-8, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 21.7.10)”. (Apelação Cível n. 2013.014292-0, de São José, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 27/08/2015). Embora não se exija, para a concessão de indenização a título de danos morais coletivos, a concretização de dano aos tradicionais atributos da pessoa humana, v.g., dor, sofrimento ou abalo psíquico, “(...) suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo” (REsp 1.057.274/RS, rel^a. Min^a. Eliana Calmon, j. em 01/12/2009), faz-se necessário, ainda assim, que a violação ao direito supere os limites do aceitável na vida em sociedade, sendo grave o suficiente para produzir **intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, incorrentes na hipótese vertente.** RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, EMBORA SOB OUTROS FUNDAMENTOS, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. (TJSC, Apelação Cível n. 0011055-92.2009.8.24.0064, de São José, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 13-12-2016 – grifou-se).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer da remessa necessária; conhecer parcialmente os recursos interpostos por PL Consultoria e Assessoria Ltda., Clóvis Pauletti, Marcos Antônio Perin, Cionara Dall’Agnol e Camila Silva e negar-lhes provimento; e, conhecer do recurso de Milton Luís Müller, dando-lhe parcial provimento, nos moldes acima delineados.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0300508-68.2018.8.24.0139, de Porto Belo

Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECLAMO AUTORAL.

PRETENDIDA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO MUNICÍPIO DE BOMBINHAS. INVIABILIDADE. CHUVAS INTENSAS QUE ASSOLARAM A CIDADE E PROVOCARAM ALAGAMENTOS GENERALIZADOS. PREJUÍZOS NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DE PROPRIEDADE DA AUTORA. PLEITO INDENIZATÓRIO. ALEGADA OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA MANUTENÇÃO DA DRENAGEM PLUVIAL. NEGLIGÊNCIA NÃO COMPROVADA. DOCUMENTOS QUE INDICIAM A LIMPEZA DE BUEIROS E MANUTENÇÃO DO SISTEMA DE ESCOAMENTO. ÍNDICE PLUVIOMÉTRICO EXORBITANTE. CONDUTA OMISSIVA E NEXO CAUSAL AUSENTES. DEVER DE REPARAR AFASTADO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300508-68.2018.8.24.0139, da comarca de Porto Belo 2ª Vara em que é Apelante Amanda Regina Belem Lermen Epp e Apelado Município de Bombinhas.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 12 de dezembro de 2019, foi presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Sônia Maria Schmitz, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti. Funcionou, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Senhor Doutor César Augusto Grubba, tendo lavrado parecer o Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Cezar Ramos de Oliveira.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Odson Cardoso Filho

Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Porto Belo, Amanda Regina Belem Lermen EPP ajuizou “ação de indenização por danos materiais e morais” em face do Município de Bombinhas.

Afirma que é empresa atuante no comércio varejista de móveis e eletrodomésticos, estabelecida no Município de Bombinhas desde 2013. Aduz que, em 13-4-2016, foi vítima de enchente ocasionada por fortes chuvas que assolaram a cidade. Alega que a inundação de seu estabelecimento

comercial ocorreu, exclusivamente, em virtude de falhas na execução de obras de drenagem pluvial e da ausência de manutenção e prevenção na Avenida Falcão, situada no bairro Bombas -, o que propiciou a danificação de mercadorias no interior de sua loja. Diante disso, busca indenização por danos materiais e morais (fls. 1-10).

Formada a relação jurídica processual e observado o contraditório, a magistrada a quo julgou improcedentes os pedidos iniciais (fls. 46-52).

Insatisfeita, a autora apelou. Em suas razões, sustenta que o apelado instaurou procedimento administrativo para apurar os danos materiais sofridos pelos munícipes, por isso eles se apresentam incontroversos; que a inundação se deu em razão da omissão do ente público acionado; que ainda sofreu danos morais, advindos da exposição da imagem da empresa; pede a inversão do ônus da prova, para compelir o réu a mostrar o funcionamento do sistema de drenagem pluvial; ao fim, postula a reforma do julgado e a inversão dos ônus sucumbenciais (fls. 71-86).

Com contrarrazões (fls. 92-98), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça indicando ausência de interesse na causa (fl. 107).

É o relatório.

VOTO

1. O recurso apresenta-se tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido; recebo-o em seus efeitos legais (arts. 1.012, caput, e 1.013, caput, do CPC).

2. Alega a recorrente que, na data de 13-4-2016, a localidade em que estabelecida padeceu com inundação diante de fortes chuvas -, e que, por culpa exclusiva do Município de Bombinhas, que teria negligenciado em seu dever de conservar o sistema de drenagem pluvial, resultou em prejuízos materiais e, ainda, danos (morais) à reputação de sua empresa.

Mostra-se incontroverso que, em meados de 2016, desabaram sobre o Município de Bombinhas chuvas intensas, circunstância que, de fato, provocou vultosos prejuízos aos ali residentes e domiciliados. A celeuma, contudo, concentra-se na responsabilidade civil do ente público pelos danos materiais e morais suportados pela comunidade.

Sabe-se, a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República 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”. E preceito legal semelhante está estampado no art. 43 do Código Civil.

O professorado refere-se, em princípio, à responsabilidade objetiva do ente público pela ocorrência de atos comissivos por si praticados que causem prejuízo a terceiros; no entanto, a doutrina e a jurisprudência têm firmado posicionamento de que em havendo conduta omissiva específica a responsabilidade igualmente será objetiva.

Porém, na hipótese vertente, não é o que se verifica.

Conceitua a doutrina que “haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 268).

In casu, busca-se responsabilizar o Município de Bombinhas pela inundação do estabelecimento comercial da acionante, o que teria ensejado perdas materiais e danos morais. Aventa a parte autora que o ente público teria reconhecido tacitamente a responsabilidade pelos indesejados eventos ao editar o Decreto Municipal n. 2.174/16, que declara situação de emergência ou estado de calamidade pública na municipalidade.

Merecem destaque os “considerandos” que inspiraram o Decreto:

A Prefeita Municipal de Bombinhas, Estado de Santa Catarina no uso das atribuições dispostas no inciso XVII do art. 64 da Lei Orgânica do Município, especialmente fundamentada pelo Inciso VI do artigo 8º da Lei Federal nº 12.608, de 10 de abril de 2012;

CONSIDERANDO:

Que em 13 de abril de 2016, as chuvas intensas e concentradas provocaram inundação em diversas áreas do Município de Bombinhas, com chuvas torrenciais acima da média para período;

Que a enxurrada causou enchentes em todos os bairros do Município (Centro, Bombas, José Amândio, Morrinhos, Sertãozinho, Zimbros, Canto Grande e Mariscal);

Que a precipitação pluviométrica, com volume de chuvas de 275,6 mm, com pico as 4h da manhã, registrado pela estação pluviométrica de Bombas integrada ao CEMADEN, resultou extravasamento de córregos e inundações causando prejuízos significativos e danos materiais.

Que foram atingidas aproximadamente 1.200 (um mil e duzentas pessoas), 300 (trezentas) residências, 03 (três) famílias ficaram desabrigadas sendo encaminhadas para a EBM Pequeno Príncipe localizada no Bairro José Amândio, 125 (cento e vinte e cinco) ruas no Município.

Que houve deslizamentos no morro que dá acesso ao Bairro Mariscal e no morro que dá acesso à cidade de Porto Belo, comprometendo totalmente a entrada e saída do Município de Bombinhas.

Que a forte correnteza ocasionou destruição e comprometeu os serviços públicos de transporte, educação e saúde destruiu e danificou pontes e o acesso à todos os bairros.

Que concorrem como critérios agravantes da situação de anormalidade, o grau de vulnerabilidade do cenário, da população e o despreparo da Defesa Civil local frente ao desastre;

Que em decorrência dos danos humanos e materiais, que afetou a população do Município, residências danificadas, instalações públicas de ensino, a Policlínica José Olímpio e muitos logradouros públicos foram atingidos pelo evento, conforme demonstrado no FIDE;

Que o parecer da Coordenadoria Municipal de Defesa Civil - COMDEC, relatando a ocorrência deste desastre é favorável à declaração de Situação de Emergência, DECRETA:

[...]

Do documento infere-se que as torrenciais precipitações atingiram todos os bairros do município, fato que já evidencia que os danos, sentidos por diversos munícipes, foram de ordem imprevisível e de certa forma inevitáveis.

A argumentação da apelante, no sentido de que o ente público falhou na manutenção da via que dá acesso ao estabelecimento comercial, resta desde logo fulminada pela ampla abrangência do fenômeno climático que assolou a cidade.

Houvesse, de fato, omissão específica quanto ao dever de conservar o sistema de escoamento das águas pluviais, o prejuízo seria episódico, atingindo um ou alguns logradouros definidos; a dilatada repercussão dos prejuízos revela que, tal como aduz o réu, tratou-se de força maior, excludente que afasta a responsabilidade civil. Apurou-se, inclusive, que a enxurrada correspondeu, em único dia, ao dobro do esperado para todo o mês de abril (fl. 30).

Acerca do assunto, abalizada doutrina leciona:

[...] que os pressupostos da responsabilidade objetiva são o fato administrativo, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Na hipótese de caso fortuito ou força maior nem ocorreu fato imputável ao Estado, nem fato cometido por agente estatal. E, se é assim, não existe nexo de causalidade entre qualquer ação do Estado e o dano sofrido pelo lesado. A consequência, pois, não pode ser outra que não a de que tais fatos imprevisíveis não ensejam a responsabilidade do Estado. Em outras palavras, são eles excludentes da responsabilidade (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 600).

Essa conclusão é reforçada pelos documentos carreados aos autos pela municipalidade, os quais indicam que havia limpeza regular da principal vala de escoamento e drenagem da cidade (fls. 36, 40-41). Diante das diligências adotadas pelo Poder Público, inviável atribuir-lhe o ônus de suportar os prejuízos sentidos pela parte autora, eis que decorrentes da tempestade que assolou a região naquele ano de 2016. De outra banda, não há o mínimo indício de que os bueiros estivessem obstruídos, que a vazão do sistema seria incompatível com índices regulares de chuvas ou qualquer outro defeito do serviço.

Ademais, consoante lançado à sentença, “a parte autora não especificou a omissão por parte do requerido, pois em nenhum momento mencionou quais obras ou reparos deveriam ter sido realizados para evitar a enchente, limitando-se a alegar, de forma genérica, a falta de manutenção dos bueiros” (fl. 64).

Caso semelhante foi apreciado por este Sodalício:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais decorrente de enchente. Responsabilidade da administração pelos danos suportados pela empresa autora, por não ter tomado as providências cabíveis para evitar a inundação. Ausência de comprovação do nexo causal entre o dano e a conduta omissiva da Ré. Não caracterização da faute du service. Força maior. Indenização descabida. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Não tendo a prova dos autos definido a ocorrência de qualquer faute du service que possa ser atribuída ao Município e que tenha sido causa concorrente para o evento, impunha-se a improcedência da ação. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.025986-7, de Concórdia, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 1º-3-2016).

No mesmo rumo:

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ENCHENTE. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NÃO OCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DA OITIVA DAS PARTES E TESTEMUNHAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. NO MÉRITO PRETENDIDO DEVER DE INDENIZAR DO MUNICÍPIO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO ESTATAL ESPECÍFICA - PROVA NOS AUTOS TÃO SOMENTE DA ATÍPICA PRECIPITAÇÃO PLUVIOMÉTRICA CAUSADA PELO EL NIÑO, QUE INUNDOU A CIDADE EM POUQUÍSSIMO TEMPO - NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE CONDUTA ESPECÍFICA DO ENTE PÚBLICO SERIA SUFICIENTE PARA IMPEDIR O ALAGAMENTO. ÔNUS DOS AUTORES, INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, DO CPC. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2007.061025-9, de Concórdia, rel. Des. José Volpato de Souza, Quarta Câmara de Direito Público, j. 14-7-2011).

Também:

RESPONSABILIDADE CIVIL - MUNICÍPIO - INUNDAÇÃO - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL - CHUVAS ATÍPICAS - FORÇA MAIOR - RECURSO DESPROVIDO

“Em se tratando de motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. Por exemplo, quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente. Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (faute du service) [...]” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in *Direito Administrativo*. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 530 e 531).

Se, todavia, a precipitação pluviométrica é totalmente anormal (três vezes superior àquela utilizada como parâmetro ideal para obras de contenção com tais características), ao que se soma o fato de o avanço clandestino perpetrado pelos autores ter contribuído para o sinistro, de rigor reconhecer que o evento danoso

ocorreria de qualquer forma, não havendo, pois, como atribuí-lo à municipalidade” (AC nº 2005.004660-9, Des. Vanderlei Romer). (TJSC, Apelação Cível n. 2007.037860-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, j. 18-3-2008).

Desta feita, indevido o ressarcimento dos danos materiais descritos na lista de fls. 13-19, que teriam sido “homologados” pelo Município (fls. 23-24), eis que não se verifica nenhuma conduta antijurídica perpetrada pela Administração. Tratando-se de infortúnio originado por fenômeno da natureza, eventuais prejuízos devem ser assumidos pelos próprios particulares, haja vista que a municipalidade não se insere na relação causal que os ensejou.

E uma vez repelida qualquer ingerência - comissiva ou omissiva - do Poder Público sobre o infausto que perturbou a população local, tampouco merece guarida a pretensão de indenização por danos morais.

Embora consabido que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (enunciado n. 227 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça), é igualmente notório que “toda a edificação da teoria acerca da possibilidade de pessoa jurídica experimentar dano moral está calçada na violação da honra objetiva, consubstanciada em atributo externalizado, como uma mácula à imagem, à admiração, ao respeito e à credibilidade no tráfego comercial” (STJ, AgInt no AgInt no REsp 1.455.454/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17-4-2018).

Acerca disso, a apelante descreve ter sofrido danos morais “em virtude da referida enchente, pois teve seu nome, fotos e vídeos veiculados pela mídia e presenciada pelos munícipes e clientes” (fl. 83), o que teria maculado sua boa imagem e nome comercial.

A respeito das alegações, cumpre ressaltar, primeiramente, que a repercussão jornalística dos fatos, se ofensiva, deve ser buscada em face dos que divulgaram o conteúdo, e não do município. Além disso, enfatiza-se que a acionante não amealhou aos autos nenhuma evidência de afronta à sua reputação e, na medida em que o abalo anímico perpetrado contra pessoa jurídica deve ser revelado objetivamente (não se presume), tais elementos deveriam vir aos autos, do contrário não há dano indenizável.

Não se apresentam, portanto, os requisitos para obrigar o réu a reparar os sugeridos prejuízos extrapatrimoniais.

Por derradeiro, a pretendida redistribuição dos encargos probatórios não tem lugar no presente feito; sobressai do julgado de primeiro grau a análise das circunstâncias fáticas com sustentáculo nas provas inseridas nos autos, restando evidenciada a excludente de responsabilidade e a aparente regularidade no agir da municipalidade -, o que ratifica-se neste exame recursal.

Destarte, inalterada a sentença, permanece a imposição dos ônus sucumbenciais tal como estipulada no decisum vergastado.

3. Por fim, preconiza o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil:

Art. 85.

[...]

§ 11. O tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação dos honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

[...]

Assim, considerando o resultado do julgamento, bem como os critérios quantitativos e qualitativos previstos em lei, fixo os honorários recursais na proporção de 15% (quinze por cento) sobre o estipêndio advocatício estipulado em primeiro grau, devidos ao patrono do réu.

4. Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento; e fixo os honorários recursais, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Apelação Cível n. 0082881-44.2008.8.24.0023, da Capital

Relatora: Desembargadora Sônia Maria Schmitz

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL ERIGIDO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO CONCRETIZADA EM DESRESPEITO AO PRAZO PARA RECURSO ADMINISTRATIVO E À LIMINAR JUDICIAL. PARTE QUE ALMEJA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA POR SUPOSTOS PREJUÍZOS MATERIAIS E MORAIS. DESCABIMENTO. AÇÃO JUDICIAL SUPERVENIENTE QUE MANIFESTOU, TERMINANTEMENTE, A IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DO IMÓVEL. VÍCIO FORMAL QUE NÃO ILIDE A ILICITUDE DA OBRA OU DERRUI A INEVITABILIDADE DE SEU DESFAZIMENTO. INDÍCIOS DE SE TRATAR DA SEGUNDA INTERVENÇÃO DO MUNICÍPIO DE IDÊNTICA NATUREZA NO MESMO IMÓVEL. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AFASTADA.

Conquanto se possa reconhecer a ocorrência concreta do desrespeito, pelo Município, ao prazo administrativo para recursos e à própria liminar obtida em Mandado de Segurança, a superveniente declaração judicial de que a obra era manifestamente ilegal e absolutamente impassível de regularização indica que a ação do Município era inevitável e concretizar-se-ia independentemente da vontade do particular ou da efetiva postergação do ato demolitório, de modo que a mera constatação de vício formal no procedimento não enseja acolhimento da pretensão indenizatória – que aqui abarca não só os custos da obra ilegal em si, mas também compensação moral – mormente porque, do contrário, estar-se-ia beneficiando o infrator ambiental pela sua própria torpeza.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0082881-44.2008.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública em que é/são Apelante(s) Jeferson Afonso Lewis Esswein e Apelado(s) Município de Florianópolis e outro.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 26 de setembro de 2019, os Exmos. Srs. Des. Rodolfo Tridapalli e Odson Cardoso Filho.

Florianópolis, 08 de outubro de 2019.

Sônia Maria Schmitz
Relatora e Presidente

RELATÓRIO

Jeferson Afonso Lewis Esswein propôs ação indenizatória por danos materiais e morais contra o Município de Florianópolis, Bruno Palha e Mauro da Costa aduzindo que possuía um imóvel, localizado na 'Praia da Lagoinha' (Florianópolis/SC) e que passou a erigir no terreno a sua residência.

Porém, conquanto o imóvel já contasse com água potável e inclusive com o recolhimento do IPTU, a Secretaria de Urbanismo Público de Florianópolis – SUSP embargou a obra a pretexto de suposta irregularidade e promoveu a lavratura de diversas autuações.

Afirmou que recorreu ao Poder Judiciário e no Agravo de Instrumento n. 2008.026977-0 logrou a obtenção de medida liminar para resguardo da obra. Contudo os requeridos, nada obstante a ciência da tutela jurisdicional, rejeitaram as tentativas de resolução administrativa do imbróglio e promoveram a solicitação de demolição do imóvel, agindo assim de forma arbitrária a ensejar, pois, a compensação financeira no importe de R\$243.967,66, além de verba indenizatória pelos danos morais suportados.

Citado, o Município de Florianópolis apresentou contestação (p. 146-155) em que arguiu a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, afirmou que a obra era de fato irregular e que o ato de demolição foi legal, ressaltando que a Administração Pública prescinde de autorização judicial para efetuar atos análogos (demolição).

Por sua vez, o requerido Bruno Augusto Silva Palha, em contestação (p. 186-192), suscitou preliminarmente a sua ilegitimidade passiva e a inépcia da inicial e, no mérito, defendeu a ausência de provas quanto a eventuais prejuízos sofridos pelo autor.

O requerente, então, solicitou a desistência do feito em relação a Mauro da Costa (ante a sua não localização), pugnando pela sua exclusão da lide (p. 156), pleito este acolhido (p. 169).

Após réplica (p. 230-234), o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, representado pelo Exmo. Sr. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, exarou parecer opinando pela improcedência dos pedidos iniciais (p. 236-237).

Sobreveio, então, sentença nos seguintes termos:

Assim, julgo improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 4.000,00 para cada contestante.

Custas pelo particular.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se

Insatisfeito, o autor interpôs apelação cível (p. 252-260) aduzindo, em síntese, que o Magistrado a quo equivocou-se ao considerar que o objeto da ação era o reconhecimento da legalidade da construção da casa (e ilegalidade da demolição) e o que almeja, em verdade, é “[...] indenização pelos danos causados pelo ato ilícito dos apelantes que descumprindo decisão judicial interlocutória do agravo de instrumento n. 2008.026977-0, a qual mandou suspender a demolição da construção” (p. 255); que a demolição deixou de observar requisitos legais; que não houve possibilidade de defesa; que houve ofensa ao art. 14, V, do CPC/73; que os atos do requeridos geraram, sim, danos morais passíveis de compensação financeira; e que a verba honorária fixada pelo Juízo deve ser minorada ao importe mínimo.

Sem contrarrazões (p. 277).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso, além do reconhecimento ex officio da ilegitimidade passiva do particular requerido (p. 282-291).

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, convém esclarecer que a decisão vergastada foi publicada sob égide do Código de Processo Civil de 1973. Logo, o processamento deste recurso obedece aos comandos nele disciplinados, a teor do que estabelece o art. 14 do CPC/15, in verbis:

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.

Assim sendo, preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedentes os pedidos lançados em ação indenizatória por danos materiais e morais ante a manifesta ilegalidade da construção e que o desrespeito ao prazo para defesa não ilide o fato de que a demolição era inevitável.

O apelante almeja, em síntese, o acolhimento do pleito indenizatório e traçou sua narrativa na tentativa – inexitosa, diga-se – de que o seu direito dispensa efetiva aferição da legalidade ou não da obra por ele erigida, devendo-se restringir o sopeso fático no desrespeito ao ‘prazo de defesa’ e à decisão liminar exarada no agravo de instrumento n. 2008.026977-0 que, a fundo, foi desrespeitada pela atuação do Município.

Com efeito, em que pese a insatisfação manifestada pela parte quanto a tutela jurisdicional conferida, dos autos não sobejam elementos a contraporem as conclusões exaradas pelo Juízo a quo, mormente porque, ao revés de suas arguições, a solução do imbróglio é intrinsecamente atrelada à ilegalidade da edificação do imóvel, circunstância esta que, diga-se, foi declarada explicitamente pelo Acórdão exarado nos autos n. 2009.054342-8.

Veja-se que o Mandado de Segurança n. 023.08.030718-6, procedimento este que originou o Agravo de Instrumento n. 2008.026977-0, culminou, de fato, no acolhimento do pedido inicial para determinar a suspensão da ordem demolitória (p. 218-220), sentença esta posteriormente confirmada por esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E SEM ALVARÁ - DEMOLIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - ATO INICIADO ANTES DO ENCERRAMENTO DO PRAZO DE DEFESA ADMINISTRATIVA CONSTANTE DA NOTIFICAÇÃO - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. Desrespeitados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, insculpidos nos incisos LIV e LV da Constituição Federal, deve ser mantida a sentença que concedeu a segurança para que fosse sustada a ordem de demolição de obra antes de vencido o prazo dado na notificação para a defesa. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.063445-1, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. 02-12-2010).

Ocorre que o acolhimento da pretensão (04.12.2008) ocorreu muito depois da efetiva demolição do imóvel (06.09.2008) e conquanto o cerceamento de defesa tenha sido confirmado naqueles autos – o que, ao menos na interpretação do autor, justificaria o êxito da pretensão indenizatória – deixou de manifestar, o autor, que na ação ordinária de n. 023.08.049862-3, procedimento no qual objetivava a regularização do imóvel, o pleito foi julgado improcedente em razão da absoluta impossibilidade jurídica do pedido decorrente da manifesta ilegalidade da obra (p. 221-226).

A sentença foi confirmada por este Órgão Fracionário, sob relatoria do Desembargador Jaime Ramos, assim ementado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - PEDIDO QUE VISA À OBTENÇÃO DE LICENÇA PARA CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) - IMPOSSIBILIDADE. Improcede o pedido de concessão de autorização para construção de casa unifamiliar à beira da praia, em área de preservação permanente, para a qual o proprietário, mesmo tendo iniciado clandestinamente a obra, não obteve o alvará de licença do Município. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.054342-8, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. 02-12-2010).

Do julgado, colhe-se o seguinte:

O autor alegou, em síntese, que é proprietário de um imóvel localizado na Rua Cônego Walmor Castro, localizada no norte da Ilha, na Praia da Lagoinha; que iniciou a construção de sua casa; que o réu, por meio da Secretaria de Urbanismo Público de Florianópolis – SUSP, embargou a obra, sob o argumento de que esta era irregular, tendo o autor recebido diversas autuações; que existem diversas casas na mesma situação da do autor; que buscou no âmbito administrativo a regularização da obra, tendo protocolado pedidos de aprovação do projeto e de reconsideração, que não surtiram efeitos; que solicitou a elaboração de “Laudo Técnico de Caracterização Ambiental”, o qual junta aos autos; que a obra pode ser legalizada.

Entretanto, razão não lhe assiste.

1. Registre-se, inicialmente, que nesta data foi julgada a Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.063445-1, que confirmou a sentença proferida no Mandado de Segurança n. 023.08.030718-6 que o autor havia impetrado contra ato do Secretário de Urbanismo e Serviços Públicos do Município de Florianópolis. É desse mandado de segurança o Agravo de Instrumento n. 2008.026977-0 citado pelo autor na inicial, o qual perdeu o seu objeto em razão do julgamento da ação principal no Juízo “a quo”.

Em que pese vencedor no “mandamus”, somente o foi em razão do descumprimento do prazo de defesa oferecido ao impetrante, ora autor/apelante, ou seja, não foi analisado o mérito da ilegalidade, ou não, da obra.

Portanto, o resultado daquele processo não produz efeitos no julgamento deste, tendo em vista que apenas corrigiu um defeito formal existente no prazo de defesa no processo administrativo, que inclusive havia resultado na demolição do imóvel em comento.

2. A questão aqui discutida foi examinada com muita percuciência pelo douto Magistrado “a quo”, Dr. Hélio do Valle Pereira, razão pela qual os motivos expendidos na sentença, que a seguir serão transcritos, passam a integrar os fundamentos deste acórdão:

Tenho adotado, em situações que envolvam conflitos urbanísticos com alguma proximidade com o presente caso, postura intensamente liberal. Pondero que o princípio constitucional do direito à moradia (art. 6º) aliado a situações muitíssimo consolidadas tornam impossível aplicar estritamente normas de proteção ambiental.

O caso presente é distinto.

Aqui, muito diferentemente das longevas hipóteses com as quais tenho me deparado, **o autor agiu imbuído de má-fé, construindo clandestinamente, de maneira a, apostando na solidificação de uma situação, impedir posterior demolição. Sua construção é desenganadamente feita em área de preservação permanente.** Para tanto, aliás, seria suficiente a invocação das normas municipais – que assim estabelecem, como está dito na própria petição inicial. Sem valor jurídico, aliás, a tese segundo a qual o Poder Público local estaria limitado às regras federais. O art. 24 da CF concede competência concorrente para o disciplinamento ambiental, e é dado aos Municípios ampliar os horizontes das normas da União. As fotografias anexadas deixam claro até mesmo para o mais desavisado leigo que aquela área merece uma particularizada proteção. Não vejo, em tal contexto, como ser conivente com atitude que está bem longe de ser ingênua.

Se houve outros erros, no passado, envolvendo a mesma região, isso não dá direito a ser propagada uma ilegalidade.

Além disso, é próprio do direito ambiental a variação da interpretação de suas normas com o passar do tempo. Por isso, aliás, os licenciamentos são deferidos com prazo previamente definido, justamente para permitir que novas ponderações sejam feitas periodicamente.

O atual estágio de desenvolvimento de Florianópolis – diversamente do que se sustenta na petição inicial e na réplica – reclama justamente uma postura rígida quanto às novas ocupações. Não é o caso de defender que o uso irrefletido do solo prolifere, mas exatamente de – mesmo respeitando situações consolidadas insuperáveis – impedir que as áreas de proteção remanescentes também desapareçam.

[...]

Infer-se dos documentos acostados aos Autos que a obra descrita na Inicial foi inicializada irregularmente, sem a devida autorização do Município, bem como ser impossível sua regularização, porquanto não obedece as diretrizes referentes ao zoneamento, dispostas no Plano Diretor de Florianópolis.

Com efeito, ficou comprovado que o Autor ignorou a legislação ambiental vigente, ao construir em área de preservação permanente, logo sem licença ambiental, visto que foram diversos os Autos de Infração Ambiental contra si lavrados, culminando no próprio desfazimento da obra pela Municipalidade, conforme se extrai dos documentos carreados aos Autos. Vejamos:

*AIA n. 9.074, de 27.02.2007, por ter iniciado a construção de uma residência em APP, com as penalidades de Advertência, Embargo de Obra ou Atividade e Demolição de Obra;

“*AIA n. 9.076, de 27.03.2008, em razão de haver dado continuidade à obra, em desacato ao AIA n. 9074, com as penalidades de Multa Simples, Embargo de Obra ou Atividade e Demolição de Obra;

“*AIA n. 9.082, de 22.04.2008, por não ter acatado as determinações dos Autos infracionais anteriores, com as penalidades de Multa Simples no valor de R\$ 30.000,00, Embargo de Obra ou Atividade e Demolição de Obra;

“*Em 19.05.2008 a obra foi efetivamente demolida, tendo sido constatada em vistoria realizada em 23.6.2008, entretanto, que a obra estava sendo reerguida, em descumprimento e desacato aos embargos firmados anteriormente (fl. 179);

“*AIA n. 11.554, de 28.08.2008, por construção de alvenaria em área ‘non aedificandi’, com as penalidades de Multa Simples, Embargo de Obra ou Atividade e Demolição de Obra, ficando o Autor obrigado a demolir a residência no prazo de 24 horas;

“*Em razão de vistoria técnica realizada no local, em 1º.9.2008, ficou constatado que houve intervenção e ocupação, com obras civis, na faixa de marinha, bem como supressão da vegetação na faixa de marinha e na faixa de proteção do curso d’água, estando o imóvel integralmente inserido em APP.

“O Parecer Técnico n. 53/08 (fls. 135/139), resumindo os diversos relatórios de fiscalização realizados pela FLORAM, atesta que o imóvel estava edificado em Área de Preservação Permanente, em razão de se situar em faixa de marinha, além de se encontrar em área de proteção de curso d’água.

“Ademais, atesta que o imóvel está inserido integralmente em zoneamento de área de preservação permanente, nos termos da Lei Municipal n. 2.193/5 (Plano Diretor dos Balneários).

“O Requerente erigiu uma construção desprovida da indispensável licença para construir, fato que indica presunção de um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas, conforme ensina Hely Lopes Meirelles:

“‘Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licenciamento para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas.’ (Direito de Construir. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 166).

[...]

“No caso vertente, a construção objeto desta lide foi efetivada sem a obtenção de licenciamento municipal, em completo desrespeito ao artigo 17 da Lei Complementar Municipal n. 060/2000.

“Aprofundando-se o enfoque da situação aqui retratada, verifica-se que, de fato, aquela obra jamais obteria a licença necessária, porquanto erigida em área de preservação permanente.

“Com efeito, o Código Florestal (Lei n. 4.771/65) dispõe o seguinte:

“Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situada:

“a) ao longo dos rios ou de qualquer curso de água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima seja:

“1) de 30 metros para os cursos de água de menos de 10 metros de largura;’

“Ademais, a Lei Municipal n. 2.193/85, que cuida do zoneamento, do uso e da ocupação do solo nos balneários da Ilha de Santa Catarina, também considera a área em questão como sendo de preservação permanente, logo, não edificável. Vejamos:

[...]

‘Portanto, a própria Municipalidade, por intermédio da Fundação Municipal do Meio Ambiente (FLORAM), afirmou que o imóvel se encontra em área não edificável, por ser tratar de APP.

“Deste modo, estando a construção em debate abrigada em faixa de marinha, não há como se cogitar a possibilidade de regularizá-la, razão pela qual foi legal o ato da Municipalidade que efetivou sua demolição, sendo inviável a obtenção da licença almejada por intermédio desta Ação.

“Por outro lado, a existência de outras obras clandestinas, em situação semelhante à aqui retratada, não é justificativa para se tolerar a irregularidade da construção, tendo em vista que os abusos e as violações da lei devem ser coibidos, nunca reproduzidos. A complacência para com edificações clandestinas em áreas de preservação permanente apenas propicia que novas violências contra o meio ambiente sejam perpetradas, em prejuízo de toda a coletividade.

“Neste sentido:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONSTRUÇÕES CLANDESTINAS – DEMOLIÇÃO PARA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – PARQUE MUNICIPAL DA LAGOA DO PERI – DESNECESSIDADE DE DANO EFETIVO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE INAPLICÁVEL PARA AGASALHAR ILÍCITO.

“Presta-se a ação civil pública para a defesa do meio-ambiente e para obrigar o proprietário a demolir construção erguida em área não edificável, **destinada por lei federal e municipal à preservação permanente**, não sendo exigível para a sua propositura a prova de dano efetivo, mas apenas sua probabilidade; suficiente a ameaça de dano para justificar a via processual.

“Como a construção é atividade sujeito a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licença para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas (Hely Lopes Meirelles).

“Inadmissível a invocação do princípio da igualdade pela existência de outras obras edificadas clandestinamente, pois, o ilícito não gera direito adquirido e o descumprimento da lei por terceiros não pode ser invocado como causa de isenção para o infrator quando chamado à responsabilidade pelos atos perpetrados. Todos são iguais perante a lei para cumpri-la e por ela serem protegidos, nunca porém, para descumpri-la.” (Apelação Cível n. 99.013600-0, da Capital. Rel. Des. Luiz César Medeiros. Julgada em 30.11.2000).’

“Assim, julgo improcedente o pedido.”

Como se viu, não é possível a expedição de licença para construção em área de preservação permanente – APP em que o autor clandestina e indevidamente iniciou a obra.

Registre-se, ainda, que não ocorreu nenhuma violação ao disposto nos arts. 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição Federal; 1.299 do Código Civil.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso”.

Ora, dos elementos amealhados aos autos e do contexto conferido pelos julgados supracitados, pode-se afirmar que acolher a pretensão indenizatória autoral seria beneficiar o autor pela sua própria torpeza, haja vista a inegável constatação de que “[...] o autor agiu imbuído de má-fé, construindo clandestinamente, de maneira a, apostando na solidificação de uma situação, impedir

posterior demolição. Sua construção é desenganadamente feita em área de preservação permanente” (Juiz Hélio do Valle Pereira).

Note-se, aliás, da particularidade noticiada no jornal encartado à p. 47 (juntado pelo próprio requerente) de que a derrubada da estrutura erigida pelo autor foi, em verdade, uma reincidência da parte no mesmo ilícito: “Uma casa de alvenaria, com cerca de 200 metro quadrados, foi derrubada no sábado [...]. **Essa foi a segunda demolição da mesma residência**, que estava construída sobre o costão, em área de Preservação Permanente [...]”.

Os fatos, portanto, são de simplíssima interpretação: o imóvel do autor era absolutamente irregular e a demolição foi providência inevitável e o mero ‘vício formal’ do desrespeito ao prazo de defesa (ou da tutela liminar) não ilide, de forma alguma, que o imóvel era ilegal e primava, irremediavelmente, pela demolição, o que afasta qualquer pretensão indenizatória dos custos suportados pelo apelante para construir sua residência naquele local.

Reforce-se que reconhecer qualquer abalo anímico suportado pelo reclamante, corresponderia a beneficiá-lo pela sua torpeza, afinal, como já mencionado, erigiu a obra e se conduziu imbuído manifestamente de má-fé. Sequer imaginar o contrário, no sentido de que a parte deve ser ressarcida pela (inevitável) repreensão do Município, em resposta ao ilícito que ela própria cometeu, não deve ser permitida sob hipótese alguma.

Aliás, se existe alguma indenização a ser reclamada, é aquela que o Ministério Público deveria almejar pela prática nefasta perpetrada pelo apelante contra o meio ambiente, hipótese que enseja, diga-se, a remessa de cópia dos autos ao Órgão para aferição da possibilidade de responsabilização da parte pelos ilícitos por si perpetrados.

Diante do exposto, o voto se dá pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0001047-60.2008.8.24.0074, de Trombudo Central

Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABORDAGEM POLICIAL EXCESSIVA. PRÁTICA DE TORTURA EM SUSPEITO DE TER ASSASSINADO A PRÓPRIA ESPOSA, COM O FITO DE OBTER CONFISSÃO. TORTURA CONSISTENTE EM IÇAMENTO DO AUTOR, DE PONTA CABEÇA, NO GALHO DE UMA GRANDE ÁRVORE, AMARRADO POR UMA CORDA TRANSPASSADA NA VIRILHA E ÓRGÃO GENITAL, MOMENTO EM QUE TAMBÉM FOI AGREDIDO FISICAMENTE COM CHUTES, SOCOS E TAPAS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. DANOS MORAIS FIXADOS EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS). INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

RECURSO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ALEGADA A INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. TESE REFUTADA. FATO CRIMINOSO QUE FOI DEVIDAMENTE APURADO E CONSTATADO EM AÇÃO CRIMINAL PRÓPRIA. DENTRE AS TESTEMUNHAS, ENCONTRA-SE A PRÓPRIA FILHA DO AUTOR, À ÉPOCA COM TRÊS ANOS DE IDADE. RESPONSABILIDADE DO ESTADO CONFIGURADA. MINORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE ANTE A GRAVIDADE DO ATO PERPETRADO PELOS POLICIAIS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. AQUELE, COM MARCO INICIAL DO EVENTO DANOSO (SÚMULA N. 54/STJ), E ESTE COM MARCO INICIAL DO ARBITRAMENTO (SÚMULA N. 362/STJ). SENTENÇA MANTIDA NO PONTO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

RECURSO DO AUTO. MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA PREJUDICADA. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DE 10% PARA 20%. INVIABILIDADE. PATAMAR FIXADO QUE REMUNERA DIGNAMENTE O PATRONO DA PARTE AUTORA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0001047-60.2008.8.24.0074, da comarca de Trombudo Central 2ª Vara em que são Apte/Apdos Estado de Santa Catarina e Apdo/Aptes Raimundo Grahl.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos, e negar-lhes provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Hélio do Valle Pereira, Presidente, e o Des. Vilson Fontana.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Artur Jenichen Filho

Relator

RELATÓRIO

Adoto do relatório concebido pela Exma. Juíza de Direito Tatiana Cunha Espezim:

Raimundo Grahl ajuizou “ação de indenização por danos morais”, em face do Estado de Santa Catarina.

Aduziu que, no ano de 2005 teve instaurado contra sua pessoa o Inquérito Policial 006/2005, onde era suspeito de ter assassinado sua esposa Marciane Neuber Grahl. Relatou que, no dia 13 de maio de 2005, por volta das 16 horas, compareceram em sua residência dois delegados, onze policiais civis e quatro policiais militares.

Explicou que, em busca de elementos que comprovassem o desaparecimento da esposa do autor, três dos policiais civis e todos os quatro militares conduziram o autor até os fundos da propriedade, onde amarraram suas mãos e pés e o içaram com a cabeça para baixo em uma árvore do tipo figueira.

Disse que ficou pendurado na árvore, passando a ser agredido com chutes, socos e tapas, bem como que uma corda foi passada pela sua virilha e puxada pelos policiais, a fim de pressionar os seu órgão genital e coluna. Mencionou que a tortura foi provocada com intuito de fazer com o que o autor confessasse o assassinato e desaparecimento de sua esposa.

Teceu outros detalhes sobre a tortura, relatou as lesões sofridas com o ato e discorreu sobre o direito aplicável ao caso em comento.

Alegou ser incontestado o abalo psicológico sofrido com os fatos narrados. Fez os pedidos de praxe e requereu a condenação do requerido pelos danos morais sofridos em decorrência da tortura física e psicológica praticada por seus agentes.

Juntou os documentos de fls. 18/378.

Devidamente citado, o Estado de Santa Catarina apresentou resposta, na forma de contestação, aduzindo, em síntese, que: 1) os fatos foram objeto de apreciação de sindicância interna e que neste procedimento ficou comprovada a inexistência de quaisquer irregularidades praticadas pelos policiais no dia dos fatos; 2) cabível denúncia à lide dos policiais que supostamente praticaram a tortura; 3) não houve qualquer conduta estatal ilícita que produzisse as lesões relatadas nos autos, portanto incabível dano moral por ausência de ato ilícito e nexo de causalidade; 4) eventual indenização fixada deve ser fixada em patamar reduzido. Juntou os documentos de fls. 396/704.

A parta autora se manifestou sobre a contestação às fls. 707/710.

Às fls. 711/712 restou indeferida a denúncia à lide, bem como saneado o feito, com a designação de audiência de instrução e julgamento.

Em audiência, foram ouvidas 03 (três) testemunhas arroladas pelo autor e 10 (dez) indicadas pela defesa (fls. 723/733, 758/763 e 773/774).

Alegações finais apresentadas às fls. 779/800 e 803/804.

Em análise aos autos, foi determinada a suspensão do feito até julgamento da ação penal originada no suposto fato delituoso (autos nº 0001691-08.2008.824.0074).

Acostada ao feito a sentença criminal, as partes se manifestaram às fls. 831 e 833/834.

Sobreveio sentença (fl. 835-840) com o seguinte teor:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pela parte autora, para, em consequência, condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em favor do Autor.

Sobre o valor deverá incidir juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), até a entrada em vigor da Lei 11.960/2009 (30/06/2009), que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/1997, quando o percentual deve ser substituído pelo índice aplicável à caderneta de poupança, bem como correção monetária pela TR a partir do arbitramento em sentença (Súmula 362 do STJ).

Condeno o réu ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor total da condenação devidamente corrigida (art. 85, §3º, I, CPC).

Deixo de condená-lo ao pagamento de custas processuais por ser isento.

Não se aplica ao caso reexame necessário (496, §3º, III, do CPC).

Consternadas com o desfecho dado ao caso, ambas as partes recorreram.

Em suas razões recursais (fl. 843-847), o Estado de Santa Catarina alega a inexistência de danos morais; subsidiariamente requereu a minoração do quantum fixado, e impugnou o marco da atualização da verba indenizatória.

O autor, por sua vez (fl. 851-861), pugnou pela majoração das verbas indenizatórias e honorárias.

Contrarrazões pelo autor à fl. 862-871, e pelo Estado à fl. 875-878.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho (fl. 883-881), sem interesse na causa.

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Do recurso do Estado de Santa Catarina.

O Estado de Santa Catarina pugna pelo afastamento da condenação por danos morais.

Sem maiores delongas, insta salientar que uma vez “comprovado que o autor foi fisicamente agredido por policiais militares e não havendo ‘causa excludente da responsabilidade’, cumpre ao Estado reparar o dano moral decorrente do ato [...]”. (AC n. 2011.096832-8, de Armazém, Rel. Des. Newton Trisotto, j. 9.7.2013).

E mais:

Ao policial civil ou militar, como agente da Administração Pública e responsável pela polícia preventiva e repressiva, cabe zelar pela ordem e sossego públicos e pela incolumidade dos cidadãos. No exercício desse mister lhe são concedidas algumas franquias, como uso de armas de fogo, algemas e outros apetrechos sem os quais não poderá bem cumprir o seu 'munus' e combater a criminalidade. Porém, **não é detentor de salvo-conduto que lhe permita tudo, nem lhe foi concedido direito à indenidade.** O exercício regular desse direito não passa pelo abuso, nem se inspira no excesso ou desvio do poder conferido' (Rui Stoco). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0000349-32.2007.8.24.0028, de Içara, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 28.5.2019).

À fl. 813-821 consta a sentença proferida na Ação Penal n. 0001691-08.2005.8.24.0074; nessa ação foi julgado o suposto crime de tortura praticado pelos policiais contra o autor/apelante. A juíza sentenciante reconheceu a materialidade do crime, porém não foi possível comprovar a autoria.

Nota-se dos autos criminais que seria uma tarefa extremamente árdua encontrar os agentes da conduta criminosa, quando uma das testemunhas cruciais da tortura era a filha do autor/apelante, à época com três anos de idade.

Extrai-se da sentença criminal à fl. 817v:

Durante as diligências, inquiriram a filha do casal, então com 3 (três) anos de idade, oportunidade em que transpareceu, pelas suas falas, que o pai havia machucado a mãe e a jogado na lagoa. **Após o relato da menor, alguns dos agentes levaram a vítima até uma árvore (figueira), situada no interior daquela propriedade. Ato contínuo, amarraram o ofendido pelos pés, pendurando-o de cabeça para baixo e, nessa posição, passaram a agredi-lo fisicamente com socos, tapas e pontapés, repetidamente, no intuito de obter a sua confissão quanto à suposta morte de Marciane,** além de informações acerca da localização do suposto cadáver.

O exame de corpo delito realizado à fl. 64 foram identificadas no autor:

Escoriações em região temporal direita, na linha do cabelo;

Escoriações em região posterior do ombro esquerdo, bem como em região inferior de escápula esquerda;

Escoriação em região dorsal direita;

Escoriações em tornozelos direito e esquerdo;

Escoriação inguinal direita;

Múltiplas pequenas escoriações lineares, em ambos os membros inferiores, ao lado de esquimose em região inguinal à direita; dentre outras.

A testemunha compromissada na demanda civil originária, à fl. 725, o Sr. Horst Grahl, assim consignou:

Que estava a uns 200m da árvore onde o autor foi pendurado; que tinha visão direta do local; que acompanhou as agressões ao autor por uns 2 minutos; [...] que dois policiais fardados batiam no autor com chutes enquanto ele estava pendurado.

A árvore na qual o autor foi pendurado de cabeça para baixo foi objeto da perícia de fl. 73, a qual constatou que “no galho da figueira [havia] vestígios de atrito de algum objeto contra a vegetação que cobria o galho”, e que “a vegetação, composta por ramos em formato de cordões, grudados no galho, estavam cortados”.

Ainda que não tivesse sido possível identificar nominalmente os agentes da tortura, o fato de que ela ocorreu por agentes do Estado ficou incontroverso; logo, uma vez que houve a abordagem policial excessiva, há o efetivo dano moral.

Nesse sentido já decidi:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. ABORDAGEM POLICIAL EXCESSIVA. RECURSOS DO AUTOR E DO RÉU. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTES OS PEDIDOS DO AUTOR, CONDENANDO O RÉU ESTADO DE SANTA CATARINA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. [...] ELEMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS QUE COMPROVAM A OCORRÊNCIA DO DANO E DO NEXO CAUSAL. ILÍCITO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. [...]. RECURSO DO RÉU CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0002330-71.2012.8.24.0012, de Caçador, Rel. Des. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 24.5.2018, grifei).

Dessarte, afasto a pretensão do Estado no ponto.

Do quantum fixado.

O juízo singular fixou o dano moral em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

O Estado de Santa Catarina pugna pela minoração para R\$ 13.000,00 (treze mil reais).

Razão não lhe assiste.

De maneira breve, e em relação às provas que ilustram perfeitamente todo o cenário hediondo e repugnante vivenciado pelo autor, o valor fixado pelo juízo singular representa de forma coesa o caráter punitivo e pedagógico que deve advir da indenização.

À vista de tais elementos, nego a majoração pretendida.

Da correção monetária e juros.

O Estado requer seja o marco inicial do juros e da correção monetária a data da publicação da sentença.

Razão não lhe assiste.

Isso porque a Súmula n. 362 do STJ expressa claramente que é devida a correção monetária desde o arbitramento da verba reparatória; e quanto ao juros, a Súmula n. 54 do STJ também é contundente ao mencionar que o marco inicial é o evento danoso. Logo, correta a sentença.

Do recurso do autor.

Quanto ao pedido de majoração da verba indenizatória, julgo prejudicado em razão da decisão de manutenção do valor fixado em primeiro grau, analisado no recurso do réu.

E no que pertine à majoração da verba honorária, que foi fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, entendo que encontra-se fixada em patamar digno para a remuneração do patrono da parte autora; porém o art. 85, § 11, do CPC determina a majoração dessa verba no caso de haver recurso de apelação. Por isso, entendo que por força de lei a verba honorária deva ascender ao patamar de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, atualizado.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos e negar-lhes provimento; majorar, com fulcro no art. 85, § 11, do CPC, os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, atualizado.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0302631-59.2015.8.24.0037, de Joaçaba

Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira

ACIDENTE DE TRABALHO – ALEGADA REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA – PERÍCIA CONCLUSIVA EM SENTIDO OPOSTO – SUFICIENTE PODER DE PERSUASÃO – IMPROCEDÊNCIA RATIFICADA.

A prova pericial não vincula o juízo quanto às suas conclusões fáticas. Só que muito menos se pode meramente desconsiderá-la. Ainda que o juiz fosse versado na mesma ciência do perito, não poderia meramente substituí-lo. A missão do magistrado é apreciar valorativamente o laudo; pesar as demais provas, medir o enquadramento jurídico, refletir sobre o fato e o direito simultaneamente.

Aqui, o laudo é muito eloquente quanto à persistência da capacidade para o trabalho, com preservação da força e sensibilidade das mãos. A parte se apega à constatação de que existem sequelas, mas não demonstra – o que poderia tê-lo feito por outros meios de prova – a repercussão negativa sobre sua atividade laboral. Além disso, o acidente aconteceu há muitos anos e houve consolidação das sequelas, de modo que não há elementos concretos que indiquem redução da capacidade e as conclusões do perito merecem mesmo prevalecer.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302631-59.2015.8.24.0037, da comarca de Joaçaba - 1ª Vara Cível em que é Apelante Antonio Nazarkievicz e Apelado o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Denise de Souza Luiz Francoski e Artur Jenichen Filho.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador Hélio do Valle Pereira
Presidente e relator

RELATÓRIO

Antônio Nazarkievicz demandou o INSS para ter implantado o auxílio-acidente infortunistico – negado no plano administrativo –, mas o pedido foi jugado improcedente.

O recurso, é claro, vem do autor. Insiste que o acidente de trabalho sofrido ocasionou “esmagamento do dedo polegar da mão direita e dedo indicador da mão esquerda, causando em ambas as mãos a perda da sensibilidade”. Explica que a redução funcional reflete negativamente

no exercício da atividade como operador de máquinas; a limitação de movimentos traz, inclusive, evidentes prejuízos ante a dependência no uso das mãos. Reforça, ademais, que mesmo mínima a lesão, o obreiro possui direito ao benefício – compreensão que é sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não houve contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça não manifestou interesse no feito.

VOTO

1. O autor defende que há perda da capacidade laborativa, visto que o acidente de trabalho afetou parcialmente ambas as mãos.

Nos achados do perito, porém, encontra-se isto:

[...] Constatamos perda do movimento de extensão da falange distal de 2º dedo de mão esquerda. Tal quadro relata o autor foi decorrente de esmagamento ocorrido em 19987 [sic].

Encontramos redução mínima (mínima/média/máxima) da flexão do polegar direito, que segundo o autor ocorreu no mesmo acidente relatado em 1987, porém na descrição da CAT – comunicação de acidente de trabalho encontramos descrição da ocorrência e laudo médico relatando que apenas a mão esquerda foi atingida. Encontramos cicatriz em face ventral do polegar direito, o que mostra que o mesmo apresentou em algum período de sua vida lesão do referido polegar.

Apresenta força, tônus muscular e sensibilidade preservada para membros Superiores.

Quer dizer, o expert identificou duas lesões – na falange distal do segundo dedo da mão esquerda e no polegar direito –, mas apontou que apenas a primeira estava relatada na comunicação de acidente de trabalho. Mas, independente disso, concluiu que não havia redução funcional capaz de interferir no desempenho da atividade pelo postulante.

Estou com a sentença.

Ainda que a parte autora sustente o contrário – e, que mesmo pela imagem de fls. 143 seja possível identificar visualmente alguma alteração da sua falange distal – não se comprovou que a lesão, quando menos, dificulte o desempenho do labor habitual.

É verdade que o perito apontou que há perda de flexão, mas esta apenas atinge a falange distal de um dedo da mão. Já quanto à semi-flexão do polegar esquerdo, não ficou aclarado se o problema se originou do mesmo acidente. De todo modo, ainda que a dúvida prevaleça em favor do segurado, aqui igualmente não há indicação de redução funcional – mesmo que pensadas em conjunto as lesões – a ponto de prejudicar o labor habitual.

Destarte, mesmo que se esteja à frente de lesão mínima, não está afastada a necessidade de se demonstrar a repercussão sobre a atividade laboral, como já esclareceu o STJ: “O fato da redução

ser mínima, ou máxima, reafirmo, é irrelevante, pois a lei não faz referência ao grau da lesão, não figurando essa circunstância entre os pressupostos do direito, de modo que, para a concessão de auxílio-acidente, é necessário verificar, apenas, se existe lesão decorrente da atividade laboral e que acarrete, no fim das contas, incapacidade para o trabalho regularmente exercido.” (REsp 1109591/SC, rel. Min. Celso Limongi).

2. A prova pericial realmente não vincula o juízo quanto às suas conclusões fáticas. Só que muito menos se pode meramente desconsiderá-la. Ainda que o juiz fosse versado da mesma ciência do perito, não poderia se substituir a ele. A missão do magistrado é apreciar valorativamente o laudo; pesar as demais provas, medir o enquadramento jurídico, refletir sobre o fato e o direito simultaneamente. No caso, a prova é contundente quanto à ausência de incapacidade e não existe dúvida razoável que sugira outro caminho.

O essencial, enfim, é o diagnóstico no sentido de que é viável a atividade laboral. Não há sequelas relacionadas ao trabalho que comprometam a atividade profissional pelo postulante, como bem observou o expert, de modo que é mesmo imerecida a concessão de benefício infortunistico a quem não sofreu redução da capacidade para o labor.

Neste Tribunal, aliás, já se entendeu em sentido convergente:

APelação CÍVEL. INFORTUNÍSTICA. LIMITAÇÃO DA FLEXÃO DAS ARTICULAÇÕES INTERFALANGEANAS PROXIMAL E DISTAL DO 2º DEDO DA MÃO ESQUERDA. PERÍCIA QUE PEREMPTORIAMENTE AFASTA A EXISTÊNCIA DE QUALQUER LIMITAÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS A CONTRADITAR O RESULTADO DA PERÍCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

Embora a perda de mobilidade de um dedo, ainda que parcialmente, possa gerar direito ao auxílio-acidente, na espécie há apenas uma redução de 20% da flexão das falanges proximal e distal do dedo indicador da mão esquerda, o que não impede a adequada funcionalidade do membro atingido e não interfere, portanto, na execução das atividades profissionais. (AC 0035773-66.2011.8.24.0038, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público)

Se não há evidências bastantes de que haja perda da capacidade para o trabalho, a persistência de sequelas não confere, em si, o direito de o obreiro ter deferido em seu favor o auxílio-acidente.

3. Assim, conheço e nego provimento ao recurso.

Não há honorários, pois o segurado é sempre isento.

É o voto.

Apelação Cível n. 0060338-23.2003.8.24.0023 Capital

Relatora: Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL PARA DEFESA DOS CONSUMIDORES CONTRA A CELESC S.A.

PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS PORTARIAS N.º 38/86 E N.º 45/86 DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA – DNAEE, AS QUAIS REAJUSTARAM AS TARIFAS DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA DOS CONSUMIDORES INDUSTRIAIS.

PORTARIAS EDITADAS DURANTE O PERÍODO DE CONGELAMENTO DE PREÇOS PELO GOVERNO FEDERAL (PLANO CRUZADO).

PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS REFERIAS PORTARIAS E DE CONDENAÇÃO DA DEMANDADA NA DEVOUÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE DOS CONSUMIDORES DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS, DECLARANDO NULAS AS PORTARIAS N.º 38/86 E 45/86 E CONDENANDO AS CENTRAIS ELÉTRICAS DE SANTA CATARINA S.A. – CELESC NA RESTITUIÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE EM VIRTUDE DOS REAJUSTES DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE AS DATAS DAS PORTARIAS ACIMA E VIGÊNCIA DA PORTARIA N.º 153/1986.

SENTENÇA LIMITADA AOS CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE SANTA CATARINA.

APELAÇÕES CÍVEIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA E DAS CENTRAIS ELÉTRICAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA S.A. – CELESC.

(1) QUESTÃO PREJUDICIAL VERIFICADA DE OFÍCIO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM OBJETO IDÊNTICO ÀQUELE DOS AUTOS N. 0047635-89.2005.8.24.0023, CUJO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL FOI DISTRIBUÍDO COM O NÚMERO 2010.028353-3, JÁ APRECIADA.

SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO FEITO, DETERMINADA PELO À ÉPOCA RELATOR, ATÉ A APRECIÇÃO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO ARESP N. 406.833, INTERPOSTO CONTRA O JULGAMENTO PROFERIDO NA APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.028353-3.

PERCEPÇÃO, POR ESTA RELATORA, DE JÁ TER HAVIDO O JULGAMENTO DO ARESP N. 406.833 AUTOS QUE JÁ RETORNARAM AO JUÍZO DE ORIGEM E ESTÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO/ EXECUÇÃO DA SENTENÇA.

INTIMAÇÃO DAS PARTES PARA MANIFESTAÇÃO A RESPEITO DO PROSSEGUIMENTO DO FEITO. ASSOCIAÇÃO CIVIL DEMANDANTE QUE PUGNOU PELO PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO. INÉRCIA DA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO.

MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SENTIDO DE REUNIÃO DOS PROCESSOS PARA JULGAMENTO

PRETENSÕES AFASTADAS.

POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS QUANDO HOVER IDENTIDADE DE RÉUS, DAS CAUSAS DE PEDIR E DOS PEDIDOS.

LITISPENDÊNCIA QUE, CASO CONFIGURADA, IMPÕE A EXTINÇÃO A SEGUNDA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DISTRIBUÍDA.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, OBJETO DESTE RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL, DISTRIBUÍDA EM 02/05/2003, COM CITAÇÃO VÁLIDA EM 13/10/2003.

AUTOS N. 0047635-89.2005.8.24.0023 (OBJETO DA APELAÇÃO CÍVEL N. 2010.028353-3 E DO ARESP N. 406.883) DISTRIBUÍDOS EM 11/11/2005, CONTRA A MESMA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO, COM A MESMA CAUSA DE PEDIR E O MESMO OBJETO DESTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

LITISPENDÊNCIA CARACTERIZADA

AÇÃO LITISPENDENTE, CONTUDO, QUE TRANSITOU EM JULGADO ANTES DO EXAME DESTES AUTOS.

IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA LITISPENDÊNCIA.

INVIABILIDADE, TAMBÉM, DA REUNIÃO DOS AUTOS PARA JULGAMENTO CONJUNTO.

AUTOS N. 0047635-89.2005.8.24.0023 QUE JÁ FORAM JULGADOS, E CUJA SENTENÇA DE MÉRITO É OBJETO DE LIQUIDAÇÃO.

TRÂNSITO EM JULGADO DAQUELA SENTENÇA QUE IMPOSSIBILITA, TAMBÉM, O PROSSEGUIMENTO DESTA AÇÃO.

BENEFICIÁRIOS DESTA AÇÃO COLETIVA QUE JÁ TIVERAM A SUA PRETENSÃO GARANTIDA COM O JULGAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 0047635-89.2005.8.24.0023.

RESSARCIMENTO DOS VALORES AOS CONSUMIDORES INDUSTRIAIS QUE PODE SER REALIZADOS INDEPENDENTEMENTE DO JULGAMENTO DESTA AÇÃO COLETIVA.

PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL EVIDENCIADA, NA MEDIDA EM QUE NÃO HÁ NECESSIDADE E NEM UTILIDADE AOS BENEFICIÁRIOS NO JULGAMENTO DO MÉRITO DESTA AÇÃO COLETIVA.

INCIDÊNCIA DO ART. 462 DO CPC/1973 – VIGENTE À ÉPOCA (ATUAL 493).

PROSSEGUIMENTO DO FEITO, ADEMAIS, QUE PODERIA OFENDER A COISA JULGADA, DIANTE DA POSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE DECISÃO CONTRÁRIA ÀQUELA EM FASE DE EXECUÇÃO.

NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL E EXTINÇÃO DA AÇÃO.

DECISÃO QUE NÃO AFRONTA O DISPOSTO NO ART. 09.º E 10.º DO CPC.

PARTES DEVIDAMENTE INTIMADAS PARA SE MANIFESTAREM SOBRE A IDENTIDADE DAS AÇÕES E SOBRE O PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO, ADEMAIS, NO SENTIDO DE COMPATIBILIZAR O DISPOSTO NO ART. 10.º DO CPC/2015 CPC COM A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO.

IMPOSSIBILIDADE DAS PARTES DE INFLUENCIAREM NA PRESENTE DECISÃO, TENDO EM VISTA SER INEGÁVEL O TRÂNSITO EM JULGADO E A EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA COM O MESMO OBJETO.

(2) ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA.

EXTINÇÃO DA AÇÃO COLETIVA QUE NÃO FOI OCACIONADA PELA PARTE DEMANDANTE.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA QUE DEVEM SER ARCADOS PELA DEMANDADA.

FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE, TODAVIA, NÃO SE APLICA NO JULGAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

ART. 18 DA LEI 7.347/1985.

ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE QUE NÃO É CABÍVEL A CONDENAÇÃO DA PARTE REQUERIDA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUANDO INEXISTENTE MÁ-FÉ, ASSIM COMO OCORRE COM A PARTE AUTORA, POR FORÇA DA APLICAÇÃO DO ART. 18 DA LEI N. 7.347/1985, INDEPENDENTEMENTE DE QUEM SEJA O LEGITIMADO ATIVO (RESP. 1.820.022/AL).

PRINCÍPIO DA SIMETRIA.

PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AFASTADO.

(1) RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. CONDENAÇÃO DA DEMANDADA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AFASTADO.

(2) EXAME DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS E DA REMESSA NECESSÁRIA PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0060338-23.2003.8.24.0023, da comarca da Capital 1ª Vara da Fazenda Pública em que é/são Apte/Apdo(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apdo/Apte(s) Celesc Distribuição S/A e outro.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime: (a) reconhecer a perda superveniente do interesse processual e extinguir a Ação Civil Pública sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/1973 (atual art. 485, V, do CPC/2015); condenar a demandada ao pagamento das custas processuais e afastar o pagamento dos honorários advocatícios; (b) prejudicada a análise dos recursos voluntários e da remessa necessária. Custas finais a encargo da demandada. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Hélio do Valle Pereira, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho e o Exmo. Sr. Des. Vilson Fontana.

Funcionou como representante do Ministério Público a Exma. Sra. Procuradora de Justiça Monika Pabst.

Florianópolis, 28 de novembro de 2019.

Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

Relator

RELATÓRIO

Cuidam-se de recursos de apelações cíveis interpostos por Ministério Público de Santa Catarina e por Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. - CELESC contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação civil pública n. 023.03.060338-5 (número CNJ 0060338-23.2003.8.24.0023), ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI contra as Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. - CELESC, bem como de reexame necessário.

1.1 Desenvolvimento processual

Adota-se o relatório da sentença proferida pelo à época magistrado singular Luiz Antonio Zanini Fornerolli (fls. 346/353):

“Ajuíza Instituto Brasileiro de Defesa do Ciddão - IBDCI ação civil pública em face de CELESC - Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A.

Aduz, em síntese, que a empresa ré, mediante as Portarias do DNAEE n.ºs 38/86 e 45/86, deixou de observar o congelamento de preços, instituído pelo Plano Cruzado, e reajustou indevidamente as tarifas de energia elétrica dos consumidores do Estado de Santa Catarina. Por conta de tal ato, requer o reconhecimento da nulidade das Portarias n.º 38/86 e 45/86, bem como a condenação da ré a restituir os valores pagos a maior em razão do reajuste indevidamente aplicado.

Citada, a empresa ré argüiu em preliminar a ilegitimidade ativa e passiva. Como objeção do mérito suscita a prescrição, a denúnciação à lide, como também a necessidade da inclusão no pólo passivo da demanda a União e a ANEEL. No mérito, argumenta que não há provas acerca dos fatos concatenados na inicial e que a Portaria 38 foi revogada pela Portaria 45, o que fez com que os valores retrocedessem ao registrado no dia 18.02.1986.

Feito replicado.

Ação encaminhada a Justiça Federal, a qual indeferiu a denúnciação à lide da União e afastou a legitimidade da União e da ANEEL para integrar o pólo passivo da demanda.

O ministério Público opinou pelo afastamento das preliminares e, conseqüentemente, pela procedência da ação.

Vieram-se os autos conclusos.

É o relatório. Fundamento e decido.

[...]”

A causa foi valorada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

1.2 Sentença

O à época Juiz de Direito Luiz Antonio Zanini Fornerolli declarou a parcial procedência dos pedidos formulados na inicial, consubstanciado no fundamento de ilegalidade das Portarias n. 38/86 e 45/86 do DNAEE, que majoraram a tarifa de energia elétrica em contraposição ao congelamento

de preços instituído pelos Decretos-Leis n.ºs. 2.283 e 2.284/86, e no fato de que o aumento ilegal ocorreu somente para a classe industrial, nos seguintes termos:

“Busca a associação autora, mediante a presente ação coletiva, a restituição dos valores pagos a maior pelos consumidores, em decorrência das Portarias n.ºs 38 e 45 editadas pelo DNAEE.

Julga-se o feito antecipadamente (CPC, art. 330, I).

Entretanto, antes de adentrarmos no mérito da contenda mister tecermos algumas considerações acerca das preliminares avançadas pela empresa ré em sua contestação.

Da ilegitimidade ativa

Assevera o réu que a associação autora é parte manifestamente ilegítima para figurar no pólo ativo da demanda, sob a argumentação de que os consumidores não estão individualizados.

No entanto, a preliminar levantada não merece prosperar, ante a ausência de respaldo legal.

Estamos diante de uma ação coletiva ressarcitória de danos sofridos por consumidores indivisivelmente considerados, cuja pretensão processual é na maioria das vezes genéricas, diante da enorme dispersão dos lesados, tornando impossível ao autor verificar a situação fática específica de cada consumidor, tal como o número dos consumidores lesados e o valor do pagamento efetuado a maior.

Além do que, a legislação consumeirista é expressa em estabelecer como requisitos de legitimidade para as associações, na defesa dos interesses e direitos dos consumidores, a pré-constituição superior a um ano e a defesa do consumidor como fim institucional, dispensando, inclusive, a autorização assemblear.

In casu, o Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão, além de preencher os requisitos legais exigidos, postula em juízo pedido compatível com os interesses individuais homogêneos dos consumidores industriais.

Ademais, quanto a alegação de inexistência de relação de consumo, o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento de que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às demandas oriundas das concessionárias de serviço público, principalmente no caso de energia elétrica.

Em contrapartida, a pessoa jurídica deve ser considerada consumidora de energia elétrica, já que é sensivelmente vulnerável em relação à fornecedora, pois além de ser o produto indispensável ao regular funcionamento da indústria, tal produto só pode ser adquirido da concessionária de energia elétrica.

Esse também é o posicionamento adotado pelo STJ em reiteradas decisões, nas quais ousou citá-las: Ag. Rg. No Agravo de Instrumento n.º 541.324, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, REsp 754.784/PR, rel. Ministra Eliana Calmon e REsp 476.428, rel. Ministra Nancy Andrighi, dentre outros.

Logo, podemos concluir que a associação autora é parte manifestamente legítima para figurar no pólo ativo da demanda.

Da ilegitimidade passiva

Sustenta a empresa ré a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda ao argumento de não ter sido a responsável pela edição das Portarias n.º 38/86 e n.º 45/86, que resultaram nas majorações tarifárias ora impugnadas, tampouco deter competência para decidir sobre os reajustes das tarifas aplicadas sobre o consumo de energia elétrica.

Pois bem, a questão trazida à baila tem encontrado solução pacífica no âmbito do nosso Tribunal de Justiça, onde, de modo iterativo, vem sendo afirmada a legitimidade da concessionária para integrar a angularidade passiva das ações de repetição de indébito que discutem pedidos idênticos ao presente, senão vejamos:

“Detendo a condição de arrecadadora e beneficiária dos valores faturados a maior, em decorrência da aplicação das Portarias n. 038 e 045/86, detém a CELESC, por via de consequência, exclusiva legitimação para integrar o enfoque passivo da ação de repetição de indébito, sendo dela a obrigação de honrar eventual condenação” (AC n. 1997.013801-6, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 31/3/98).

Na mesma senda, faço por bem citar: AI n. 1996.001653-8, da Capital, rel. Des. Eder Graf, j. em 7/10/96; AC n. 88.087090-5, de Joinville, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 28/6/00; AC n. 2001.005817-0, de Rio do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 27/5/02; AC n. 2004.008289-4, da Capital, Rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 28/09/04; dentre outros.

Não merece prosperar, portanto, a prejudicial de ilegitimidade passiva.

Da prescrição

Sustenta a CELESC que, sobre o direito à restituição dos valores pagos em faturas de energia elétrica, incide a prescrição trienal prevista no art. 206, § 3º, inc. IV do Código Civil, e não o art. 177 do Código Civil/1916.

Contudo, sem razão as ilações expostas pela ré.

A questão, aliás, encontra-se pacificada no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “a prescrição, consoante o disposto no art. 177 do CC, é vintenária.

É que a remuneração pelo fornecimento de energia elétrica constitui preço público, não constituindo imposto, taxa ou contribuição. Assim, dada a natureza da aludida tarifa como não tributária, é vintenário o prazo prescricional. Precedentes (STJ), REsp n. 8.750-0/SP, rel. Min. José de Jesus Filho). Por isso, também inaplicável o Código de Defesa do Consumidor.

Quanto as demais situações deduzidas pela ré – denúncia à lide e a estipulação de litisconsórcio passivo necessário – não há o que explanar a respeito, uma vez que já forma alvo de análise perante a Justiça Federal.

Portanto, passado os percalços adentremos no mérito da contenda.

Como já se disse alhures, o punctum saliens da presente quaestio envolve a majoração do preço da energia elétrica instituída pelas Portarias 038 e 045/86, quando em vigor os ditames dos Decretos-lei 2.283 e 2.284/86, que impuseram no país o congelamento geral dos preços.

A matéria foi inúmeras vezes apreciada pelos pretórios, não havendo qualquer dúvida acerca da ilegalidade da majoração imposta, citando-se, apenas para ilustrar, os seguinte precedente do STJ:

TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. MAJORAÇÃO. CONGELAMENTO. PORTARIAS DNAEE Nºs 38 E 45. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. O entendimento desta Corte é unânime no sentido da ilegalidade das Portarias nºs 38 e 45/86, que majoraram as tarifas de energia elétrica, durante o congelamento de preços [...] (REsp 544121/DF, Rel. Min. Castro Meira).

E mais:

ADMINISTRATIVO. TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. MAJORAÇÃO. PORTARIAS DNAEE 38 E 45, DE 1986. ILEGITIMIDADE. DECRETOS-LEIS 2283 E 2284, DE 1986. PRECEDENTES. 1. É ilegítima a majoração da tarifa de energia elétrica determinada pelas Portarias 38 e 45/86 do DNAEE, tendo em vista o congelamento dos preços estabelecido pelos arts. 35 e 36, respectivamente, dos Decretos-leis 2283 e 2284, de 1986. Entendimento consagrado da Corte (REsp 332794/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins).

O nosso Tribunal de Justiça também já apreciou o mesmo tema em várias oportunidades, conforme se infere do seguinte aresto:

Apelação cível. Ação restituição de indébito. Preliminares afastadas. Tarifa de energia elétrica. Majoração instituída pelas Portarias nº 38 e 45/86, do DNAEE, durante o interstício de congelamento geral de preços. Restituição devida.

A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido da ilegalidade das portarias nºs 38 e 45/86 do DNAEE, que majoraram a tarifa de energia elétrica em contraposição ao congelamento de preços instituído pelos Decretos-Leis nºs 2.283 e 2.284/86. – Pacífico também é o entendimento de que a ilegalidade da majoração da tarifa de energia elétrica só perdurou até a edição da Portaria DNAEE 153/86. Precedentes. (STJ, AGA 388710/SP, Primeira Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 17.10.2002) (Apelação Cível n. 04.017911-1, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Como visto pelas decisões acima citadas, a Portaria 045/86, de 04/03/86, revogou o aumento estabelecido pela Portaria 038/86, de 27/02/86, alusivamente aos estabelecimentos comerciais e residenciais, cujas tarifas retornaram aos patamares fixados pela Portaria 018/86.

Destarte, o setor industrial foi o único a sofrer o aumento, pois a tarifa estabelecida para este último pela Portaria 018/86 era de CR\$ 754,487 por Mw/h, ficando em CR\$ 905,38 por Mw/h, mesmo após a Portaria 045/86, caracterizando, nesta classe específica, manifesta afronta ao congelamento dos preços que então vigorava.

As cópias das Portarias 018/86, 038/86 e 045/86 foram apresentadas com a resposta e evidenciam o aumento, indevido, em desfavor dos consumidores industriais.

Eis que, pelo que se denota, a Portaria 038/86, de 27/02/86, efetivamente majorou as tarifas estabelecidas pela Portaria 018/86, de 29/01/86, estando estas últimas em vigor no dia 27/02/86, quando também foi editado o Decreto-lei 2.283/86, que impôs o congelamento de todos os preços públicos e privados, não havendo qualquer dúvida sobre a impossibilidade hierárquica de uma simples Portaria revogar o que restou estabelecido por um Decreto-Lei.

Entretanto, logo em seguida, ou seja, em 04/03/86, foi editada a Portaria 045/86, que reduziu as tarifas ao patamar anterior, ou seja, aos valores estabelecidos pela Portaria 018/86, em vigor na data do congelamento (27/02/86), com exceção da tarifa correspondente aos consumidores industriais, mitigando, quanto a esses, tão somente, o percentual de aumento imposto pela Portaria 038/86, diminuindo de CR\$ 980,833 para CR\$ 905,38, quando o correto seria a redução para CR\$ 754,487.

Em resumo: o aumento ilegal imposto pela Portaria 038/86 foi mantido apenas para a classe industrial, onde indiscutivelmente o consumo de energia é muito maior.

Sendo que as demais classes – residencial, rural e iluminação pública – tiveram suas tarifas novamente reduzidas, impendendo ressaltar que os aumentos anteriormente fixados para os consumidores dessas classes sequer chegaram a ser repassados, pois a Portaria 045/86 foi editada somente cinco dias após a Portaria 038/86.”

Cuja parte dispositiva restou assim redigida:

Ante o exposto, ACOLHO em parte o pedido formulado pela associação autora para declarar nula as Portarias 038/86 e 45/86 editadas pelo DNAEE, bem como condenar a Estatal Catarinense a restituir apenas aos consumidores industriais as importâncias cobradas indevidamente por conta do reajuste do preço da tarifa da energia elétrica decorrente das mencionadas portarias, no período compreendido entre as datas dos efeitos delas e a da Portaria nº 153, de 26-11-1986, restritas ao custo exclusivamente do produto referido, excluídos da devolução os valores correspondentes aos encargos de natureza tributária (ICMS, TIP, Contribuições sociais diversas) e do empréstimo compulsório, se cobrado, devidamente corrigido pelo INPC, desde a data dos respectivos pagamentos, sendo que a partir da citação deverão os valores ser corrigido pela Taxa SELIC.

Ademais, condeno a ré, nas custas processuais, bem como nos honorários advocatícios do patrono da autora, que fixo desde já em R\$ 1.000,00 (um mil reais), a ser corrigido monetariamente pelo INPC a partir da publicação.

P. R. I.

1.3 Embargos declaratórios opostos pela demandada Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. - CELESC (fls. 365/371)

Sustentando a existência de omissão na sentença proferida e arguindo a preliminar de coisa julgada, a demandada opôs aclaratórios às fls. 365-371, os quais foram rejeitados às fls. 376/377, nos seguintes termos:

Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – CELESC, ofereceu, com fundamento no art.535 do Código de Processo Civil, embargos de declaração, da sentença de fls. 346-353, alegando a existência de omissão acerca da preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir, disposta na peça contestatória.

Os embargos foram interpostos dentro do prazo de 5 dias, conforme prevê o art. 536, CPC.

É o relatório.

Decido.

Conheço dos embargos, e acolho-os em parte, visto que, realmente não fora analisada esta preliminar.

Sendo assim, a sentença passa a ser integrada pelos seguintes termos:

Acrescente-se: “Neste caso, não há como falar em carência da ação, uma vez que para a propositura de uma ação desta natureza, instruiu a inicial com os documentos necessários para o julgamento do objeto do pedido, qual seja, a ocorrência ou não do aumento das tarifas de energia elétrica durante o congelamento dos preços durante o chamado “Plano Cruzado”, com a devida consequência”.

Requer, a embargante, a extinção do feito com base na existência de coisa julgada na forma do disposto no inciso V, do artigo 267 do CPC.

Pois bem! Como é de conhecimento público, para haver coisa julgada a sentença deve possuir carga eminentemente declaratória, capaz de incidir sobre o caso concreto.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Aranha, in Manual de Processo de Conhecimento, são enfáticos em afirmar que “a coisa julgada se prende à indiscutibilidade do efeito declaratório da sentença, tornando-a imutável. Portanto, para que a sentença possa ser revestida pela coisa julgada, é preciso que tenha ela carga declaratória suficiente em seu conteúdo, para certificar a incidência da regra material de regência do caso concreto.”

Rodolfo Camargo Mancuso salienta que “nem tudo na decisão de mérito fica sob a imutabilidade da coisa julgada: excluem-se de seus limites objetivos a motivação e a verdade dos fatos estabelecidos na sentença (CPC, ar. 469, i e II), de sorte que esses aspectos bem poderão ser rediscutidos em outra ação”.

Portanto, não merece prosperar a alegação de coisa julgada, eis que quando o código fala em nova prova, trata-se de prova anteriormente não produzidas e não de data posterior a lide, como faz crer a embargante.

No mais persiste a sentença tal como foi lançada.

Retifique-se o registro da sentença.

Intime-se.

1.4 Apelações cíveis

1.4.1 Apelação Cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (fls. 357/363).

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso de apelação cível.

Em síntese, afirmou que a sentença condenou a demandada ao ressarcimento de valores apenas aos consumidores industriais. Contudo, citando precedentes do Superior Tribunal de Justiça, fundamentou a necessidade de reforma da sentença para que a condenação à restituição dos valores favoreça todos os consumidores, e não apenas os industriais.

Argumentou que a manutenção a procedência parcial dos pedidos iniciais afronta os arts. 4.º, I, III e VI, art. 6.º, VI, art. 39, XII, art. 41 e art. 83, todos do Código de Defesa do Consumidor, além de contrariar o disposto no art. 5.º, caput, XXXII e art. 170, V, da Constituição Federal e o art. 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

1.4.2 Apelação cível interposta pela demandada Centrais Elétricas do Estado de Santa Catarina S.A. – CELESC (fls. 383/446).

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a demandada interpôs recurso de apelação cível, no qual argumentou, em síntese:

- (a) a ilegitimidade ativa;
- (b) a existência de coisa julgada;
- (c) a ilegitimidade passiva;
- (d) prescrição;
- (e) a necessidade de denunciação da lide à União;
- (f) a formação de litisconsórcio passivo necessário com a União e com a ELETROBRÁS;
- (g) que a inicial não esclarece os fatos e o alcance e a vigência das Portarias impugnadas, motivo pelo qual não há provas da suposta ilegalidade, o que conduz à improcedência dos pedidos iniciais;
- (h) a impossibilidade de condenação em honorários advocatícios;
- (i) a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso.

1.5 Contrarrazões

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 455).

1.6 Reexame necessário

A sentença foi omissa quanto à necessidade do envio dos autos para reexame necessário.

Em que pese tenha a sentença silenciado quanto à necessidade de remessa dos autos ao segundo grau de jurisdição, cabe aqui ponderar que, de fato, a reanálise obrigatória deve ser aplicada ao presente caso, tendo em vista o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido e ser “aplicável o reexame necessário nas hipóteses de ação civil pública, independentemente da presença de pessoa de direito público no polo passivo, porém não se aplica aos litígios que versem exclusivamente sobre direitos individuais homogêneos” (AgInt no REsp 1690987/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018).

No mesmo sentido: STJ - REsp 1733729/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 17/12/2018.

1.7 Manifestação do Ministério Público

Nesta Instância, o Procurador de Justiça Ricardo Francisco da Silveira opinou “pelo conhecimento dos recursos interpostos; pelo não seguimento (pedido “b”) e desprovimento (pedido “c”) do apelo da Celesc; e pelo provimento da apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, a fim de reformar a sentença em relação ao alcance dos efeitos da condenação”.

1.8 Suspensão do processo.

Às fls. 465/469, o à época relator, Des. Júlio César Knoll, ordenou a suspensão destes autos até o julgamento do AREsp n. 406.833, interposto contra o julgamento proferida na Apelação Cível n. 2010.028353-3, tendo em vista que os beneficiários das ações coletivas seriam idênticos.

1.9. Prosseguimento do feito.

Esta relatora verificou que o AREsp n. 406.833, interposto contra o julgamento proferida na Apelação Cível n. 2010.028353-3, foi julgado e os autos já retornaram ao juízo de origem, no qual se processa a liquidação de sentença.

Por essas razões, determinou-se a intimação das partes para manifestarem o interesse no prosseguimento do feito.

1.10. Manifestação das partes.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDC manifestou-se pelo prosseguimento do feito (fls. 479).

A Celesc Distribuição S/A deixou o prazo transcorrer sem manifestação (fls. 481).

O Procurador de Justiça César Augusto Grubba opinou pela reunião de todas as ações para que houvesse uma única decisão (fl. 485).

Este é o relatório.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a análise dar-se-á à luz do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da publicação da sentença, 01/10/2009, nos termos do art. 14 da novel legislação, em vigor desde 18 de março de 2016 (Lei n. 13.105/2015).

VOTO

Em regra, esta relatora examina os recursos de apelações cíveis na ordem de suas interposições. Entretanto, considerando as especificidades do caso sob análise, entendo ser necessário, pontualmente, desconsiderar essa regra, a fim de facilitar a compreensão do julgamento.

Com efeito, o primeiro recurso de apelação cível foi interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e visa a reforma da sentença para ampliar o seu alcance, ou seja, para que a procedência dos pedidos iniciais beneficie todos os consumidores, e não apenas os consumidores industriais.

Já o segundo recurso de apelação cível, interposto pelas Centrais Elétricas do Estado de Santa Catarina S.A. – CELESC, exige o exame de diversas preliminares e prejudiciais de mérito (ilegitimidade ativa, coisa julgada, ilegitimidade passiva, prescrição, denunciação da lide, litisconsórcio necessário), para somente após o exame dessas questões, caso superadas, possa ser realizado o julgamento do mérito. Por outro lado, caso acolhida alguma dessas preliminares ou prejudiciais, o exame do mérito será desnecessário.

Contudo, conforme mencionado na decisão de fls. 476/477, houve a suspensão do processo até o julgamento dos autos n. 2010.028353-3, que tratam da mesma matéria.

Referidos autos já foram julgados e estão na fase de liquidação de sentença, razão pela qual é necessária a análise de eventual litispendência, nos termos da decisão de fl. 465/469, ou da possibilidade do prosseguimento do feito.

Por essas razões, trato inicialmente da possibilidade de prosseguimento do feito e, posteriormente, caso superada a questão, examino os recursos interpostos pelas partes.

2. Análise dos pedidos de prosseguimento do feito.

Às fls. 465/469, o à época relator Des. Júlio César Knoll afirmou que, embora esta Ação Civil Pública tivesse o mesmo objeto e os mesmos beneficiários da tutela pleiteada nos autos 023.05.047635-4 (número CNJ 0047635-89.2005.8.24.0023), não seria possível reconhecer a litispendência entre as ações, tendo em vista que esta demanda foi ajuizada anteriormente.

Com efeito, o art. 301, § 1.º, do Código de Processo Civil de 1973 (vigente à época) estabelecia que haveria litispendência ou coisa julgada quando fosse reproduzida ação anteriormente ajuizada.

Nos termos do § 2.º do referido dispositivo, uma ação seria idêntica à outra quando tivesse as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, sendo que haveria litispendência quando fosse repetida ação que está em curso (§ 3.º do art. 301 do CPC/1973).

Por essas razões, verifica-se a litispendência quando há coincidência entre os elementos identificadores (partes, causa de pedir e pedido) de duas ou mais ações em curso.

No tocante às ações civis públicas, a doutrina tem se posicionado sobre a possibilidade de reconhecimento da litispendência entre elas, ou entre uma ação civil pública e outra ação coletiva.

Nesses casos, dispensa-se o requisito de identidade de partes, bastando a identidade de réus, da causa de pedir e dos pedidos. Nesse sentido, é de ensinamento doutrinário:

“É possível a litispendência entre ações civis públicas, ou entre elas e outras ações coletivas. Uma ação civil pública pode ter o mesmo objeto e a mesma causa de pedir que um mandado de segurança coletivo ou que uma ação popular. No tocante ao polo ativo, sua identidade é desnecessária para configurar a litispendência nas ações coletivas, valendo o que foi dito em relação à continência. Com efeito, nas ações coletivas em geral, qualquer dos colegitimados, em nome próprio, defende interesses transindividuais de um grupo, classe, ou categoria de pessoas, que poderão ser atingidos pela sentença independentemente de quem haja proposto a ação. Sendo assim, basta a identidade de réus, das causas de pedir e dos pedidos, para que a identidade de ações (e, portanto, a litispendência) se verifique” (ANDRADE, Adriano; ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses Difusos e Coletivos*. V.1. 9ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2019, p.184).

Analisando a movimentação processual dos autos n. 0047635-89.2005.8.24.0023, cujos recursos já foram julgados (Apelação Cível n. 2010.028353-3 e AREp n. 406.883), verifica-se que a petição inicial foi distribuída em 11/11/2005.

Contudo, a presente ação civil pública foi distribuída em 02/05/2003 e a citação válida ocorreu em 13/10/2003 (fl. 63).

Logo, evidencia-se que o ajuizamento e a triangularização processual nestes autos foram anteriores à distribuição da Ação Civil Pública n. 0047635-89.2005.8.24.0023, motivo pelo qual não se pode afirmar que esta demanda é litispendente àquela, mas sim o contrário.

Portanto, correta a conclusão do Exmo. Des. Júlio César Knoll no sentido de não ser possível o reconhecimento da litispendência.

Por outro lado, não é possível a reunião das ações para julgamento conjunto, como pretendido pelo Ministério Público e mencionado na decisão de fls. 465/469.

Conforme mencionado, a sentença proferida nos autos n. 0047635-89.2005.8.24.0023 já transitou em julgado e já houve início da fase de liquidação da sentença.

Dessa forma, não há falar em envio destes autos ao Gabinete do Des. Relator prevento, pois os autos já foram julgados, razão pela qual não há mais a possibilidade de reunião das ações.

Ocorre que, também, não é possível o prosseguimento deste feito, com o julgamento de mérito, tendo em vista que já há sentença transitada em julgado a respeito da matéria.

A Ação Civil Pública n. 0047635-89.2005.8.24.0023 e a presente Ação Civil Pública n. 0060338-23.2003.8.24.0023, embora tenham sido ajuizadas por autores diferentes, possuem o mesmo réu (Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – CELES), a mesma causa de pedir (nulidade das Portarias n. 38 e 45 do DNAEE) e o mesmo pedido (restituição dos valores pagos pelos consumidores catarinenses atingidos pela indevida revisão tarifária realizada pela demandada).

Considerando que já houve o julgamento da Ação Civil Pública n. 0047635-89.2005.8.24.0023 e a liquidação de sua sentença, pode-se afirmar que os consumidores industriais do Estado de Santa Catarina já tiveram a sua pretensão garantida e já podem ser ressarcidos pelas cobranças indevidas, independentemente do julgamento desta ação.

Por essa razão, evidencia-se a perda superveniente do interesse processual, na medida em que não há necessidade do julgamento do feito e eventual exame do mérito não trará utilidade aos beneficiários da sentença coletiva, ou seja, aos consumidores industriais, os quais já obtiveram o seu direito em outra demanda.

Incide, no caso, o disposto no art. 462 do Código de Processo Civil de 1973 (atual 493), assim redigido:

Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

Portanto, o julgamento da ação coletiva proposta posteriormente à presente demanda influencia diretamente no julgamento da lide, e deve ser considerado por este Órgão Julgador, uma vez que acarretou na perda do objeto da ação.

Nas palavras de Theotonio Negrão: “A perda do objeto da demanda acarreta a ausência de interesse processual, condição da ação cuja falta leva à extinção do processo (CPC, art. 267, VI), ficando prejudicado o recurso’ (STJ-1ª T., RMS 19.055, rel. Min. Teori Zavascki, j. 9.5.06, DJU 18.5.06)” (CPCLPV. 43ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, atual. até 14.01.2011, pág. 531, nota 8 ao art. 462).

Ressalta-se que as condições da ação (interesse processual, legitimidade das partes e, na vigência do CPC/1973, a possibilidade jurídica do pedido) devem estar presentes durante todo o trâmite processual, inclusive em segundo grau de jurisdição, nos termos do disposto no art. 267, § 3.º, do CPC/1973 (atual 485, § 3.º).

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

“Já no exame da peça vestibular deve o juiz verificar a existência das condições da ação. Se a parte for manifestamente ilegítima ou carecer o autor de interesse processual, o juiz deve indeferir a petição inicial (CPC 295 II e III). (...) Caso existentes quando da propositura da ação, mas faltante uma delas durante o procedimento, **há carência superveniente ensejando a extinção do processo sem resolução do mérito.**” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11ª ed. rev. ampl. e atual. até 17.02.2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, nota 13 ao art. 267 do CPC, p. 526 – grifou-se)

Portanto, embora o Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão - IBDC tivesse interesse processual no ajuizamento desta ação, com o posterior julgamento da ação coletiva com o mesmo objeto, para a defesa dos direitos dos mesmos beneficiários, o interesse processual, originalmente presente, esvaiu-se, ocasionando a carência superveniente da ação.

Acerca do interesse processual, é de ensinamento da doutrina:

“Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado (v.G., pelo inadimplemento da prestação e resistência do réu à pretensão do autor).

De outra parte, se o autor mover a ação errada ou utilizar-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual. (NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015, p. 1113 – grifou-se).

No caso, o direito dos consumidores industriais do Estado de Santa Catarina havia sido violado com os reajustes indevidos das tarifas, de modo que a tutela jurisdicional, inicialmente, era útil.

Entretanto, reitera-se, com o julgamento da Ação Coletiva idêntica a esta, não há mais interesse processual à associação demandante, na medida em que eventual tutela jurisdicional não trará utilidade prática alguma, seja para ela ou para os beneficiários.

Ademais, o prosseguimento do feito poderia apresentar ofensa à coisa julgada, tendo em vista o risco do julgamento destes autos ser em sentido contrário à sentença em fase de liquidação, o que deve ser evitado.

Portanto, o reconhecimento da perda superveniente do interesse processual, com a consequente extinção da ação, é medida que se impõe.

Por fim, ressalta-se que a presente decisão não afronta o disposto nos artigos 9.º e 10.º do Código de Processo Civil.

Inicialmente, verifica-se que a existência de identidade entre as ações foi reconhecida na decisão de fls. 465/469, da qual as partes foram intimadas, e não se insurgiram.

Posteriormente, embora a decisão de fls. 476/477 não tenha mencionado expressamente a perda superveniente do interesse processual, ordenou a intimação das partes para se manifestarem sobre o julgamento dos autos n. 2010.028353-3 (n. 004763589.2005.8.24.0023), bem como sobre o prosseguimento do feito, razão pela qual era de conhecimento das partes a existência de sentença sobre matéria idêntica à discutida nesses autos.

Além disso, é entendimento doutrinário que a observância do art. 10 do CPC/2015 não pode comprometer a razoável duração do processo, de modo que o contraditório deve ser observado quando a participação da parte lhe assegurar alguma vantagem. Nesse sentido, destaca-se o enunciado n. 3 da ENFAM: “é desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa”.

Essa é justamente a hipótese dos autos, pois eventual manifestação das partes não poderá influenciar na solução da causa, tendo em vista que é inegável que já houve o trânsito em julgado da sentença proferida em outra Ação Coletiva, idêntica a esta, na qual, inclusive, já houve a liquidação da sentença, o que impossibilita o prosseguimento do feito.

Por essas razões, a extinção do feito, sem resolução do mérito, é medida que se impõe.

2.1.3. Ônus de Sucumbência.

A sentença de primeiro grau havia julgado parcialmente procedente o pedido inicial, condenando as Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – CELESC ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

O simples reconhecimento da perda superveniente do interesse processual não implica na imposição do pagamento dos ônus de sucumbência à associação autora.

Conforme mencionado, esta Ação Civil Pública foi ajuizada antes da Ação Civil Pública n. 0047635-89.2005.8.24.0023, quando a parte autora tinha interesse processual.

A perda superveniente do interesse processual não ocorreu por responsabilidade da demandante, mas sim em virtude do julgamento anterior da ação litispendente.

Dessa forma, os ônus de sucumbência devem ser arcados pela parte que deu causa à ação, ou seja, pela demandada.

Entretanto, apesar do raciocínio acima, no caso de Ação Civil Pública, não são devidos os honorários advocatícios, seja em favor da parte requerente ou em favor do requerido.

Embora o art. 18 da Lei n. 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública) disponha que, salvo comprovada má-fé, não haverá condenação da associação autora ao pagamento de honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a regra também se aplica à parte requerida, conforme os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCEDÊNCIA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA CONTRA O RÉU. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. 1. A Corte Especial do STJ, no julgamento dos EAREsp 962.250/SP, de relatoria do Ministro Og Fernandes (DJe 21/8/18), firmou compreensão no sentido de que, em razão da simetria, descabe a condenação em honorários advocatícios da parte requerida em Ação Civil Pública, quando inexistente má-fé, como ocorre com a parte autora, por força da aplicação do art. 18 da Lei 7.347/1985, qualquer que seja o legitimado ativo. 2. “O Ministério Público não faz jus ao recebimento de honorários advocatícios sucumbenciais quando vencedor na ação civil pública por ele proposta. Não se justificando, de igual maneira, conceder referidos honorários para outra instituição” (REsp 1.358.057/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 25/6/2018). 3. Nesse sentido: AgInt no AREsp 506.723/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 16/5/2019; AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 317.587/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 1º/4/2019. 4. Recurso Especial provido. (REsp 1820022/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 11/10/2019 – grifou-se)

Ainda:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE PRELIBAÇÃO NEGATIVO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. AUSÊNCIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. DESCABIMENTO. 1. De acordo com o disposto nos arts. 253, parágrafo único, I, do RISTJ e 932, III, do CPC/2015, compete à parte agravante infirmar especificamente os fundamentos adotados pela Corte de origem para obstar o seguimento do recurso especial, mostrando-se inadmissível o agravo que não se insurge contra todos eles. 2. Hipótese em que a recorrente não se desincumbiu do ônus de impugnar, de forma clara e objetiva, as razões que levaram à inadmissibilidade do apelo nobre. 3. Conforme entendimento consolidado no âmbito da Corte Especial do STJ, “descabe a condenação em honorários advocatícios da parte requerida em ação civil pública, quando inexistente má-fé, de igual sorte como ocorre com a parte autora, por força da aplicação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985.” (EAREsp 962.250/SP, rel. Min. OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, DJe 21/08/2018). 4. Agravo interno desprovido, determinando-se, de ofício, a exclusão da majoração dos honorários sucumbenciais. (AgInt no AREsp 1148461/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2019, DJe 20/09/2019 – grifou-se)

Também:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA UNIÃO E DO MP. DISSENSO NÃO DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA INDEFERIDOS LIMINARMENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 168/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. “Em razão da simetria, descabe a condenação em honorários advocatícios da parte requerida em ação civil pública, quando inexistente má-fé, de igual sorte como ocorre com a parte autora, por força da aplicação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985” (EAREsp 962.250/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/08/2018, DJe 21/08/2018). 2. Súmula n.º 168/STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt nos EREsp 1544693/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/08/2019, DJe 22/08/2019 – grifou-se).

Portanto, nos termos dos precedentes acima, na Ação Civil Pública, salvo comprovada má-fé, não é cabível a condenação da associação autora e nem da parte requerida ao pagamento dos honorários advocatícios, motivo pelo deve haver alteração dos ônus de sucumbência, arcando a parte demandada apenas com as custas processuais, excluindo-se a condenação em honorários advocatícios.

3 Dispositivo

Ante o exposto, vota-se para, de ofício, reconhecer a perda superveniente do interesse processual e extinguir a Ação Civil Pública sem resolução do mérito, nos termos do art. art. 267, VI, do CPC/1973 (atual art. 485, V, do CPC/2015). Sem honorários. Custas finais a encargo da demandada.

Prejudicado o exame dos recursos voluntários e da remessa necessária.

É o voto.

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 4023562-63.2019.8.24.0000, de Tijucas

Relator: Desembargador Luiz Neri de Oliveira de Souza

REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 155, § 4º, INCISO IV, C/C ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA.

DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DADA AOS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES.

- “Apesar de as condenações anteriores transitadas em julgado, e já alcançadas pelo período depurador quinquenal, não poderem ser utilizadas a título de reincidência, nada impede sejam apreciadas, na primeira fase da calibragem, para negativar os antecedentes criminais, conforme remansosa jurisprudência desta Corte Superior” (STJ, AgRg no HC 456.299/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, j. em 20-9-2018).

CONDUTA SOCIAL. NEGATIVAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA FICHA CRIMINAL. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA ÉPOCA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA QUE PERMITIA A UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES PARA NEGATIVAR A CONDUTA SOCIAL DO AGENTE.

- “É inviável a aplicação retroativa de entendimento jurisprudencial posterior (representado por súmula ou por julgamento de casos repetitivos) a ações penais já julgadas” (Revisão Criminal n. 4024967-08.2017.8.24.0000, Des. Sérgio Rizelo, j. 13-12-2017).

PRETENSÃO DIMINUIÇÃO DA FRAÇÃO UTILIZADA PARA MAJORAR A PENA EM RAZÃO DA AGRAVANTE DA REINICIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE QUATRO CONDENAÇÕES ANTERIORES, SENDO ALGUMAS ESPECÍFICAS, PARA ELEVAR A PENA NA ETAPA INTERMEDIÁRIA. MAGISTRADO QUE JUSTIFICOU A FRAÇÃO UTILIZADA EM CONSONÂNCIA COM O CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REPRIMENDA MANTIDA INALTERADA.

REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4023562-63.2019.8.24.0000, da comarca de Tijucas Vara Criminal em que é Requerente Hilário dos Santos.

A Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, indeferir o presente pedido revisional.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato, o Exmo. Sr. Des. Norival Acácio Engel, a Exma. Sra. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, o Exmo. Sr. Des. Antônio Zoldan da Veiga, o Exmo. Sr. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Rizelo, o Exmo. Sr. Des. José Everaldo Silva e o Exmo. Sr. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann.

Compareceu à sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo de Tarso Brandão.

Florianópolis, 30 de outubro de 2019.

Luiz Neri Oliveira de Souza
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal formulada por João Hilário dos Santos, assistido pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, objetivando a desconstituição da condenação definitiva levada a efeito nos autos da Ação Penal n. 0001051-30.2013.8.24.0072 (PEC 0006342-65.2014.8.24.0075) que lhe impôs a pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 7 dias-multa, por infração ao artigo 155, § 4º, inciso IV, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, com trânsito em julgado em 29-11-2016 (fls. 1/16).

O requerente ajuizou a presente ação revisional, com supedâneo no art. 621 do Código de Processo Penal, pleiteando reparos na dosimetria da pena aplicada, especialmente no que tange às circunstâncias judiciais da conduta social e antecedentes, uma vez que o magistrado a quo teria majorado o vetor antecedentes lastreado em condenações anteriores extintas há mais de 5 anos em relação a data do cometimento do crime, bem como a conduta social teria sido avaliada negativamente com base unicamente em condenação anterior, e em afronta ao disposto na Súmula 444 do STJ.

Por fim, reclamou que a fração utilizada para aumentar a pena na segunda fase, em razão da agravante da multirreincidência, é deveras desproporcional e não foi suficientemente fundamentada, de forma que pretende a sua redução para 1/6 ou, subsidiariamente, para 1/3.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Jayne Abdala Bandeira, que opinou pelo conhecimento e indeferimento da Revisão Criminal proposta (fls. 37/43).

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que a revisão criminal é um instrumento processual de natureza excepcionalíssima, eis que, a depender do caso concreto, poderá desconstituir uma sentença já abrigada sob o manto da coisa julgada. Em razão disso, o seu cabimento somente é possível nos casos taxativamente enumerados no artigo 621 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Em que pese não constar expressamente do mencionado dispositivo legal, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a possibilidade de discussão da dosimetria quando presente manifesta ilegalidade, e, no mesmo norte, tem se pronunciado esta Corte de Justiça no sentido de, excepcionalmente, verificar se houve erro técnico ou explícita injustiça na decisão impugnada, senão vejamos:

[...] 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 [...] (Revisão Criminal n. 4007976-88.2016.8.24.0000, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 26-10-2016).

[...]a redução da pena em sede de revisão criminal somente é cabível quando comprovado o erro técnico ou a ocorrência de injustiça explícita do julgado, circunstâncias que caracterizam a violação do texto e/ou a vontade da lei (Revisão Criminal n. 2012.039402-1, rel. Des. Torres Marques, j. em 29-8-2012).

[...]muito embora o pedido revisional esteja adstrito àquelas hipóteses constantes no art. 621 do Código de Processo Penal, firmou-se o entendimento consolidado no sentido de que, em situações de evidente injustiça e erro técnico de dosimetria da pena, é possível a correção da reprimenda, via revisão criminal, enquadrando-se referida hipótese no inciso I do mencionado dispositivo legal. [...] (Revisão Criminal n. 2011.055526-2, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 1-12-11).

Tecendo comentários a respeito da revisão criminal como meio idôneo para discussão da dosimetria, leciona Guilherme de Souza Nucci:

[...]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” (Código de Processo Penal Comentado. Revista dos Tribunais. 15. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1.287).

Feitas essas ponderações, passo a análise do mérito.

A insurgência busca tão-somente a reforma da sentença condenatória no que tange à dosimetria da pena privativa de liberdade estabelecida para o revisionando, reclamando quanto às negativas operadas nos vetores conduta social e antecedentes, analisados na primeira fase, e quanto à fração utilizada na agravante da reincidência, na etapa intermediária da individualização da pena.

Para melhor análise, extrai-se da sentença condenatória proferida pelo juízo *a quo* (fls. 22/34):

A culpabilidade (grau de reprovabilidade) é normal. Conforme extrai-se das fls. 177-186, o réu possui um extenso rol de condenações anteriores, dentre as quais algumas podem ser utilizadas como antecedentes criminais e outras para caracterizar a reincidência, sem incorrer em bis in idem. **Assim, cito aqui o seguinte antecedente criminal: 0008112-08.1997.8.24.0005, cuja pena foi extinta em 21/09/2006. A conduta social do réu é reprovável, pois, em consulta ao processo, verifico que ele também responde ação penal na Comarca de Balneário Camboriú (autos nº. 0005009-12.2005.8.24.0005), suspensa com fundamento no art. 366 do CPP, tendo sido imputado ao réu a prática do mesmo crime aqui investigado. Além disso, constam outros dois processos: 0012876-40.2003.8.24.0033, de Itajaí, cuja pena substituída por pena de multa e foi extinta em 08/10/2006, e 000483384-2009.8.24.0072, desta comarca, processo extinto por conta da prescrição da pretensão punitiva do Estado em 10/09/2015. Logo, embora não desconheça este magistrado a existência da Súmula 444 do STJ, em atenção ao princípio da individualização da pena, impossível deixar de considerar negativamente tal circunstância, eis que significaria igualar indivíduos que se encontram em situações evidentemente desiguais, ou seja, afastar-se-ia totalmente o princípio em comento.** Quanto a personalidade do agente, tenho que prejudicada a análise pela ausência de indicadores. O motivo é normal do crime. As circunstâncias e as consequências do crime foram normais também. A conduta da vítima não contribuiu para o crime.

Considerando que existem duas circunstâncias desfavoráveis (antecedentes criminais e conduta social), aumento a pena base em 1/10 para cada uma, fixando-a em 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, reconheço a atenuante de confissão espontânea (fase policial) (art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal), e atenuo a pena base em 1/6, fixando-a em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. **Outrossim, diante das condenações anteriores do réu, reconheço a agravante pela reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal) por conta dos seguintes processos: 0023859-66.2009.8.24.0008, cuja sentença transitou em julgado em 25/07/2013 e não há informações sobre a extinção da pena; 0001714-76.2008.8.24.0064, cuja pena foi extinta pelo cumprimento em 11/12/2012; 0001262-66.2008.8.24.0064, cuja sentença transitou em julgado em 26/06/2009 e não há informações sobre a extinção da pena; e 0002294-54.2006.8.24.0007, cuja sentença transitou em julgado em 21/05/2010 e não há informações sobre a extinção da pena. Por conta do número de processos e considerando que alguns deles acarretam em reincidência específica do crime de furto, entendo ser justificado o agravamento da pena em 1/2, fixando-a, portanto, em 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.**

Por fim, na terceira fase da dosimetria da pena, reconheço a causa de diminuição de pena por tratar-se de crime tentado, na forma do art. 14, parágrafo único, do Código Penal, aqui na proporção de 1/2, como já fundamentado, fixando-a em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 7 (sete) dias multa.

Não existindo nenhum caso de aumento de pena, fixo a pena definitiva do crime de furto qualificado tentado em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 7 (sete) dias multa, cada uma no valor correspondente à 1/30 do salário mínimo nacional vigente na época do crime, devidamente atualizado.

Da leitura da sentença verifica-se que o magistrado se utilizou de uma condenação anterior, extinta em 2-9-2006 para macular os **antecedentes** do réu na primeira etapa, aumentando a pena-base em 1/10.

Nos termos do entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, as condenações anteriores que já alcançaram o período depurador de cinco anos, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, apesar de não configurarem a reincidência, podem ser valoradas na primeira fase da dosimetria como maus antecedentes.

A propósito, menciona-se:

[...] 2. A condenação anterior do réu, alcançada pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, pode ser considerada como mau antecedente. Precedentes. [...] (STJ, HC 461.528/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 4/10/2018, DJe 19/10/2018).

[...] 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes. [...] (STJ, HC 456.891/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/9/2018, DJe 2/10/2018).

[...] - Apesar de as condenações anteriores transitadas em julgado, e já alcançadas pelo período depurador quinquenal, não poderem ser utilizadas a título de reincidência, nada impede sejam apreciadas, na primeira fase da calibragem, para negativar os antecedentes criminais, conforme remansosa jurisprudência desta Corte Superior. - Dessa forma, a negatização dos antecedentes criminais do paciente está em harmonia com a jurisprudência desta Corte de Justiça, devendo, assim, permanecer inalterada. [...] (STJ, AgRg no HC 456.299/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/9/2018, DJe 1/10/2018).

[...]. 1. O período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal afasta a configuração da agravante da reincidência, mas não constitui óbice à avaliação negativa da circunstância judicial dos antecedentes. [...] (STJ, HC 445.660/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/9/2018, DJe 3/10/2018).

[...]. É pacífico o entendimento neste Sodalício de que, à luz do artigo 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do artigo 59 do Código Penal. [...] (STJ, AgRg no AREsp 1291003/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/8/2018, DJe 13/8/2018).

Nesta Corte de Justiça, igualmente, de há muito predomina tal entendimento.

REVISÃO CRIMINAL. 1. INTIMAÇÃO PESSOAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU SOLTO COM ADVOGADO CONSTITUÍDO (CPP, ART. 392, INC. II). 2. REINCIDÊNCIA. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CÔMPUTO DO PERÍODO DE PROVA NO PRAZO DEPURADOR (CP, ART. 64, INC. I). 3. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO PRETÉRITA. EXTINÇÃO HÁ POUCO MAIS DE CINCO ANOS ANTES DA INFRAÇÃO POSTERIOR. 4. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

(LEI 9.099/95, ART. 89). MAUS ANTECEDENTES. 5. REGIME. MAUS ANTECEDENTES. QUANTUM DE PENA. 1. É desnecessária a intimação pessoal do acusado acerca do teor da sentença condenatória se ele estiver solto e contar com advogado constituído nos autos, sendo o bastante a cientificação do defensor. 2. É tecnicamente primário aquele que comete novo crime quando passados mais de 5 anos a contar da data da concessão do livramento condicional referente à prática delitiva anterior se não há revogação do benefício. 3. A condenação pretérita cuja pena foi extinta pelo cumprimento pouco mais de cinco anos antes da prática da infração penal posterior, embora não configure reincidência, permite a má valoração dos antecedentes criminais do agente. 4. É inviável o oferecimento de suspensão condicional do processo a acusado portador de maus antecedentes. 5. É possível a fixação do regime semiaberto como inicial para resgate de pena inferior a 4 anos de privação de liberdade imposta a agente primário portador de maus antecedentes. REVISÃO PARCIALMENTE DEFERIDA. (TJSC, Revisão Criminal n. 4007033-37.2017.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Sérgio Rizelo, Seção Criminal, j. 26-7-2017). Grifou-se.

Todavia, a fim de que não haja uma valoração negativa perpétua em função dos registros desabonadores do agente e visando estabelecer parâmetros objetivos à luz da sistemática penal em vigor, a Seção Criminal e, posteriormente, o Segundo Grupo Criminal deste Tribunal de Justiça decidiu pela possibilidade de utilização das condenações anteriores como maus antecedentes por mais cinco anos após o período depurador.

A respeito, colhe-se:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT). OBJETIVADA PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO MINORITÁRIO QUANTO AO AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA REFERENTE AOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA BENESSE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE REGÊNCIA, COM ESTIPULAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO. REMODELAÇÃO DESCABIDA. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA IRRETOCÁVEL QUANTO AO RECONHECIMENTO DA RESPECTIVA CIRCUNSTÂNCIA DITA JUDICIAL. CONDENAÇÃO CUJA PUNIBILIDADE FOI EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, INCISO I, DO ESTATUTO REPRESSIVO QUE SE APLICA SOMENTE À REINCIDÊNCIA. ADEMAIS, LIMITAÇÃO TEMPORAL FIRMADA PELA SEÇÃO CRIMINAL DESTE AREÓPAGO NÃO ATINGIDA NA ESPÉCIE. PRECEDENTES. Afigura-se predominante o entendimento jurisprudencial no sentido de que as condenações com penas extintas ou cumpridas há mais de cinco anos a contar retroativamente da data da nova prática criminosa não são hábeis a gerar a reincidência, entretanto podem ser sopesadas como antecedentes negativos na fixação da pena-base, tendo este Sodalício firmado limite temporal posterior idêntico à prescrição preconizada no art. 64, I, do Estatuto Repressivo, com vistas à proporcionalidade, razoabilidade e vedação às sanções de caráter perpétuo. (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000984-48.2017.8.24.0000, de São José, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 25-10-2017).

REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT. [...] DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. NEGATIVA. ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE 20 ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NEGATIVA. LIMITAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS. FUNDAMENTO QUE NÃO SE PRESTA A

OBSTACULIZAR A APLICAÇÃO DA REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. *BENESSE CONCEDIDA. PENA READEQUADA.* 1 A fim de evitar uma perpétua valoração de condenação definitiva, os efeitos dos antecedentes criminais devem ser limitados no tempo, a exemplo do que ocorre com a reincidência - a qual, aliás, não deixa de ser uma espécie de antecedente. Assim, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, as condenações transitadas em julgado que não se prestem à configuração da reincidência devem conservar seus efeitos, para fins de maus antecedentes, por mais cinco anos a contar da prescrição quinquenal prevista no art. 64, I, do Código Penal. [...] PEDIDO REVISIONAL PROCEDENTE. (Revisão Criminal n. 4009755-78.2016.8.24.0000, de Itapema, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 24-5-2017).

Logo, considerando que o crime ocorreu em 28-3-2012 e a condenação utilizada pelo magistrado sentenciante para consideração dos maus antecedentes teve a pena extinta em 21-9-2006, verifica-se que o prazo de dez anos não transcorreu – de forma a evidenciar a idoneidade da fundamentação desse vetor.

Portanto, não há razões para alterar a pena, nesse ponto.

No que tange à **conduta social**, vale mencionar que à época da prolação da sentença o entendimento jurisprudencial dominante era no sentido de que as diversas condenações anteriores do acusado poderiam macular negativamente tanto os antecedentes, quanto a conduta social e a personalidade do agente, vedado apenas o *bis in idem*.

A esse respeito, vide: Apelação n. 0000039-15.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara Criminal, j. 17-5-2016.

Logo, apesar do atual entendimento jurisprudencial vedar a justificação da conduta social lastreada unicamente em indicação de condenação, não há como aplicá-lo aqui, em sede de revisão criminal.

Como é sabido: “*É inviável a aplicação retroativa de entendimento jurisprudencial posterior (representado por súmula ou por julgamento de casos repetitivos) a ações penais já julgadas*” (Revisão Criminal n. 4024967-08.2017.8.24.0000, Des. Sérgio Rizelo, j. 13-12-2017).

Dito isso, verifica-se que no caso em apreço o douto magistrado, ao negativar a conduta social do réu, se utilizou de duas ações penais em andamento, bem como um processo atingido pela prescrição, o que nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça não servem para negativar a reprimenda.

Em que pese isso, não há razões para alterar a pena-base aplicada, uma vez que a negatificação também ocorreu em função do processo n. 0012876-40.2003, a qual não foi utilizada para desvalorar os antecedentes, tampouco foi utilizada como agravante, de forma a justificar o aumento de 1/10 procedido pelo magistrado na pena-base.

Por fim, almeja o revisionando a redução da fração utilizada para majorar a pena em decorrência da **agravante da reincidência** – de 1/2 para 1/6 ou, subsidiariamente, para 1/3.

Sem razão, porém.

Com efeito, vale mencionar que embora não haja previsão legal acerca do patamar a ser fixado na segunda fase dosimétrica para cada agravante ou atenuante existente, esta e. Corte de Justiça tem adotado como parâmetro razoável de análise o patamar de 1/6, contudo, este é um critério discricionário, de forma que, a depender do caso concreto, o julgador poderá utilizar patamar superior, desde que devidamente fundamentado.

No caso dos autos, em que pese a argumentação defensiva, verifica-se que o juiz singular bem fundamentou a exasperação da reprimenda com patamar acima do orientado pela jurisprudência, visto que o réu, ora requerente, ostentava quatro condenações anteriores a evidenciar a sua reincidência, sendo algumas delas em decorrência do cometimento do mesmo crime, demonstrando a necessidade de uma maior reprovação e, bem assim, justificando a adoção do patamar acima do habitual.

Como se sabe, o magistrado deve considerar as peculiaridades de cada caso, bem como as condições subjetivas de cada réu, de forma que a reprimenda seja coadunável com a reprovabilidade da conduta perpetrada – como ocorreu no caso em tela.

A propósito, menciona-se:

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO III, AMBOS DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A DECISÃO DO JUÍZO A QUO. PRETENSÃO DE READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. PENA-BASE ELEVADA EM RAZÃO DA CONDUTA SOCIAL NEGATIVA DO RÉU. UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS CRIMINAIS EM TRÂMITE PARA AGRAVAR A REPRIMENDA. SENTENÇA PROFERIDA ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA SÚMULA N. 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL NÃO APLICADA EM REVISÕES CRIMINAIS. **ALMEJADA A REDUÇÃO DA REPRIMENDA NO TOCANTE À REINCIDÊNCIA MAJORADA EM FRAÇÃO DIVERSA DE 1/6 (UM SEXTO). AUSÊNCIA DE PATAMARES PRÉ-FIXADOS. CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA QUE NÃO SE SUBMETE A CRITÉRIO PURAMENTE ARITMÉTICO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO.** AUMENTO DE 01 (UM) ANO QUE SE REVELA PROPORCIONAL À CONDIÇÃO DE MULTIRREINCENTE DO REVISIONANDO. REVISÃO INDEFERIDA (Revisão Criminal n. 4002773-48.2016.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Seção Criminal, j. 26-10-2016). Grifou-se.

REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE QUE HOVE CONTRARIEDADE AO TEXTO EXPRESSO DE LEI E À EVIDÊNCIA DOS AUTOS (ART. 621, INCISO I, DO CPP). **PLEITEADA A LIMITAÇÃO DO AUMENTO DA PENA, NA SEGUNDA FASE, EM RAZÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). DESCABIMENTO. FIXAÇÃO UM POUCO ACIMA DA REFERIDA FRAÇÃO. MAJORAÇÃO QUE SE MOSTRA PROPORCIONAL E CONDIZENTE COM A PREVENÇÃO DO DELITO E A REPROVAÇÃO DA CONDUTA PRATICADA PELO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO TEXTO EXPRESSO DA LEI PENAL OU À EVIDÊNCIA**

DOS AUTOS. PRECEDENTES. PEDIDO REVISIONAL INDEFERIDO. [...] Conquanto haja orientação jurisprudencial no sentido de observar a fração de 1/6 de aumento para cada circunstância judicial negativa, é certo que a escolha do quantum de aumento na primeira e na segunda fase - já que não há previsão específica no Código Penal - se insere na esfera de discricionariedade do magistrado, que, para isso, deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estabelecendo o montante de aumento que entender necessário para cada circunstância judicial desfavorável, prestigiando, assim, o princípio da individualização da pena. [...] (Revisão Criminal n. 4001677-95.2016.8.24.0000, de São José, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 28-9-2016). (TJSC, Revisão Criminal n. 4016920-45.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Rui Fortes, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 28-02-2018). Grifou-se.

Logo, não havendo ilegalidades a serem reconhecidas na aplicação da pena do requerente, de mister a manutenção incólume da sentença.

Em face do exposto, voto pelo indeferimento da presente revisão.

É o voto.

Revisão Criminal n. 4015882-27.2019.8.24.0000, de Chapecó

Relator: Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO SIMPLES (ART. 121, *CAPUT*, DO CP).

REQUERIDA A EXCLUSÃO DO ACRÉSCIMO DA PENA ORIUNDO DA ANÁLISE NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ALEGADO QUE A FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA NA SENTENÇA É INERENTE AO TIPO PENAL. TESE NÃO ACOLHIDA. REVISIONANDO QUE DESFERIU CATORZE FACADAS NA VÍTIMA. QUANTIDADE EXACERBADA DE GOLPES QUE DEMONSTRA IMPIEDADE E NECESSIDADE DE MAIOR REPROVAÇÃO DO CRIME POR MEIO DO INCREMENTO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO HÁBIL A VALORAR COMO DESABONADORA A REFERIDA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. PEDIDO INDEFERIDO.

PLEITO DE RETIRADA DA EXASPERAÇÃO DA PENA PROVOCADA PELA AFERIÇÃO DESFAVORÁVEL DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AVENTADO QUE O FATO DA VÍTIMA DEIXAR FAMILIARES DESAMPARADOS NÃO É JUSTIFICATIVA IDÔNEA PARA NEGATIVAR A REFERIDA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. INSUBSISTÊNCIA. OFENDIDO QUE DEIXOU DOIS FILHOS ÓRFÃOS QUE FORAM PRIVADOS DA ORIENTAÇÃO PATERNA. SITUAÇÃO QUE TRANSCENDE O TIPO PENAL DE HOMICÍDIO. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PEDIDO NÃO ACOLHIDO.

REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E INDEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4015882-27.2019.8.24.0000, da comarca de Chapecó 1ª Vara Criminal em que é Requerente Josimar Missel.

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por unanimidade de votos, conhecer da revisão criminal e indeferir o pedido.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Alexandre D' Ivanenko (Presidente), Paulo Roberto Sartorato, Sérgio Rizelo, José Everaldo Silva, Leopoldo Augusto Brüggemann, Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel, Júlio César M. Ferreira de Melo e a Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo de Tarso Brandão.

Florianópolis, 30 de outubro de 2019.

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga
Relator

RELATÓRIO

Josimar Missel ajuizou ação de revisão criminal, na qual objetiva desconstituir a condenação definitiva proferida na ação penal n. 0012605-61.2012.8.24.0018.

O requerente foi condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, por infração ao disposto no art. 121, *caput*, do CP, em regime inicial fechado (fls. 14-18).

Irresignado, o revisionando interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente conhecido e desprovido (fls. 19-27).

Segundo a certidão de fl. 28, o trânsito em julgado para a defesa operou-se em 10-8-2017.

Na presente revisão criminal, o requerente arguiu que é inidônea a fundamentação utilizada na sentença para exasperar as circunstâncias do crime. Aduziu que a justificativa de que o acusado desferiu catorze golpes de faca na vítima é inerente ao tipo penal pelo qual foi condenado, haja vista que não haveria crime se ele não tivesse atingido o ofendido com os aludidos golpes.

Arguiu, também, que as consequências do crime não poderiam ser valoradas negativamente, porque o fato do ofendido ter deixado dois filhos, que serão privados de carinho e orientação paterna, não é fundamento adequado para a valoração desfavorável. Aduziu que toda vítima de homicídio deixará familiares desamparados, o que torna a justificativa acima inerente ao tipo penal pelo qual foi condenado.

Ao final, requereu a readequação da dosimetria para excluir o acréscimo da pena oriundo da análise desfavorável das circunstâncias e consequências do crime (fls. 1-6).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor Doutor Humberto Francisco Scharf Vieira, o qual se manifestou pelo indeferimento do pedido (fls. 35-39).

Este é o relatório.

VOTO

A revisão criminal constitui ação que visa desconstituir o *decisum* abrigado pelo manto da coisa julgada, razão pela qual seu cabimento é restrito as hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, a saber:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Extrai-se do artigo supracitado que a admissão da ação exige que o requerente comprove um dos requisitos acima delineados, sob pena de não conhecimento do pedido.

Nesse sentido, expõe-se que:

“A ação revisional não é instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória. A procedência da ação, nas hipóteses indicadas, tem por pressuposto necessário e indispensável, quanto à matéria de direito, a constatação de ofensa ‘ao texto expresso da lei penal’, ou, quanto à matéria de fato, o desprezo ‘à evidência dos autos’” (STF, Min. Teori Zavascki). PEDIDO NÃO CONHECIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4026367-57.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Getúlio Corrêa, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 13-12-2017).

In casu, infere-se que merecem conhecimento os pedidos de exclusão do acréscimo da pena oriundo da análise desfavorável das circunstâncias e das consequências do crime em razão de amoldarem-se ao disposto no inc. I do art. 621 do CPP.

Cumprido destacar que, conforme se infere do acórdão de fls. 19-27, o revisionando requereu genericamente na apelação o reajuste da dosimetria (fl. 22), entretanto, o aludido requerimento não foi conhecido, uma vez que não havia fundamentação jurídica na peça recursal para embasá-lo (fls. 26-27). Assim, a situação descrita não configura rediscussão de matéria.

Outrossim, denota-se que o revisionando ajuizou outra revisão criminal (processo n. 4019145-67.2019.8.24.0000), na qual é representado pela Defensoria Pública, com base nos mesmos autos de origem. No entanto, não há identidade entre os pedidos daquela revisional e desta que afronte o disposto no parágrafo único do art. 622 do CPP. Isto porque, nesta ação o pleito versa sobre a exclusão do acréscimo da pena provocada pela análise desfavorável das circunstâncias e das consequências do crime, enquanto que no processo n. 4019145-67.2019.8.24.0000 foi requerido apenas o reconhecimento da atenuante da confissão. Desse modo, ao considerar que inexistem óbices para o conhecimento dos pedidos, parte-se para sua apreciação.

1 Circunstâncias do crime

No caso em apreço, as circunstâncias do crime foram consideradas negativas sob o argumento de que “Nas **circunstâncias do crime**, deve ser sopesado que o acusado desferiu impiedosamente quatorze golpes contra a vítima, o que representa agressão brutal e que acentuou o sofrimento desta” (fl. 16).

Com base na justificativa acima, esclarece-se que a referida circunstância judicial “não se confunde com as circunstâncias legais relacionadas no texto legal (arts. 61, 62, 65 e 66 do CP), mas defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado, 7ª ed, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 269).

Nesse sentido, verifica-se que, ao fundamentar a valoração negativa das circunstâncias do crime com base na quantidade exacerbada de facadas que a vítima recebeu, o que provocou maior sofrimento ao ofendido, o Magistrado *a quo* analisou devidamente a natureza do delito, o modo e a forma de execução e, adequadamente, exasperou a pena-base.

A propósito:

A elevação da pena base sob o título da culpabilidade e circunstâncias do crime restou suficientemente fundamentada, haja vista a constatação que o paciente não titubeou em agredir brutalmente a vítima, dando-lhe várias facadas, com o intuito de causar-lhe a morte, impondo-lhe intenso sofrimento físico e moral. Demonstrou-se, ainda, de forma idônea, um maior grau de reprovabilidade da conduta, revelado pelo dolo intenso na execução do crime, o que justifica a elevação da pena base. (HC 185.036/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registra-se que, ao contrário do arguido pelo requerente, a fundamentação descrita na sentença para negatar a referida circunstância judicial não é inerente ao tipo penal visto que, de fato, a morte da vítima se inclui no núcleo do crime, todavia o sofrimento oriundo da quantidade exacerbada de facadas que recebeu ultrapassa as circunstâncias previstas pela prática do delito de homicídio.

Destaca-se que, em caso semelhante, este egrégio Tribunal de Justiça considerou idônea a fundamentação da sentença que levou em consideração o número de facadas sofridas pelo ofendido para negatar as circunstâncias judiciais:

REVISÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I, III E IV DO CÓDIGO PENAL) - SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA - **PRIMEIRA FASE - NEGATIVAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME - ALEGADO BIS IN IDEM COM A QUALIFICADORA DE EMPREGO DE MEIO CRUEL - INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO - NEGATIVAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS PAUTADA NO EXCESSIVO NÚMERO DE GOLPES DESFERIDOS. Não se pode reputar como inerente ao tipo penal a conduta daquele que desferiu nada menos do que 17 (dezesete) facadas contra a vítima, golpeando-a por cerca de 30 (trinta) metros enquanto esta, de maneira desesperada, luta para escapar e salvar sua vida. Em verdade, tal ato não constitui elemento normal ao crime, muito pelo contrário, trata-se de verdadeiro ato de selvageria, merecendo, por certo, uma maior reprovabilidade.** INSURGÊNCIA ACERCA DAS FRAÇÕES UTILIZADAS PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E DA PENA INTERMEDIÁRIA - NÃO ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE 1/6 - PARÂMETRO CRIADO ATRAVÉS DE INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL - PRECEITO QUE NÃO É MATEMÁTICO NEM ABSOLUTO - POSSIBILIDADE DO JUÍZO DE ORIGEM UTILIZAR VALORAÇÃO DIVERSA - QUESTÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. **I - A elevação da pena-base e da pena intermediária, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou agravantes/atenuantes, não observa critérios matemáticos absolutos, forte no dever de individualização da pena. Logo, merece maior reprovabilidade a conduta daquele que, em pequena cidade do interior, comete homicídio bárbaro, desferindo 17 (dezesete) golpes de faca contra as costas de vítima indefesa. II - O magistrado não está adstrito a seguir, quando da elevação da pena em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou**

agravantes, a fração de 1/6 (um sexto) comumente adotada pelos tribunais pátrios, podendo, desde que de maneira fundamentada, se valer de critério diverso, forte na necessidade de observância da individualização da pena. REVISÃO CRIMINAL NÃO ACOLHIDA. (TJSC, Revisão Criminal n. 4020629-54.2018.8.24.0000, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 30-10-2018, grifou-se).

Desse modo, depreende-se como idônea a justificativa apresentada na sentença e, portanto, indefere-se o pedido.

2 Consequências do crime

No mesmo norte, não merece acolhimento o requerimento para excluir o acréscimo da pena-base provocada pela análise desfavorável das consequências do crime.

Colhe-se da sentença que houve a negatização da aludida circunstância judicial sob o seguinte argumento (fl. 16):

g) Nas **consequências do crime**, deve ser considerado que a vítima deixou dois filhos, (conforme certidões de fls. 27 e 28), que serão privados do carinho e da orientação paterna durante sua criação, o que torna o fato mais grave do que aquele em que não há órfãos prejudicados (fundamentação idônea, de acordo com a Apelação n. 0000244-16.2015.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 06-05-2016; Apelação Criminal n. 2014.093178-4, de Içara, rel. Des. Carlos Alberto Civisnki, j. 15-12-2015).

Verifica-se que a fundamentação apresentada acima é hábil para negatizar a aludida circunstância judicial, visto que se amolda adequadamente ao conceito das consequências do crime que “são o mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

Denota-se que, embora o requerente tenha aduzido que todo a vítima de homicídio deixará familiares desamparados, no caso em tela, os familiares são filhos que ficaram sem a presença do pai, conforme detalhado na sentença, o que claramente transborda o tipo penal de homicídio.

Nesse sentido, “quanto às consequências do crime de homicídio, mostra-se válido o aumento da pena diante do fato de a vítima ter deixado [...] filhos órfãos, fato que obviamente desborda dos elementos inerentes ao tipo penal” (STJ, HC n. 366.189/SC, Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. em 9/3/2017)” (TJSC, Apelação Criminal n. 0011816-08.2012.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 31-10-2017).

Destaca-se, ainda, que este egrégio Tribunal de Justiça, em sede de revisão criminal, não reajustou a dosimetria por considerar idônea a justificativa para negatizar as consequências do crime de que a vítima deixou filhos órfãos:

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL). EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. VÍTIMA QUE DEIXA FILHOS ÓRFÃOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4010792-43.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 25-04-2018).

Destarte, o pedido supracitado não merece acolhimento, uma vez que a fundamentação da decisão condenatória que negativou as consequências do crime está em consonância com o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer da revisão criminal e indeferir o pedido.

Este é o voto.

Revisão Criminal n. 4007300-38.2019.8.24.0000, de Itajaí

Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato

REVISÃO CRIMINAL. REQUERENTE CONDENADO PELO CRIME DE LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, DO CÓDIGO PENAL - NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 13.654/18). ALMEJADA A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A SUA MODALIDADE TENTADA, SOB O ARGUMENTO DE QUE A DECISÃO CONDENATÓRIA APRESENTA-SE CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS (ART. 621, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). CONJUNTO PROBATÓRIO DEVIDAMENTE ANALISADO EM PRIMEIRO GRAU. DECISÃO ESCORADA EM INTERPRETAÇÃO PLAUSÍVEL DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. REQUERIDA A PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE PENAL RELATIVA COM A AGRAVANTE DA EMBOSCADA. MEDIDA QUE JÁ FOI ADOTADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA, EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. QUESTÃO JÁ DIRIMIDA. PEDIDO REVISIONAL PARCIALMENTE CONHECIDO E INDEFERIDO.

1. Para a rescisão do julgado sob o argumento de que há contrariedade à evidência dos autos (art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal), imprescindível que a decisão condenatória tenha recaído em evidente erro e esteja completamente dissociada da prova produzida na instrução processual, não sendo admissível quando o *decisum* alvejado sopesou o arcabouço probatório, confrontou seus elementos de convicção e lhe deu possível equacionamento.

2. Não havendo interesse em determinado pedido formulado, a revisão, em tal ponto, não merece ser conhecida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4007300-38.2019.8.24.0000, da comarca de Itajaí 1ª Vara Criminal em que é Requerente Felipe Emanuel Albino.

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer em parte e indeferir o pedido revisional. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participaram, com voto, os Exmos. Des. Sérgio Rizelo, Des. José Everaldo Silva, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho e Des. Antônio Zoldan da Veiga.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 27 de novembro de 2019.

Assinado digitalmente
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de revisão criminal formulado por Felipe Emanuel Albino, que, na 1ª Vara Criminal da Comarca de Itajaí, por meio do Processo-Crime n. 0006342-26.2016.8.24.0033, foi condenado nas sanções do art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal [na redação anterior à Lei n. 13.654/18], à pena privativa de liberdade de 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e mais ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 475/512 dos autos de origem).

Interposto recurso de apelação, a Colenda Quinta Câmara Criminal deste Tribunal, por meio de acórdão da lavra da eminente Desa. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento aos recursos (fls. 639/662 dos autos de origem). Opostos embargos de declaração pelo ora revisionando, a referida Câmara, por unanimidade, decidiu pela rejeição e, de ofício, reconheceu a preponderância da atenuante da menoridade penal relativa em relação à agravante da emboscada, readequando a pena definitiva para 22 (vinte e dois) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 11 (onze) dias-multa (fls. 695/702 dos autos de origem). Após, opostos embargos de declaração dos embargos de declaração em apelação criminal - também pelo ora revisionando -, estes restaram acolhidos, a fim de readequar a pena de multa para 10 (dez) dias-multa (fls. 703/706 dos autos de origem). Decisões que transitaram em julgado em 14/08/2018 para o réu/revisionando e, em 27/09/2018, para a acusação (fls. 708/709 dos autos de origem).

O requerente, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, amparado no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, pleiteou a revisão criminal do referido processo findo, pugnando, em suma, pela desclassificação do delito para a sua modalidade tentada, bem como a readequação da pena fixada, ao argumento de que deve ser procedida a preponderância da atenuante da menoridade penal relativa com a agravante da emboscada (fls. 01/09).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, manifestou-se pelo parcial conhecimento do pedido revisional e, na parte conhecida, pelo indeferimento (fls. 84/87).

Este é o relatório.

VOTO

Cumprido ressaltar, de antemão, que muito embora o requerente, também através da Defensoria Pública, tenha formulado outro pedido revisional referente a este mesmo Processo-Crime (Revisão Criminal n. 4010107-31.2019.8.24.0000), a matéria lá suscitada em nada se assemelha àquela que ora é ventilada, não sendo, portanto, em relação à referida situação, caso de reiteração de pedido.

Feita tal ponderação inicial, cumpre frisar que a revisão criminal é o instrumento processual de natureza excepcionalíssima que viabiliza a desconstituição de uma decisão abrigada pelo manto da coisa julgada, cujas hipóteses de cabimento restam taxativamente enumeradas pelo art. 621 do Código de Processo Penal:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “[...] o acolhimento de pretensão revisional, na esfera criminal, há de ser excepcional, pois o que se pretende é alterar a coisa julgada”. (*Código de Processo Penal Comentado*. 11ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1073).

Assim, certo que o pleito revisional não poderá jamais ser confundido com um segundo recurso de apelação, só podendo prosperar quando verificada alguma das hipóteses elencadas no referido dispositivo legal supracitado.

No caso sob análise, o requerente, de início, tem como objetivo a desclassificação do delito para sua modalidade tentada (art. 14, inciso II, do Código Penal), sob o argumento de que este não atingiu a consumação, já que não concretizada a subtração de bens da vítima.

Entretanto, sua pretensão não merece prosperar.

Isso porque não se verifica, no *decisum* ora revisado, qualquer contrariedade ao texto expresso da lei, à evidência dos autos ou flagrante injustiça, como exige o art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, não se verificando, igualmente, a existência de prova nova a comprovar a inocência do acusado, conforme prescreve o inciso III do mencionado dispositivo legal.

Deve-se repisar que a revisão criminal fundada em contrariedade à evidência dos autos não autoriza o mero reexame do conjunto probatório presente no caderno processual, como se um segundo recurso de apelação fosse, para que o Tribunal aplique à hipótese o seu particular convencimento. Para a rescisão do julgado sob tal argumento, imprescindível que a decisão condenatória tenha recaído em evidente erro e esteja completamente dissociada da prova produzida na instrução processual, não sendo admissível quando o *decisum* alvejado sopesou o arcabouço probatório, confrontou seus elementos de convicção e lhe deu possível equacionamento.

Guilherme de Souza Nucci, nesse particular, explica:

Entenda-se por evidência dos autos o conjunto probatório colhido. Para ser admissível a revisão criminal, torna-se indispensável que a decisão condenatória proferida ofenda frontalmente as provas constantes dos autos. [...] Por outro lado, convém salientar os abusos que muitas vezes ocorrem no contexto da revisão criminal, quando o pedido é fundado neste elemento. Há julgados que aceitam a revisão criminal para o fim de “reavaliar” toda a prova, embora a decisão condenatória com trânsito em julgado tenha analisado a matéria dentro de razoável interpretação da prova. O objeto da revisão não é permitir uma “terceira instância” de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou ter reduzida sua pena, mas, sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário (ob. cit., p. 1071).

Pois bem. Extrai-se dos autos que esta Corte de Justiça agiu com acerto ao manter a condenação do requerente pelo delito previsto no art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal [na redação anterior à Lei n. 13.654/18], uma vez que a materialidade e autoria delituosa restaram indubitavelmente comprovadas, valendo ressaltar que tal delito se consuma quando, no decorrer do roubo, o resultado morte se materializa, independentemente da perfectibilização da subtração de bens.

Nesse sentido, aliás, é o teor a Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal: “*Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não se realize o agente a subtração de bens da vítima*”.

Colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] TERCEIRA FASE. SUBTRAÇÃO TENTADA E MORTE DA VÍTIMA. LATROCÍNIO CONSUMADO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 610 DO STF. Embora não perfeitamente ajustado à letra da lei, “como a vida humana está acima dos interesses patrimoniais, soa mais justa a punição do agente por latrocínio consumado, até mesmo porque o tipo penal menciona ‘se da violência resulta morte’, seja ela exercida numa tentativa ou num delito consumado anterior” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 11. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 801). (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.013095-9, de Ipumirim, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 01/07/2014).

Latrocínio - Homicídio consumado e subtração tentada - desclassificação para homicídio ou tentativa de latrocínio - Impossibilidade - Súmula 610 do STF - Pena aplicada no mínimo legal - Recurso desprovido. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2005.036629-5, de Concórdia, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Souza Varela, j. em 07/02/2006).

No presente caso, restou comprovado que os agentes, movidos por *animus furandi*, planejaram e realizaram um assalto em desfavor da vítima e, no decorrer da empreitada, deram causa ao seu óbito (cópia da certidão de óbito de fls. 16/17 dos autos de origem e laudo pericial de fls. 191/195 dos autos de origem). Dessa forma, independentemente da efetiva subtração de bens, o crime de latrocínio atingiu a consumação.

Percebe-se, pois, que, *in casu*, almeja o requerente, em verdade, uma nova avaliação das provas constantes dos autos, as quais já foram minuciosamente ponderadas no bojo da ação originária.

Assim, entende-se que inexistente, na hipótese, decisão contrária à evidência dos autos. Verifica-se, em verdade, que a condenação está escorada em admissível interpretação do arcabouço probatório presente no caderno processual, razão pela qual descabe a ação de revisão criminal.

Por fim, o requerente pretendeu a readequação da pena que lhe foi imposta, ao argumento de que, na segunda fase, deve ser procedida a preponderância da atenuante da menoridade penal relativa em relação à agravante da emboscada.

Inicialmente cumpre assentar que a fixação da pena é um “[...] processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena) deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)” (NUCCI, Guilherme. Código Penal comentado. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 393).

Não se olvida, ainda, que a reforma do cálculo de pena em sede de revisão criminal apresenta-se como medida absolutamente excepcional, somente sendo cabível “[...] quando comprovado o erro técnico ou a ocorrência de injustiça explícita do julgado, circunstâncias que caracterizam a violação do texto e/ou a vontade da lei”. (TJSC - Revisão Criminal n. 2012.039402-1, de Caçador, Seção Criminal, Rel. Des. Torres Marques, j. em 29/08/2012).

Ocorre que, opostos embargos de declaração em apelação criminal (n. 0006342-26.2016.8.24.0033/50001) pela defesa do réu, a Colenda Quinta Câmara Criminal deste Tribunal, por meio de acórdão da lavra da eminente Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, por votação unânime, rejeitou os embargos mas, de ofício, reconheceu a preponderância da atenuante da menoridade penal relativa em relação à agravante da emboscada, readequando a reprimenda do ora requerente para 22 (vinte e dois) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa (fls. 695/702 dos autos de primeiro grau).

Na oportunidade, a eminente Relatora consignou que (fls. 700/701 dos autos de origem):

[...] É de se concordar que esta instância recursal deve reconhecer, mesmo que de ofício, questões que possam conter ilegalidade, erro material, ou prejuízo indevido ao réu, tal qual ocorreu no caso concreto.

Na segunda fase da aplicação da pena ao embargante Felipe o magistrado *a quo* reconheceu presente a agravante da emboscada (art. 61, inc. II, alínea “c”, do CP), bem como a atenuante da menoridade relativa (art. 65 inc. I, do CP) e, em seguida, conclui que elas deveriam se compensar.

Ocorre que nos termos do artigo 67 do Código Penal a atenuante deve ser valorada de forma mais enfática em relação àquela agravante, posto que a menoridade relativa é considerada atributo da personalidade do agente:

[...]

Assim, a pena-base estabelecida em 23 (vinte e três anos) e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa é, de ofício, atenuada em razão da menoridade em 1/5 (um quinto) e em decorrência da agravante de emboscada, agravada em 1/6 (um sexto) do que resulta sua fixação em 22 (vinte e dois) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Diante da impossibilidade do *reformatio in pejus*, a pena de multa permanece inalterada nesta etapa.

Ausentes causas de especial aumento ou diminuição de pena a serem consideradas na etapa derradeira, torno-a definitiva em 22 (vinte e dois) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Compreende-se, assim, que o pedido de preponderância da atenuante da menoridade penal relativa em relação à agravante da emboscada já fora atendido quando da análise do embargos de declaração em apelação criminal pela Colenda Quinta Câmara Criminal deste Tribunal, razão pela qual carece o requerente, nesse particular, de interesse de agir, restando impedido o conhecimento da revisão neste ponto.

À vista de todo o exposto, vota-se pelo conhecimento parcial do pedido e, na parte conhecida, pelo seu indeferimento.

Este é o voto.

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 4030107-52.2019.8.24.0000, de Tijucas

Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz S. Bittencout Schaefer

REVISÃO CRIMINAL. CRIMES DE LATROCÍNIO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO [ART. 157, § 3º, *IN FINE* E ART. 157, § 2º, I E II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL]. PRETENSÃO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA PENAL.

SEGUNDA FASE: EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR À AGRAVANTE NA SENTENÇA EXTINTA PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. “Extinta a punibilidade do agente no processo que gerou a reincidência, deve ser arredada a agravante do cômputo da pena (TJSC, Revisão Criminal n. 2012.048735-7, de Ituporanga, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Seção Criminal, j. 26-06-2013)”. PENA READEQUADA.

COMPENSAÇÃO ENTRE A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PEDIDO PREJUDICADO.

TERCEIRA FASE: FRAÇÃO DE AUMENTO DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APLICÁVEL AO CASO. TODAVIA, MOTIVAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA DA SENTENÇA, AINDA QUE SUCINTA. MAGISTRADO QUE NÃO SE APEGOU A CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE MATEMÁTICO. PRECEDENTES DESTA CORTE. “Extraíndo da totalidade da sentença a existência de circunstâncias concretas que indiquem a necessidade da exasperação da pena no crime de roubo circunstanciado em patamar superior ao mínimo legal, não há que falar em incidência do verbete n. 443, da Súmula desta Corte (STJ, HC n. 204.673/ES, Min. Moura Ribeiro, DJUe de 28/10/2013). (TJSC, Revisão Criminal n. 4006643-67.2017.8.24.0000, de São José, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 31-05-2017)”.

PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E PARCIALMENTE DEFERIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4030107-52.2019.8.24.0000 da comarca de Tijucas Vara Criminal em que é Requerente Marcos Antônio da Silva.

A Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, julgar parcialmente procedente o pedido revisional para excluir a agravante da reincidência e diminuir a pena para 26 (vinte e seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e o pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa. Sem custas.

Participaram do julgamento, realizado na data de 27 de novembro de 2019, a Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva (Presidente), o Exmo. Sr. Des. Luiz Cesar Schweitzer, o Exmo. Sr. Des. Sidney Eloy Dalabrida, o Exmo. Sr. Des. Zanini Fornerolli, o Exmo. Sr. Des. Getúlio Corrêa, o Exmo. Sr. Des. Ernani Guetten de Almeida e o Exmo. Sr. Des. Volnei Celso Tomazini.

Florianópolis, 28 de novembro de 2019.

Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se o presente de Revisão Criminal ajuizada por Marcos Antônio da Silva, qualificado nos autos, em busca de revisão de condenação sofrida na ação penal n. 072.12.003652-7, onde restou condenado ao cumprimento da pena de 30 (trinta) anos e 5 (cinco) meses e 2 (dois) dias, de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime do art. 157, §3º, segunda parte, e art. 157, §2º, I, II, ambos do Código Penal.

O revisando sustenta, em síntese, a necessidade de reparo na dosimetria penal imposta na segunda fase da dosimétrica para o afastamento da agravante da reincidência. Alternativamente requereu, ainda na segunda fase, a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. No tocante ao crime de roubo circunstanciado, na terceira fase da dosimetria, postulou a aplicação das majorantes na fração de 1/3, em detrimento de 3/8, nos termos da Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça.

O revisando apresentou documentos (fls. 18/175).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes, manifestando-se pelo conhecimento e parcial procedência da presente revisão criminal, unicamente para afastar a agravante da reincidência reconhecida equivocadamente em desfavor do requerente (fls. 183/187).

Este é o relatório.

VOTO

A Revisão Criminal é ação penal que objetiva, em regra, rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorre erro judiciário, ou quando se verifica situação em que deva ser diminuída a pena.

Em razão de configurar-se como verdadeira ação rescisória na esfera criminal sua admissibilidade é restrita aos casos taxativamente previstos no art. 621, do Código de Processo Penal:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

O doutrinador Paulo Rangel discorre acerca do cabimento desta ação defendendo que:

O pressuposto primordial e indispensável é a sentença transitada em julgado, que deverá estar eivada de erro de procedimento ou erro de julgamento. [...] A sentença não pode apenas ter transitado em julgado para ser proposta a revisão criminal. Mister se faz ainda que tenha vício de procedimento ou de julgamento, sem os quais não há que se falar em revisão criminal. O erro judiciário e a mola propulsora da revisão. (Direito Processual Penal, 6a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 761).

A revisão criminal não pode, portanto, servir como uma nova via recursal, a fim de rediscutir a matéria exaustivamente debatida nos autos da ação penal em primeira e ou na fase recursal em segunda instância.

AGRAVO (§ 1º ART. 557 DO CPC) EM REVISÃO CRIMINAL. REVISIONAL INDEFERIDA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 621 DO CPP. ALEGADA CONDENAÇÃO DO REVISIONANDO COM BASE EM INDÍCIOS E SUPOSIÇÕES. PRETENDIDA A DISCUSSÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA JÁ DECIDIDA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL. AÇÃO REVISIONAL QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO SEGUNDA APELAÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE FALAR EM DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. ALEGAÇÕES NÃO CONHECIDAS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO” (Agravos (§ 1º art. 557 do CPC) em Revisão Criminal n. 2012.006487-4, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 30.5.2012).

Este Tribunal tem admitido, em caráter excepcional e diante das particularidades do caso concreto, o ajuste da pena transitada em julgado quando comprovado o erro técnico ou a injustiça explícita da decisão.

REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO PROCESSO, NO TODO OU EM PARTE, POR CERCEAMENTO DE DEFESA, ANTE A VULNERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ALEGADA SUSPEIÇÃO DO JUIZ E FALSAS TESTEMUNHAS. PEDIDOS GENÉRICOS, SEM A INDICAÇÃO DOS FATOS E DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA, FORMULADOS PELO PRÓPRIO REVISIONANDO. NÃO CONHECIMENTO. ALEGAÇÃO, POR OUTRO LADO, DE “PENA MUITO ALTA”. ERRO TÉCNICO OU EXPLÍCITA INJUSTIÇA DA DECISÃO. CONHECIMENTO DA AÇÃO REVISIONAL, NO PONTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL. DEFERIMENTO PARA REDUÇÃO DA REPRIMENDA. PRECEDENTES. (TJSC, Revisão Criminal n. 2012.010550-3, de Porto Belo, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 29-08-2012).

Todavia, o erro técnico ou manifesta injustiça deve categoricamente demonstrado pela parte que pretende a sua revisão, não bastando a mera inconformidade com a pena que lhe foi aplicada.

O revisando pugna, em síntese, pelo afastamento da agravante da reincidência na segunda fase dosimétrica, fundamentando que a condenação da ação penal n. 125.02.001636-4 foi extinta em 22/04/2009, em decorrência da extinção pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 107, IV, c/c art. 109, I, c/c art. 110, caput, todos do Código Penal.

Esta foi a dosimetria realizada em relação ao revisando:

[...]

c) Do delito de latrocínio em relação ao sentenciado Marcos

Atento às circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), verifico que a culpabilidade, entendida aqui como grau de reprovabilidade da conduta, é própria ao crime. Registra antecedentes criminais, os quais serão computáveis na próxima fase da dosimetria para evitar o bis in idem, como preceitua o verbete da Súmula 241 do STJ. Nada foi apurado nos autos que desabone sua conduta social. No que se refere a sua personalidade, não há nos autos nenhum dado científico que a demonstre. O motivo do crime foi a obtenção de lucro em detrimento do patrimônio alheio. As circunstâncias do crime merecem especial exasperação, porquanto valeu-se do auxílio material de seu comparsa para executar o crime com divisão de tarefas, diminuindo em muito as chances de insucesso. As consequências extrapenais do delito são graves, mas em que pese reprováveis, fazem parte do tipo penal. O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática delituosa.

Com base nos vetores do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 22 (vinte e dois) anos de reclusão, aumento legitimado pelas circunstâncias do crime.

Na fase das circunstâncias legais, reconheço a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), frente a certidão de antecedentes da fl. 135. Por outro lado, milita em favor do réu a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d” do CP) que foi considerada como elemento de convicção. Ao analisar o concurso existente entre as circunstâncias legais, concluo que a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, conforme expressamente referido no artigo 67 do CP. Prevalecendo a reincidência, não cabe neutralizar ou compensar pela confissão. Com isso, a reprimenda imposta ao acusado deve ser acrescida de 1 (um) ano, tornando-a definitiva em 23 (vinte e três) anos de reclusão, vez que ausente qualquer causa especial de aumento ou diminuição de pena.

A propósito da preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea julgado que se enlva ao caso dos autos:

“CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. VENDA DE SOFTWARE MEDIANTE FALSA IDENTIFICAÇÃO COMO REPRESENTANTE COMERCIAL. AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE COMPROVADAS. APELO VISANDO A CORREÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA. CONCURSO DE AGRAVANTE E ATENUANTE. PREPONDERÂNCIA DA REINICIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DOSIMETRIA ADEQUADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.” (Ap. Crim. n.º 2004.022850-3, de Lages, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 12.02.2008). (grifei)

Com relação a pena de multa, considerada as circunstâncias judiciais fixo-a em 11 (onze) dias-multa, a qual torna-se definitiva frente a inexistência de causas especiais ou gerais de aumento ou diminuição de pena. A cada dia-multa estabeleço o valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, haja vista e inexistência de elementos para se aferir a situação financeira do réu.

[...]

e) Dos delitos de roubos em relação ao sentenciado Marcos

Frente a extrema similitude dos roubos perpetrados deixo de realizar a operação de dosimetria para cada um dos fatos, porquanto não houve qualquer desdobramento fático que fizesse exacerbar ou diminuir especialmente em qualquer um dos 3 dos fatos a serem analisados, particularidade esse que redundaria ao final, forçosamente, em penas exatamente iguais. Assim, observado o princípio da individualização da pena e por questões práticas e lógicas aplico apenas uma dosimetria, atribuindo ao final o aumento pelo concurso de crimes cabível à espécie.

Atento às circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), verifico que a culpabilidade, entendida aqui como grau de reprovabilidade da conduta, é considerada normal ao tipo. Registra antecedentes criminais (fls. 134-135/170-172/19-192), os quais serão computáveis na próxima fase da dosimetria para evitar o bis in idem, como preceitua o verbete da Súmula 241 do STJ. Nada foi apurado nos autos que desabone sua conduta social. Também não há no processo nenhum dado científico acerca de sua personalidade. O motivo e as circunstâncias não se revelaram destoantes o suficiente a ponto de majorar a pena, sobretudo quando serão consideradas na terceira fase da dosimetria da pena. As consequências extrapenais não destoam da normalidade. O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática delituosa.

Com base nas diretrizes do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão.

Na fase das circunstâncias legais, reconheço a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), frente a certidão de antecedentes da fl. 135. Por outro lado, milita em favor do réu a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d” do CP) que foi considerada como elemento de convicção. Ao analisar o concurso existente entre as circunstâncias legais, concluo que a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, conforme expressamente referido no artigo 67 do CP. Prevalecendo a reincidência, não cabe neutralizar ou compensar pela confissão. Com isso, a reprimenda imposta ao acusado deve ser acrescida de 6 (seis) meses. Resta nesta fase fixada a pena em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na terceira fase, presentes duas causas de aumento previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP, quais sejam, o emprego de arma de fogo e concurso de pessoas. Em relação ao emprego de arma, tendo em vista que foi utilizada de forma ostensiva – sempre em punho, tem-se demonstrado a periculosidade dos agentes que se valeram desse artefato para melhor dissuadir as vítimas. Tocante ao concurso de agentes, verifico que se tratavam de 2 (dois) os participantes na empreitada criminosa, o que significa ação criminosa mais organizada e a maior possibilidade de sucesso na empreitada, tanto que Ryander permaneceu todo o tempo com a moto ligada para a rápida fuga do local. Assim, na forma da Súmula 443 do STJ e diante de tais diretrizes majoro a pena em 3/8 (três oitavos), fixando-a definitivamente em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 7 (sete) dias de reclusão, por não haver causas de minoração da pena.

Tocante a pena de multa-tipo, fixo basicamente a pena de 10 (dez) dias-multa, aumentando em 3/8 diante das circunstâncias judiciais, pelo que a fixo em 13 (treze) dias-multa. Fixo no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato para cada dia, tendo em vista a situação econômica do acusado.

Tendo em vista que os crimes de roubos praticado contra as vítimas Amilton Vasco, João Luis Gonçalves e Edevaldo José Miranda ocorreram no mesmo local – Bar do Edevaldo, e nas mesmas condições de tempo e de modo de execução, aplicarei o disposto no art. 71 do CP, o qual dispõe sobre o crime continuado.

Assim sendo, aplicarei a pena encontrada na dosimetria acima desenvolvida o aumento pela continuidade delitiva no patamar de 1/5, conforme preceitua o art. 71 do CP.

Assim, em relação aos delitos de roubos cometidos em continuidade delitiva tem-se a pena de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 2 (dois) dias de reclusão.

No que tange as penas de multa, tem-se que a previsão do art. 72 do Código Penal de que “no concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente” tem incidência restrita aos casos de concurso material e formal, afastando-se sua aplicação quando se tratar de crime continuado, “induidoso concurso material de crimes gravado pela menor culpabilidade do agente, mas que é tratado como crime único pela lei penal vigente, como resulta da simples letra dos artigos 71 e 72 do Código Penal, à luz dos artigos 69 e 70 do mesmo diploma legal” (AgRg no REsp 607929 / PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 26-4-2007). (TJSC, Ap. Crim. n.º 2008.056216-4, de Blumenau, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 10-11-2009) Assim, aplica-se o percentual de 1/5 a pena de multa do crime mais grave, alcançando-se o resultado de 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo legal.

[...]

g) Do concurso de crimes cometidos por Marcos

Em relação aos crimes de roubos e latrocínio imperioso o reconhecimento do concurso material tendo em vista que com mais de uma ação o acusado Marcos praticou as duas espécies de crimes.

Assim, em consonância com o disposto nos arts. 69 e 72, somarei as penas dos delitos de roubos e latrocínio.

Assim tem-se a pena de 30 (trinta) anos, 5 (cinco) meses e 2 (dois) dias de reclusão e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, por infração ao disposto nos arts. 157, §2º, incisos I e II (em continuidade delitiva, por três vezes) e 157, § 3º, in fine, ambos do Código Penal. A cada dia-multa estabeleço o valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, haja vista e inexistência de elementos para se aferir a situação financeira do réu.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime fechado, nos termos do art. 33, § 2º, ‘a’, do Código Penal Brasileiro.

Da detração penal

Em consonância com a redação do § 2º do art. 387 do CPP, dada pela Lei n.º 12.736/2012, o tempo de prisão provisória deverá ser computado para fins de fixação do regime inicial da pena. Assim, considerando que o ora apenado encontra-se segregado cautelarmente desde 5.9.2012, verifico que até a data de hoje registra 4 (quatro) meses e 19 (dezenove) dias de pena a ser detraída, o que representa período inferior a 1/6 de pena cumprida, razão pela qual mantenho o regime fechado.

Extrai-se da sentença condenatória, acima transcrita, que o magistrado sentenciante reconheceu a circunstância agravante da reincidência observando a certidão de antecedentes da fl. 135 da ação penal.

O revisando juntou às fls. 18/19 a certidão relativa a condenação dos autos n. 125.02.001636-4.

Observando a certidão citada e o próprio processo 125.02.001636-4 junto ao juízo de primeiro grau, extraí-se que houve a extinção da punibilidade por conta da prescrição da pretensão punitiva retroativa entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória:

[...]

Os réus Marcos Antônio da Silva e Jailson Vicente Freire foram condenados à pena de 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

Inferre-se dos autos que entre a data do recebimento da denúncia, 20.5.2002 e a publicação da sentença, 9.3.2007, já transcorreram mais de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses, ou seja, lapso temporal superior àquele das penas aplicadas aos acusados (4 anos).

Portanto, vislumbra-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória.

FACE AO EXPOSTO, JULGO EXTINTA a punibilidade dos acusados MARCOS ANTONIO DA SILVA e JAILSON VICENTE FREIRE pela prescrição da pretensão punitiva retroativa (CP, art. 107, IV, c/c arts. 109 e 110).

[...]

Nestes termos, assiste razão ao revisando a fim de se excluir a circunstância agravante da reincidência, uma vez que a extinção da punibilidade retira qualquer efeito da condenação anterior.

Estes são os precedentes deste Tribunal:

REVISÃO CRIMINAL. CRIMES DO ART 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 311 DA LEI N. 9.503/97. REVISÃO DA DOSIMETRIA PENAL. PLEITO PARA EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO QUE GEROU A REINCIDÊNCIA EXTINTA PELA PRESCRIÇÃO PUNITIVA DO ESTADO EM REVISÃO CRIMINAL ANTERIOR. RETORNO AO ESTADO DE PRIMÁRIO. PENA DO DELITO DE TRÁFICO READEQUADA. “Uma vez demonstrado pelo impetrante que o processo criminal, por intermédio do qual considerou-se a reincidência, consta decisão extintiva da punibilidade pela prescrição da extinção punitiva já transitada em julgado, inviável o reconhecimento da agravante em comento, fato a ensejar a readequação da reprimenda imposta. (TJSC, Habeas Corpus n. 2008.037581-5, da Capital, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 05-08-2008)”. [...] PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4023669-60.2018.8.24.0900, de Balneário Camboriú, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 31-10-2018).

REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO, EM AUTOS DIVERSOS, POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL (ART. 28, CAPUT, DA LEI N. 11.434/06) E HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL). PRETENSÃO RESCISÃO DAS SENTENÇAS E RESPECTIVOS ACÓRDÃOS CONFIRMATÓRIOS. [...] RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM BASE NA COGITADA CONDENAÇÃO PRETÉRITA POR POSSE DE DROGAS, AGORA ALCANÇADA PELA PRESCRIÇÃO. RESCISÃO DO JULGADO PARA EXPURGAR DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO A REFERIDA MAJORANTE. PENA CORPORAL REDUZIDA. REVISIONAL CONHECIDA E DEFERIDA. Com base na extinção da punibilidade da suposta condenação ostentada pelo requerente nos autos n. 033.05.009413-3, com a exclusão do registro até então existente em seu desfavor no rol dos culpados do Poder Judiciário deste Estado, o demandante recobra sua condição pessoal de primariedade, o que inviabiliza a conservação técnica do reconhecimento da agravante da reincidência operado na sentença proferida nos autos n. 054.10.002832-6. (TJSC, Revisão Criminal n. 0154928-41.2015.8.24.0000, de Rio do Sul, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, Seção Criminal, j. 30-03-2016).

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II, III E IV, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA

EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO REVISIONAL FUNDADO NOS INCISOS I E III DO ART. 621 DO CPP. ALEGAÇÃO DE ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA. NÃO DEMONSTRADO. VERIFICADA A PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS PODE UMA DELAS SERVIR PARA QUALIFICAR O DELITO E AS DEMAIS COMO CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. EXTINTA A PUNIBILIDADE DO AGENTE PELA PRESCRIÇÃO NO PROCESSO QUE GEROU A REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE AFASTADA. - A ação de revisão criminal possui caráter excepcional com finalidade exclusiva de corrigir erro judiciário, sendo admissível somente nas hipóteses taxativas previstas no art. 621 do Código de Processo Penal. [...] Extinta a punibilidade do agente no processo que gerou a reincidência, deve ser arredada a agravante do cômputo da pena. - Parecer da PGJ pelo deferimento parcial do pedido revisional. - Revisão criminal conhecida e deferida em parte. (TJSC, Revisão Criminal n. 2012.048735-7, de Ituporanga, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Seção Criminal, j. 26-06-2013).

HABEAS CORPUS - FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, CAPUT) - PRETENSÃO SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS - REINCIDÊNCIA - AGRAVANTE RECONHECIDA - PROCESSO CRIMINAL ANTERIOR COM PUNIBILIDADE EXTINTA PELA PRESCRIÇÃO - ERRO JUDICIAL MANIFESTO - ILEGALIDADE DEMONSTRADA - EXCLUSÃO DA MAJORANTE - REDUÇÃO DA REPRIMENDA - ORDEM CONCEDIDA. I - [...] II - Possível a utilização de habeas corpus em substituição à revisão criminal, quando o remédio jurídico tem por objetivo a correção de patente erro judicial, o qual independe de reexame valorativo e aprofundado de provas. III - Uma vez demonstrado pelo impetrante que o processo criminal, por intermédio do qual considerou-se a reincidência, consta decisão extintiva da punibilidade pela prescrição da extinção punitiva já transitada em julgado, inviável o reconhecimento da agravante em comento, fato a ensejar a readequação da reprimenda imposta. (TJSC, Habeas Corpus n. 2008.037581-5, da Capital, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 05-08-2008).

Há de se citar, obviamente, que resta prejudicado o pedido de compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, diante da exclusão da agravante.

No tocante ao crime de roubo circunstanciado, na terceira fase da dosimetria, postulou a aplicação da fração mínima de 1/3 (um terço), visto que as majorantes teriam sido valoradas em excesso e sem fundamentação, desrespeitando a Súmula 443, do Superior Tribunal de Justiça.

Este é o teor da Súmula 443 do STJ:

“O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

A Súmula n. 443, do STJ, estabelece que o aumento da pena na terceira fase dosimétrica, no crime de roubo circunstanciado, exige fundamentação concreta, não sendo suficiente o critério matemático, para a sua exasperação, ou seja, a mera indicação do número de majorantes.

A jurisprudência é pacífica neste Tribunal:

REVISÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DAS PARTES. PROVIMENTO AO RECURSO ACUSATÓRIO PARA RECONHECER A CAUSA DE AUMENTO DE PENA RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA. AUMENTO DA REPRIMENDA DE 3/8 (TRÊS OITAVOS). MAJORAÇÃO SEM MAIORES ESPECIFICAÇÕES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OFENSA VERIFICADA. CORREÇÃO NO ÂMBITO DESTA REVISÃO. POSIÇÃO ADOTADA MAJORITARIAMENTE NA SEÇÃO CRIMINAL. 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 quando ocorrer erro técnico ou explícita injustiça da decisão. “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça). (TJSC, Revisão Criminal n. 4000752-02.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 24-05-2017).

REVISÃO CRIMINAL. ACUSADO CONDENADO POR ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 157, § 2º, INCISO II, E ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, NA FORMA DO ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL). INSURGÊNCIA DIRECIONADA À DOSIMETRIA DA PENA. MEDIDA EXCEPCIONAL EM SEDE DE REVISÃO. ALMEJADA MITIGAÇÃO DA REPRIMENDA NA TERCEIRA FASE DOSIMÉTRICA. MAJORAÇÃO NO PATAMAR DE 3/8 (TRÊS OITAVOS) EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA A LEGITIMÁ-LA. SENTENÇA POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADEQUAÇÃO QUE SE IMPÕE. PENA DE MULTA ALTERADA DE OFÍCIO. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 72 DO CÓDIGO PENAL NOS CASOS DE CRIME CONTINUADO. PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO. [...] 2. No caso do crime de roubo circunstanciado, a utilização do fracionário de 3/8 na terceira fase da dosimetria exige concreta fundamentação. Tal fundamentação, a propósito, pode ser breve, sucinta, desde que exponha os motivos concretos (além do simples número de circunstâncias) que levaram o juiz sentenciante a optar por determinado grau de majoração. [...]. (TJSC, Revisão Criminal n. 4000739-03.2016.8.24.0000, de Tubarão, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 29-03-2017).

REVISÃO CRIMINAL - ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, § 2º, I, II E V) - ALEGAÇÃO DE INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA - PROCEDÊNCIA - EQUÍVOCO NA NEGATIVIDADE DOS ASPECTOS REFERENTES À PERSONALIDADE E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - ALMEJADA COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - IMPOSSIBILIDADE - ACUSADO QUE CONTAVA COM MAIS DE UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR CONFIGURANDO SUA CONDIÇÃO DE MULTIRREINCENTE - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA O AUMENTO DA PENA RELATIVAMENTE ÀS MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO - UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO NUMÉRICO-PROGRESSIVO - OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ - PENA READEQUADA - EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS NÃO REQUERENTES - POSSIBILIDADE LIMITADA AO TERCEIRO ESTÁGIO DA DOSIMETRIA - OBSERVÂNCIA DO ART. 580 DO CPP - REDUÇÃO DAS PENAS - PLEITO PARCIALMENTE DEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4005403-77.2016.8.24.0000, de Indaial, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 22-02-2017).

Observando atentamente o conteúdo da sentença de primeiro grau, vislumbra-se que a fundamentação do magistrado sentenciante não se limita a explicar o quantitativo de circunstâncias reconhecidas.

O magistrado sentenciante fundamenta maior gravidade na conduta por conta do modus operandi realizado, a fim de caracterizar o respectivo aumento na fração superior ao mínimo legal, citando a participação de mais de um agente, demonstrando que ação criminosa mais organizada e a maior possibilidade de sucesso na empreitada, e a utilização de arma de fogo de forma ostensiva sempre em punho, demonstrando a periculosidade dos agentes:

[...]

Na terceira fase, presentes duas causas de aumento previstas nos incisos I e II do §2º do art. 157 do MP, quais sejam, o emprego de arma de fogo e concurso de pessoas.

Em relação ao emprego de arma, tendo em vista que foi utilizada de forma ostensiva sempre em punho, tem-se demonstrado a periculosidade dos agentes que se valeram desse artefato para melhor dissuadir as vítimas.

Tocante ao concurso de agentes, verifico que se tratavam de 2 (dois) os participantes na empreitada criminosa, o que significa ação criminosa mais organizada e a maior possibilidade de sucesso na empreitada, tanto que Ryander permaneceu todo o tempo com a moto ligada para a rápida fuga do local. Assim, na forma da Súmula 442 do STJ e diante de tais diretrizes majoro a pena em 3/8 (três oitavos), fixando-a definitivamente em 6 (seis) anos, 2 (dois) e 7 (sete) dias de reclusão, por não haver causas de minoração da pena (fl. 74).

[...].

A egrégia Seção Criminal, inclusive, já decidiu que inexistente infração a referida Súmula se da totalidade da sentença possa se extrair motivação para exasperação da pena em patamar superior ao mínimo legal:

REVISÃO CRIMINAL. CRIME ROUBO CIRCUNSTANCIADO [ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL]. PRETENSÃO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA PENAL. INSURGÊNCIA SOBRE A DOSIMETRIA PENAL. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE. PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO NESTE PONTO. MATÉRIA ANALISADA POR ESTE TRIBUNAL QUANDO DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. “É descabido o manejo da revisão criminal com o objetivo de novamente discutir o acerto do decisum, que já foi dirimido em recurso de apelação, mormente quando coincidentes as teses formuladas”. (TJSC, Revisão Criminal n. 4009859-70.2016.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 26-04-2017)”. FRAÇÃO DE AUMENTO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. PEDIDO NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. ACÓRDÃO QUE REFORMOU A SENTENÇA E APLICOU A FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA. TERCEIRA FASE. INSURGÊNCIA CONTRA A FRAÇÃO DE AUMENTO DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APLICÁVEL AO CASO. TODAVIA, MOTIVAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA DA SENTENÇA, AINDA QUE SUCINTA. MAGISTRADO QUE NÃO SE APEGOU A CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE MATEMÁTICO. MOTIVAÇÃO, ADEMAIS, QUE PODE SER EXTRAÍDA DO CORPO DA SENTENÇA. PRECEDENTE DESTA CORTE. “Extraíndo da totalidade da sentença a existência de circunstâncias concretas que indiquem a necessidade da exasperação da pena no crime de roubo circunstanciado em patamar superior ao mínimo legal, não há que falar em incidência do verbete

n. 443, da Súmula desta Corte (STJ, HC n. 204.673/ES, Min. Moura Ribeiro, DJUe de 28/10/2013). (TJSC, Revisão Criminal n. 4006643-67.2017.8.24.0000, de São José, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 31-05-2017)”. PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO EM PARTE E INDEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4018746-09.2017.8.24.0000, de Araranguá, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 29-11-2017).

REVISÃO CRIMINAL. ARTIGO 121, CAPUT E 157, PARÁGRAFO 2º, INCISOS I E II, POR TRÊS VEZES, NA FORMA DO ARTIGO 70 TODOS DO CÓDIGO PENAL. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. 3/8 (TRÊS OITAVOS). SÚMULA 443 STJ. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO AMPLA E ADEQUADA. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. Cumpre registrar que a sentença deve ser lida como um todo, para se perquirir a motivação do ato jurisdicional, não se restringindo à parte dispositiva ou, como no caso, do momento da fixação da pena (STF, RHC 115.486/DF, Segunda Turma, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. em 12.3.2013). [...] PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E INDEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4032337-04.2018.8.24.0000, de Garopaba, rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 29-05-2019).

REVISÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO E EXTORSÃO (ARTS. 157, § 2º, I (REVOGADO) E II, E 158, § 3º, DO CP). REQUERIMENTO PARA ALTERAR A DOSIMETRIA DO CRIME DE ROUBO. PLEITO PARA EXCLUIR O AUMENTO DA PENA DE 3/8 PROVOCADO PELO RECONHECIMENTO DAS MAJORANTES DE USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. ALEGAÇÃO DE QUE INEXISTE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA QUE EMBASE AS ALUDIDAS CAUSAS DE AUMENTO. SUPOSTA INOBSERVÂNCIA À SÚMULA N. 443 DO STJ. TESE NÃO ACOLHIDA. DECISÃO CONDENATÓRIA QUE JUSTIFICOU A EXASPERAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA QUE ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ADOTADO À ÉPOCA DOS AUTOS DE ORIGEM. DOSIMETRIA INALTERADA. REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E INDEFERIDA. (TJSC, Revisão Criminal n. 4009731-79.2018.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 29-05-2019).

REVISÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 157, §2º, I E II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI 8.069/90) DOSIMETRIA - TERCEIRA FASE - AVENTADA VIOLAÇÃO À SÚMULA 443 DO STJ, VIGENTE AO TEMPO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO QUE A MANTEVE - NÃO OCORRÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, SE CONJUGADOS TODOS OS ELEMENTOS DA SENTENÇA - EXASPERAÇÃO MANTIDA. “As decisões judiciais devem ser analisadas como um todo e não por capítulos, uma vez que, apesar de eventual deficiência no tópico específico da motivação da pena, em muitos casos é impossível desprezar, pela descrição fática, a efetiva existência de dados concretos possíveis de serem considerados, como é o caso dos autos” (STJ, Min. Marco Aurélio Bellizze). PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E INDEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4033420-55.2018.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 27-03-2019).

Esta fundamentação, embora sucinta, é suficiente para considerar como válido o aumento realizado acima do mínimo legal, pois alia o critério matemático com a fundamentação concreta da aplicação na dosimetria, inexistindo assim infração à Súmula 443 do STJ.

Há de se citar que não se exige fundamentação rebuscada e extensa sobre cada circunstância do art. 157, § 2º, do Código Penal, bastando que se verifique que houve fundamentação à respeito.

Nestes termos, considerando que a fundamentação da sentença é suficiente para demonstrar os motivos que levaram ao aumento da pena acima do mínimo legal de 1/3 (um terço) na terceira fase dosimétrica, não houve infração à Súmula 443 do STJ, razão pela qual não há reparo a se realizar.

Passa-se a readequação da pena:

1 - Do delito de latrocínio:

A pena-base do delito do art. 157, § 3º, do Código Penal foi fixada em 22 (vinte e dois) anos de reclusão.

Na segunda fase, foi retirada nesta oportunidade a agravante da reincidência. Foi reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea, razão pela qual a pena de ser diminuída para 20 (vinte) anos de reclusão, limitada ao mínimo legal nos termos do teor da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, mantida a pena em 20 (vinte) anos de reclusão.

A pena de multa-tipo fica redimensionada para 10 (dez) dias-multa.

2 – Do delito de roubo circunstanciado:

A pena-base do delito do art. 157, § 2º, do Código Penal foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda fase, foi retirada nesta oportunidade a agravante da reincidência. Foi reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea, a qual não tem influência na dosimetria por conta da limitação realizada pelo teor da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, presentes duas majorantes e aplicada a fração de aumento de 3/8 (três oitavos), a pena deve ser aumentada para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

A pena de multa-tipo fica mantida em 13 (treze) dias-multa como fixada na sentença.

Foi aplicada a figura do artigo 71 do Código Penal na fração de 1/5 (um quinto), aumentando-se a pena para 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão.

A pena de multa-tipo fica mantida em 15 (treze) dias-multa como fixada na sentença.

3 – Do concurso de crimes:

As penas dos delitos de latrocínio e roubo circunstanciado devem ser somadas, assim como realizado pela sentença transitada em julgado, todavia, no importe de 26 (vinte e seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e o pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Restam mantidas as demais disposições da sentença transitada em julgado.

Ante todo o exposto, voto no sentido de conhecer e julgar parcialmente procedente o pedido revisional, para excluir a agravante da reincidência e diminuir a pena para 26 (vinte e seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e o pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Este é o voto.

Revisão Criminal n. 4010011-16.2019.8.24.0000, de São Bento do Sul

Relator: Desembargador Zanini Fornerolli

REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO (ART. 14, *CAPUT*, DA LEI Nº 10.826/03) – NÃO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARA A PENA INTERMEDIÁRIA – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE – CONFISSÃO QUE SE DEU DE FORMA QUALIFICADA, ALEGANDO OCORRÊNCIA DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA E PUTATIVA – ENTENDIMENTO À ÉPOCA CONTROVERTIDO – INVIABILIDADE DE MODIFICAÇÃO DE JULGADO PAUTADO APENAS EM ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL – NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Na forma do art. 5º, XL, da Constituição Federal, é a lei penal que retroagirá para beneficiar o réu, não podendo se falar o mesmo acerca de entendimentos jurisprudenciais (TJSC, RCr nº 4003995-80.2018.8.24.0000, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 25.04.2018), sob pena de se admitir a mudança corriqueira de julgados, situação que traria enorme insegurança jurídica.

REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4010011-16.2019.8.24.0000, da comarca de São Bento do Sul 3ª Vara em que é/são Requerente (s) Dyonathan Rodrigues de Lima.

O Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, indeferir o pedido de revisão. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Carlos Alberto Civinski, presidente com voto, a Exma. Des. Cinthia Beatriz da Silva B. Schaefer e os Exmos. Des. Ernani Guetten de Almeida, Des. Luiz César Schweitzer, Des. Sidney Eloy Dalabrida e Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Carlos Alberto Civinski, presidente com voto, a Exma. Des. Cinthia Beatriz da Silva B. Schaefer e os Exmos. Des. Ernani Guetten de Almeida, Des. Luiz César Schweitzer, Des. Sidney Eloy Dalabrida e Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.

Florianópolis, 25 de setembro de 2019.

Desembargador ZANINI FORNEROLLI

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal interposta por Dyonathan Rodrigues de Lima, motoboy, nascido em 10.11.1986, através da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, contra o acórdão da Quarta Câmara Criminal desta Corte (Apelação Criminal nº 2015.026018-3) que negou provimento ao apelo do réu e manteve na íntegra a sentença proferida nos autos nº 0002104-88.2013.8.24.0058 pelo Juiz de Direito Luís Paulo Dal Pont Lodetti, atuante na 3ª Vara da Comarca de São Bento do Sul/SC, que acolheu as determinações do Conselho de Sentença e condenou o revisando à pena de 18 (dezoito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados em 1/30 do salário mínimo, pela prática das condutas tipificadas nos arts. 121, § 2º, I, do Código Penal, e 14 da Lei nº 10.826/03.

Segundo afirma, deve ser modificada a dosimetria da condenação, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, já que, a despeito de permanecer silente durante seu interrogatório em juízo, de certo seu depoimento durante a primeira etapa do procedimento serviu para formação do convencimento dos jurados.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, que se manifestou pela improcedência do pedido de revisão.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de revisão criminal interposta por Dyonathan Rodrigues de Lima, motoboy, nascido em 10.11.1986, através da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, contra o acórdão da Quarta Câmara Criminal desta Corte (Apelação Criminal nº 2015.026018-3) que negou provimento ao apelo do réu e manteve na íntegra a sentença proferida nos autos nº 0002104-88.2013.8.24.0058 pelo Juiz de Direito Luís Paulo Dal Pont Lodetti, atuante na 3ª Vara da Comarca de São Bento do Sul/SC, que acolheu as determinações do Conselho de Sentença e condenou o revisando à pena de 18 (dezoito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados em 1/30 do salário mínimo, pela prática das condutas tipificadas nos arts. 121, § 2º, I, do Código Penal, e 14 da Lei nº 10.826/03.

Segundo afirma, deve ser modificada a dosimetria da condenação, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, já que, a despeito de permanecer silente durante seu interrogatório em juízo, de certo seu depoimento durante a primeira etapa do procedimento serviu para formação do convencimento dos jurados.

Nos termos do art. 621 do Código de Processo Penal, será admitida a revisão dos processos criminais findos quando a sentença condenatória (I) for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; (II) se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; ou ainda (III) quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Ademais, há de se destacar que, ainda que não expressamente previsto no rol do art. 621 do Código de Processo Penal, admite-se, tanto no âmbito desta Corte quanto no Superior Tribunal de Justiça, a revisão criminal fundada em matéria atinente à dosimetria da pena, quando se tratar de caso de evidente contrariedade à lei, à prova dos autos ou de teratologia (TJSC: RCr nº 4002435-40.2017.8.24.0000, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, j. em 25.10.2017; RCr nº 4007976-88.2016.8.24.0000, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 26.10.2016. Do STJ: AgRg no AREsp nº 538.603/PR, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 09.09.2014). Tem-se admitido, também de maneira excepcional, a utilização da revisão criminal como forma de combater erro técnico ou explícita injustiça quando da fixação da pena, conforme se extrai da jurisprudência do STJ e de ambos os Grupos de Direito Criminal desta Corte (STJ: AgRg no AREsp nº 318.060/SC, rel. Min. Félix Fischer, j. em 19.04.2016. Do TJSC: RCr nº 4018465-19.2018.8.24.0000, rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. em 29.08.2018; RCr nº 4017522-02.2018.8.24.0000, 1º GDC, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 27.02.2019; RCr nº 4027270-58.2018.8.24.0000, 2º GDC, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. em 27.02.2019; RCr nº 4016494-96.2018.8.24.0000, 2º GDC, rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, j. em 27.02.2019; RCr nº 4029236-90.2017.8.24.0000, 2º GDC, rel. Des. Luiz César Schweitzer, j. em 28.11.2018).

Segundo se observa, a despeito do silêncio durante a sessão plenária, ao ser interrogado durante a primeira etapa do procedimento do júri confessou ter sido o autor dos disparos que vitimaram a vítima (fl. 766). Durante a sessão plenária (fl. 1076), entre as teses defensivas foram levantadas a legítima defesa própria ou putativa, as quais se relacionam à confissão extrajudicial e envolvem a chamada confissão qualificada.

A jurisprudência atual do STJ, acerca do assunto, caminha tranquilamente no sentido de que a confissão espontânea deve ser reconhecida, *ex vi* do art. 492, I, «b», do CPP, quando o agente admite o fato no curso da persecução penal, ainda que de forma parcial, ou até mesmo quando ele posteriormente se retrata, diante da possibilidade de influir no convencimento dos jurados. O que se exige é que, como as decisões prescindem de motivação no rito do Júri (sistema da íntima convicção), a atenuante da confissão espontânea seja exteriorizada na sessão plenária (AgRg no AREsp n. 1.392.267/AL, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 26.3.2019).

Há que se destacar, contudo, que ao tempo da decisão proferida (outubro/2014), a temática acerca da confissão qualificada – aquela em que o réu admite a prática do fato, no entanto, alega, em sua defesa, teses defensivas discriminantes ou exculpantes – era absolutamente controvertida nas Cortes Superiores (não admitindo a atenuante: STJ, HC 231.363/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 18.06.2014; admitindo a atenuante: STJ, HC 196.029/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 06.11.2014).

Tanto é assim que a controvérsia veio a ser solucionada tão somente em 14.10.2015, com a edição da Súmula n. 545 pelo Superior Tribunal de Justiça, que passou a assentar que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

Logo, ainda que atualmente o desfecho pudesse ser outro, vale lembrar que, na forma do art. 5º, XL, da Constituição Federal, é a lei penal que retroagirá para beneficiar o réu, não podendo se falar o mesmo acerca de entendimentos jurisprudenciais (TJSC, RCr nº 4003995-80.2018.8.24.0000, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 25.04.2018), sob pena de se admitir a mudança corriqueira de julgados, situação que traria enorme insegurança jurídica e que, sem dúvidas, não se trata da intenção do legislador ao dispor acerca da revisão criminal.

Aliás, inúmeros são os precedentes neste Corte (TJSC, RCr nº 4005830-06.2018.8.24.0000, rel. Des. Sérgio Rizelo, 1º GCr, j. em 25.04.2018; RCr nº 4022603-63.2017.8.24.0000, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, 1º GCr, j. em 25.04.2018; RCr nº 4020615-07.2017.8.24.0000, rel. Des. Getúlio Corrêa, 2º GCr, j. em 25.04.2018; RCr nº 4001001-16.2017.8.24.0000, rel. Des. Sidney Eloy Dallabrida, 2º GCr, j. em 28.03.2018) e no Superior Tribunal de Justiça acerca do tema (AgRg no HC nº 420.696/SC, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 15.05.2018; AgRg no AREsp nº 511.248/PR, rel. Min. Felix Fischer, j. em 10.04.2018; HC nº 433.026/SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 03.04.2018).

Assim, tendo em vista que a confissão, segundo se retira da própria ata da sessão (fl. 1076), se deu na forma qualificada – trazendo tese de legítima defesa própria e putativa –, cuja validade ao tempo do decisum era controvertida, inviável se mostra o pleito revisional.

Ante o exposto, o voto é pela rejeição do pedido de revisão.

Este é o voto.

Revisão Criminal n. 4022215-92.2019.8.24.0000, de Chapecó

Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO SIMPLES CONSUMADO E HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO, TODOS NA FORMA DO ARTIGO 29, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

NULIDADE PROCESSUAL. DEFENSOR PÚBLICO QUE INTIMADO ACERCA DA DECISÃO CONDENATÓRIA DEIXOU DE APELAR. PROPÓSITO DE IMPUGNAÇÃO NÃO MANIFESTO. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE. PREJUÍZO PROCESSUAL NÃO CARACTERIZADO.

O propósito de reexame da sentença condenatória em segunda instância deve ser manifesto, em obediência ao princípio da voluntariedade recursal.

A interposição de recurso está sujeita à análise de sua oportunidade e de sua conveniência e, por isso, a opção do Defensor pelo conformismo com a condenação não representa violação a princípios constitucionais, notadamente a ampla defesa.

ALEGADO JULGAMENTO CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS. NÃO ACOLHIMENTO. JURADOS QUE OPTARAM PELA TESE DA ACUSAÇÃO. DECISÃO QUE ENCONTRA AMPARO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. SOBERANIA DO VEREDICTO.

Deve prevalecer a decisão do tribunal do júri, se a opção dos jurados pelo não acolhimento da tese defensiva foi amparada no conjunto probatório. Interpretação diversa ofende a soberania dos veredictos, princípio que a Constituição da República elegeu como fundamental.

PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ALEGADA FALTA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO. EXECUÇÃO PENAL. NÃO CONHECIMENTO.

O direito à alteração do regime de cumprimento da penalidade envolve matéria afeta ao juízo da execução penal, o que remete à conclusão de que a referida discussão não deve ser enfrentada em revisão criminal.

PEDIDO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. AÇÃO ISENTA DE CUSTAS. NÃO CONHECIMENTO.

REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, INDEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4022215-92.2019.8.24.0000, da comarca de Chapecó 1ª Vara Criminal em que é Requerente Felipe Luiz Simões.

O Segundo Grupo de Direito Criminal, em Sessão Ordinária hoje realizada, julgou os presentes autos, tendo decidido, por votação unânime, conhecer parcialmente da revisão criminal e, na parte conhecida, indeferi-la. Sem custas.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadora Salete Silva Sommariva, Desembargador Getúlio Corrêa, Desembargador Ernani Guetten de Almeida, Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Desembargador Luiz César Schweitzer, Desembargador Sydney Eloy Dalabrida e Desembargador Zanini Fornerolli.

Presidiu a sessão a Exma Sra. Desembargadora Salete Silva Sommariva.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 27 de novembro de 2019.

Desembargador Volnei Celso Tomazini
Relator

RELATÓRIO

Felipe Luiz Simões ajuizou a presente revisão criminal, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal.

Narrou que foi condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime semiaberto, pela prática dos crimes descritos no artigo 121, caput, e no artigo 121, c/c artigo 14, inciso II, ambos na forma do artigo 29, § 1º, todos do Código Penal.

Alegou que devidamente intimado acerca da sentença condenatória, o Defensor Público deixou transcorrer *in albis* o prazo para apelar, sendo, agora, surpreendido com o mandado de prisão expedido em seu desfavor.

Disse que *“externou sua intenção em recorrer, e não teve seu direito resguardado ao duplo grau de jurisdição, e não houve nenhuma intimação para que o mesmo tivesse ciência ao ato, para constituir advogado, cabendo assim o recurso, haja vista, os prejuízos que acarretou ao réu.”*

Argumentou, ainda, insuficiência de provas para embasar a condenação, porque sua conduta foi ampara na legítima defesa.

Subsidiariamente, pugnou pela alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto, tendo em vista a ausência de estabelecimento adequado para o resgate no semiaberto ou, alternativamente, que este seja convertido em prisão domiciliar, com a imposição do uso de tornozeleira eletrônica.

Após outras considerações que entendeu relevantes, postulou a concessão de liminar, para que seja determinada a suspensão da medida prisional até o julgamento da revisão criminal e, ao final, o provimento da ação.

Por fim, pugnou pela concessão da gratuidade da justiça, em razão de sua precária condição financeira (fls. 1-11).

Indeferida a liminar (fls. 26-27), a Procuradoria de Justiça Criminal, por meio do Procurador Aurino Alves de Souza, opinou pelo desprovimento da ação (fls. 31-35).

Este é o relatório.

VOTO

Em 30.11.2015, Felipe Luiz Simões foi denunciado pela prática dos crime descrito no artigo 121, caput, c/c artigo 29, ambos do Código Penal, e no artigo 121, caput, c/c artigo 14, inciso II, c/c artigo 29, todos do Código Penal.

Segundo a acusação, Felipe aderiu à conduta de Ricardo Kovacic, pois, inicialmente, “na condução do veículo Fiat Marea tentou atropelar as vítimas e, após, retornou ao local, ainda na condução do veículo, levando Ricardo ao encontro da vítima para que efetuasse os disparos e alcançasse o êxito criminoso”.

Após a devida instrução processual, o Revisionando foi submetido ao Tribunal do Júri e, em 14 de julho de 2017, o Magistrado, em atenção à decisão proferida pelo Conselho de Sentença, julgou parcialmente procedente a denúncia para o fim de:

2) DAR o réu FELIPE LUIZ SIMÕES, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 121, caput, e do artigo 121, caput, c/c artigo 14, inciso II, ambos na forma do artigo 29, § 1.º, todos do Código Penal, e em consequência condená-lo ao cumprimento de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

O Revisionando e o Defensor Público foram intimados pessoalmente acerca da sentença, esta publicada em sessão plenária (14.7.2017).

A intimação, é importante detalhar, também foi publicada no portal eletrônico (fls. 486-487 – autos na origem).

Sem interposição de recurso, a decisão transitou em julgado para o Ministério Público em 24.7.2017; e para o Revisionando em 03.8.2017 (fl. 593 – autos na origem).

Estes são, portanto, os vícios apontados pelo Revisionando: o primeiro em razão da ausência de interposição de recurso por seu Defensor; o segundo em razão da ausência de intimação acerca da não oposição de recurso, de modo a garantir o acesso ao duplo grau de jurisdição.

Em que pese os argumentos expendidos, o fato de o Defensor Público, devidamente intimado, deixar transcorrer *in albis* o prazo para apelar, não constitui vício capaz de macular a relação processual ou caracterizar violação ao direito de defesa.

Primeiro porque o intento de submeter a decisão condenatória à análise desta Corte não ficou sinalizada, quer por meio pessoal, quer por outra forma capaz de indicar o inconformismo, ato imprescindível, em obediência ao princípio da voluntariedade recursal.

Sim, “a existência de um recurso está condicionada à manifestação da vontade da parte, que demonstra seu interesse de recorrer com a interposição de recurso.” (Lima, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1371).

Em outras linhas, “[...] para a admissibilidade dos recursos [...] é essencial, além dos requisitos próprios, haja uma manifestação inequívoca do legitimado [...] de que pretende impugnar a decisão proferida pelo Poder Judiciário.” (Pacelli, Eugêncio. Fischer, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1051).

Sem declaração evidente do propósito de reexame da decisão condenatória, o que poderia ocorrer no momento da intimação, em sessão plenária, não resulta o alegado prejuízo.

E mais, como consignou o Procurador de Justiça em seu parecer, “*Se, posteriormente, comunicou sua intenção ao defensor e esse se omitiu, trata-se de que fato externo que não produz efeito no processo originário. A questão deve ser dirimida entre eles e, eventualmente, com o órgão de classe do DEFENSOR PÚBLICO. Não se erige em nulidade processual*”.

Segundo porque não se impõe à defesa a obrigatoriedade de recorrer; ainda que se trate de defensor nomeado, a interposição de recurso está sujeita à análise de sua oportunidade e de sua conveniência e, por isso, a opção pelo conformismo não representa violação a princípios constitucionais, notadamente a ampla defesa.

Os precedentes que seguem confortam o posicionamento aqui adotado:

No sistema brasileiro vige o princípio da voluntariedade, inserto no art. 574, caput, do CPP, cuja previsão não obriga a defesa técnica a interpor recurso contra decisão desfavorável ao réu. (RHC 37.215/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013). Comprovado que a defensoria pública foi devidamente intimada acerca do teor do acórdão proferido no julgamento da apelação criminal, não há qualquer ofensa ao devido processo legal pelo fato da causídica não ter interposto recurso para as instâncias superiores. (STJ, HC 458727 / DF, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j em 11.12.2018).

Também:

“A jurisprudência desta Corte firmou compreensão no sentido de que, em face da regra processual da voluntariedade dos recursos, insculpida no art. 574, caput, do Código de Processo Penal, não está obrigado o defensor público ou dativo, devidamente intimado, a recorrer.” (RHC 22.218/RN, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 13/10/2008). (STJ, HC 351239 / AM, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j em 12.12.2017).

E nem se argumenta a necessidade de intimação do Condenado acerca da falta de interposição do recurso, diante da ausência de expressa previsão legal.

Superado isso, sabe-se, a revisão criminal constitui meio adequado para combater decisões proferidas pelos jurados, “*porquanto a soberania dos veredictos foi instituída como garantia do acusados. Logo, esta soberania pode ceder diante da norma que visa exatamente os direitos de defesa e de liberdade*”. (Lima, Renato Brasileiro de. *op.cit.* p. 1508).

Por outro lado, quando alegada que a decisão não está em correspondência com o conjunto probatório, essa contrariedade deve ser manifesta, o que sinaliza, por certo, a excepcionalidade da utilização dessa ação para desconstituir a coisa julgada.

Em outras palavras:

Ao Tribunal do Júri é constitucionalmente assegurada a soberania dos veredictos (CF, art. 5.º, XXXVIII, “c”). Somente em casos excepcionais, de flagrante e patente contrariedade à prova dos autos, pode sua decisão ser desconstituída. Havendo elementos que possam sustentar a convicção dos jurados, deve esta prevalecer. (Apelação Criminal 2014.038334-7, de Chapecó, Relator Desembargador Roberto Lucas Pacheco, j em 18.2.2015).

Na hipótese, o Revisionando sustenta ausência de provas para amparar a condenação, especialmente porque sua conduta foi amparada na legítima defesa. Sim, nas oportunidades em que foi interrogado alegou que as vítimas portavam facas, proferiram ameaças de morte e contra o automóvel que o Revisionando conduzia lançaram pedras, razão pela qual seu comparsa, Ricardo, teria efetuado disparos de arma de fogo (fls. 8, 185).

No entanto, há elementos probatórios suficientes para a versão acolhida pelos jurados, qual seja, de que em ambos os delitos o Revisionando *“concorreu com o fato, por ter aderido ao propósito do autor direto, assumindo a direção do veículo Marea e levado o autor ao encontro da vítima, para que ele pudesse efetuar o disparo contra ela”* (fls. 463-469 – autos na origem).

A dinâmica dos fatos foi assim relatada pelo Ministério Público na fase das alegações finais:

[...] durante um baile no “Salão do Povo” a testemunha Jocelia Gomes de Lima iniciou uma provocação contra a esposa da vítima Eurico Sutil da Silva, Elizângela, que foi empurrada propositalmente no momento em que esta estava dançando.

Posteriormente, a vítima Eurico dirigiu-se juntamente com sua esposa Elizangela até a copa do mencionado estabelecimento, momento em que o acusado Ricardo Kovacic, o qual conhecia Jocélia e estava sentado numa mesa próxima a esta, deu um empurrão na vítima Eurico, razão pela qual houve um tumulto no local, tendo sido necessária a intervenção da vítima Evandro e seu tio Altamiro para separar a briga.

Posteriormente, os acusados Ricardo Kovacic e Felipe Luiz Simões saíram do salão e foram em direção ao veículo Fiat/Marea de propriedade do réu Ricardo.

Na sequência, a vítima Eurico Sutil da Silva, acompanhado de sua esposa Elizangela, também saíram do local e logo em seguida a vítima Evandro Joel Ribeiro e seu tio Altamiro Ribeiro, também saíram do local, os quais foram até o estacionamento para buscar o veículo e irem embora daquele local.

Entretanto, no momento em que as vítimas foram avistadas pelos acusados iniciou-se a execução do delito em tela, haja vista que o veículo Fiat/Marea conduzido pelo réu Felipe Luiz Simões, tendo como caroneiro o acusado Ricardo Kovacic veio em alta velocidade e atingiu a vítima Evandro, atropelando-o e saindo do local.

Todavia, não satisfeitos, os réus retornaram com o veículo, que era conduzido pelo acusado Felipe e dirigiram-se até o local em que as vítimas estavam, ocasião em que o acusado Ricardo desceu do banco caroneiro do veículo e foi em direção às vítimas.

Naquele momento o ofendido Eurico Sutil da Silva dirigiu-se em direção ao acusado Ricardo, o qual estava com uma arma de fogo na cintura devidamente municada, ocasião em que este desferiu dois tiros fatais em face da vítima Eurico Sutil da Silva, um atingindo a região torácica superior esquerda e outro na região escapular esquerda, momento em que este caiu desfalecido no local dos fatos, vindo à óbito naquele momento.

Posteriormente, a vítima Evandro tentou socorrer seu cunhado (Eurico), tendo ido em sua direção, momento em que foi alvejado pelo réu Ricardo na coxa esquerda.

A narrativa foi corroborada pelas palavras do ofendido Evandro Joel Ribeiro. Em resumo, contou ao Magistrado que após a discussão ocorrida dentro do salão, foram para fora do local e estavam conversando, ele, Eurico, João Maria e outros [...], quando, então, os acusados jogaram o carro em direção ao grupo. Seguidamente, o veículo desceu para uma rua, voltou, e um dos indivíduos ficou no interior do automóvel; o outro foi se aproximando, com um revólver na mão e atirou contra Eurico. Mencionou que quando foi socorrer Eurico, também foi atingido por um disparo de arma de fogo. Esclareceu que, após o atropelamento, Eurico foi até o carro pegar uma faca. [...] (fl. 185- autos na origem).

Essa versão encontra respaldo no testemunho judicial de Altamiro Ribeiro. Este contou ao Magistrado que estava no local dos fatos e presenciou a discussão que aconteceu na copa, envolvendo Ricardo, Jocélia e as vítimas. Disse que quando saíram para o lado externo do salão, o veículo, que segundo populares era conduzido por Felipe, foi arremessado em direção ao pessoal, atingindo Evandro. Eurico, então, arremessou uma pedra contra o automóvel, mas este deu a volta na quadra. Seguidamente, Ricardo voltou a pé e Felipe na direção do veículo; foi quando Ricardo encontrou Eurico e efetuou disparo de arma de fogo contra este. Nesse momento, Evandro tentou socorrer Eurico, mas foi atingido também. (fl. 185 – autos na origem).

Elizanela Aparecida Ribeiro, por sua vez, relatou à Autoridade Judiciária que era esposa de Eurico e irmão de Evandro. Esclareceu, em síntese, que quando o motorista do carro atropelou seu irmão, Eurico achou que ele estivesse morto e, por isso, atirou pedras contra o automóvel. Prosseguiu dizendo que os réu deram a volta com o carro, e percebeu os disparos [...]. (fl. 185 – autos na origem).

As demais testemunhas em nada contribuíram para a elucidação da tese defensiva.

Diante de toda evidência, conforme análise probatória realizada anteriormente, os jurados optaram pelo não acolhimento da legítima defesa. A referida opção foi respaldada nas provas produzidas, porquanto nenhuma testemunha sinalizou a violência noticiada pelo Revisando, de modo a subsumir as condutas imputadas à causa de justificação.

Logo, deve prevalecer a decisão do tribunal do júri, se a opção dos jurados pelo não acolhimento da tese defensiva foi amparada no conjunto probatório. Interpretação diversa ofende a soberania dos veredictos, princípio que a Constituição da República elegeu como fundamental.

Em consonância,

Para a rescisão do julgado sob tal argumento, imprescindível que a decisão condenatória tenha recaído em evidente erro e esteja completamente dissociada da prova produzida na instrução processual. É necessário registrar, de igual forma, que as decisões do Tribunal do Júri, em princípio, não são passíveis de modificação, por conta do princípio da soberania dos veredictos, expressamente previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal. Nesse passo, para que seja aceitável a decisão dos jurados, basta existir amparo, ainda que mínimo, no conjunto probatório disponível nos autos (TJSC, Revisão Criminal n. 2010.072985-7, de São Francisco do Sul, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Seção Criminal, j. 27-02-2013)”. (Revisão Criminal 4020347-16.2018.8.24.0000, de Lages, Relatora Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, j em 01.11.2018).

Posta a questão nesses termos, o que desponta é a ausência da manifesta contrariedade da decisão capaz de autorizar a desconstituição da coisa julgada.

No mais, o Revisionado postulou, quanto ao regime fixado para início de cumprimento da pena, a conversão do semiaberto para o aberto “*uma vez que há estabelecimento adequado na sua comarca [...]*”, ou a harmonização do regime semiaberto com o uso de tornozeleira eletrônica.

O debate envolve, entretanto, matéria afeta ao juízo da execução penal, o que remete à conclusão de que nenhuma discussão acerca do pleito deve ser enfrentada em revisão criminal.

Deste Tribunal, colhe-se em reforço:

REVISÃO CRIMINAL. [...] PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. MATÉRIA AFETA À EXECUÇÃO PENAL. REVISIONAL NÃO CONHECIDA. (Revisão Criminal n. 1001801-32.2016.8.24.0000, de Chapecó, Relator Desembargador Ernani Guetten de Almeida, j em 31.1.2018).

Logo, é descabido o pedido ora formulado, por meio da presente revisão criminal, sob pena de supressão de instância, de sorte que a presente ação não deve ser conhecida no ponto.

Por fim, não se conhece do pedido de concessão da gratuidade da justiça, porque a presente ação é isenta de custas. Dito de outro modo, “*A revisão criminal se trata de demanda sem ônus processual, mostrando-se, assim, dispensável a concessão de gratuidade da justiça.*” (Revisão Criminal 4026366-72.2017.8.24.0000, da Capital, Relator Desembargador Paulo Roberto Sartorato, j em 29.8.2018).

Nessa compreensão, vota-se pelo conhecimento em parte da revisional e, na parte conhecida, pelo seu indeferimento.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0003322-95.2018.8.24.0020, de Criciúma

Relator: Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, RECEPÇÃO, FALSA IDENTIDADE E CORRUPÇÃO DE MENORES (ARTS. 33, CAPUT, 35, CAPUT, E 40, VI, TODOS DA LEI 11.343/06, ART. 180, CAPUT, E 307, TODOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI 8.069/90,). SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE TRÁFICO E FALSA IDENTIDADE. APELO DEFENSIVO. BASEADA NA NEGATIVA DE AUTORIA. INVESTIGAÇÕES DA POLICIAL QUE DEMONSTRA PARTICIPAÇÃO ATIVA DO APELANTE NO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FATO COMPROVADO COM O CUMPRIMENTO DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. LOCALIZAÇÃO DE QUANTIDADE EXPRESSIVA E VARIADA DE ENTORPECENTES, CONSIDERÁVEL NUMERÁRIO EM ESPÉCIE. ADOLESCENTE QUE ASSUMIU A POSSE DA DROGA. FLAGRANTE TENTATIVA DE EXIMIR A RESPONSABILIDADE DO RÉU. FALSA IDENTIDADE. APELANTE QUE CONFESSOU TER SE IDENTIFICADO COM O NOME DO IRMÃO ADOLESCENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0003322-95.2018.8.24.0020, da comarca de Criciúma 1ª Vara Criminal em que é/são Apelant (s) Diego Rosa e Apelado (s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, por consequência, de ofício, determinar ao Juízo do primeiro grau que, após o esgotamento dos recursos cabíveis neste grau de jurisdição, adote as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Funcionou como membro do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça Rui Arno Richter.

Florianópolis, 7 de novembro de 2019.

Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Relator

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, no exercício de suas funções perante a 1ª Promotoria de Justiça da comarca de Criciúma, ofereceu denúncia contra Diego Rosa, dando-o como incurso nas sanções dos artigos 33, caput, 35, caput, e 40, inciso VI, todos da Lei n. 11.343/06, dos artigos 180, caput, e 307, todos do Código Penal, e do artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, pelos seguintes fatos:

No dia 19 de abril de 2018, por volta das 6h30min, agentes da Polícia Civil, em cumprimento do mandado de busca e apreensão referente aos Autos n. 0002682-92.2018.8.24.0020, deslocaram-se até à Rua Imigrante Zanette, s/n, “Beco do Mercado Cardoso”, bairro Pinheirinho, Criciúma/SC, residência do acusado DIEGO ROSA, vulgo “Playboy”, este que, após questionado, afirmou se chamar Micael Rosa Vargas, atribuindo-se, assim, falsa identidade com o objetivo de obter vantagem consistente em não ser constatado que estava foragido do sistema penitenciário e em não ser lavrado procedimento contra si. realização de buscas na residência, constataram que no interior do imóvel o denunciado DIEGO ROSA, vulgo “Playboy”, e a adolescente M. B. R. F (nascida em 24.3.2001), associados, possuíam e mantinham em depósito, para venda e comercialização, 17 (dezesete) porções da erva Cannabis Sativa Linneu, conhecida como maconha, com massa bruta total de 404g (quatrocentos e quatro gramas) e 15 (quinze) papéletes da substância conhecida como cocaína, com massa bruta de 21g (vinte e um gramas), conforme laudo pericial de constatação provisória de fl. 17, substâncias definidas como droga na Portaria n. 344/98 SVS/MS e cuja comercialização é proibida no território nacional.

Ainda, foram apreendidos 1 (um) aparelho de telefone celular, marca Asus, de cor preta e branca, e a quantia de R\$ 1.016,00 (mil e dezesseis reais) em cédulas diversas, conforme termos de exibição e apreensão de fl. 16, tratando-se de equipamento e valores utilizados e/ou oriundos da traficância exercida pelo denunciado e sua comparsa menor.

Ressalta-se que o acusado DIEGO ROSA, vulgo Playboy, envolveu em sua prática criminoso a adolescente M. B. R. F, sua companheira, de apenas 17 anos de idade à época dos fatos (termo de declaração de fl. 7), de modo que a menor lhe auxiliava na traficância.

Além disso, em dia e horário que poderão ser esclarecidos durante a instrução, nesta cidade, o denunciado DIEGO ROSA, vulgo Playboy, e a adolescente M. B. R. F, receberam de pessoa não identificada, 4 (quatro) relógios, 3 (três) correntes de cor prata e 1 (uma) sacola contendo diversos fones de ouvido embalados para venda, mesmo sabendo se tratar de produto de origem ilícita, conforme boletim de ocorrência de fl. 13 e auto de exibição e apreensão de fl. 16.

Observa-se que o denunciado DIEGO ROSA praticou a receptação juntamente da adolescente M. B. R. F, bem como o delito de falsa identidade em sua frente, facilitando, assim, a corrupção da menor. [...]

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença da lavra do Juiz de Direito Renato Della Giustina, com a seguinte parte dispositiva:

a) condenar o acusado Diego Rosa ao cumprimento de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do maior salário mínimo

vigente na data dos fatos (devidamente atualizado pelo INPC/IBGE), pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, caput, c/c art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06);

b) condenar o acusado Diego Rosa ao cumprimento de 3 meses e 10 dias de detenção, em regime inicialmente semiaberto, pela prática do delito de falsidade ideológica (art. 307 do Código Penal);

c) absolver o acusado Diego Rosa da imputação do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, com fundamento no art. 386, VII, do Código Penal;

d) absolver o acusado Diego Rosa da imputação do crime previsto no art. 244-B da Lei 8.069/90, em razão da absorção deste pelo crime previsto no art. art. 33, caput, c/c art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06;

e) absolver o acusado Diego Rosa da imputação do crime previsto no art. 180, caput do Código Penal, com fundamento no art. 386, II, do Código Penal;

Inconformada com a prestação jurisdicional, a defesa do condenado Diego Rosa interpôs apelação (fls. 208/209), em cujas razões (fls. 241/252) pugna:

a) absolvição por ausência de provas seguras quanto as práticas descritas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 e art. 307 do Código Penal.

b) alternativamente, o afastamento da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Drogas.

Em sede de contrarrazões (fls. 259-267), o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo, mantendo-se a sentença incólume.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Excelentíssimo Procurador de Justiça, Paulo Antônio Günther (fls. 272/281), opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo defensivo.

Este é o relatório.

VOTO

Do juízo de admissibilidade

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, de modo que merece ser conhecido.

Do Mérito

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo acusado, pretendendo absolvição por insuficiência de provas quanto a prática do ilícito disposto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, em caso de manutenção da condenação, requer a mitigação da pena privativa imposta, com o decote da causa de aumento de pena prevista no VI, do art. 40, da mesma normativa legal, pugna também, pela absolvição do crime previsto no art. 307, do Código Penal, por ausência de dolo específico.

Contudo, razão não lhe assiste, vejamos.

Segundo consta da exordial acusatória, no dia 19 de abril de 2018, agentes da polícia civil, em cumprimento ao mandado de burca e apreensão de n. 0002682-92.2018.8.24.0020, se deslocaram até a residência do recorrente Diego Rosa, vulgo “Playboy”, chegando no endereço, os agentes públicos foram recepcionado pelo apelante que, ao tomar conhecimento do mandado se identificou com o nome M. R. V (adolescente e irmão do réu), para não ser ver apurado que estava foragido da penitenciária.

Em continuidade a diligência, em buscas na residência verificaram a presença da adolescente M. B R. F., suposta companheira do recorrente, bem como apreenderam no interior do imóvel 17 (dezessete) porções da erva Cannabis Sativa Linneu, conhecida como maconha, com massa bruta total de 404g (quatrocentos e quatro gramas) e 15 (quinze) papéletes da substância conhecida como cocaína, com massa bruta de 21g (vinte e um gramas), 01 (um) aparelho celular, a quantia de R\$ 1.016,00 (hum mil e dezesseis reais) em espécie, além de diversos materiais sem registro de procedência (4 (quatro) relógios, 3 (três) correntes de cor prata e 1 (uma) sacola contendo diversos fones de ouvido embalados).

Pleito de absolvição do crime de tráfico de drogas, com envolvimento de adolescente

Sobre os ilícito em comento, disciplinam os arts. 33, *caput*, e 40, VI, da Lei 11.343/2006, *in verbis*:

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 legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

[...]

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

[...]

A materialidade do crime encontra-se bem delineada por meio dos elementos trazidos aos autos, dentre estes destaca-se: boletim de ocorrência (fl. 12-13), no auto de exibição e apreensão (fl. 16), no laudo de constatação da substância entorpecente (fl. 17), no laudo pericial (fl. 44-47), e por todos os depoimentos colhidos nas fases policial e judicial.

A autoria, por seu turno, além de estar constatada pelos próprios elementos que atestam a materialidade, exsurge dos autos por meio da prova oral coligida.

Nesse sentido, destaca-se o depoimento do policial militar Guilherme Generosi Collaço, inquirido em juízo, contou que adentraram na casa de Diego, renderam ele e sua namorada e passaram a realizar a varredura na residência. Afirmou que foi encontrado na sala uma expressiva quantidade de entorpecente, cerca de 17 porções de maconha e 12 a 15 papérolas de cocaína, bem como 4 relógios, 3 correntes de prata e uma sacola com grande quantidade de fones de ouvido embalados. Confirmou que a adolescente M. assumiu a propriedade do entorpecente e que Diego se identificou com o nome de seu irmão, o qual era menor de idade. Relatou que droga foi encontrada no interior de um rack no primeiro cômodo da residência (sala). Narrou que o acusado se manteve em silêncio quando questionado acerca da droga e dos objetos encontrados (*transcrição extraída da sentença, em conformidade com a mídia de fl. 110 - sistema audiovisual*).

Corroborando essa assertiva, sua colega de trabalho, também inquirida em juízo, Luiza Brunato Weber, narrou os fatos nos mesmos termos, acrescentando que embora não tenha participado das investigações, ratificou que o alvo da investigação era Diego Rosa, conhecido por “Playboy”, e que a namorada dele assumiu a droga, reiterando que os entorpecentes foram encontrados em uma sacola no interior de uma estante.

O Delegado de Polícia Eduardo Jorge Ferraz, sob o crivo do contraditório, por seu turno, contou que tinham informações de que “Playboy” (Diego) estava foragido e traficando na região do trilho e identificaram que ele estava pernoitando na casa de sua mãe. No dia do cumprimento do mandado de busca e apreensão, foi encontrado na residência com ele e a adolescente dois grandes torrões de maconha, algumas pedacinhos de cocaína, alguns objetos de origem duvidosa (cordões, relógios e um saco de fones de ouvido). Esclareceu que as informações são de que tanto o acusado quanto a adolescente realizam o tráfico de drogas, a qual também era conhecida no meio policial, tendo ela assumido o crime na ocasião. Confirmou que durante as buscas, a droga foi encontrada no cômodo em que estavam o acusado e a adolescente (*transcrição extraída da sentença, em conformidade com a mídia de fl. 110 - sistema audiovisual*).

Conforme se verifica das narrativas, já existiam indícios veementes de que o apelante praticava tráfico de entorpecentes, fato devidamente constado por ocasião do cumprimento do mandado expedido nos autos de n. 0002682-92.2018.8.24.0020, quando os agentes públicos lograram êxito em apreender uma quantidade significativa e variada de entorpecentes, bem como relevante numerários espécie, elementos que somando as investigações policiais demonstram à saciedade o mercadejo espúrio de entorpecentes realizado pelo réu.

Outrossim, em apurada análise aos depoimentos dos agentes públicos se verifica harmonia e coesão nas informações prestadas, não pairando dúvida alguma relativa a credibilidade da prova oral produzida.

No ponto, importa sublinhar que, os depoimentos dos agentes públicos, em especial em crimes envolvendo tráfico de entorpecentes, revestem-se de eficácia probatória, só podendo ser comprometidos quando não encontrarem apoio nos demais elementos de prova coligidos ao processo ou em face da má-fé devidamente constatada, situação que não se amolda ao caso em exame.

Com efeito, isento de má-fé, o depoimento policial constitui relevante elemento de prova e pressupõe, portanto, incólume credibilidade, não podendo ser depreciado tão somente em razão do ofício exercido pela testemunha, consoante doutrina pátria.

Nesse sentido, leciona Damásio de Jesus:

A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64 E 168/199). Assim, como já foi decidido, é “inaceitável” a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório” (TACrimSP, RT 530/372) (*Código de processo penal anotado*. 26. ed. de acordo com as Leis n. 12.830/2013 e 12.850/2013, São Paulo: Saraiva. 2009, p. 222).

Os depoimentos das testemunhas Maria Isaura Domingos Fermino e Rosângela Fernandes Goulart, foram meramente abonatórios, sendo que a primeira, diga-se, vó do recorrente chegou a afirmar que o mesmo estava residindo em sua residência, não naquela onde foi preso, só indo no local do flagrante quando visitava sua namorada.

Quanto ao relato da vó do recorrente, além de ser parcial, mesmo que levado a feito, em nada enfraquece os demais elementos colhidos, mormente porque poderia o recorrente morar com a testemunha e realizar o narcotráfico em outro local.

O apelante e sua companheira adolescente, quando inquiridos na fase policial, afirmaram que mantinham um relacionamento por aproximadamente sete meses, sendo que a jovem alegou de forma categórica que os entorpecentes lhe pertenciam.

Inquirida sob o crivo do contraditório, a adolescente M. disse que ela é quem residia no local, não o acusado, afirmando que alugou o imóvel da mãe do acusado. Questionada novamente, disse que alugou a casa e que ela não era da mãe do acusado “naquele tempo”, asseverando que locou o imóvel do proprietário de nome Júnior, dono de duas casas no mesmo terreno e que pagava o valor de R\$ 350,00 a título de aluguel. Afirmou que vendia drogas, esclarecendo que trouxe drogas ao Fórum em data anterior, pois as esqueceu no interior da bolsa. Respondeu que havia 300g ou 400g de “fumo” e 15g a 20g de “pedra” e “em parada de cinco”. Relatou que vendia a maconha por R\$ 50,00 a cada 25g e que “a pedra era de dez”, mas não havia “emparangado ainda”. Disse que traficava escondido e que não vendia drogas na frente de outras pessoas, tanto que o acusado não sabia desta atividade tampouco colaborava com ela, vindo a saber do comércio ilícito com sua prisão. Questionada sobre o que veio fazer no fórum na semana anterior a audiência em que foi flagrada com drogas, disse que veio “ficar de testemunha” na audiência de custódia de Acauan, pois a polícia fez uma operação no trilho e pegou drogas na casa da adolescente e ela assumiu, mas imputaram a propriedade àquele, motivo pelo qual veio até a esta unidade jurisdicional assumir a propriedade da droga a ele imputada. À defesa, disse que mantinha relacionamento esporádico com o acusado e que ele dormia em sua casa algumas vezes, bem como confirmou que traficava escondido dele, pois não moravam juntos e o acusado residia com sua avó no bairro Santo Antônio (*transcrição extraída da sentença, em conformidade com a mídia de fl. 110 - sistema audiovisual*).

O recorrente por seu turno, ao ser interrogado sob crivo do contraditório, negou residir na residência e a comercialização de drogas. Disse que estava preso desde o ano de 2008 e que nunca “caiu com droga”. Afirmou que estava em regime semiaberto e não retornou ao sistema prisional após a saída temporária. Relatou que desde então estava morando no bairro Santo Antônio junto com sua avó, e há três dias estava trabalhando em uma lavação na rua Imigrante Zanette, a qual pertencia a um amigo, razão pela qual conheceu a adolescente M, que residia no imóvel onde foi realizada a busca e apreensão, pois ela passava pela lavação quando se dirigia ao mercado nas proximidades. Asseverou que estava “na rua” há 32 dias e não sabe de quem M. alugou a casa, pois dormiu no local por apenas dois dias, referindo que saía da lavação e ia na casa dela na parte da noite. Disse que não acompanhou a busca e não sabe dizer onde foram encontradas as drogas nem as quantidades, pois foi encaminhado a um imóvel vizinho no momento das buscas. Alegou que não sabia da existência das drogas e que soube que M. assumiu a propriedade e o comércio dos entorpecentes na delegacia, acreditando que foi preso no dia em que houve a operação policial no local pois estava foragido do sistema prisional. Negou a propriedade do dinheiro e do celular apreendidos no imóvel. Questionado pelo representante do Ministério Público, disse que estava preso pelo crime de roubo e por uma condenação por tráfico de drogas em 2011. Relatou que não retornou à penitenciária no fim da saída temporária, pois estava sendo ameaçado na cadeia por não pertencer a nenhuma facção criminosa e também em razão de sua avó estar doente, precisando de cuidados. Quanto a declaração de sua avó de que trabalhava como servente de pedreiro, esclareceu que isso ocorreu em 2008, antes de ser preso e que ela não sabia do seu trabalho na lavação, pois não estava fichado. À defesa respondeu que dormiu na casa de Mariane em dias espaçados ao longo da semana (*transcrição extraída da sentença, em conformidade com a mídia de fl. 110 - sistema audiovisual*)

De plano, é possível verificar diversas contradições entre os relatos da adolescente e do recorrente, primeiro porque quando ouvidos na fase extrajudicial ambos declararam que mantinham um relacionamento por no mínimo sete meses, já sob o crivo do contraditório a jovem declarou que ambos “ficavam” as vezes, enquanto o apelante afirmou que conhecia M., apenas três dias.

Ainda, a versão do apelante no sentido de que não residia no imóvel e que conhecia M., há apenas três dias, padece de credibilidade, mormente porque o próprio declarou que dormia ocasionalmente no local, reiterando que esteve na residência há dois dias.

Ora, se realmente conhecia a adolescente há apenas três dias, como poderia “de vez em quando dormir no imóvel”, sendo certo que a fala do recorrente demonstra de forma clara que já frequentava o local por muito tempo.

Outro ponto relevante se extrai do depoimento da adolescente, que questionada sobre as substâncias apreendidas, disse que foram maconha e crack, quando em verdade além da maconha foi localizada “cocaína”, o que ao todo mostra-se estranho, porquanto uma pessoa que seria responsável pela venda contumaz de substância ilícita não saber qual droga estava comercializando, é impensável.

Ressalto outrossim, os juízos fundamentos lançados pelo juízo quo, no seguinte sentido *“Deveras curioso o fato de que a adolescente em semana anterior a data da audiência, compareceu ao Fórum acompanhada do advogado de defesa, portando certa quantidade de entorpecentes, asseverando ela que “esqueceu em sua bolsa” e que pretendia testemunhar em audiência de custódia em favor de Acauan, preso por tráfico de drogas, a medida que referiu que o entorpecente imputado a este também é de sua propriedade”*.

Nessa toada, lícito concluir que o apelante e a adolescente, tentam por via transversa, falsear com a verdade com intuito de eximir o réu da responsabilidade criminal, no entanto, sem sucesso, diante das claras contradições de seus relatos.

Ao meu viso, cotejando essas circunstâncias, restou demonstrado de forma cristalina que o réu, efetivamente, mantinha em depósito e guardava drogas para fins de comércio.

Aliás, quanto a assunção da responsabilidade por adolescente trata-se de fato corriqueiro e comum nessa espécie de ilícito, não sendo capaz de elidir a culpabilidade do recorrente.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal já se manifestou:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, § 2º, II) E CORRUPÇÃO DE MENORES (ECA, ART. 244-B, CAPUT) - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DEFENSIVO. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DO DELITO PATRIMONIAL - NÃO OCORRÊNCIA - DEPOIMENTO DO OFENDIDO E DE SUA MÃE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CORROBORADO PELO DOS GUARDAS MUNICIPAIS EM JUÍZO - PEQUENAS DISTORÇÕES INCAPAZES DE COMPROMETER A CREDIBILIDADE DAS DECLARAÇÕES - ADEMAIS, VERSÃO INVEROSSÍMIL APRESENTADA PELO RÉU - IRRELEVÂNCIA DA ASSUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE PELO ADOLESCENTE - CONDENAÇÃO MANTIDA. A plena assunção da responsabilidade pelo adolescente deve ser encarada com ressalvas, sobretudo se a versão apresentada pela defesa carece de plausibilidade. DOSIMETRIA QUE NÃO MERECE REPAROS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.022799-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 11-08-2015).

Desta feita, não há falar em insuficiência de probatória quanto ao tráfico.

Ainda, pretende a defesa o decote da causa especial de aumento de pena, disposta no art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06, no crime de tráfico de drogas.

Adianto, razão não lhe assiste.

Segundo infere-se do texto legal previsto no VI, do art. 40, da Lei de Drogas: *“Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação”*

Como visto, a majorante de pena será aplicada sempre que os crimes compreendidos entre os arts. 33 a 37 da Lei n. 11.343/06, “envolver” ou “visar atingir”, criança, adolescente ou pessoa que por algum motivo, tenha suprimida sua capacidade de entendimento quanto ao ilícito.

Há de se ressaltar que “*A causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da nova Lei de Drogas, visa punir aqueles que pretendem envolver crianças ou adolescentes na prática da traficância, seja para atrain-las ao consumo de drogas, seja para aliciá-las na distribuição aos seus usuários*” (TJSC - Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.063421-1, de Rio Negrinho, Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 26.07.2011).

Em outras palavras, quando essas pessoas figurem como vítimas do delito, coautoras ou mesmo partícipes, há de ser aplicada referida causa de aumento de pena.

Nesse sentido, discorre a doutrina “envolver criança ou adolescente tem sentido de atuar conjuntamente, utilizar ou contar com a participação. [...] havendo concurso eventual com criança ou adolescente, ou, ainda, com quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação, a causa de aumento de pena terá incidência. (MARCÃO, Renato. Tóxicos anotada e interpretada. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302 e 305).

Conforme visto, mesmo que levado a feito a condição de companheira do apelante, a adolescente M. B. R. F. (data de nascimento 24/03/2001), é flagrante que a jovem foi enredada na prática espúria realizada pelo recorrente, tanto é verdade que chegou a assumir a responsabilidade pelos entorpecentes e do imóvel em que foi cumprido o mandado de busca e apreensão, situação, que ao meu juízo, é suficiente para reconhecer a causa especial de aumento de pena.

Do crime de falsa identidade

Art. 307 - Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave

A materialidade e a autoria do crime de falsa identidade praticado pelo recorrente também estão demonstradas nos autos, porquanto o próprio recorrente confessou que se utilizou do nome de seu irmão, diga-se adolescente, ao se apresentar para os policiais, uma vez que encontrava-se foragido da Penitenciária.

Por meio de tais provas, pode-se observar que Diego Rosa, se identificou com o nome do irmão quando os agentes públicos cumpriram o mandado de busca e apreensão, sendo certo que só apresentou seu nome verdadeiro ao chegar na delegacia e verificar que o aludido irmão estava apreendido no mesmo local, se ao contrário fosse, por certo manteria o falso até que este fosse descoberto.

A confissão do apelante, encontra lastro probante nos depoimentos prestados pelos policiais, em especial do agente Guilherme Generosi Collaço, que foi categórico ao afirmar que o recorrente se apresentou com o nome do irmão durante a abordagem policial.

Relato corroborado pelos dizeres da também policial civil Luiza Brunato Weber, segundo a qual o réu, inicialmente, se identificou com o nome de seu irmão M. R. V..

A jurisprudência não admite a utilização de nome falso em qualquer circunstância, restando sedimentado pela Súmula 522 do STJ que: *“a conduta de atribuir-se falsa identidade perante a autoridade policial é típica, ainda que em situação de autodefesa”*.

Em caso análogo, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, já se manifestou:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO E FALSA IDENTIDADE [ART. 155, §4º, INCISOS I E IV E ART. 307, AMBOS DO CP]. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RÉU ABSOLVIDO DO CRIME PATRIMONIAL. INCONFORMISMO DA DEFESA NO QUE TANGE AO CRIME DE FALSA IDENTIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIGURADAS. ACUSADO QUE APRESENTA NOME FALSO SE FAZENDO PASSAR POR ADOLESCENTE DURANTE ABORDAGEM POLICIAL. IMPUTADO QUE ESTAVA EM LIVRAMENTO CONDICIONAL E NÃO HAVIA SE RECOLHIDO À HABITAÇÃO EM HORA FIXADA. RÉU QUE CONFESSOU A PRÁTICA DO CRIME NAS FASES INDICIÁRIA E JUDICIAL. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGENTE MULTIRREINCENTE EM DELITOS DOLOSOS. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.034394-4, de Chapecó, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. 09-12-2015).

A partir desse contexto, também não há falar em absolvição com relação ao crime do artigo 307 do Código Penal.

Da execução provisória da pena

Por derradeiro, consoante posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP e adotado por esta Câmara Criminal, após a decisão condenatória confirmada ou proferida em segunda instância, cabível a execução imediata da pena, mesmo antes do trânsito em julgado, porquanto os recursos cabíveis às Cortes Superiores limitam-se à discussão da matéria de direito, não sendo mais possível o reexame da matéria fático-probatória.

Dispositivo

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer do o recurso e negar-lhe provimento, por consequência, de ofício, determinar ao Juízo do primeiro grau que, após o esgotamento dos recursos cabíveis neste grau de jurisdição, adote as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0023249-61.2016.8.24.0038, de Joinville

Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I, II e IV, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. SUSTENTADA A INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. DESCABIMENTO. AUTORIA CONFIRMADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO, ESPECIALMENTE PELA PROVA ORAL, CORROBORADA PELO RECONHECIMENTO DO APELANTE EM AMBAS AS FASES.

- A existência de prova harmônica, composta pelas palavras das vítimas e dos policiais militares, corroboradas pelo reconhecimento fotográfico e pessoal, confere segurança na identificação do autor do crime, sendo inviável a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. AFASTAMENTO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ALEGADO *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. VALORES DE ELEVADA MONTA NÃO RESTITUÍDOS À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

- Embora o fato de a *res furtiva* não ter sido recuperada não justifique, por si só, a incidência das consequências do crime, o elevado prejuízo decorrente disso, haja vista o alto valor dos bens subtraídos, permite o reconhecimento da referida circunstância judicial.

TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS. LIBERDADES RESTRINGIDAS POR TEMPO JURIDICAMENTE RELEVANTE, SUPERIOR AO NECESSÁRIO PARA A PRETENDIDA SUBTRAÇÃO. FRAÇÃO DO AUMENTO. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE, USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. CRITÉRIO QUALITATIVO. OBSERVÂNCIA DO VERBETE 443 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE PERMITEM O AUMENTO NA RAZÃO DE 1/2.

- Constatado que os agentes restringiram a liberdade da vítima por tempo juridicamente relevante, devida a incidência da causa especial de aumento de pena do inciso V do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

- Na terceira etapa da aplicação da pena do crime de roubo circunstanciado, presentes três causas especiais de aumento de pena, com fundamentação concreta e idônea, pode ser aplicado o aumento de 1/2 (metade).

- Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 002349-61.2016.8.24.0039, da comarca de Joinville (1ª Vara Criminal), em que é apelante Jonathan Roberto dos Santos Mattos, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Comunicar as vítimas, conforme determinação do art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou a Desembargada Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Assinado digitalmente
Carlos Alberto Civinski
RELATOR

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Jonathan Roberto dos Santos Mattos, dando-o como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I, II e IV, do Código Penal, em razão dos seguintes fatos:

No dia 8 de maio de 2016, por volta da 0h, o denunciado Jonathan Roberto dos Santos Mattos, agindo em comunhão de esforços com Cícero Alves Gomes e quatro indivíduos não identificados, dirigiram-se até o estabelecimento comercial “Mercado Benvenuti”, localizado na Rua Ernesto Bachtold, n. 3104, Bairro Aventureiro, Joinville, com o intuito de roubarem os bens que ali encontrassem, mediante grave ameaça e uso de armas de fogo.

Chegando ao local visado, o denunciado Jonathan Roberto dos Santos Mattos, Cícero Alves Gomes e outros quatro indivíduos não identificados, aguardaram pela chegada dos funcionários do mercado, a fim de que eles abrissem o estabelecimento e desativassem os alarmes

Assim, por volta das 3h20min, quando o padeiro João Nilson de Oliveira chegou ao local para trabalhar, os agentes delituais anunciaram o assalto e, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de armas de fogo, renderam a vítima e exigiram que entregasse as chaves do mercado e desativasse o alarme, adentrando, após, no recinto.

Ato contínuo, os assaltantes exigiram que João Nilson dos Santos desativasse o alarme do local que dava acesso ao cofre do Mercado Benvenuti. Todavia, como ele disse que não possuía a senha para desativação, os assaltantes permaneceram no local aguardando a chegada de outro funcionário, que poderia desativar referido alarme.

Sendo assim, a cada funcionário que chegava para trabalhar, os assaltantes anunciavam o assalto e rendiam as vítimas, mantendo-as sob grave ameaça constante, exercida com o emprego de armas de fogo, até por volta das 6h50min, quando Pedro, o subgerente do mercado, chegou e desativou o alarme.

Em seguida, chegou ao estabelecimento a funcionária Milena Eliza Machado, que, ao perceber a ação criminoso, assustou-se e tentou correr. Neste momento, em razão da resistência oferecida, o denunciado Jonathan Roberto dos Santos Mattos deflagrou um disparo de arma de fogo contra a vítima Milena, lesionando-a.

Após eliminarem as resistências dos ofendidos, restringindo suas liberdades, com uso ostensivo das armas de fogo, os agentes delituais arrombaram o cofre do mercado, fazendo uso de um maçarico, e subtraíram a quantia de R\$ 33.884,00 (trinta e três mil, oitocentos e oitenta e quatro reais) em espécie, e mais R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais) do malote dos caixas.

Assim, de posse dos bens subtraídos, e deixando as vítimas imobilizadas, o denunciado Jonathan Roberto dos Santos Mattos juntamente com Cícero Alves Gomes e outros quatro indivíduos, lograram êxito em se evadir do local na condução dos veículos Fiesta e Pálio, com a posse mansa e pacífica dos objetos subtraídos (fls. 172-174).

Sentença: o juiz substituto Luiz Fernando Pereira de Oliveira julgou procedente a denúncia para condenar Jonathan Roberto dos Santos Mattos pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, II e IV, do Código Penal, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (fl. 241).

Trânsito em julgado: muito embora não certificado pelo Juízo *a quo*, verifica-se que a sentença transitou em julgado para o Ministério Público.

Recurso de apelação de Jonathan Roberto dos Santos Mattos: a defesa interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que:

- a) “a conexão entre réu e o fato delituoso não pode ser estabelecida pelo conjunto de provas constante nos autos”, pois o mercado contava com quinze empregados no momento da ação delituosa e apenas uma vítima realizou o reconhecimento ocular, bem como o apelante não foi preso em flagrante no dia dos fatos, devendo-se aplicar o princípio *in dubio pro reo*;
- b) a majorante relativa à restrição de liberdade deve ser afastada, pois “a manutenção das vítimas no interior do mercado buscou tão somente a consumação do tipo penal descrito no caput”, sendo que a própria vítima Milena afirmou que o resgate ocorreu logo após a consumação;
- c) com relação à fração aplicada, “o aumento de 1/2 da pena não observou o conteúdo do verbete do enunciado da Súmula 443, do Superior Tribunal de Justiça, que exige a fundamentação concreta para a exasperação”;
- d) na primeira fase dosimétrica, deve-se afastar o vetor consequências do crime, pela ocorrência de *bis in idem*, já que o próprio tipo prevê a possibilidade de o bem não ser recuperado, além de que o próprio proprietário do mercado não soube precisar a quantia subtraída na ação delituosa.

Requeru o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença, de modo a absolvê-lo da conduta narrada na denúncia. Subsidiariamente, postulou o afastamento da majorante da restrição da liberdade da vítima e das consequências do crime (fls. 250-256).

Contrarrazões do Ministério Público: a acusação impugnou as razões recursais, ao argumento de que:

- a) “o depoimento do Policial Militar Sérgio Negrelli Júnior vai ao encontro com o teor do depoimento da vítima João Nilson de Oliveira no sentido de que o réu, no momento do crime, agiu com o rosto descoberto, circunstância que permitiu seu reconhecimento”;

b) “o depoimento objetivo da vítima Milena - baleada com um tiro na perna - evidencia que a restrição da liberdade durou mais tempo do que o necessário para a fuga dos assaltantes”;

c) “a vítima teve um prejuízo de aproximadamente R\$40.000,00 (quarenta mil reais) para justificar a exasperação da pena-base. Ainda que se trate de um estabelecimento comercial, a quantia é elevada e naturalmente não pode ser desprezada ou tratada com normalidade”.

Postulou o conhecimento do recurso e a manutenção da sentença condenatória (fls. 270-275).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o procurador de justiça Humberto Francisco Scharf Vieira opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 281-291).

Este é o relatório.

VOTO

Do juízo de admissibilidade

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

Do erro material

A sentença merece correção, de ofício, no tocante ao seu dispositivo, na medida em que a causa especial de aumento de pena, qual seja, restrição à liberdade da vítima, não corresponde à previsão do inciso IV do § 2º do artigo 157, como constou no dispositivo da decisão e da própria denúncia, e sim ao inciso V do referido dispositivo, senão vejamos:

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

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

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

É cediço que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação jurídica, logo, como aqueles não mudaram, não há prejuízo à defesa que, inclusive, defendeu-se ao longo do processo contra a causa especial de aumento correta, como foi descrita na denúncia e utilizada no bojo da fundamentação da decisão condenatória pelo Magistrado de origem. Destaque-se que no recurso de apelação, a defesa insurge-se especificamente em relação à «majorante relativa à restrição da liberdade» (fl. 253).

Logo, retifica-se o dispositivo da sentença para que conste o inciso V no lugar do IV, o que não reflete a alteração na situação do apelante, já que não haverá reflexos na pena.

Do mérito

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Jonathan Roberto dos Santos Mattos contra sentença que o condenou ao cumprimento da pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 21 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

A defesa sustenta a insuficiência probatória, não sendo possível conectar o apelante com o crime em tela, porque o mercado contava com quinze empregados no momento do delito e apenas uma vítima participou do reconhecimento ocular, bem como não houve prisão em flagrante.

A acusação, em sede recursal, reforça a manutenção integral da sentença penal condenatória.

O Magistrado *a quo* reconheceu a materialidade e a autoria delitivas e condenou o apelante pela prática do crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, concurso de pessoas e restrição à liberdade das vítimas, nos termos da redação dada pelo Decreto-Lei 2.848/1940, vigente à época dos fatos (art. 157, § 2º, I, II e V, do CP).

O referido dispositivo estabelece:

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:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

O apelante foi denunciado porquanto no dia 8 de maio de 2016, em comunhão de esforços com outros indivíduos, mediante grave ameaça e uso de armas de fogo, renderam os empregados do mercado para que desativassem os alarmes. Os assaltantes permaneceram no estabelecimento rendendo cada vítima que chegava até a chegada do sub-gerente, o qual tinha a senha para desativar o alarme. Após, arrombaram o cofre com o auxílio de um maçarico e subtraíram a quantia de R\$ 33.884,00, além de R\$ 2.100,00 do malote dos caixas. Durante a empreitada, a funcionária Milena tentou correr e foi atingida por um disparo de arma de fogo nas costas.

Na ocasião, foram presos em flagrante Carlos Eduardo Soares Tomara, Cicero Alves Gomes e Adão Carlos da Silva, os quais foram julgados nos autos 0007637-83.2016.8.24.0038 (posteriormente desmembrado para os autos 0005179-59.2017.8.24.0038). A denúncia foi julgada parcialmente procedente, condenando Cícero Alves Gomes pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, II e IV do Código Penal), cuja condenação foi confirmada em segundo grau.

Examinando o conjunto probatório, verifica-se que o recurso não comporta provimento.

Em síntese, relataram que os assaltantes mantiveram os empregados como reféns até a chegada de alguém que pudesse desativar o alarme; após, arrombaram o cofre com o auxílio de um maçarico e roubaram cerca de R\$ 20.000,00 (tendo sido posteriormente confirmado o valor total de R\$ 33.884,00 – fl. 45); durante a ação, em face da sua resistência, alvejaram a vítima Milena. Como os agentes estavam vestindo “toucas balaclava” e máscaras, não puderam ser identificados, com exceção de um indivíduo que estava “de cara limpa”. Reconheceram que Cícero Alves Gomes frequentava o mercado e Carlos Eduardo era funcionário do mercado até poucos dias antes.

As informações foram ratificadas em Juízo, oportunidade na qual foram ouvidos os policiais Sérgio e Fernando, bem como as testemunhas Deivid e João (audiência de fl. 225).

A defesa insurge-se com relação à falta de comprovação da participação do apelante na empreitada criminosa. No entanto, não é o que se verifica na hipótese.

Durante as investigações realizadas pela Polícia Civil para identificar os demais autores envolvidos no assalto, descobriu-se, através de colaboradores anônimos, a participação de Jonatha (vulgo “lado-a-lado”), ora apelante. Extraí-se do relatório de investigações (fls. 50-52):

Esta especializada, após tomar conhecimento do roubo ocorrido ao mercado, iniciou os trabalhos de investigação na busca de identificar os outros autores envolvidos na ocorrência do assalto, sendo apurado, através de colaboradores que por temerem por sua integridade física e de seus familiares, pediram o sigilo de sua identidade no procedimento, informando que um dos elementos que participou do assalto seria a pessoa de prenome JONATHA e que este teria o vulgo de “lado-a-lado”, o qual teria saído a pouco tempo do presídio no gozo da saída temporária. Este colaborador informou que o indivíduo vulgo “LADO A LADO” seria a pessoa que está ao lado de uma feminina, que teria uma foto postada na rede social Facebook, e que a identificação desta feminina na rede social seria “CIDA X JONATHA BLASIO”.

[foto]

Após estas informações, em consulta a rede social FACEBOOK chegou-se à identificação de “HELLOA BLASIO” a qual em postagem de uma foto, teceu o comentário “kkkkk ai mãe, mesmo doida eu te amo nega veia”.

[foto]

Através dessa observação iniciamos uma busca fragmentada no SISP (Sistema Integrado de Segurança Pública) e chegamos à identificação de “ELOÁ APARECIDA BLASIO”.

[foto]

Consta no sistema que Eloá tem como sua genitora “IRACILDE BATISTA BLASIO”. Ao realizar a consulta do nome de Iracilde, esta consta no sistema como visitante íntima de “JONATHAN ROBERTO DOS SANTOS MATOS”.

[foto]

Sendo este identificado e reconhecido pela vítima como um dos autores do roubo e inclusive o que teria realizado o disparo contra a funcionária do estabelecimento comercial. Conforme aponta o sistema o suspeito recebeu o benefício da saída temporária no dia 06/05/2016, confirmando a informação do colaborador que um dos suspeitos da prática do roubo estaria de saída temporária do sistema carcerário.

Destaque-se que o “colaborador anônimo” informou a participação de outros três suspeitos, os quais também foram identificados e investigados.

Após a identificação do apelante, foram ouvidos novamente o proprietário do estabelecimento (Deivid Benvenuti), bem como os empregados Milena e João Nilson.

Nessa ocasião, João reconheceu o apelante (foto 2) como um dos autores do crime:

Que em relação aos outros dois indivíduos o declarante esclarece que um estava de “cara limpa” e o outro de toca com olhos, nariz e boca aparentes; **Que mostradas fotografias de suspeitos, o declarante afirma com absoluta certeza reconhecer como autores do roubo os indivíduos identificados com os números 02 e 06**; Que ainda acrescenta que o indivíduo de número 06 possui características muito semelhantes ao indivíduo que estava de toca com a parte dos olhos, boca e nariz aparentes, razão pela qual acredita com certeza absoluta ser a mesma pessoa (fls. 67-70).

Da mesma forma, em Juízo, consta expressamente da ata que: *“No curso da AIJ, a testemunha João Nilson de Oliveira reconheceu, judicialmente, observado o procedimento do art. 226, CPP, o réu como sendo o autor dos disparos”* (fl. 225).

Deivid e Milena não souberam esclarecer detalhes acerca dos envolvidos, pois o primeiro chegou no local apenas posteriormente ao fim do assalto, enquanto a testemunha Milena estava muito nervosa, em virtude do tiro que lhe atingiu (fls. 61-63).

O Policial Militar Sérgio Negrelli Júnior, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, foi categórico ao relatar que o réu foi reconhecido como o agente que efetuou um disparo de arma de fogo em direção a uma funcionária do estabelecimento comercial. A testemunha explicou que foi um crime de roubo e que, pelo que soube, o réu era o mais violento dos assaltantes. Sérgio relatou que o réu não foi preso em flagrante na ocasião, mas foi localizado dias depois. Disse que localizaram o réu com as informações passadas pelas vítimas, até mesmo porque o réu morava nas proximidades do mercado. Afirmou que as vítimas ficaram receosas de passarem informações sobre o crime na data dos fatos, porque possivelmente sabiam que o réu morava na região (transcrição efetuada pelo Ministério Público à fl. 272).

Assim, verifica-se que o envolvimento do recorrente foi primeiramente informado por um colaborador anônimo e, após, confirmado pela identificação de uma das testemunhas – a qual reconheceu o apelante inclusive como o autor dos disparos.

O fato de os demais empregados não terem sido ouvidos ou identificado o apelante não é suficiente para derruir o conjunto probatório angariado em seu desfavor. Até mesmo porque o empregado que foi ouvido (João) foi o primeiro a ser rendido e, em razão disso, era aquele que poderia oferecer melhor relato sobre os fatos e com maior percepção dos detalhes.

Isso porque permaneceu mais de quatro horas rendido pelos assaltantes, o que lhe permitiu apresentar informações detalhadas sobre o assalto, de forma harmônica e coerente, não só em ambas as fases da persecução criminal destes autos, mas também nos autos do processo 0007637-83.2016.8.24.0038.

Além disso, o apelado era o único agente que estava sem máscara no rosto, o que evidentemente facilitou sua identificação. Noutra ponta, de acordo com o depoimento de João (mídia audiovisual de fl. 229), seria o mais violento do grupo – o que certamente atraiu maior atenção sobre sua pessoa

Ao ser ouvido na Delegacia, o recorrente confirmou ser conhecido pela alcunha “lado a lado”, mas negou conhecer os agentes Carlos Eduardo, Cícero e Adão e admitiu conhecer os agentes Vanderlei Quinor, Júlio César Quinor e “Tanaka” (os demais suspeitos indicados pelo colaborador anônimo). Em Juízo, por sua vez, negou qualquer envolvimento no assalto. Afirmou ter sido abordado em sua casa e levado pelos policiais até o local dos fatos, onde policiais insistiram para que o empregado da padaria confirmasse que era ele um dos autores. Alegou que isso o prejudicou por ser conhecido na região e ter envolvimento em outros crimes, mas não em assaltos (mídia audiovisual de fl. 225).

Dessa forma, apesar da negativa de autoria, resultou devidamente comprovada a participação do apelante na empreitada criminoso. Conforme visto, sua participação foi informada por um colaborador anônimo que optou por não se identificar justamente em função da influência que ele exercia na região. Após a participação dele no assalto foi confirmada pela testemunha João – primeiro empregado a ser rendido –, o qual passou mais tempo sob a mira dos assaltantes.

Além disso, o apelante não apresentou uma justificativa ou alibi plausível para a imputação dos fatos, apenas alegando que os policiais não gostavam dele, em virtude de seu envolvimento com outros crimes.

Assim, mantém-se a condenação pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal).

Dosimetria - Primeira fase

A defesa insurge-se contra a valoração negativa das “consequências do crime” na primeira fase dosimétrica, sob o argumento de que a não devolução dos bens é inerente ao tipo, configurando *bis in idem*. Além disso, sustenta que o proprietário não soube precisar a quantia subtraída.

Transcreve-se o trecho da sentença:

DOSIMETRIA: na primeira fase, o réu ostenta maus antecedentes, de modo que a pena inicial, exasperada em 1/6, é dosada em 4 anos e 8 meses de reclusão, além de 11 dias multa. Além disso, as consequências do delito também são desfavoráveis, pois houve a subtração de quase R\$ 40.000,00 em espécie, a revelar alta periculosidade e sérios prejuízos à vítima. Assim, a pena base deve ser novamente exasperada em 1/6, alcançando 5 anos e 4 meses de reclusão, além de 12 dias multa (fl. 241).

É cediço que as consequências do crime somente devem ser valoradas desfavoravelmente quando transcendem ao tipo penal.

Sobre o tema, é a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

As consequências do crime – não se confundem com a consequência natural tipificadora do ilícito praticado. É um grande equívoco afirmar – no crime de homicídio, por exemplo – que as consequências foram graves porque a vítima morreu. Ora, a morte da vítima é resultado natural, sem o qual não haveria o homicídio. Agora, podem ser consideradas graves as consequências, porque a vítima, arrimo de família, deixou ao desamparo quatro filhos menores, cuja mãe não possui qualificação profissional, por exemplo. **Importa, é verdade, analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarme social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime** (*Tratado de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1., p. 761) (grifou-se).

No mesmo sentido, ensina Damásio de Jesus que “*as consequências do crime referem-se à maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada pela infração penal à vítima e a terceiros*” (*Direito penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 1., p. 605).

Sobre o mencionado vetor do art. 59 do CP, Guilherme de Souza Nucci esclarece:

O mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico, é a consequência a ser considerada para a fixação da pena. [...] é defeso ao magistrado elevar a sanção, no trabalho de motivação e aplicação da pena, em razão da virulência do ataque ou da gravidade da lesão ao bem jurídico, tomando circunstâncias já consideradas no tipo incriminador. Se assim o fizer, incidirá no *bis in idem* [...] (*Individualização da pena*. 5 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013, p. 187).

A propósito, extrai-se de recente julgado do STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DUAS QUALIFICADORAS. UMA VALORADA PARA QUALIFICAR O DELITO E OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ELEVADO PREJUÍZO PATRIMONIAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DA PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PREJUDICADOS OS PLEITOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS E ABRANDAMENTO DO REGIME. AGRAVO DESPROVIDO.

1. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que é possível a utilização de uma qualificadora para exasperar a pena-base no crime de furto quando presentes duas ou mais qualificadoras.

2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, o valor do prejuízo, nos crimes patrimoniais, somente pode ser considerado para elevar a pena-base quando o prejuízo se revelar exacerbado, transcendendo as consequências normais descritas para o tipo penal violado, como no caso dos autos.

3. Mantida a reprimenda cominada em 6 anos e 8 meses de reclusão, no regime semiaberto, ficam prejudicados os pleitos em relação à modificação de regime inicial do cumprimento da pena para o aberto e a substituição da pena corpórea por restritiva de direitos. 4.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 416.091/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019)

O que se pode concluir a partir da leitura da doutrina e do precedente da Corte da Cidadania é que o incremento em relação às circunstâncias do crime está intimamente ligado com um prejuízo expressivo.

Observando a diretriz doutrinária, é possível concluir pelo acerto da exasperação da pena-base, à luz do vetor em referência.

Isso porque, apesar de se tratar de delito de natureza patrimonial, deve ser considerada na fixação da reprimenda o valor do prejuízo causado à vítima, sob pena de, do contrário, reconhecer que a perda do patrimônio é inerente ao tipo penal em todos os casos. Seria o mesmo que igualar situações distintas.

No caso dos autos, o prejuízo financeiro suportado pela vítima, o Mercado Benvenuti, foi de pelo menos R\$ 33.884,00 (trinta e três mil oitocentos e oitenta e quatro reais – fl. 45) – extraído do cofre, o qual não foi recuperado, além de R\$ 2.100,00 dos malotes dos caixas, valor confirmado pelo proprietário do estabelecimento. O que faz ruir a alegação de que a vítima não precisou o prejuízo sofrido, tendo sua fala sido também confirmado por outros elementos de prova como o e-mail da empresa Brink's – Segurança e Transporte de Valores Ltda, que consignou o exato valor indicado acima.

Como bem consignado pelo Membro do Ministério Público em contrarrazões, “Ainda que se trate de um estabelecimento comercial, a quantia é elevada e naturalmente não pode ser desprezada ou tratada com normalidade” (fl. 274).

Aliás, em complemento, forçoso reconhecer que a quantia, em montante suficiente a permitir a aquisição de veículo de pequeno porte, ou até mesmo custear o pagamento dos salários de diversos empregados, refoge sobremaneira do numerário rotineiramente visado nos crimes patrimoniais, a despertar, conseqüentemente, maior reprovabilidade da ação delituosa perpetrada.

Diante de tais circunstâncias, inegável que o abalo econômico-financeiro suportado pela vítima afasta-se da normalidade e torna possível o incremento da pena-base com fulcro nas conseqüências do crime.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO ACIMA DO ORDINARIAMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS. CRIME COMETIDO DURANTE

CUMPRIMENTO DE REGIME ABERTO. MANUTENÇÃO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

6. As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. Em concreto, as instâncias ordinárias concluíram que o crime causou à vítima grandes avarias materiais ao veículo roubado, cujo valor alcançou R\$ 5.000,00, o que ultrapassa a perda patrimonial ordinariamente esperada para um crime de roubo.

7. Habeas corpus não conhecido (STJ, HC 408.726/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 22.5.2018, v.u.) (grifou-se).

E esta Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. (ARTIGO 157, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE EVIDENCIADAS. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO INAPLICÁVEL.

PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE APLICADA. NÃO ACOLHIMENTO. RÉU QUE SE UTILIZOU DE UMA FACA PARA IMPOR MEDO À VÍTIMA. **CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO GRAVES. PREJUÍZO ALTO AO OFENDIDO E AUSÊNCIA DE RECUPERAÇÃO DA RES FURTIVA QUE AUTORIZAM O AUMENTO DA PENA.**

REMUNERAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. FIXAÇÃO EM R\$ 625,80 (SEISCENTOS E VINTE E CINCO REAIS E OITENTA CENTAVOS) EM OBSERVÂNCIA AO GRAU DE ZELO DO PROFISSIONAL, LUGAR DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, NATUREZA E IMPORTÂNCIA DA CAUSA, TRABALHO REALIZADO PELO ADVOGADO E TEMPO EXIGIDO PARA O SEU SERVIÇO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal 0005477-70.2017.8.24.0064, Primeira Câmara Criminal, rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, j. 14.3.2019, v.u.) (grifou-se).

Dessa forma, nega-se provimento ao pleito defensivo, pois não há reparo a ser realizado nesta fase da dosimetria.

Dosimetria - Terceira fase

O recorrente sustenta que se deve afastar a majorante relativa à restrição da liberdade da vítima, pois “a manutenção das vítimas no interior do mercado buscou tão somente a consumação do tipo penal na forma descrita pelo *caput*”.

Nos termos do que estabelece o art. 157, § 2º, V, do Código Penal, configura causa especial de aumento de pena “*se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade*”.

A respeito, colhe-se a lição de Rogério Sanches Cunha:

Se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo a sua liberdade, a pena também é aumentada (V). Nesta hipótese, o agente, para consumir o crime ou garantir o sucesso da fuga, mantém a vítima em seu poder, restringindo a sua liberdade de locomoção. Não se confunde com a hipótese de o agente privar desnecessariamente a liberdade de locomoção da vítima, por período prolongado, caso em que teremos roubo em concurso material com o delito de sequestro (Manual de direito penal: parte especial. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 300).

Ainda, a respeito da majorante de pena em questão, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, para a sua incidência, a restrição da liberdade das vítimas pelos autores do delito de roubo deve dar-se em tempo juridicamente relevante, entendido como aquele superior ao necessário para a consumação do crime.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORANTE DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. TEMPO JURIDICAMENTE RELEVANTE. CONFIGURAÇÃO. INCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. - A incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso V, do Código Penal, referente à restrição da liberdade das vítimas, atende ao que se firmou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, para a sua configuração, **a vítima deve ter a liberdade cerceada por tempo juridicamente relevante**. - Na hipótese, resultou evidenciado que as vítimas foram amarradas, trancafiadas em um dos cômodos da casa e lá deixadas pelos roubadores, que se evadiram do local, de forma a comprovar que suas liberdades foram cerceadas por tempo **superior ao necessário para a consumação do delito**. - De outro lado, rever tal quadro fático implica a incursão no acervo probatório dos autos, tarefa inviável em sede de habeas corpus. - Habeas corpus não conhecido. (HC 404.792/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 14.9.2017) (grifou-se).

E mais:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. AFASTAMENTO. RESTRIÇÃO MANTIDA SOMENTE APENAS DURANTE A SUBTRAÇÃO DOS BENS. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPRÓVIDO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que **devida a aplicação da causa de aumento nos casos em que a vítima for mantida por tempo juridicamente relevante em poder dos agentes, devendo ser afastada nas hipóteses em que a restrição ocorreu somente durante a subtração dos bens**. 2. Nos termos do enunciado de Súmula 443/STJ, o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente

para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. 3. Decisão monocrática mantida por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1431099/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 26.9.2017) (grifou-se).

Na hipótese dos autos, é incontroverso que diversos empregados do mercado foram rendidos no estabelecimento por pelo menos quatro horas, sob a mira constante de armas de fogo empunhadas pelos agentes, os quais amarraram os empregados com os braços para trás a medida que iam chegando para o trabalho. Durante a ação criminosa, ordenavam a todo tempo para ninguém se mexer, não falar nada e olharem para baixo.

No depoimento de Milena, prestado nos autos 0007637-83.2016.8.24.0038, aportados às fls. 229, consta que demorou um pouco até alguém socorrer, após os agentes irem embora, não sabendo especificar quanto tempo. Relatou que, mesmo após ser alvejada, foi carregada para o local onde os demais empregados estavam e foi rendida também.

Repassado todo o cenário em que se desenvolveu a subtração, é possível concluir que a tese defensiva encontra-se em total descompasso com a interpretação dada à causa de aumento da pena.

Afinal, os agentes, ao adotarem a estratégia de retenção de nada menos que quinze vítimas durante todo o longo período em que buscaram ter acesso ao cofre, inclusive alvejando uma delas, extrapolaram, e muito, o tempo necessário a concretização do crime.

Ora, ao privarem os empregados do estabelecimento prisional – enfatiza-se, durante as mais de quatro horas, em que tentavam acesso ao conteúdo do cofre – o apelante e seus comparsas ocasionaram-lhes inegável abalo emocional, porquanto expostos a prolongado e grave constrangimento de sua liberdade, uma vez que submetidos a todo o tipo de ameaças.

De outro modo, inegável que tal conduta facilitou não só a execução do delito pelos agentes, pois tiveram maior tranquilidade para abrir o cofre, já que as vítimas estavam rendidas, como também garantiu o êxito na fuga. Trancadas no açougue do mercado, as vítimas não puderam acionar as autoridades policiais durante e nem imediatamente após o roubo. Tanto é que a polícia somente chegou no local em virtude de ligação realizada pela proprietária do estabelecimento, que viu a movimentação pelas câmeras de segurança.

Logo, a restrição das vítimas superou, sem sombra de dúvidas, o necessário para a subtração dos valores, justificando o recrudesimento da reprimenda.

Da jurisprudência desta Corte de Justiça, confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA (ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO

PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. **RÉU, ACOMPANHADO POR COMPARSAS QUE, MEDIANTE GRAVE AMEAÇA, CARACTERIZADA PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, RENDEM A VÍTIMA, ADENTRAM NO SEU AUTOMÓVEL, RESTRINGEM SUA LIBERDADE E, APÓS DETERMINADO LAPSO TEMPORAL, A LIBERTAM EM OUTRO MUNICÍPIO.** PALAVRAS DA OFENDIDA FIRMES E COERENTES, CORROBORADAS PELAS PALAVRAS DOS POLICIAIS MILITARES. CONTEXTO PROBATÓRIO ESTREME DE DÚVIDAS. ADEMAIS, ÁLIBI NÃO COMPROVADO (ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REDUÇÃO DO PATAMAR UTILIZADO PARA EXASPERAR A REPRIMENDA. POSSIBILIDADE. REAJUSTE PARA A FRAÇÃO COMUMENTE ADOTADA POR ESTA CORTE (1/6). AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA NÃO REALIZADAS. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DO ARTEFATO DEMONSTRADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. HIPÓTESE DE SIMULACRO NÃO COMPROVADA PELA DEFESA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXCLUSÃO DA MAJORANTE DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. **IMPOSSIBILIDADE. PROVAS QUE INDICAM TER A OFENDIDA FICADO, DURANTE O PERCURSO, APROXIMADAMENTE 45 (QUARENTA E CINCO) MINUTOS, SOB A MIRA DE UM REVÓLVER, NO INTERIOR DO AUTOMÓVEL. ADEMAIS, LAPSO TEMPORAL PRESCINDÍVEL PARA A INCIDÊNCIA DA ELEMENTAR.** MANUTENÇÃO DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (Apelação Criminal 0900807-96.2017.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 22-11-2018).

Logo, mantém-se a majorante de pena de restrição da liberdade das vítimas, prevista no artigo 157, §2º, inciso V, do Código Penal.

Na sequência, a defesa sustenta que o aumento de 1/2 na terceira fase da dosimetria “não observou o conteúdo do verbete do enunciado da Súmula 443, do Superior Tribunal de Justiça, que exige a fundamentação concreta para a exasperação” (fl. 253).

O Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que “*O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes*” (enunciado 443 da súmula de jurisprudência do STJ).

Contudo, na hipótese, a adoção do patamar de 1/2 (metade) não parte da análise meramente quantitativa das causas de aumento (incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP), mas sim, em decorrência das circunstâncias concretas que ensejam sua incidência, exatamente como prevê o referido verbebo.

No caso, o magistrado sentenciante assim fundamentou o aumento:

Na última etapa, concorrem três causas de aumento (emprego de arma de fogo - redação antiga, restrição da liberdade das vítimas e concurso de agente). Aqui, entendo que a exasperação deve ser a máxima admitida pela lei. E isso porque foram múltiplos os agentes (seis, no total) e as vítimas que permaneceram por tempo consideravelmente largo reféns pelo emprego de arma de fogo. Deve ser destacado, inclusive, que houve disparo de arma de fogo contra uma das vítimas. Assim, considerando a quantidade de agentes (quanto maior o número de agentes, maior deve ser exasperação da pena, sob pena de ofensa ao princípio

da individualização, pois seriam apenados da mesma forma crimes praticados por duas e por seis pessoas, como é o presente caso), a quantidade de tempo em que ficaram restritas e também o disparo da arma (não se pode punir da mesma forma aquele que emprega a arma e aquele que efetua um disparo e atinge a vítima), fixo exaspero a pena em 1/2, fixando-a, em definitivo, em 9 anos e 4 meses de reclusão, além de 21 dias multa (fl. 241).

Com efeito, o emprego de arma de fogo, a pluralidade de agentes e a restrição da liberdade das vítimas contribuíram sobremaneira para a maior reprovabilidade do ato.

Com relação ao concurso de agentes, verifica-se que havia, pelo menos, cinco ou seis agentes participando da empreitada criminoso, portando armas de fogo e rendendo os empregados. Nesse passo, evidente que o largo número de envolvidos foi decisivo para assegurar o controle sobre a situação e, como já dito anteriormente, adotar a estratégia de retenção dos diversos empregados.

Inclusive, necessário destacar que havia pelo menos um agente na parte externa do mercado para comunicar eventual movimentação policial, sendo que todos se comunicavam com frequência por telefone. Havia, ainda, dois veículos aguardando na saída do mercado para facilitar a fuga.

Por sua vez, o emprego de arma merece maior recrudescimento. O fato de os agentes terem ostentado acintosamente as armas de fogo para render as vítimas e, mais ainda, disparar contra uma delas, atingindo-a nas costas, para impedir que ocorresse a reação dos funcionários e a comunicação da ocorrência, demonstra a reprovabilidade acentuada do comportamento, o que merece incremento maior na reprimenda. Após atingir a funcionária Milena, os agentes impediram que os demais empregados pudessem socorrê-la e continuaram a ostentar as armas de fogo, ordenando para que ficassem em silêncio e não se mexessem.

Por fim, a restrição da liberdade das vítimas foi por tempo relevante, tendo em vista que os empregados foram mantidos sob poder dos agentes por pelo menos quatro horas. De acordo com os relatos, os empregados iam chegando para trabalhar e eram amarrados, até a chegada do gerente, totalizando cerca de quinze rendidos.

Não se pode olvidar, ainda, que os agentes teriam acompanhado a rotina do estabelecimento por pelo menos quinze dias, tendo ciência inclusive dos endereços residenciais de João e de Maria (a funcionária que teria a senha), bem como da igreja que João frequentava. A preparação e o esforço dos agentes para a ação criminoso deve ser também considerada nesse ponto.

Dessa forma, é inegável que as circunstâncias do roubo ter sido praticado mediante emprego de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º, I), em concurso de agentes (CP, art. 157, § 2º, II) e com restrição da liberdade (CP, art. 157, § 2º, V) denotam uma maior periculosidade dos agentes, além de terem servido para aumentar o poder de intimidação e para suprimir qualquer possibilidade de reação defensiva por parte dos rendidos, tornando mais grave a conduta.

Verifica-se, portanto, que a fração adotada pelo Magistrado *a quo* foi devidamente fundamentada com base nos elementos do caso concreto e não apenas na quantidade de majorantes.

Logo, entende-se que há elementos suficientes a justificar a exasperação de 1/2 (metade), em decorrência das majorantes reconhecidas e das circunstâncias do caso concreto.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e o desprovimento do recurso.

Este é o voto.

Habeas Corpus (criminal) n. 4025019-33.2019.8.24.0000, de Barra Velha

Relatora: Desa. Subst. Bettina Maria Maresch de Moura

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE E DENUNCIADO PELA PRÁTICA, EM TESE, DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM, AMBOS CIRCUNSTANCIADOS PELA PRÁTICA INTERESTADUAL (ART. 33, *CAPUT*, ART. 35, *CAPUT*, C/C ART. 40, INCISO V, DA LEI N. 11.343/06), E RECEPÇÃO (ART. 180, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. AVENTADO EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA JÁ OFERECIDA. SUPOSTO EXCESSO DE PRAZO SUPERADO. TESE PREJUDICADA. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DOS ARTIGOS 312 E 313 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA SUSTENTAR A IMPUTAÇÃO FEITA AO PACIENTE. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. BONS PREDICADOS PESSOAIS QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. PROVIDÊNCIA QUE, NA HIPÓTESE, NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR QUE SE IMPÕE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM CONHECIDA PARCIALMENTE E, NA EXTENSÃO CONHECIDA, DENEGADA.

1. Uma vez presentes a prova da materialidade e indícios de autoria, o juiz está autorizado a manter o réu segregado para, dentre outras finalidades, assegurar a garantia da ordem pública (art. 312 do Código de Processo Penal).
2. Não carece de fundamentação a decisão que explicita suficientemente as razões fáticas e jurídicas pelas quais determina ou mantém a prisão preventiva.
3. Os predicados subjetivos do paciente não constituem óbice à manutenção da segregação cautelar, desde que presentes os requisitos da prisão preventiva.
4. Cumpre lembrar o princípio da confiança no juiz da causa, que, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, melhor pode avaliar a necessidade da providência cautelar.
5. Incabível a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal quando presentes os requisitos ensejadores da segregação cautelar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus (criminal) n. 4025019-33.2019.8.24.0000, da Comarca de Barra Velha, 2ª Vara, em que é Impetrante Murieli Luiza Dall Agnol Ceni e Paciente Luiz Henrique da Silva.

A Primeira Câmara de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente do writ e, na extensão conhecida, denegar a ordem.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Alberto Civinski, com voto e dele participou o Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.

Florianópolis, 12 de setembro de 2019.

Bettina Maria Maresch de Moura
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Muriéli Luiza Dall'Agnol Ceni, advogada, em favor de Luiz Henrique da Silva, contra o ato alegadamente ilegal do Juízo da 2ª Vara da Comarca de Barra Velha que, nos autos n. 0001745-90.2019.8.24.0006, converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva e indeferiu o pedido de sua revogação.

Sustenta a Impetrante, primeiramente, que há excesso de prazo para a formação da culpa, uma vez que o paciente está segregado há mais de 16 (dezesesseis) dias, sem que o Ministério Público tenha oferecido a denúncia.

Assevera, ainda, que os pressupostos e requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal não se mostram presentes, uma vez que inexistem evidências de que a soltura do paciente poria a ordem pública em risco.

Argumenta, ainda, que a autoridade coatora se pautou em argumentos genéricos ao decretar a prisão preventiva, sem embasamento legal ou fundamentação concreta capaz de justificar a medida excepcional.

Aduz, ademais, que o paciente não é reincidente e possui bons predicados, não havendo, por isso, nenhum elemento que indique a necessidade da custódia cautelar, sabendo-se que a prisão preventiva é medida de exceção, tornando-se suficiente, *in casu*, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Por fim, pugna pelo deferimento do pedido liminar e da ordem em definitivo, para fazer cessar o constrangimento ilegal que sofre o paciente, com a revogação da prisão preventiva, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão.

Indeferido o pedido liminar, foram dispensadas as informações da autoridade apontada como coatora, por se tratar de processo digital na origem (fls. 185/187).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer da lavra do Exmo. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes, opinou pelo parcial conhecimento e denegação da ordem (fls. 191/198).

Este é o relatório.

VOTO

Preambularmente, imperioso ressaltar que em *habeas corpus*, remédio constitucional de natureza excepcionalíssima, inexistente a possibilidade de discussão acerca do mérito, ficando o seu objeto adstrito à aferição da legalidade, ou não, da decisão capaz de privar o paciente de sua liberdade de locomoção.

Logo, conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer, violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal), e quando sua aferição prescindir de dilação probatória.

Prefacialmente, anota-se que o alegado excesso de prazo decorrente da demora para o oferecimento da denúncia encontra-se superado, não servindo como fundamento a autorizar a liberdade do paciente.

Por intermédio de consulta ao Sistema de Automação da Justiça (SAJ), constata-se que o representante do Ministério Público, com base no arcabouço indiciário até então coletado, ofereceu denúncia contra o paciente às fls. 01/04 dos autos de origem, imputando-lhe a prática dos delitos descritos nos artigos 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, c/c artigo 40, inciso V, todos da Lei n. 11.343/06, e artigo 180, *caput*, do Código Penal.

Assim, havendo o oferecimento da denúncia, tem-se como prejudicada a alegação de excesso de prazo, o que acarreta o não conhecimento do *habeas corpus* nesse ponto.

Em caso semelhante, já decidiu este Tribunal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DECRETADO DE PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. EXORDIAL ACUSATÓRIA. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. *WRIT* PREJUDICADO. Ofertada a denúncia, fica prejudicada a alegação de excesso de prazo para o seu oferecimento. [...]. (TJSC - *Habeas Corpus* n. 2015.016928-3, de Pomerode. Quarta Câmara Criminal. Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco. Data do julgamento: 16.04.2015)

Passa-se, então, à análise do remanescente inconformismo veiculado no *writ*, concernente aos requisitos autorizadores da prisão preventiva do paciente.

Colhe-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante e denunciado pelo possível cometimento dos crimes de tráfico de drogas e associação para tal fim, ambos circunstanciados pela prática interestadual (artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, c/c artigo 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06), e receptação (artigo 180, *caput*, do Código Penal), porque teria se associado, de forma estável, com outros indivíduos para promover a aquisição, transporte e fornecimento de drogas ilícitas entre diferentes unidades da Federação, valendo-se, inclusive, de um veículo de origem criminosa.

A douta Magistrada Substituta, em audiência de custódia, converteu o flagrante em prisão preventiva, com fulcro na seguinte fundamentação (fls. 62/65 dos autos originários):

[...] Adiante, desde já, ser imprescindível a cautelar mais gravosa. Além da presença dos pressupostos mínimos, quais sejam, prova da materialidade e indícios de autoria do crime, consubstanciadores do chamado *fumus comissi delicti*, encontra-se presente o *periculum libertatis*. Isto porque os policiais rodoviários federais relataram que, após informação sobre suposta traficância advinda do departamento de inteligência da Polícia Federal, abordaram Thiago Souza da Silva no posto rodoviário de Barra Velha, oportunidade em que encontraram no interior do veículo VW Gol, conduzido pelo autuado, um cigarro e “meio tijolo” de substância análoga à maconha. Ainda, seguindo as informações do setor de inteligência, deslocaram-se ao Pedágio localizado no KM 79 da BR 101 a fim de localizar o veículo Fiat Uno, placa PZT-3132, noticiado como sendo “mula” do primeiro autuado. Abordados, os autuados Luiz Henrique da Silva e Henrique Tieppo Mello, afirmaram estar conduzindo o veículo a pedido de Thiago, com destino à Barra Velha. No interior do segundo automóvel, os agentes encontraram grandes pacotes da mesma substância ilícita, totalizando a apreensão do entorpecente encontrado nos dois veículos 93 kg de substância análoga a maconha (laudo de constatação provisória à fl. 37). Não bastasse, os policiais constataram em consulta ao sistema que o veículo Fiat Uno era furtado e estava com a placa adulterada, conforme depreende-se do boletim de ocorrência à fl. 34. Nesse ponto, ao serem indagados, os autuados Luis Henrique e Henrique Tieppo pontuaram que o automóvel foi entregue por Thiago Souza na cidade de Foz do Iguaçu para que o conduzissem à esta Comarca, inclusive, com a informação de que havia “mercadoria no porta-malas”. Daí que, ao que tudo indica, os autuados se associaram para praticar o crime de tráfico de tráfico de drogas interestadual, uma vez que atestaram ter vindo de Foz de Iguaçu, com destino à Barra Velha, transportando elevada quantidade de drogas. E mais, em veículo furtado e com placa adulterada. Veja-se, assim, que as circunstâncias fáticas ventiladas indicam a acentuada gravidade concreta das condutas dos conduzidos, fazendo-se necessária a prisão para assegurar a ordem pública, sendo inviável a aplicação de medida cautelar diversa. Em relação ao conduzido Luiz Henrique da Silva, denota-se que ele possui antecedentes criminais (fls. 49/52), o que demonstra sua alta periculosidade e risco à ordem social. Afora as condições do artigo 312 do Código de Processo Penal, denota-se o preenchimento também dos requisitos do artigo 313, do mesmo códex, já que a prisão encontra fundamento nos incisos I e II. Já quanto aos conduzidos Henrique Tieppo Mello e Thiago Souza Silva, em que pese não haver antecedentes criminais, a prisão funda-se no preenchimento dos requisitos exigidos nos arts. 313, I e 312, ambos do CPP, considerando o alto risco à ordem pública, diante da grande quantidade de droga, bem como itinerário interestadual, e a soma das penas dos crimes supostamente praticados. É de se pontuar, ainda, que o autuado Thiago foi apontado como líder dos autuados, uma vez que entregou o veículo furtado para os demais conduzidos a fim de que transportassem as drogas. No mais, andava à frente deles, com distância média de 10 minutos e carregando a substância em menor quantidade - o que, por ora, indica divisão de tarefas entre eles. Não se descuida que a prisão preventiva, é a última *ratio*, sobretudo se consideramos a nova sistemática encampada pela Lei 12.403/2011 que estabelece outras medidas cautelares a prisão (art. 319 do CPP). Mas, como já averbado, a pretensa prática do crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico, receptação, adulteração de sinal de veículo automotor - nas circunstâncias fáticas aqui ventiladas -, não se coaduna, ao menos nesse momento de cognição superficial, com a sistemática das medidas cautelares alternativas a prisão. Neste sentido, inclusive, é o posicionamento do e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “A imposição de medidas cautelares diversas da prisão é insuficiente se a segregação preventiva é determinada com fundamento no risco à ordem pública que a periculosidade social do agente representa. (TJSC, Habeas Corpus (Criminal) n. 4032530-19.2018.8.24.0000, de Videira, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 04-12-2018). Não há falar, portanto, em antecipação de pena ou mesmo em desproporcionalidade do cárcere, mas, sim,

em acautelamento social e processual, tudo evidenciado pelas circunstâncias fáticas que permeiam o caso. DECIDO. Ante o exposto, CONVERTO em prisão preventiva a prisão em flagrante dos custodiados Luis Henrique da Silva, Henrique Tieppo Mello e Thiago Souza Silva, com fundamento no art. 312 e 313 ambos do Código de Processo Penal.

Formulado pedido de revogação da prisão preventiva (fls. 92/102 dos autos de origem), este restou indeferido pelo ilustre Juiz *a quo*, ante a subsistência dos requisitos pertinentes à medida (fls. 140/141 dos autos originários).

Ao contrário do que sustentou a Impetrante, não há ilegalidade ou deficiência de fundamentação na decisão de primeiro grau, encontrando-se a custódia cautelar embasada em elementos fático-jurídicos idôneos, suficientes à justificação da medida.

Como já exposto anteriormente, ao paciente se imputa o cometimento de crimes de tráfico de drogas e associação para tal propósito, ambos circunstanciados pela prática interestadual, e receptação (artigo 33, *caput*, e artigo 35, *caput*, c/c artigo 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06 e artigo 180, *caput*, do Código Penal), cujas penas máximas, somadas, extrapolam o parâmetro de 04 (quatro) anos de reclusão, afigurando-se preenchida, portanto, a exigência prevista pelo art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Em casos tais, sempre que presentes prova da materialidade e indícios de autoria, o juiz está autorizado a manter o réu segregado para, dentre outras finalidades, assegurar a garantia da ordem pública (art. 312 do Código de Processo Penal).

Sobre a garantia da ordem pública, colhe-se da lição de Fernando Capez:

a) Garantia da ordem pública: a prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, ou de acautelar o meio social, garantindo a credibilidade da justiça, em crimes que provoquem grande clamor popular. (*Curso de Processo Penal*. 13ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 265).

Dito isso, cumpre atestar a existência de fortes indícios que vinculam o paciente à prática dos crimes em questão.

Segundo os elementos constantes dos autos de origem, disponíveis no SAJ, policiais rodoviários federais receberam informações do núcleo de inteligência da PRF no sentido de que determinados automóveis, um como “batedor” e outro como “mula”, transportavam drogas entre Paraná e Santa Catarina. Cientes das características dos veículos, as autoridades conseguiram identificá-los e abordar seus ocupantes. Efetuadas as diligências, em um veículo VW/Gol conduzido por Thiago Souza Silva, foram encontrados um cigarro e uma grande porção da droga conhecida por maconha, ao passo que, em um veículo Fiat/Uno, de origem ilícita, ocupado por Henrique Tieppo Mello e Luiz Henrique da Silva, ora paciente, foram encontrados grandes pacotes da mesma substância. A droga apreendida totalizava aproximadamente 93 kg (noventa e três quilogramas).

É, em resumo, o que se pode extrair dos Boletins de Ocorrência de fls. 27/35, fotografia de fl. 40, Laudo Provisório de Constatação de fl. 41 e Auto de Exibição de fl. 42, bem como dos depoimentos dos policiais rodoviários federais Rodrigo Ferrer Ruber e Júlio César Osinski. Os agentes públicos ainda ressaltaram que, à ocasião da prisão em flagrante, Henrique Tieppo Mello e Luiz Henrique da Silva, de maneira informal, admitiram que transportavam a droga a mando de Thiago.

Como se vê, os elementos em questão constituem robusto acervo indiciário no sentido de que o paciente, em comunhão de esforços com outros agentes, protagonizava o transporte interestadual de grande quantidade de droga, circunstância que legitima a custódia cautelar.

Não se quer, evidentemente, emitir um juízo definitivo em relação à propriedade e à destinação da droga encontrada, à consciência do agente quanto à origem ilícita do veículo que ocupava e à existência de uma associação com desideratos criminosos, sobretudo porque inviável, em sede de *habeas corpus*, incursão aprofundada no mérito da demanda.

O que se analisa, por ora, é a presença dos requisitos delineados no art. 312 do Código de Processo Penal, que não exige prova plena da autoria delitiva, sendo suficiente a probabilidade de o paciente ter sido o autor do fato delituoso - condição preenchida no caso em tela, ante os elementos alhures listados, com destaque para a apreensão de grande quantidade de narcóticos, justamente nos carros apontados pelo setor de inteligência policial, e para as informações prestadas pelos ocupantes do Fiat/Uno à ocasião da abordagem.

Outrossim, como bem anotado pelo Juízo *a quo*, a prisão preventiva do paciente consubstancia-se em medida imperiosa à salvaguarda da ordem pública.

Os indícios encontrados nos autos, como visto, sugerem que o paciente promovia, inclusive com o apoio de outros indivíduos, a bordo de um veículo de origem criminosa, o transporte interestadual de grande quantidade de droga de ampla difusão.

O ato supostamente praticado, deve-se reconhecer, foi de extrema gravidade concreta, pois o alegado transporte ilícito, além de marcado pela utilização de um automóvel de origem criminosa e pelo rompimento de fronteiras entre diferentes unidades da Federação, era, em tese, realizado em grande escala. Não por acaso, foi apreendida enorme quantidade de maconha à oportunidade.

Resta, nesse ponto, presente a necessidade da manutenção da prisão, principalmente para impedir a reiteração da conduta em questão, salvaguardando-se, assim, a ordem pública.

Determinar a soltura do paciente seria, a meu sentir, possibilitar a reiteração da distribuição ilícita de narcóticos, nascedouro dos mais diversos males sociais.

Além disso, em consulta ao sistema SAJ, denota-se que o paciente responde pela suposta prática do crime de furto nos autos da Ação Penal n. 0000098-34.2018.8.24.0026, circunstância que indica a sua periculosidade social e revela a probabilidade de reiteração criminosa.

Registre-se que ações penais em curso e até mesmo inquéritos constituem elementos capazes de demonstrar o efetivo risco de reiteração criminosa. Aliás, “[...] consoante o Superior Tribunal de Justiça, ‘esta Corte possui o entendimento de que inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública’ (RHC n. 36.172/SC, Min. Ericson Maranhão j. em 10/11/2015)”. (TJSC - Habeas Corpus n. 4004039-70.2016.8.24.0000, de Maravilha, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 12/07/2016).

Desse modo, considerando que a prisão preventiva, *in casu*, possui o condão de preservar a ordem social e de garantir a ordem pública, assim como a credibilidade da Justiça, bem como evitar a reiteração criminosa, ficam plenamente preenchidas as exigências legais da referida medida, evidenciando-se sua necessidade.

Em casos semelhantes, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSPORTE DE GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA [48 KG] ENTRE ESTADOS. FEITO QUE REÚNE BOAS PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. NECESSIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA EM FATOS CONCRETOS. RISCO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADO. ENTORPECENTES APREENDIDOS QUE POSSIBILITARIAM A CONFECÇÃO DE UM “BASEADO” PARA CADA HABITANTE DA COMARCA DE ORIGEM E AINDA SOBRARIAM DEZ MIL “BASEADOS”. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. PREDICADOS PESSOAIS QUE NÃO OBSTAM À SEGREGAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NÃO CONFIGURADO. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS QUE NÃO SE MOSTRA RECOMENDÁVEL. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus (Criminal) n. 4020921-05.2019.8.24.0000, de São Miguel do Oeste. Quinta Câmara Criminal. Rel. Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Data do julgamento: 01.08.2019)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. TESE NÃO ACOLHIDA. EVENTUAIS IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS SUPERADAS PELA CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. PRECEDENTES DO STJ. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. INSUBSISTÊNCIA. PROVAS DE MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DEMONSTRADOS. APREENSÃO DE 13 KG DE MACONHA. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES QUE EVIDENCIA A HABITUALIDADE DA CONDUTA CRIMINOSA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. DECRETO PRISIONAL QUE PREENCHE AS HIPÓTESES PREVISTAS NOS ARTS. 312 E 313 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS DEMONSTRADO. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. BONS PREDICADOS QUE, POR SI SÓS, NÃO SÃO SUFICIENTES PARA REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA OU PARA PERMITIR A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA SEGREGAÇÃO, POIS DEMONSTRADA SUA NECESSIDADE. HABEAS CORPUS CONHECIDO E ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus (Criminal) n. 4015555-82.2019.8.24.0000, de São José. Quinta Câmara Criminal. Rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga. Data do julgamento: 27.06.2019)

Acrescenta-se, também, que o fato de o paciente ser tecnicamente primário, conquanto seja elemento que pode - e deve - ser considerado, não representa, por si só, óbice à manutenção da custódia.

Com efeito, “a presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos aptos a justificar a imposição da segregação cautelar, como no caso”. (TJSC - Habeas Corpus (Criminal) n. 4023592-98.2019.8.24.0000, de Brusque, Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. em 03/09/2019).

Necessário consignar, ainda, que, em casos tais, recomenda a prudência que se atente para o princípio da confiança no juiz da causa, o qual dispõe de meios de convicção mais seguros para aquilatar a necessidade da constrição em face da proximidade das partes, dos fatos e das provas.

Aliás, “[...] Em tema de prisão preventiva vige o princípio da confiança do Juiz do processo, posto que atuando no local onde o crime foi perpetrado e conhecendo as pessoas nele envolvidas é quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação da medida cautelar. (JC 60/226)». (TJSC - Habeas Corpus n. 2003.008630-7, de Gaspar, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Solon de Eça Neves, j. em 24/06/2003).

Ressalta-se, ademais, que, na hipótese, mostra-se incabível a aplicação de quaisquer das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, porquanto estas, de acordo com o art. 321 do mesmo diploma legal, só seriam admissíveis se ausentes os requisitos ensejadores do decreto preventivo, o que, como já visto, não é o caso dos autos.

A propósito:

[...]. A substituição da segregação cautelar por medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPP só pode ocorrer quando ausentes os requisitos do art. 312 do mesmo diploma legal, ou mesmo, ao se mostrarem suficientes para salvaguardar a ordem pública. (TJSC - Habeas Corpus (Criminal) n. 4025190-87.2019.8.24.0000, de Santo Amaro da Imperatriz. Primeira Câmara Criminal. Rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva. Data do julgamento: 29.08.2019).

Ante o exposto, sendo a custódia proveniente de imperativo legal e de decisões fundamentadas, além de inexistir ilegalidade ou constrangimento ilegal a ser sanado, vota-se por conhecer em parte do *writ* e, na extensão conhecida, pela denegação da ordem.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0001224-22.2016.8.24.0081, de Xaxim

Relatora: Des. Salete Silva Sommariva

APELAÇÃO CRIMINAL – DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB O EFEITO DE ÁLCOOL (LEI N. 9.503/97, ART. 306, *CAPUT*) E CORRUPÇÃO ATIVA (CP, ART. 333) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – CRIME DE TRÂNSITO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – CONFISSÃO JUDICIAL DO RÉU CORROBORADA PELO TESTE DE ALCOOLEMIA REALIZADO POR MEIO DE ETILÔMETRO – CONDENAÇÃO MANTIDA – CORRUPÇÃO – PRETENSA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – INVIABILIDADE – DEPOIMENTOS JUDICIAIS DOS POLICIAIS MILITARES CORROBORADOS POR FILMAGEM DA VIATURA E DE UM DOS AGENTES – PROVA INEQUÍVOCA DO OFERECIMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A FUNCIONÁRIO PÚBLICO, COM O INTUITO DE OMITIR ATO DE OFÍCIO – AVENTADO O FLAGRANTE PREPARADO (SÚMULA N. 145 DO STF) – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DA FIGURA DO AGENTE PROVOCADOR – SITUAÇÃO QUE SE AMOLDA À FIGURA DO FLAGRANTE ESPERADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA – PLEITO GENÉRICO DE REDUÇÃO DA PENA – RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EM RELAÇÃO AO DELITO DO CTB – READEQUAÇÃO DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001224-22.2016.8.24.0081, da comarca de Xaxim (2ª Vara) em que é Apelante Altair da Silva e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 17 de dezembro de 2019, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Rizelo e Volnei Celso Tomazini.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2019.

Salete Silva Sommariva
RELATORA

RELATÓRIO

A magistrada Vanessa Bonetti Haupenthal, por ocasião da sentença de p. 158/166, elaborou o seguinte relatório:

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Altair da Silva, devidamente qualificado, imputando-lhe a prática dos crimes previstos no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e art. 333 do Código Penal, em concurso material (art. 69 do Código Penal), consoante a seguinte narrativa exposta na denúncia:

No dia 11 de julho de 2016, segunda feira, por volta da 1h, o denunciado Altair da Silva conduzia o automóvel Renault/Megane, placas APL7947, pela Rua Odilo Ogliari, bairro Industrial, neste Município de Xaxim-SC, com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, gerando inclusive perigo aos transeuntes, notadamente ao realizar diversas manobras perigosas (cavalos de pau) nas proximidades do estabelecimento “Kasa Café”.

Abordado pela Polícia Militar já nas proximidades da “Boate Dragão”, próximo ao trevo da Rafitec, o denunciado Altair da Silva foi submetido ao teste de alcoolemia alveolar (bafômetro), que constatou a presença de 1,00mg (um miligrama) de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, índice mais de três vezes superior ao limite previsto para tipificação criminal da conduta.

Ato contínuo, quando de sua conduta à Delegacia de Polícia, o denunciado Altair da Silva ofereceu a vantagem indevida no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) aos funcionários públicos que realizarem sua condução, os policiais militares Juliano Luiz Canalle e Joederson André Percio, a fim de determinar que os milicianos omitissem na prática do ato de ofício de apresentação ao Delegado de Polícia para formalização do flagrante.

Ao final, requereu o recebimento da peça acusatória, a citação do denunciado para, querendo, responder a acusação e, após finalizada a instrução do feito, a condenação do réu. Arrolou 2 (duas) testemunhas.

A denúncia é fundamentada no auto de prisão em flagrante n. 270.16.00082 (fls. 1-18).

Certificados os antecedentes criminais do acusado (fls. 19-21).

Citado, o acusado apresentou resposta à acusação (fls. 128-129), por intermédio de defensor constituído (fl. 34).

Na fase instrutória foram ouvidas 2 (duas) testemunhas arroladas pela acusação, 2 (duas) testemunhas arroladas pela defesa e, ao final, interrogado o acusado (fl. 148).

Encerrada a fase de colheita de provas, o Ministério Público ofereceu alegações finais orais, requerendo a procedência integral da denúncia em relação ao acusado, uma vez que as provas comprovam a materialidade e a autoria dos delitos. Postulou, na fase de aplicação da pena, o reconhecimento do concurso material entre os crimes (fl. 148).

A defesa, nas razões derradeiras, sustentou que inexistem provas aptas à condenação do acusado e, por consequência, deve ser absolvido. Em caso de entendimento diverso, requereu a suspensão condicional da pena. (fls. 149-154)

Acrescente-se que a denúncia foi julgada procedente para condenar Altair da Silva à pena de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de detenção, em regime inicialmente semiaberto, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, no mínimo legal, e a 6 (seis) meses de suspensão do direito de dirigir, por infração ao disposto no art. 333 do Código Penal e art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

O acusado interpôs recurso de apelação (p. 176/177). Em suas razões (p. 187/195), requereu a absolvição por ausência de provas. Subsidiariamente, pleiteou o reconhecimento de crime impossível no tocante à corrupção ativa sob o argumento de que o flagrante foi preparado. Por fim, pugnou genericamente pela readequação da reprimenda.

Contrarrazões às p. 199/205.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Ernani Dutra (p. 218/221), manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

1 Da direção de veículo automotor sob efeito de álcool (Lei n. 9.503/97, art. 306, caput)

A materialidade encontra-se estampada no auto de prisão em flagrante (p. 5), no boletim de ocorrência (p. 15/16), e no teste de alcoolemia (p. 18), por meio do qual verificou-se que o acusado apresentava 1,00 mg/l de álcool por litro de ar expelido dos pulmões.

A autoria, por seu turno, é igualmente inconteste.

Interrogado na fase policial (p.10), o apelante se reservou no direito de permanecer em silêncio. Já em juízo, asseverou:

Que não é verdade que deu “cavalo de pau”; que não tem carteira; que não está dirigindo; que o carro era seu; que fazia 5 meses que tinha comprado; que no dia dos fatos estava indo para casa; que não estava em festa; que ingeriu bebida alcoólica; que tomou duas doses de whiskie; que sabe que não pode beber e dirigir; que pegou o dinheiro para pagar a fiança para ir para casa; que os policiais não falaram nada; que pegou o dinheiro do bolso para pagar a fiança e ir trabalhar na segunda; que era para ir para casa; que tem 5 filhos; que os policiais lhe mandaram desembarcar; que neste momento tirou o dinheiro e colocou no bolso; que deram voz de prisão e chamaram o guincho para levar o carro; que durante o percurso não conversaram, apenas quando desembarcaram pensou que iria pagar a fiança para trabalhar no outro dia; que sabe que é errado oferecer dinheiro; que estava no casa café antes; que não recorda das conversas gravadas pelos policiais; que não costuma frequentar bares; que nunca foi de aprontar; que apenas saiu dar umas voltas; que depois do ocorrido não voltou a beber e dirigir (mídia de p. 148, transcrição indireta).

A testemunha Arminda Antunes de Oliveira, ao ser ouvida em juízo, declarou:

Que conhece o acusado há tempos; que tinha bastante convivência com ele; que ele sempre foi trabalhador; que esse fato ocorreu em razão de uma briga dele com a família, aí bebeu; que ele disse que foi preso por oferecer dinheiro para os policiais para não ir preso; que era para pagar fiança (mídia de p. 148, transcrição indireta).

Já o testigo Vanderlei Tonello, sob o crivo do contraditório, mencionou:

Que conhece o acusado há longa data; que trabalharam juntos; que pelo tempo que convive com o réu pode dizer que ele nunca teve o hábito de beber ou demonstrar um caráter agressivo; que ele tem família e filhos; que é ele quem sustenta a casa; que ele comentou que não sabia o que tinha feito, pois estava tranquilo e se exaltou; que ele disse que só queria pagar a fiança (mídia de p. 148, transcrição indireta).

Por seu turno, o policial militar Juliano Luiz Canalle, confirmando suas declarações extrajudiciais (p. 8/9), em juízo, salientou:

Que presenciou o acusado conduzindo o veículo; que percebeu que ele não tinha condições de estar dirigindo; que fizeram a abordagem e o bafômetro; que ao descer da viatura o acusado lhe chamou e indagou se não tinha um jeito de resolver as coisas; que ele ofereceu R\$ 500,00 para ser liberado e liberarem o carro; que foram até a frente da viatura, pois tinha a câmera para registrar; que nesse momento se dirigiu até lá e chamou o réu para que pudesse ir em um ambiente mais claro para contar o dinheiro; que o réu entregou o dinheiro e deram voz de prisão; que ele entregou R\$ 500,00; que a intenção dele era se livrar das consequências da abordagem; que não induziram o réu; que foi uma atitude de livre espontânea vontade dele; que durante a abordagem o acusado não reagiu, mas estava em uma condição que “não parava em pé” (mídia de p. 148, transcrição indireta).

No mesmo sentido foram as declarações judiciais do seu colega de farda, Joederson Ander Percio, asseverando:

Que recorda da ocorrência; que receberam duas denúncias dando conta de um veículo estava efetuando manobras perigosas próximo ao estabelecimento Casa Café; que estavam em duas guarnições de serviços e deslocaram até o local; que sua guarnição não avisou o veículo; que receberam outra denúncia dando conta que o carro estava na BR-282; que novamente se deslocaram até o local; que sua guarnição estava atrás da guarnição do Canalle; que avistaram o veículo e foi dado ordem de parada; que ele estava trafegando bem devagar em uma estrada de chão que dá acesso à Boate do Osni; que antes de chegar no local ele parou em um portão; que demorou um pouco para sair do carro; que perceberam que ele estava com sinais de embriaguez; que ofertaram o teste de alcoolemia e o réu aceitou; que recorda que deu um resultado alto; que diante dos fatos, dos sinais e do resultado, deram voz de prisão e o conduziram até a delegacia; que o acusado estava com veste um pouco desalinhadas, fala arrastada e hálito etílico; que quando chegaram em frente a delegacia o soldado Canalle estava retirando o acusado da viatura e ele questionou o policial se havia possibilidade de resolverem de outra forma; que ao questionarem o acusado que outra forma seria ele

ofereceu uma quantia em dinheiro ao agentes; que em frente à câmara da viatura ele retirou o dinheiro do bolso, contou e ofereceu ao policial; que deu voz de prisão novamente, também por corrupção ativa; que a intenção do acusado era de não lhe entregarem na delegacia; que ele informou que não tinha habilitação e queria tentar resolver esse problema; que a atitude do réu foi de livre espontânea vontade; que ele quem questionou se tinha alguma forma de resolver; que ele disse que possuía dinheiro e ofereceu a quantia; que acredita que essa oferta de dinheiro já era corriqueiro do acusado; que acredita, também, que em outras possíveis abordagens ele já tenha feito isso; que nunca ouviu falar em manobras perigosas pelo acusado (mídia de p. 148, transcrição indireta).

Analisando detidamente as provas acima reproduzidas, inviável acatar o pleito de absolvição com fundamento na ausência de demonstração da alteração da capacidade psicomotora do acusado.

Isso porque, para a configuração do delito em apreço, é prescindível a existência de prova quanto à alteração da capacidade psicomotora do indivíduo, pois a simples constatação de concentração de álcool no sangue ou no ar expelido superior ao limite legal, por meio de exame técnico no qual consta a assinatura do agente, gera a presunção de redução da capacidade para dirigir, tal como vislumbrado no presente caso, em que o acusado apresentou quantidade superior à permitida por lei.

A própria arquitetura do tipo penal abordado erige o teste de etilômetro como um dos meios de comprovação da diminuição da capacidade psicomotora do condutor, ao prever que “*as condutas previstas no caput serão constatadas por: I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.*”

Assim, a legislação definiu dois métodos de aferição da alteração da capacidade psicomotora, seja pela concentração alcoólica acima de determinado patamar, como também pela externalização de sinais físicos e comportamentais, na forma disciplinada pelo Contran, a indicar o prejuízo ao senso psicomotor.

A Resolução n. 432/2013 do CONTRAN, que regulamenta o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, forneceu o seguinte tratamento à matéria:

Art. 3º A confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência dar-se-á por meio de, pelo menos, um dos seguintes procedimento a serem realizados no condutor de veículo:

I - exame de sangue;

II - exames realizados por laboratórios especializados, indicados pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária, em caso de consumo de outras substâncias psicoativas que determinem dependência;

III - teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro);

IV - verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

§ 1º Além do disposto nos incisos deste artigo, também poderão ser utilizados prova testemunhal, imagem, vídeo ou qualquer outro meio de prova em direito admitido.

Diante disso, descabe cogitar a insuficiência de prova da alteração da capacidade psicomotora do agente para a condenação, haja vista a existência de exame técnico que atesta a embriaguez penalmente relevante, circunstância suficiente à configuração do tipo penal imputado.

Desse modo, as declarações prestadas pelos policiais, aliadas à confissão sob o crivo do contraditório do acusado de que teria ingerido bebida alcoólica, juntamente ao teste de alcoolemia, constituem provas suficientes à manutenção da condenação pela prática do delito previsto no art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

2 Da corrupção ativa (CP, art. 333)

A materialidade e a autoria serão analisadas em conjunto, pois dentro do mesmo contexto probatório.

Para melhor compreensão, dita o art. 333 do Código Penal: *“oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”*

Trata-se de delito formal, comissivo e instantâneo, consumando-se no momento do oferecimento da vantagem indevida ao funcionário público.

Quanto a este crime, o réu alegou, em suma, *“que ofereceu dinheiro aos policiais para o pagamento de fiança; que pensou que iria pagar a fiança para trabalhar no outro dia”* (mídia de p. 148).

Entretanto, para evitar tautologia, reporta-se ao item precedente, especialmente às palavras dos policiais militares, os quais foram firmes e unânimes, em ambas as etapas da persecução criminal, no sentido de que o réu, ao chegar na delegacia e perceber que iria ser detido em face da embriaguez ao volante, ofereceu a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) aos agentes públicos, para que fosse liberado.

Destarte, para afastar qualquer dúvida quanto à conduta criminoso ora apurada, têm-se nos autos filmagens da atitude corruptora do réu (mídias de p. 51), das quais se extraem os seguintes dizeres:

Acusado: Possa dar aí R\$ 500,00 para vocês.

Policia! Militar: Tu tem aí?

Acusado: Tenho.

Policia! Militar: Por que tu quer dar esse R\$ 500,00?

Acusado: Eu quero dormir cara, eu ia na boate, eu tenho uma “mina” na boate, vocês viram que eu estava indo lá?

Policia! Militar: Sim

Acusado: Eu quero que vocês me desculpem.

Policia! Militar: Não, tranquilo. Como é que é teu nome mesmo?

Acusado: Altair da Silva

Acusado: O que eu combinar com vocês aqui de boa, né? Se vocês quiserem, livrar meu carro lá, eu dou R\$ 500,00 para vocês.

Policia! Militar: Cada auto ou R\$ 250,00 cada um?

Acusado: Não, faz a proposta aí doutor.

Policia! Militar: Eu não faço proposta é tu que tem que...

Acusado: Faz o choro, né?

Policia! Militar: Tu que me ofereceu primeiro, né?

Acusado: Sim

Policia! Militar: Tá, tu tem os R\$ 500,00 agora?

Acusado: Sim

Destaca-se, ainda, analisando o trecho acima, denota-se que a situação em tela revela a figura do flagrante esperado (e não preparado, como quer fazer crer o apelante), haja vista a inexistência, *in casu*, do agente provocador, na medida em que a iniciativa de oferta de vantagem aos funcionários públicos partiu exclusivamente do réu, sem qualquer intervenção/manifestação prévia dos policiais.

No ponto, o policial militar Juliano Luiz Canalle relatou: “*que foram até a frente da viatura, pois tinha a câmara para registrar; que nesse momento se dirigiu até lá e chamou o réu para que pudesse ir em um ambiente mais claro para contar o dinheiro; que o réu entregou o dinheiro e deram voz de prisão*” (mídia de p. 148).

A propósito, “*a falta do induzimento, instigação ou provocação configura a hipótese de flagrante esperado e não de delito putativo por obra de agente provocador capaz de autorizar a típica percepção da irregularidade do flagrante provocado*” (HC n. 4022114-55.2019.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 15-08-2019).

Em assim sendo, mantém-se a condenação de Altair da Silva, por infração ao art. 333 do Código Penal.

3 Da dosimetria

3.1 Da direção de veículo automotor sob efeito de álcool

Em relação ao cálculo dosimétrico, infere-se que a pena-base foi corretamente majorada em 1/6 (um sexto), diante dos maus antecedentes (p. 156), resultando em 7 (sete) meses de detenção, 12 (doze) dias-multa, além de 4 (quatro) meses de suspensão do direito de dirigir.

Na etapa intermediária, o magistrado reconheceu a agravante da reincidência p. 156), sem, contudo, reconhecer a atenuante da confissão espontânea e proceder à compensação.

No ponto, então, a decisão merece reparo, vez que em seu interrogatório prestado em juízo o acusado confessou que ingeriu bebida alcoólica no dia dos fatos, acarretando, portanto, no reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e fazendo sua compensação com a agravante da reincidência.

Destaca-se que a suspensão do direito de dirigir permanece em 4 (quatro) meses diante do alto teor de concentração de álcool, hipótese a diferenciar das condutas de menor reprovabilidade.

Assim, resta a pena fixada, nesta etapa, no importe de 7 (sete) meses de detenção, 12 (doze) dias-multa e 4 (quatro) meses de suspensão do direito de dirigir.

Na derradeira fase da dosimetria, não foram reconhecidas causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, pois efetivamente inexistentes.

3.2 Da corrupção ativa

Na primeira fase da dosimetria, irretocável o aumento procedido em razão dos maus antecedentes, pelo que mantém-se a fixação da pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além de 11 (onze) dias-multa.

Na etapa intermediária, elevou-se corretamente a pena em 1/6 (um sexto), diante da reincidência, o que resulta, em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 12 (doze) dias-multa.

Destaca-se, aqui, que muito embora o acusado tenha mencionado que ofereceu dinheiro aos policiais, disse que o fez no intuito de pagar sua fiança, não configurando, portanto, a atenuante da confissão.

Na fase derradeira, diante da inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena, resta a pena definitivamente fixada em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 12 (doze) dias-multa.

3.3 Do concurso material

Em razão do concurso material de crimes, tem-se que o total da pena é 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão (corrupção ativa) e 7 (sete) meses de detenção (art. 306, *caput*, do CTB), além do pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, no mínimo legal e a 4 (quatro) meses de suspensão do direito de dirigir.

O regime inicial deve ser mantido no semiaberto, haja vista a reincidência e os maus antecedentes, sendo inviável a substituição da pena ou a concessão de *sursis* por ausência dos requisitos legais previstos nos arts. 44 e 77 do Código Penal.

À vista do exposto, o voto é no sentido de dar parcial provimento ao recurso para readequar a pena referente ao delito de trânsito.

Apelação Criminal n. 0001014-79.2017.8.24.0066, de São Lourenço do Oeste

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÕES CRIMINAIS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADA PELO MOTIVO FÚTIL E TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES EM CONTINUIDADE DELITIVA SIMPLES (CP, ARTS. 121, § 2º, II, E 121, *CAPUT*, AMBOS C/C O 14, II, NA FORMA DO 71, *CAPUT*). RECURSOS DO ACUSADO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS (CPP, ART. 593, § 3º, “D”). HOMICÍDIO PRIVILEGIADO (CP, ART. 121, § 1º). INJUSTA PROVAÇÃO DA VÍTIMA. AMEAÇA ANTERIOR. 2. ERRO OU INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA (CPP, ART. 593, “C”). 2.1. AGRAVANTE DA VIOLENTA EMOÇÃO (CP, ART. 65, III, “C”) E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA (CP, ART. 59). ATO INJUSTO. INÍCIO DA CONTENDA. 2.2. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E FRAÇÃO DA TENTATIVA. *BIS IN IDEM*. PERIGO DE MORTE, DEPRESSÃO, EMAGRECIMENTO E DIFICULDADES LABORAIS. RISCO DE MORTE. LAUDO PERICIAL. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. 2.3. AGRAVANTE DA SENILIDADE (CP, ART. 61, II, “H”). PESSOA MAIOR DE SESENTA ANOS. CIÊNCIA DO ACUSADO. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA. 2.4. CONCURSO DE CRIMES. 2.4.1. CONCURSO MATERIAL (CP, ART. 69, *CAPUT*). IDENTIDADE OBJETIVA E UNIDADE SUBJETIVA. CRIMES DOLOSOS VIOLENTOS CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA (CP, ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO). 2.4.2. FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. ELEMENTOS SUBJETIVOS. ANTECEDENTES E MOTIVO. FRAÇÃO DE 1/2.

1. Não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri em não acolher a tese de homicídio privilegiado quando há nos autos elementos que revelam que, apesar de ter sido golpeado pela vítima com um taco de sinuca durante a briga, o réu, antes disso, foi ao estabelecimento comercial dela e, por conta de desacerto comercial, ameaçou-a dizendo que voltaria e ela iria pagar por aquilo, retornando com a mão dentro de uma mochila colocada à frente do seu corpo, momento em que o ofendido desferiu o golpe para defender-se, mas, mesmo assim, após desequilibrar-se e cair, acabou recebendo golpes de faca, pois o acusado efetivamente trouxe consigo a arma branca, hipótese em que não se pode falar na existência de injusta provocação da vítima.

2.1. Não existe ato injusto da vítima que justifique a aplicação da atenuante do art. 65, III, “c”, e tampouco se considera que contribuiu para o delito quando foi o acusado que deu início à contenda, indo na direção dela com a mão dentro de uma mochila, após ameaçá-la, não sendo injusto o ato do ofendido em golpear o ofensor com um taco de sinuca, consistindo em mera retorsão à ação ameaçadora deste.

2.2. Não existe duplo apenamento, decorrente de um mesmo elemento, quando a pena-base é aumentada pelas graves consequências da tentativa de homicídio, que levaram a vítima à depressão, emagrecimento e dificuldades laborais, e é escolhida a fração mínima de redução referente à tentativa por conta do perigo de morte causado atestado por laudo pericial.

2.3. A incidência da agravante de ter o agente cometido o crime contra pessoa maior de 60 anos independe do conhecimento daquele quanto ao fato, tratando-se de circunstância objetiva aferida somente pelo critério cronológico.

2.4.1. É viável o reconhecimento da continuidade delitiva qualificada, em detrimento do concurso material, quando o agente, por conta de desacerto comercial, investe contra o dono de um bar e esfaqueia cliente que tentou defender o bodegueiro, após o que este é esfaqueado quando tenta acudir o freguês, estando-se diante de duas tentativas de homicídio praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução.

2.4.2. Deve ser aumentada na metade, em razão da continuidade delitiva específica, a pena do agente duplamente reincidente que tenta matar duas pessoas, uma delas idosa, motivado por desacerto comercial de R\$ 35,00.

RECURSO DO ACUSADO CONHECIDO E DESPROVIDO; E O AVIADO PELA ACUSAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001014-79.2017.8.24.0066, da Comarca de São Lourenço do Oeste (Vara Única), em que são Apelantes e Apelados Adriano Serpa de Lima e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos; desprover o aviado por Adriano Serpa de Lima e dar parcial provimento ao deflagrado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, aumentando a pena do Acusado para 12 anos e 3 meses de reclusão. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 17 de dezembro de 2019, os Excelentíssimos Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Norival Acácio Engel (Presidente).

Florianópolis, 18 de dezembro de 2019.

Sérgio Rizelo

Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de São Lourenço do Oeste, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Adriano Serpa de Lima, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, II (Vítima Mário Barbieri); e 121, § 2º, II e IV (Vítima Lino Leucir Hanauer), ambos c/c o 14, II, todos do Código Penal, nos seguintes termos:

No dia 30 de julho de 2017, por volta da 17h, o acusado Adriano Serpa de Lima dirigiu-se ao Bar do Mário, localizado na Rua Tiradentes, bairro São Francisco, nesta cidade, onde iniciou uma discussão com a Sra. Adair Ana Remus Barbieri em razão de um rádio que insistiu em comprar dela no dia anterior, pagando o preço de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), mas que pretendia receber a devolução desse valor porque aquele aparelho havia deixado de funcionar, no que ela disse que o valor não seria restituído porque ele insistiu em comprar aquele rádio que, no dia anterior, estava funcionando normalmente, tendo inclusive recebido pilhas novas no momento da venda. Ela acrescentou que ele poderia ter provocado algum problema no aparelho para fazer com que ele deixasse de funcionar.

Por não se conformar com a recusa da Sra. Adair na devolução do valor referido, o acusado passou a ameaçá-la, dizendo que aquilo iria lhe custar caro, saindo do local em seguida.

Poucos instantes após, o acusado retornou ao local com uma bicicleta e portando uma mochila que carregava na região do abdome, quando agiu com o propósito intimidatório e colocou a mão dentro dela,

demonstrando a clara intenção de que iria sacar uma arma, o que levou a vítima Mário Barbieri, marido de Adair, a acreditar que ele havia retornado ao local para cumprir a ameaça que fizeram anteriormente, daí por que apanhou um taco de sinuca e desferiu um golpe na direção do acusado com o propósito de afastá-lo dali, fazendo-o correr por alguns metros. Porém, nesse momento, a vítima Mário disse que acabou caindo ao chão.

A vítima Lino Leucir Hanauer, cliente do bar, ao perceber que Mário havia caído, correu na direção dele para auxiliá-lo. Porém, também acabou caindo de bruços. Nesse momento, o acusado retornou portando uma faca com aproximadamente 30cm (trinta centímetros) de lâmina e pulou nas costas de Lino e o esfaqueou na região do pescoço.

Ao ver o cliente e amigo Lino com bastante sangue, a vítima Mário disse que foi tentar socorrê-lo, pulando sobre o acusado para evitar que este o matasse mas não conseguiu dominá-lo. Em seguida, o acusado conseguiu se desvencilhar de Mário e ainda o atingiu com golpes de faca na região do abdome, lado esquerdo, e nas costas, junto ao braço esquerdo, conforme descrição das lesões contidas na cópia do prontuário médico à fl. 68.

Com a conduta de desferir golpes de faca contra a vítima Lino Leucir Hanauer, que já se encontrava caída no chão, atingindo-a na região do pescoço e lhe provocando grave ferimento na carótida, fazendo com que ela fosse socorrida e encaminhada para atendimento hospitalar em Pato Branco, conforme prontuário médico de fls. 67, 71-73, além de desferir outros golpes contra a vítima Mário Barbieri, o acusado Adriano Serpa de Lima iniciou a execução de dois crimes de homicídio que somente não se consumaram por circunstâncias alheias à vontade dele, no caso, a intervenção de outras pessoas que se encontravam no bar da vítima Mário, o que o fez evadir-se do local, além do rápido atendimento prestado às vítimas por terceiros.

Os crimes foram praticados por motivo fútil em relação à vítima Mário Barbieri, em decorrência de um singelo desacordo comercial havido entre o acusado e a Sra. Adair Ana Remus Barbieri, esposa de Mário, e por motivo fútil e uso de recurso que dificultou a defesa da vítima Lino Leucir Hanauer, pelo fato de o acusado haver se aproveitado quando ela caiu de bruços e não esboçava qualquer gesto de defesa, desferindo-lhe golpes de faca nesse momento, atingindo-a na região do pescoço e a ferindo na artéria carótida (fls. 1-2).

Concluída a persecução penal, por meio da decisão das fls. 350-360, a Magistrada de Primeiro Grau pronunciou Adriano Serpa de Lima pela prática, em tese, dos crimes estampados nos arts. 121, § 2º, II (Vítima Mário Barbieri); e 121, § 2º, IV (Vítima Lino Leucir Hanauer), ambos c/c o 14, II, todos do Código Penal.

Referida decisão foi anulada por esta Corte em razão do excesso de linguagem (fls. 457-464).

A Magistrada de Primeiro Grau proferiu nova decisão, pronunciando Adriano Serpa de Lima pelo cometimento, em tese, dos delitos previstos nos arts. 121, § 2º, II (Vítima Mário Barbieri); e 121, § 2º, IV (Vítima Lino Leucir Hanauer), ambos c/c o 14, II, todos do Código Penal (fls. 515-526).

Contra tal decisão foi interposto recurso em sentido estrito, conhecido e parcialmente provido por esta Segunda Câmara Criminal, em 22.2.17, para excluir da decisão de pronúncia a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da Vítima Lino Leucir Hanauer. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Norival Acácio Engel (fls. 607-621).

Com a submissão de Adriano Serpa de Lima a julgamento pelo Tribunal do Júri, a Doutora Juíza de Direito, com fulcro nas respostas de seu Conselho de Sentença, condenou Adriano Serpa de Lima a 8 anos e 2 meses de reclusão, a serem resgatados inicialmente em regime fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, II (Vítima Mário Barbieri); e 121, *caput*, ambos c/c o 14, II, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal (fls. 935-939).

Insatisfeito, Adriano Serpa de Lima e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina deflagraram recursos de apelação (fl. 944 e 945).

Em suas razões, o *Parquet* argui a “necessidade de reconhecimento da presença da agravante da senilidade”, por ser “indubitável a constatação de que a vítima Mário Barbieri possuía mais de 60 (sessenta) anos de idade à época dos fatos”, extraíndo-se, das declarações audiovisuais coletadas cerca de seis meses após os fatos, a “visível condição de pessoa idosa da vítima Mário”.

Assevera que a Magistrada de Primeiro Grau afastou a circunstância legal ao argumento de que “não há como se afirmar com certeza que o acusado possuía conhecimento desta qualidade pessoal da vítima, notadamente porque não tinha idade tão avançada e não eram conhecidos próximos”, mas que “era visível ou ao menos bastante previsível, que a vítima Mário Barbieri era idoso, com mais de 60 (sessenta) anos de idade, pois sua feição física, os cabelos grisalhos e mesmo a sua forma de falar e se movimentar demonstravam tal circunstância”.

Alega que “não é possível reconhecer a continuidade delitiva, em razão de os antecedentes do réu e os motivos e circunstâncias dos crimes não recomendarem sua aplicação”, pois “o caso em apreço se amolda ao disposto no art. 69 do Código Penal, de maneira que as penas aplicadas devem ser somadas”.

Sob tais argumentos, requer o provimento do recurso a fim de que seja reconhecida “a presença da agravante da senilidade, prevista no art. 61, II, ‘h’, do Código Penal, ao crime praticado contra Mário Barbieri”, e que seja aplicado o concurso material aos fatos (fls. 959-971).

Adriano Serpa de Lima assevera, por sua vez, que a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri é contrária à prova dos autos, no que tange ao não reconhecimento do homicídio privilegiado com relação à Vítima Mário Barbieri, pois “a injusta provocação da vítima é evidente, [...] restou demonstrado nos autos que [...] foi agredido pela vítima”.

Aponta que foi agredido “antes mesmo” de “pegar a faca”, e que a “violenta emoção” está comprovada nos autos, pois “a discussão” com “a esposa da vítima foi acirrada, alterando seu estado anímico” e, “somado a isso, o fato da vítima ter lhe acertado com um taco certamente foi decisivo”.

Sustenta, de forma subsidiária, a existência de erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena, porque deveria ter sido reconhecida a atenuante de ter agido sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da Vítima (CP, art. 65, III, “c”) ou, ao menos, ter sido considerado o comportamento dela para reduzir a pena-base.

Também ataca a pena aplicada ao delito que vitimou Lino Leucir Hanauer, apontando que um só elemento serviu para que as consequências do crime fossem consideradas negativas e para a escolha da fração atinente à tentativa, sendo mais acertada a “manutenção das consequências do crime, com a utilização da fração máxima da tentativa”.

Sob tais argumentos, requer sua submissão a novo julgamento com relação ao homicídio privilegiado, e a reforma da dosimetria (fls. 975-988).

O Ministério Público e Adriano Serpa de Lima ofereceram contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo adverso (fls. 997-1.006 e 1.007-1.035).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Gilberto Callado de Oliveira, posicionou-se pelo conhecimento dos apelos, pelo desprovimento do defensivo e pelo provimento do aviado pela Acusação (fls. 1.041-1.044).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

1. Não há contestação quanto a materialidade do fato, que está positivada nos laudos periciais de lesão corporal das fls. 191 e 244, os quais atestam que a Vítima Mário Barbieri foi lesionada por instrumento corto contundente, que lhe ocasionou “1 – hematoma com ferimento corto contuso mediando 2cm, com hematoma perilesional no flanco esquerdo medindo 4x3cm, com pontos de sutura. 2 – ferimento corto contuso na região axilar esquerda medindo 4cm, com pontos de sutura”; e Lino Leucir Hanauer foi agredido por instrumento corto contundente que lhe causou “1 – cicatriz retilínea na região lateral do pescoço medindo 8cm. 2 – cicatriz na região lateral direita do pescoço medindo 2cm”; também evidenciam os fatos a prova oral recolhida ao feito, mormente os informes de Mário Barbieri e Lino Leucir Hanauer, os quais afirmaram, no contraditório, que foram agredidos por golpes de faca desferidos por Adriano Serpa de Lima (audiovisuais das fls. 306 e 933).

Quanto à autoria dos fatos também não há dilema, uma vez que o Acusado Adriano Serpa de Lima admitiu ter sido o autor dos golpes de faca que atingiram as Vítimas Mário Barbieri e Lino Leucir Hanauer.

O Acusado Adriano Serpa de Lima pretende, inicialmente, o reconhecimento do homicídio privilegiado contra a Vítima Mário Barbieri, que o teria provocado injustamente e lhe causado violenta emoção, alegando que a decisão dos Senhores Jurados, de rejeitar a minorante, é contrária à prova dos autos.

O argumento não merece acolhida, uma vez que está claro nos autos que toda a confusão foi empreendida pelo Acusado Adriano Serpa de Lima, desgostoso que estava com um radinho de pilha que comprara de Mário Barbieri na noite anterior.

É fato que Mário Barbieri agrediu Adriano Serpa de Lima com um taco de sinuca, mas assim o fez tão somente porque, momentos antes, o Acusado, após ter recebido resposta negativa quanto à possibilidade de devolução do dinheiro que havia pagado pelo rádio, disse, em tom ameaçador, que voltaria e a citada Vítima «iria ver». Logo após, Adriano Serpa de Lima retornou ao local, um bar de propriedade de Mário Barbieri, com uma mochila na parte da frente do corpo e a mão em seu interior, evidenciando que estava armado, razão pela qual a mencionada Vítima defendeu-se com o taco de sinuca.

Ao ser interrogado no Plenário da Sessão do Tribunal do Júri, o Acusado Adriano Serpa de Lima justificou:

Eu dei as facadas; no sábado o bar estava fechado e estava o filho do Mário e a mãe dele; falei que precisava comprar esse radinho e ele disse que não venderia; ele chamou a mãe dele e negociamos o radinho; eu vou no bar há bastante tempo, mais de 15 anos eu sou freguês; naquele dia agiram diferente; na hora que eu comprei o radinho dela, ela experimentou e me deu pilhas, chegando em casa funcionou mas depois parou, só chiava, e me deu transtorno, se eu estraguei, não foi por vontade, já estava com defeito; nesse outro dia eu fui fazer a troca, a senhora estava na frente do bar varrendo e eu pedi para ela me dar uma força que o radinho estava com defeito; a senhora que me vendeu disse que não trocaria, eu insisti, se não eu viria no Forum procurar ajuda; ela ficou brava, eu falei quando estava indo embora que iria “puxar ela no Forum”, ela me tomou o radinho e quebrou no chão, foi onde começou a ficar mais perigoso; ela se negou a me devolver outro produto, e disse para cobrar do Mário; fui cobrar do Mário e ele estava no bar, e tinha um jogador de sinuca e mais gente tomando cerveja; uns ali viram eu cobrando o Mário, dizendo que ele precisava resolver, devolvendo o dinheiro, o radinho ou outro material, ou podia ser até em pinga; seu Mário não gostou, eu estava com a sacola na mão e apresentei a sacola, a faca estava dentro, nesses tanto eu deixei a bicicleta encostada, para se precisasse correr, se levasse um corredão; o seu Mário demonstrou um nervosismo, e os outros me viram com a faca e se assustaram, se armaram com os tacos, mas não tinha motivo para me pularem, eu falei que não era com eles e sim com o seu Mário; seu Mário veio na porta, eu não entrei dentro do bar, porque eles poderiam me cercar; fiquei esperando ali, e se visse algo errado iria correr dali; fui me afastando e vi que o seu Mário veio e fez um gesto diferente, eu conheço muito bem ele, fui me retirando; saí com a bicicleta na mão e quando fui ver já estava no chão, levei uma pranchada de facão nas costas; aconteceu tudo rapidinho, eu não saí do bar e voltei, foi logo depois que ela quebrou o rádio, por isso que fiquei lá; ele falou que tinha um tratamento pra dar para mim, nessa hora ele não tinha nada na mão; ele falou que ia buscar o dinheiro e voltou com dois facões, e deu um para o seu Lino, isso enquanto eu estava na bicicleta, indo embora, levei o facão, não vi quem foi; ele tentou pegar meu pescoço e dar como facão, eu consegui escapar; ele continuou tentando acertar, eu me defendi, estava com o joelho detonado com brita entrando, aí eu consegui enxergar e foi muito rápido, ele foi dar na minha cabeça, eu puxei a faca e dei; seu Mário correu e o seu Lino veio tentar me acertar, eu derrubei ele, graças a Deus não levei nenhum golpe, só a pranchada e um cortinho no dedo; ele tentou me dar umas oito facãozadas; [...] eu atingi o Lino tentando me defender, ele dando facãozada, os dois gingando um tentando acertar o outro, e uma hora eu consegui acertar ele duas vezes, em nenhum momento ele estava no chão; ele tropeçou e caiu depois, mas eu já tinha me escapado, eu acertei nele quando ele tentava me acertar; depois das duas ele continuou tentando me acertar, e eu consegui dar mais duas, mas foi de frente, nessa hora que ele se virou rapidamente e foi no pescoço, eu fiquei parado com a faca na mão e ele correu para dentro do bar; [...] até depois de conversar com ela, antes de eu voltar, eu tentei ligar para a Polícia para eles me ajudarem a resolver o problema do radinho, depois que eu voltei que ela me tomou o radinho e não aceitou que eu falei com a Polícia, me tomou e quebrou; eu saí do local e fui até o outro lado da rua telefonar, a faca estava na sacola, também tentei pedir o celular de um amigo para

ligar; não tinha nada contra o Lino; eu saí e voltei com a faca, porque eu teria ligado para a Polícia e achei que ela ia chegar e apaziguar, mas não deu tempo, a conversa foi mais rápida; eles estavam com facão; eu fui usuário de drogas em Pato Branco, mas nessa época bem pouco (mídia da fl. 933).

Apesar de tentar demonstrar que apenas se defendeu (a tese de legítima defesa não foi deduzida em Plenário), nem das palavras de Adriano Serpa de Lima extrai-se que as facadas decorreram do golpe que lhe foi dado pela Vítima Mário Barbieri, o qual, segundo o recurso do Acusado, consideraria-se uma injusta provocação. O Acusado exagera na descrição da cena, visando a transmitir a ideia de que somente reagiu para salvaguardar sua integridade, quando, na verdade, foi o propulsor da discussão e da briga, e a pessoa que primeiramente demonstrou perigo e a intenção de partir ao ataque.

A Vítima Mário Barbieri elucidou perante o Conselho de Sentença:

Ele volta e meia frequentava nosso bar, ele via aquele radinho no balcão, que minha mulher usava, e sábado ele chegou lá, depois de fechado, e chamou bastante, conversou para comprar o rádio; ele vendeu por R\$ 35,00, deu experimentado e com pilha nova; no domingo a gente estava lá, ele chegou com a bicicleta, jogou o rádio no chão e falou “você vão me devolver o dinheiro que o rádio está estragado”; falamos que não, que ele pegou testado, e ele disse “você vão me devolver ou vão ver o que vai acontecer”; ele saiu e foi perto do mercado, devia ter deixado a faca escondida, ele veio com a mochila na frente e com a mão dentro; eu tinha deixado um taco de sinuca perto da porta, já imaginando; ele veio na nossa direção e eu disse “o que que você vai puxar?”, e já fui com o taco, ele correu e eu dei só uma batida nas costas; quando eu saí eu tropecei e caí, e o Lino foi me defender; o Adriano sacou a faca e foi para cima do Lino, o Lino caiu e ele pulou nas costas e começou a esfaquear; o Lino já estava cheio de sangue, ele ia matar, aí eu pulei nele, e ele só pulou pra cima e me deu dois golpes de faca, um nas costas e um no abdômen; a jaqueta de couro me defendeu bastante, assim eu consegui tirar ele de cima do Lino; [...] ele já chegou gritando, falando palavrões, dizendo que o rádio estava estragado, discutindo comigo e com minha esposa; como não devolvemos ele disse que a gente ia ver e que iria voltar; quando ele saiu, eu já peguei o taco e deixei preparado porque achei que ele vinha com arma, estava alterado; na primeira discussão o Lino não se envolveu, só na hora que eu caí; ele atacou o Lino porque ele tomou a frente; o Lino é cliente frequente, nunca incomodou, depois foi conversar mas não mais no bar; ele está bastante judiado, ele mudou bastante depois que foi faqueado, está magro; a facada pegou do lado esquerdo, perto da costela, e a outra aqui no braço perto do ombro; eu fiquei em observação uma noite; se eu não tivesse de jaqueta de couro ela poderia ter me cortado bastante, ela ficou bastante cortada; não existia nenhum motivo além do rádio, não tinha porque essa maldade; na primeira com a minha esposa não teve agressão, foi só verbal; no final, quando eu fui ajudar o Lino, ele veio querer dar em nós de novo, mas outro cliente pegou a bicicleta e jogou nele, e ele saiu, foi a sorte, se não ele voltava a faquear (mídia da f. 933).

O Ofendido Lino Leucir Hanauer esclareceu no Plenário do Tribunal do Júri:

Cheguei lá e tinha uma teimosia por causa de um rádio, entraram em conflito, eu tentei apaziguar e acabei vítima; fora do bar estava o Mário e a esposa, o Adriano chegou depois; ele chegou de bicicleta e queria trocar um rádio, eles teimaram; o Adriano saiu e voltou com uma sacola e uma faca; o seu Mário pegou um taco para tentar se defender e caiu; eu cheguei nele pra tentar acalmar, mas eu resvanei e caí, e ele me deu as

facadas no pescoço, três; eu tropecei antes de chegar; não tinha discutido com o Adriano, não conhecia ele; eu corri porque queria evitar uma tragédia maior, porque eu vi que ele ia matar mais de uma pessoa, ele foi com a faca pra cima do Mário; ele me deu as facadas por trás, depois de eu cair; não vi o que sucedeu, fui socorrido pelos outros; ele discutiu sobre o rádio com seu Mário e a esposa dele; o Adriano pinçou o rádio no chão, de propósito, com força; antes de sair ele falou que já voltava, e voltou com a mochila e com a faca, foi em tom de ameaça; quando eu vi ele já estava chegando, ele segurava a mochila com a mão dentro; nesse momento o seu Mário tentou se defender com um pedaço de taco, quando o Mário caiu eu fui, o Mário ainda não tinha levado facada, eu não vi as que ele levou; eu não tinha facão, eu não vi o Mário com facão; minha recuperação foi sofrida e está sofrida, está difícil; os médicos falaram que eu quase morri; eu sofro muito, moro sozinho e dependendo do trabalho, não estou conseguindo, entrei em depressão e tenho muita dor de cabeça, a habilidade que eu tinha para trabalhar, para falar, a alegria que eu tinha não tem mais, emagreci seis quilos; eu não tinha nada contra ele, ele não tinha motivo, eu fui atacar para ele não matar ninguém; não vimos a faca antes, só estava com a mão dentro da mochila; ele falou em tom ameaçador e voltou, e o Mário foi em direção com um taco, e ele já veio puxando a faca, eu não lembro o exato momento (mídia da fl. 933).

Além dos Ofendidos, as demais pessoas ouvidas confirmaram que o Acusado retornou ao estabelecimento comercial, após a primeira contenda, exclusivamente verbal, aparentando estar armado (de fato, estava com uma faca), de modo que a alteração emocional que porventura sofreu precedeu o revide empreendido por Mário Barbieri.

A esposa de Mário Barbieri, Adair Ana Remus Barbieri, relatou, na fase da instrução preliminar:

Juíza: Seu nome completo, por favor?

Adair: Adair Ana Remus Barbieri.

Juíza: Dona Adair, a senhora tem vínculo com o seu Lino? O que a senhora é do seu Lino Leucir?

Adair: Nada, ele é só cliente..

Juíza: Cliente...

Adair: Lá do bar...

Juíza: Tá.. e o que a senhora é do seu Mário Barbieri?

Adair: Esposa.

Juíza: Esposa... tá... senhora tem algum vínculo de parentesco com o a pessoa Adriano Serpa de Lima?

Adair: Não.

Juíza: Não... O dona Adair, a senhora foi arrolada como testemunha e eu vou ouvir nessa qualidade, a senhora está sendo compromissada em falar a verdade em Juízo, isso significa que a senhora não pode mentir, se não a senhora vai responder pela prática de crime, a senhora entendeu?

Adair: Sim.

Juíza: Ok. Com a palavra o doutor Promotor de Justiça.

Promotor: Boa tarde dona Adair.

Adair: Boa tarde... eu só... antes de ... um golinho de água que me seca muito a boca...

Promotor: Certo. Então dona Adair, essa audiência se refere ao processo criminal que o Adriano Serpa de Lima, que é o “paraguaio”, ele tá respondendo pela conta de duas tentativas de homicídio que teria acontecido no dia 30 de julho do ano passado, lá no bar do seu marido..

Adair: Sim...

Promotor: ...ele teria desferido facadas contra o seu marido, seu Mário Barbieri e também contra o seu Lino Leucir Hanauer.

Adair: Sim.

Promotor: É... a senhora ajuda no bar do seu marido também? Trabalha junto com ele?

Adair: Ajudo... ajudo...

Promotor: É só bar mesmo lá ou tem alguma loja de algum tipo de produto?

Adair: Alguma coisa assim de mercadoria a gente tem, tipo erva, biscoito, alguma.. coisa de...

Promotor: Alimentos, basicamente...

Adair: É.. isso...

Promotor: Uhum... e esse paraguaio a senhora conhecia ele há mais tempo?

Adair: Conhecia... de vez em quando ele vinha lá em casa...

Promotor: Certo.. na casa da senhora mesmo?

Adair: Quer dizer no bar...

Promotor: No bar...

Adair: é, desculpa...

Promotor: Então eu preciso que a senhora me conte com detalhes desde o início, quando ele chegou no local, e o motivo que levou a isso, também eu quero que a senhora explique pra gente, é... com detalhes...

Adair: Sim... tá ...então foi assim, começou no sábado a noite na verdade... é ... desculpa... Uns dias antes ele vinha lá, eu tinha um radinho no balcão pra mim escutar e o meu esposo escutar, aí ele sempre pedia que ele queria me comprar esse radinho, eu falei não, eu gosto dele e eu tenho pro nosso uso... tá... daí ... foi, ele ficava insistindo, mas eu nunca tive a intenção de vender o rádio pra ele, ai no sábado a noite ele veio lá, dai já tava fechado o bar, nos já tinha se recolhido, nós estava em cima no apê, ai ele chegou e bateu, daí o meu filho foi ver, daí ele disse mãe tem um rapaz ai falando de um rádio e não sei o que... tal. Eu falei pra ele que não gostaria de vender e tal... mas ele insistiu, insistiu e tal... né... dai eu disse, tá bem então... vamos fazer o negócio, o brique do rádio, vai... daí eu disse só que assim, vou ter que por as pilhas novas e te deixar ele certinho, fui lá, liguei, testamos tudo, tava tudo certinho o rádio... aí tá... beleza... ele me pagou...

Promotor: E ele foi lá no sábado a noite só pra pedir do rádio...

Adair: Só pra me comprar o radinho...

Promotor: Tá... isso era que horas, a senhora se lembra?

Adair: Ah eu não lembro...

Promotor: A senhora costuma fechar o bar que horas?

Adair: A gente fecha cedo lá em cima lá em cima né ... porque... meio complicado ficar...

Promotor: de tarde ainda assim...

Adair: é tipo no que é escurecer a gente já fecha...

Promotor: Ok.

Adair: daí no domingo ele foi embora.. beleza e tal.. aí no domingo de tarde tava eu e o meu esposo sentado lá na frente, e o Lino.. é .. eu e o meu esposo tomando chimarrão, o Lino tomando uma cerveja... e ele chegou e jogou o rádio assim na calçada com tudo, e falou, a senhora me vendeu um rádio quebrado e eu quero meu dinheiro de volta, eu falei, não, o rádio tava funcionando e eu não vou te devolver o dinheiro... e daí eu não me toquei de pegar o rádio e ver se realmente tava quebrado ... isso não me veio na mente daí e ele falou então, a senhora não vai me devolver o dinheiro? Eu falei, não... eu te vendi o rádio bom... daí ele falou... Então vocês aguardem ali que eu já volto... daí você vai ver...

Promotor: E nessa hora que ele tacou o rádio no chão ele quebrou o rádio?

Adair: Quebrou... saiu um pedaço...

Promotor: Ele chegou assim do nada e já foi chegando e tacando o rádio no chão?

Adair: Sim.. ele tacou na calçada com força assim daí quebrou um pedaço rádio...

Promotor: Ah tá...

Adair: ai tá.. dai ele falou assim, vocês vão ver quanto vai custar esse rádio... mas como isso as vezes a gente é acostumado das pessoas fazer essas ameaças, que vou ali e volto já, e nunca tinha acontecido, nó ficamos ali de boa né, mas daí o meu esposo ficou meio assim né... Ele disse.. daí ele se preveniu com um taco, vai que ele louco volta né... daí ele.. eu acho que ele tinha meio que premeditado, porque ele foi até uma altura, ele tinha a mochila nas costas e quando ele veio de volta que nós vimos ele vindo de volta com a bicicleta, ele tinha a mochila na frente, daí foi aonde que meu esposo pegou o taco e segurou meio ali né... e daí ele chegou, jogou a bicicleta com tudo assim, e foi abrir o zíper da mochila, e daí o meu esposo levantou e pediu, o que tu vai puxar ali né... daí a gente se apavorou né porque.. uma arma de fogo.. o que seria né... daí ele pegou o taco e foi meio pra espantar ele, daí acho que ele meio acabou batendo nas costas dele com o taco e ele meio que correu, daí o meu esposo foi meio tipo que atropelar ele né, e naquilo o meu esposo caiu... caiu.. daí ele conseguiu tirar a faca de dentro da mochila e veio com tudo de volta né.. daí o Lino quando que viu que o meu esposo tava caído e ele com a faca na mão, o Lino foi pra acudir o meu esposo e daí ali deu meio um... como é que se diz...

Promotor: uma briga mesmo...

Adair: não.. eles não chegaram a chegar se tocar um no outro e tal... e daí naquele vai ou não vai... pega ou não pega... o Lino resvala e cai também e o Lino caiu de bruço e daí ele foi por cima do Lino e nossa, daí.. deu uma facada de um lado... deu de outro... daí o meu esposo conseguiu se por de pé e daí foi acudir o Lino por que ele ia degolar... os golpes eram muito rápidos... e daí foi ali... daí ele começou esfaquear o meu marido né... que tava acudindo o Lino...

Promotor: Uhum... o seu marido estava em pé nessa hora? Ou tava caído?

Adair: Não... quando ele viu que o Lino caiu, ele já tava .. ele já tava se levantando de pé...

Promotor: Levantando... nessa hora ele não tinha recebido nenhuma facada?

Adair: O meu esposo?

Promotor: É...

Adair: Não... quando ele tava acudindo o Lino que ele esfaqueou o meu esposo também...

Promotor: Tá ...então só pra entender melhor...

Adair: Sim...

Promotor: ...quando... ele tava meio longe ainda do seu esposo quando o Lino foi na direção pra acudir o seu esposo... ou ele já tava com a faca em cima dele assim...

Adair: Do...

Promotor: a senhora sabe explicar mais ou menos a distância? Porque .. a senhora disse o que, que o seu esposo tava caído e dai nessa hora o Adriano tirou a faca...

Adair: Ele conseguiu tirar a faca...

Promotor: O Lino tava sentado perto de onde eles estavam?

Adair: Não... dava... o que eu vou te dizer... um...

Promotor: Na parede assim... mais longe...

Adair: ...é pouquinho mais longe... acho assim...

Promotor: uns três pra quatro metros então...

Adair: É... dai no que ele correu assim... que eles começaram meio que o Lino ficar meio que defendendo e tal dali , o Lino resvala e cai também... porque lá na frente é brita né...

Promotor: Tá... mas se defendendo como? Ele já tinha tocado no Adriano ou ele tava assim só longe... assim... meio que só se...

Adair: Meio que tentando, acho que tipo, tirar a faca dele sei lá né...

Promotor: Mas eles já estavam agarrado um no outro ou não...

Adair: Não... não chegaram se tocar um com outro...

Promotor: Ficou um de frente pro outro se encarando então...

Adair: É... isso.. simplesmente... daí nessa...

Promotor: Ficaram se encarando...

Adair: Aí o Lino resvala e vai né...

Promotor: Tá...

Adair: Aí ele golpeou o Lino né...

Promotor: Uhum...

Adair: Mas daí estourou sangue... muito...

Promotor: E nessa hora que ele golpeou o Lino o seu marido tava se levantando ainda, foi isso?

Adair: Isso..

Promotor: Ou ele tava em pé já?

Adair: Na hora ali ele já tava se pondo em pé já...

Promotor: Tá... ok... e daí nisso ele também foi atacar o seu marido daí, o Adriano...

Adair: É... porque daí assim o meu marido foi socorrer o Lino, amigo, que foi na verdade defender o meu esposo.. e daí ele golpeou o meu esposo né

Promotor: Aonde que foi a senhora se lembra?

Adair: Foi bem em frente ali a...

Promotor: Não, no corpo.

Adair: Ah, do meu esposo?

Promotor: Do seu marido. É.

Adair: Foi assim [apontou para o braço] e na barriga né

Promotor: Na barriga?

Adair: Na barriga, sim.

Promotor: Uhum. Saiu muito sangue na barriga também ou não?

Adair: É, era assim, era meio frio né, então meu esposo tava com uma camisa bem grossa, flanelada né, e uma jaqueta grossa também né, então o sangue meio que ficava né... Agora já do Lino não porque aqui [apontou para o pescoço] ficava espirrando o sangue né

Promotor: Uhum, certo.

Adair: E até chamei os bombeiros, mas daí não deu tempo de esperar

Promotor: Uhum

Adair: Nós vimos que ele ia morrer esvaído daí e acabamos pegando o Antenor pra trazer ele para o hospital e conseguir salvar ele

Promotor: Tá, só continuando ali, depois que ele atacou o seu marido que ele também deu as facadas, alguém foi mais lá intervir na briga?

Adair: Não, só assim, ele meio que foi pra se retirar né, pra tipo que nem vou sair né, e daí ele olhou pra trás e viu que eles estavam em movimento e tal, daí ele tava voltando em direção do meu esposo e do Lino de novo, daí Valdemar que não si porque que ele veio hoje, ele pegou uma bicicleta e jogou contra o corpo dele assim sabe, pra...

Promotor: Contra o Adriano?

Adair: É

Promotor: Contra o Paraguaio?

Adair: Isso

Promotor: Aham

Adair: Daí ele pegou e saiu, até a polícia pediu se “onde que tava a faca, onde que tava a faca”, eu não vi mais nada abençoado, porque naquela hora ali a gente fica sem chão

Promotor: Sim.

Adair: Né, foi uma coisa que nunca tinha acontecido

Promotor: Então, no primeiro momento da briga, ninguém entreviu, daí depois que ele saiu, que ele tava voltando, daí o Valdemar foi lá pra impedir ele e daí tacou a bicicleta?

Adair: É, foi que ele viu que ele ia voltar lá e esfaquear mais né, a vontade dele eu acho que era de terminar o serviço né

Promotor: Ok, uhum. A senhora chegou a ir lá também pra...?

Adair: Não, não.

Promotor: Na hora que eles estavam brigando a senhora não foi em cima?

Adair: Não, que daí eu já tentei pedir socorro né

Promotor: Uhum.

Adair: Ligar para os bombeiros e tal, como que eu vi que o Lino tava sangrando muito né

Promotor: Ok, uhum. A senhora disse que já conhecia esse Adriano... ou melhor, continuando, depois que tacou a bicicleta daí o Adriano saiu fugido daí. Saiu andando? Saiu correndo? Como é que foi?

Adair: Saiu, e se tu me pedir pra que lado ele foi, se eu te falar vou mentir, porque eu não vi que rumo ele pegou, porque eu foquei nos dois faqueado né.

Promotor: Aham. A senhora viu se ele saiu com a bicicleta dele que ele tinha chegado?

Adair: Não sei te falar, se eu te falar eu minto.

Promotor: A senhora se lembra que ele estava com a bicicleta?

Adair: Ele tava com a bicicleta.

Promotor: A senhora se lembra que tipo de bicicleta que era? Se é uma bicicleta pequeninha, se é daquelas barra circular? Se é uma bicicleta maior?

Adair: Eu lembro que era vermelha.

Promotor: Aham, vermelha.

Adair: Da cor eu lembro, agora...

Promotor: Aham, tá. E a senhora não se recorda se ele foi embora com aquela bicicleta?

Adair: Eu acho que deve ter ido porque não sobrou bicicleta lá na frente né, ele deve ter saído com ela.

Promotor: Uhum, certo. Tá. O Adriano a senhora disse que conhecia ele. Ele era de beber muito o Adriano? Lá no seu bairro?

Adair: É... Não assim, de tipo chegar lá e ficar tempo lá dentro bebendo, não. Ele chegava, ele tomava a pinguinha dele que a gente diz né e saía de lá. Tipo, ele vinha de manhã tomava, de tarde voltava, tomava mais uma e tal. Mas ele não era de frequentar ali dentro.

Promotor: Uhum.

Adair: Ele não era assim um...

Promotor: De ficar sentado?

Adair: De ficar lá dentro, de jogar uma sinuca, de... de se enturmar com os nossos clientes ali, ele não era não.

Promotor: Uhum, certo. Ele alguma vez já tinha arranjado briga com um cliente seu ou com seu esposo?

Adair: Não, não, nunca, não.

Promotor: Uhum. Então, pelo que consta a confusão, ele voltou com essa faca dentro da mochila porque a senhora não queria devolver os R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) para ele?

Adair: Exatamente.

Promotor: Uhum. Em algum momento ele... se bem que o seu marido interrompeu ele antes, mas pelo que pude perceber ele tava indo em direção ao seu marido ou estava indo em direção a senhora? Naquele momento em que ele voltou com a mochila na frente.

Adair: Ali é complicado eu falar né, porque quando que ele chegou e jogou a bicicleta e foi abrir a mochila, nós achamos que ele tinha ido buscar uma arma mesmo né

Promotor: Sim.

Adair: Então a gente, sei lá, se nós tivesse ficado sentados, eu não sei em direção de quem que ele iria. Eu sei lá.

Promotor: Uhum.

Adair: Talvez podia ser de mim, podia ser meu esposo né

Promotor: Ok. Uhum. No momento em que o... só pra gente esclarecer mais.

Adair: Uhum.

Promotor: No momento em que o Lino foi atingido ele tava como? Ele tava deitado? Ele tava de bruços?

Adair: Ele tava de bruços, ele caiu de bruços [gesticulou].

Promotor: De quatro no chão?

Adair: Isso, ele caiu de... assim.

Promotor: Com as mãos, os pés e os joelhos ele caiu?

Adair: Não, na verdade, ele tava deitado mesmo, ele caiu, caído.

Promotor: Aham.

Adair: E daí ele chegou, por cima né, daí ele deu aqui de novo né [gesticulou] e deu de um lado né a facada [apontou para o pescoço] e deu do outro também [apontou para o outro lado do pescoço].

Promotor: Uhum. Ele tava deitado nesse momento?

Adair: Sim, ele tava, ele...

Promotor: E tava de costas também?

Adair: De costas, de costas.

Promotor: Ok, certo.

Adair: E o meu esposo nem se esperava as facadas também porque ele tava... Né... até eu gritei: Mário, se cuide né?! E daí, mas... Não... ele tava tão focado em socorrer o amigo dele que ele nem se esperou que ele ia ser “faqueado” também.

Promotor: Sim.

Adair: Dai quando que ele viu, ele... eu falei: Mas tu também foi machucado, né?! Ele falou: Ah, acho que é só uns “arranhão”, que “arranhão”...

Promotor: Ok, sem mais perguntas, obrigado.

Juíza: Dr. Roger tem perguntas?

Defensor Público: Sim. Boa tarde, tudo bem?

Adair: Boa tarde.

Defensor Público: O bar estava aberto no domingo nesse horário? Estava em funcionamento assim?

Adair: Estava funcionando.

Defensor Público: Tá, mas pelo que eu entendi a senhora, o seu marido e o filho estavam do lado de fora...

Adair: Como?

Defensor Público: Estavam sentados do lado de fora a senhora, o seu marido e o seu filho?

Adair: E o Lino...

Defensor Público: E o Lino? Ah tá. Estavam do lado de fora do bar, né?

Adair: Sim, porque a gente deixa o pessoal ali dentro, daí senta ali fora né?

Defensor Público: Tá. Quem que estava do lado de dentro do bar?

Adair: Ali dentro tinha uns jogando sinuca, daí...

Defensor Público: A senhora sabe dizer quem que era?

Adair: Que estava jogando...

Defensor Público: Esse Valdemar, esse Antenor?

Adair: É, isso, esses aí estavam jogando sinuca...

Defensor Público: Dentro do bar?

Adair: Dentro do bar.

Defensor Público: Tá. Certo. A primeira vez que ele chegou, que o Adriano ali chegou ele chegou com essa bicicleta?

Adair: A primeira vez sim.

Defensor Público: Chegou com a bicicleta?

Adair: Chegou de bicicleta.

Defensor Público: Tá. Aí como é que ele fez? Eu não conheço o bar da senhora, ele tem um pátio na frente? É um bar, mas tem um pátio na frente ou o bar já dá direto com a rua?

Adair: Não, ele tem um estacionamento na frente com brita né?

Defensor Público: Ah tá... Entendi. Beleza.

Adair: Tem uma calçada, tipo, de uns três metros eu acho, daí tem brita na frente.

Defensor Público: Tá. Certo. Então me explica bem certinho. A primeira vez ele chegou e largou essa bicicleta aonde? Dentro do bar de vocês ou nesse local das britas ali?

Adair: Ali nas britas, né?

Defensor Público: Ali nas britas...

Adair: Nele chegou, jogou a bicicleta com tudo, assim...

Defensor Público: Aham... e daí jogou logo em seguida o...

Promotor: Página 239 Doutor, tem uma foto.

Defensor Público: E aí logo em seguida ele jogou o som?

Adair: Isso, jogou o rádio na calçada.

Defensor Público: Tá, ok. Certo. A segunda vez que voltou, ele veio de novo com essa bicicleta?

Adair: Veio. Ele pegou a bicicleta, ele fez essa ameaça pra nós, pegou a bicicleta e falou: Vocês vão ver quanto vai custar esse rádio, porque eu já vou voltar.

Defensor Público: Aham... Tá.

Adair: Daí ele foi...

Defensor Público: Ele saiu com a bicicleta e voltou com a bicicleta?

Adair: E voltou de bicicleta.

Defensor Público: E largou no mesmo local, nas britas ali?

Adair: Daí não. Daí antes ele tinha deixado de um lado mais para... chegando no bar, na direita, e daí depois que ele voltou ele deixou mais na esquerda assim.

Defensor Público: Mas dentro do cercado de vocês ainda? Dessa parte de brita.

Adair: Sim, dentro do pátio. Ali dentro do pátio né? Bem perto da calçada ali.

Defensor Público: Aham... Certo. Tá. Aí o seu marido ele meio que atropelou ele [Adriano] de lá né? Na hora que ele ameaçou assim com a mão dentro da mochila o seu marido atropelou ele de lá, certo?

Adair: Sim.

Defensor Público: Mas eu não entendi o que o seu marido fez com o taco daí... durante a briga o seu marido estava com esse taco ou ele largou fora esse taco?

Adair: Daí assim, quando ele estava correndo atrás dele, tipo, eu acho que ele chegou de bater mesmo nas costas dele com o taco, bateu...

Defensor Público: Tá, daí o que ele fez?

Adair: Tá, daí ele, o Adriano correu...

Defensor Público: Isso ele chegou a correr para fora do... da brita de vocês?

Adair: Não, não, não.

Defensor Público: Ali dentro ainda?

Adair: Dentro do pátio.

Defensor Público: Tá. Aham.

Adair: É, porque foi bem ali na calçada que nós "tava".

Defensor Público: Certo. Certo.

Adair: É, onde que tem a calçada ali...

Defensor Público: Tudo bem. Aham.

Adair: Aí, quando que tava ali correndo ele... o meu esposo resvalou nas britas e caiu com o taco.

Defensor Público: Ah, daí nisso ele... digamos... ele perdeu o taco quando ele caiu?

Adair: Isso... e daí quando que ele viu que o meu marido caiu ele conseguiu tirar da faca e veio...

Defensor Público: Tá, mas assim, eu estou querendo saber o seguinte: o seu marido estava com o taco ainda na mão para se defender ou não, o taco tinha escorregado?

Adair: Ai ai ai, agora eu acho que... eu acho que não né?

Defensor Público: Entendeu? Ele foi pra cima do seu marido...

Juíza: Doutor, só um minutinho, de repente talvez eu possa ajudar. Depois que o seu marido resvalou ali, que caiu, a senhora viu o seu marido com o taco na mão ainda ou não?

Adair: Não, não, não.

Juíza: Ok.

Defensor Público: A senhora não... Tá, ok. Certo. A senhor disse que o Lino estava uns quatro metros mais ou menos de distância né? Da briga?

Adair: Sim, mais ou menos né? De quatro a cinco metros.

Defensor Público: Nesse intervalo, até o Lino chegar, ele não chegou... o Adriano não chegou dando nenhuma facada no seu marido?

Adair: Não, não.

Defensor Público: Então ele meio que ficou parado em cima do seu marido com a faca, é isso?

Adair: Não. Quando que o meu marido caiu ali, o Lino saiu correndo já, entende?

Defensor Público: Sim, mas nesse intervalo eu digo, não deu tempo de ele ter dado uma facada ali?

Adair: Não porque ele tinha uma distância de... o que que eu vou te dizer... de uns quatro metros? Ele tava...

Defensor Público: Tá...

Juíza: Doutor, é que ela, a senhora explicou que quando o seu marido... É... ele saiu correndo... aí o marido dela acabou resvalando, então ele não estava próximo do marido da Dona Adair...

Adair: É, ele deveria ter uns quatro metros...

Defensor Público: Tá, mas é, aí a minha pergunta é se nesse meio tempo não deu tempo de ele dar uma facada no seu marido? Nesse intervalo...

Adair: Não porque até que ele veio de lá até aqui o Lino foi na direção, então ele ficou observando o meu esposo e o Lino indo daqui.

Defensor Público: Tá. Certo. Isso que eu queria saber. Certo.

Adair: É, ele só meio que se atrapalhou ali.

Defensor Público: Certo. Ok. O Lino ele caiu sozinho daí no chão?

Adair: Aham.

Defensor Público: Caiu sozinho no chão. Certo. Ele caiu perto do Adriano?

Adair: Mais ou menos. Eles estavam meio perto.

Defensor Público: Certo. O Lino ele estava perto do Mário? Do seu marido?

Adair: Dá o que uns...

Defensor Público: Quando ele caiu? Os dois estavam caídos próximos assim?

Adair: Eu precisamente posso te dizer o que? Uns dois metros e meio, uns três metros um do outro.

Defensor Público: Tá. Certo. Quando que ele efetivamente parou assim de... você disse que... primeiro ele deu as facadas no Lino, certo? E depois seu marido foi ajudar e acabou recebendo as duas facadas ali.

Adair: Sim.

Defensor Público: Quando que parou as agressões?

Adair: Sim. Daí ele esfaqueou meu esposo, né? Dai eu não sei se ele chegou ver que estava com o telefone, né, já chamando socorro, e daí ele tava saindo né?

Defensor Público: Aham... tá. Esse momento que eu queria que a senhora descrevesse melhor. Ele viu a senhora no telefone e simplesmente parou e começou andar?

Adair: Não sei se ele achou que tinha matado o Lino e pensou: vou fugir. Pelo tipo que o Lino tava sangrando ele achou: esse ali vai morrer.

Juíza: Até para que, de repente, não fique muita questão de... acho, daqui e dali... porque essa situação de repente vai para instrução mais tarde... Senhora, a senhora viu o momento em que o Adriano deixou o local?

Adair: Não vi.

Juíza: Não? A senhora viu o momento em que ele parou de golpear o seu marido?

Adair: Sim.

Juíza: Sim?

Adair: Daí, tipo, até ele ir saindo, quando ele parou de... com a faca ali, né, de esfaquear, daí eu foquei, vi que ele saiu né? Aí eu foquei nos dois machucados né?

Juíza: Ok, Doutor ficou respondido o que o senhor gostaria ou não?

Defensor Público: Sim, aham...

Promotor: Doutora, questão de ordem só que foi falado a respeito do Valdemar que “tacou/tocou” a bicicleta e afastou ele da vítima também...

Juíza: Aham, o Doutor tem mais algum ponto?

Defensor Público: Sim. É, quando ele saiu, ele deixou a bicicleta ali dentro?

Adair: Eu acho que ele levou essa bicicleta, porque não ficou... Todo mundo saiu...

Defensor Público: Não, não, não, calma. Eu digo a primeira vez, a primeira. É que é muita coisa, por isso que eu estou perguntando aos poucos pra senhora. A hora que ele parou... tá, a senhora não viu direito a hora que ele parou e saiu... A bicicleta dele ficou lá dentro? Quando a senhora viu os dois esfaqueados no chão, a bicicleta dele ainda estava lá ou a senhora não lembra?

Adair: Eu não lembro como que foi... o jeito que ele foi buscar, pegar essa bicicleta...

Defensor Público: Aham... Tá.

Adair: Ou talvez seja essa que o Valdemar tenha jogado contra ele, pode até ter sido essa e facilitou para ele pegar e já sair né?

Defensor Público: Aham, certo.

Adair: Até a Polícia pediu para que lado que ele foi, eu falei: eu não fiquei cuidando, né, eu foquei no...

Defensor Público: Certo. A senhora disse que ele chegava a ir no bar outras vezes para comprar bebidas, mas não ficava lá. A senhora pode dizer de novo qual os horários? A senhora falou que ele ia de manhã, de tarde, em vários horários assim durante o dia?

Adair: É ele era, tipo, não tinha um horário preciso que ele vinha lá...

Defensor Público: Aham. Mas pelo que a senhora relatou ele ia às vezes até três vezes ao dia no bar, ou não? A senhora estava falando em dias diferentes?

Adair: Em dias diferentes.

Defensor Público: Dias diferentes?

Adair: Dias diferentes.

Defensor Público: Tá ok, sem mais perguntas.

Juíza: O Dona Adair, com relação ao que a senhora tinha afirmado que o Seu Valdemar jogou a bicicleta contra o Paraguai, a senhora viu isso ou a senhora ficou sabendo?

Adair: Eles me falaram.

Juíza: Tá, a senhora não viu?

Adair: Eles me falaram que se não fosse ele ter feito isso ele teria voltado esfaquear mais.

Juíza: Tá, eles quem que lhe falaram? Quem que lhe falou?

Adair: Daí agora é tanta história que vou dizer quem?

Juíza: Tá, então só para que fique bem claro, a senhora viu o Valdemar jogando a bicicleta contra...

Adair: Não, eu não vi.

Juíza: Não viu? Tá. Pode encerrar então (mídia da fl. 306, transcrição das fls. 684-695).

A mesma versão do ocorrido foi oferecida por Valdemar de Chaves:

Eu cheguei e vi a discussão do Adriano com o Mário e a mulher do seu Mário; ele saiu e foi numa casa, pegou uma faca e voltou; eu vi que ele veio com a faca dentro da mochila; eles estavam discutindo com a mulher do seu Mário por causa de um radinho, ele cobrava 25 reais; quando ele voltou, eles começaram a discutir e se embolaram, daí ele já puxou a faca e deu no Lino; ele voltou com a faca na sacola, não na mão, quando meio que se empurraram ele puxou; o Lino tava meio bêbado, caiu e ele aproveitou e deu a facada; ele veio para cima uma hora e eu joguei a bicicleta nele, e ele correu, ele ainda estava com a faca na mão; era uma faca coqueira, larga, grande; quando eu cheguei no bar ele já estava, eu vi quando ele saiu e voltou, eu estava dentro do bar; o Mário não tinha nada na mão, na hora que ele pegou um taco; o Lino não tinha nada na mão, recebeu a facada deitado, quando foi se levantar..., o seu Mário foi acudir o Lino e levou a facada; acho que ele parou porque pensou que tinha matado; eu saí para acudir o Lino e o seu Mário; ele foi mais adiante e voltou para pegar a bicicleta depois de ter faqueado, ainda com a faca na mão, meio erguida, daí eu dei a bicicletada nele e ele saiu; o Antenor nem se meteu, só ficou olhando, ele e o Antoninho, só saíram para acudir o Lino; o Mário e o Lino caíram na brita, o Adriano também; o Mário foi correr atrás do Adriano com o taco e caiu, perdeu o taco, e ele grudou no seu Mário, o Lino foi acudir e caiu, a primeira facada foi no Lino, no pescoço, ele estava caído; o Adriano caiu depois que resvalou na brita; não chegaram a chutar

ele; depois eu não vi ele sair ameaça, só quando ele pegou a bicicleta e se mandou, que ele disse que voltaria para terminar de matar; o Mário não bateu com o taco, não alcançou, o Lino foi na mão; as duas facadas no Lino foi com ele no chão (mídia da fl. 303).

As demais Testemunhas, os frequentadores do bar Antenor Antônio dos Santos e Antoninho Pereira, e os Policiais Militares Márcio dos Santos e Helinton Menger, não visualizaram o início da confusão e o momento em que os golpes de faca foram desferidos, de modo que seus relatos não ajudam a elucidar a questão ora debatida.

Está evidenciado, portanto, que o Acusado Adriano Serpa de Lima foi quem deu causa aos fatos. Por conta da desavença acerca do radinho, ele proferiu ameaça a Mário Barbieri e a Adair Ana Remus Barbieri, dizendo que iria voltar e eles “iriam ver”, que iriam “pagar pelo radinho”.

Quanto retornou, o Acusado estava com a mão no interior de uma mochila, atitude condizente com o prenúncio que fizera, de modo que era plenamente possível de que a Vítima Mário Barbieri imaginasse que seria atacada.

Diante disso, não se pode cogitar que houve “injusta provocação da vítima” que levasse Adriano Serpa de Lima a, “sob o domínio de violenta emoção”, cometer a tentativa de homicídio, de modo que, evidentemente, a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, de afastar o privilégio (fl. 928), não é manifestamente contrária à prova dos autos.

A tese encampada pelos Julgadores Leigos encontra guarida no arcabouço probatório colhido em ambas as fases procedimentais e, sendo assim, a manutenção da sentença condenatória é medida de rigor.

O cenário estampado nos autos, como visto, longe de dar ensejo à caracterização de uma “decisão dos Jurados manifestamente contrária à prova dos autos” (CPP, art. 593, III, “d”), mostra que a Acusação sustentou, em plenário, versão compatível com o material probatório coligido ao feito.

Para a desconsideração da decisão do Tribunal do Júri, com a submissão do acusado a novo julgamento (CPP, art. 593, § 3º), não basta que a opção dos Julgadores de Fato não se coadune com a melhor prova produzida no entender do Tribunal de Justiça, mas, ao contrário, ela deve estar completamente divorciada da realidade fática coletada na instrução processual e plenária. E não é essa a hipótese dos autos, visto que há amplo suporte, conforme delineado acima, para a conclusão obrada por aquele Tribunal.

Júlio Fabbrini Mirabete, comentando a hipótese recursal, explica:

Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão (*Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1487-1488).

Heráclito Antônio Mossin disserta:

No texto legal esquadrinhado é utilizada a expressão *manifestamente contrária*. Logo, a contradição entre a decisão dos jurados e a prova dos autos é patente, evidente, notória, ou seja, comprovada de plano. Está ela completamente divorciada do conjunto probatório constante dos autos. Não há conciliação entre a verdade real que surgiu da instrução probatória com convicção dos juízes de fato (*Júri, crimes e processo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 450).

Guilherme de Souza Nucci adverte:

Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: esta é a hipótese mais controversa e complexa de todas, pois, em muitos casos, constitui nítida afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. É certo, como afirmado na nota anterior, que o duplo grau de jurisdição merece conviver harmoniosamente com a soberania dos veredictos, mas nem sempre, na situação concreta, os tribunais togados respeitam o que os jurados decidiram e terminam determinando novo julgamento, quando o correto seria manter a decisão. O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão *manifestamente* contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida (*Código de processo penal comentado*. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1032).

O Superior Tribunal de Justiça já deliberou:

Existindo elementos de prova que permitam aos jurados a adoção de qualquer das teses sustentadas pelas partes, descabe a anulação do julgado por decisão manifestamente contrária à prova dos autos (AgRg no AREsp 1.306.327, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 27.11.18).

No mesmo sentido:

4. A expressão em si (sentença contrária à evidência dos autos) exterioriza um julgamento totalmente divorciado dos elementos de convicção (prova), não albergando a hipótese em que o Tribunal conclui pela fragilidade do conjunto probatório, juízo esse de extrema subjetividade, que, caso admitido em uma ação revisional, acabaria por esvaziar por completo a primazia dos veredictos do Tribunal do Júri, com sede

constitucional. 5. Recurso especial provido para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo a condenação imposta ao recorrido, determinando, ainda, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que analise a preliminar suscitada na revisão, que ficou prejudicada com o acolhimento da questão de mérito, ora afastada (REsp 1.686.720, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23.8.18).

Em acréscimo:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CONDENAÇÃO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. [...] 3. Para que a decisão do Conselho de Sentença seja considerada manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que a versão acolhida não encontre amparo em nenhum dos elementos fático-probatórios amealhados aos autos, o que não é a hipótese dos autos, visto que existem fundamentos concretos que dão arrimo à decisão dos jurados. 4. *Habeas corpus* não conhecido (HC 215.414, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20.2.14).

E:

HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DE APELAÇÃO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. VEREDICTO QUE ENCONTRA AMPARO NA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Havendo suporte probatório apto a amparar o veredicto dos jurados, inviável a cassação do aresto objurgado e a submissão dos pacientes a novo julgamento pelo Tribunal do júri, como pretendido pela defesa, já que nas apelações interpostas com espeque na alínea “d” do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal a decisão colegiada deve tão somente concluir se houve ou não contrariedade aos elementos de convicção produzidos no feito, indicando em que se funda e dando os motivos de seu convencimento. 2. Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas, exatamente como ocorreu na espécie. 3. É inviável, por parte desde Sodalício, avaliar se não haveria elementos de convicção suficientes para amparar a conclusão de que os acusados teriam participado do crime de homicídio em apreço, pois seria necessário aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita. Precedentes (HC 331.667, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 10.12.15).

Este Tribunal de Justiça não destoa:

TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MEIO CRUEL - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - OPÇÃO DOS JURADOS POR UMA DAS VERSÕES CONSTANTES NO CADERNO PROCESSUAL. Não cabe a este Tribunal verificar qual das explicações para os fatos era a mais convincente - se a da acusação ou a da

defesa - pois essa escolha compete exclusivamente ao Júri. Só se cogita da anulação do julgamento se faltar ao veredicto qualquer coerência com a prova dos autos [...] (Ap. Crim. 2004.034117-3, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 31.5.05).

Ainda:

Havendo suporte probatório, não cabe a esta Corte verificar qual das versões para os fatos seria a mais convincente, haja vista essa escolha competir exclusivamente ao Júri (Ap. Crim. 0010236-31.2014.8.24.0081, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 14.6.16).

Havendo versões conflitantes sobre o desenrolar dos fatos, pode o Conselho de Sentença escolher qualquer delas, sem que a opção marque o julgamento como manifestamente contrário à prova dos autos. Tal possibilidade decorre do princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, previsto no art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição da República.

Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, “só há de se admitir o desfazimento do julgado criminal se houver certeza aferível de plano (sem revolvimento de eventual dissonância probatória) de que se apresenta em descompasso o que provado e o que decidido” (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.287).

É inviável, portanto, modificar a deliberação do Tribunal do Júri por este motivo, pois «a cassação do veredito dos jurados por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível se a decisão for arbitrária e totalmente dissociada do contexto probatório, mas não aquela que opta por uma das versões existentes» (TJSC, Ap. Crim. 2014.025286-0, Rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 16.10.14).

Como bem ponderou o Excelentíssimo Procurador de Justiça Gilberto Callado de Oliveira, “não houve qualquer incoerência ou arbitrariedade, mas sim preferência dos jurados por uma versão a outra, já que restou comprovado que a vítima não provocou o acusado”, e, “pelo contrário, só pegou o bastão para se defender, após ter sido ameaçada”, de modo que, “dessa forma, não há falar em decisão contrária a prova dos autos, a fim de reconhecer a tentativa de homicídio privilegiada ou a circunstância judicial do comportamento desfavorável da vítima” (fls. 1.043).

2. Passa-se à análise da aplicação da pena, apontada como contendo erro ou injustiça tanto pelo Acusado Adriano Serpa de Lima quanto pelo Ministério Público.

2.1. Como deixa antever o preciso Excelentíssimo Procurador de Justiça Gilberto Callado de Oliveira no excerto destacado, uma vez que o Acusado Adriano Serpa de Lima foi o único responsável pelo ocorrido, porquanto nada teria acontecido se não voltasse armado para “cobrar” o que pensava ser seu direito, além de não estar configurado o homicídio privilegiado, não é o caso de reconhecer a atenuante do art. 65, III, “c”, do Código Penal (pois nada mais é que uma reiteração

da causa de diminuição dos seus arts. 121, § 1º, e 129, § 4º, a ser aplicada quando verificada a hipótese em delitos distintos do homicídio e da lesão corporal) e, tampouco, que o comportamento da Vítima contribuiu para o delito.

2.2. Com relação ao crime tentado de homicídio qualificado praticado contra Mário Barbieri, a pena-base (12 a 30 anos de reclusão) foi elevada em 1/6 acima do mínimo (2 anos) e fixada em 14 anos de reclusão, em razão dos antecedentes (o Acusado Adriano Serpa de Lima ostenta duas condenações configuradoras de reincidência (fls. 824-829), sendo uma considerada nesta fase e a outra como agravante).

Conforme destacado, não há como considerar que o comportamento da Vítima contribuiu para a ocorrência do delito. Por tudo que já foi exposto, é correta a observação da Doutora Juíza de Direito, de que “o comportamento da vítima tampouco pode ser valorado, porquanto agiu no intuito de se defender das ameaças e investidas do imputado”, sendo “feito quesito sobre o tema, relacionado com o privilégio, o que foi afastado pelos jurados” (fl. 936).

Quanto à tentativa de homicídio simples empreendida contra Lino Leucir Hanauer, a pena-base (6 a 20 anos de reclusão) foi aumentada em 2/6 acima do mínimo (2 anos) por conta dos antecedentes e das consequências do crime. Quanto a estas, ponderou a Magistrada sentenciante:

as consequências do crime, as quais só podem ser consideradas quando fugirem da normalidade do tipo penal, foram graves. Consta-se que a vítima sofreu perigo de morte, e dessa circunstância permaneceu com sequelas como depressão, emagrecimento e fraqueza, o que dificultou a prática de atividades cotidianas. Vale salientar que a tentativa de homicídio pode se configurar inclusive sem que nem mesmo a vítima tenha sido atingida, de maneira que as consequências das lesões suportadas importam em situação gravosa a ensejar em aumento da pena na primeira fase, com base no princípio da individualização da pena (fl. 937).

O Acusado Adriano Serpa de Lima insurge-se contra esse aumento por considerar que ele também serviu para a escolha da fração da tentativa, que foi assim fundamentada:

Por fim, na terceira fase há que se considerar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 14, II, do Código Penal, pois o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente. Diante da tentativa, que em muito se aproximou da consumação, tendo em vista o risco de morte a que exposta a vítima, como atestado pelo Laudo Pericial Complementar, reduzo a reprimenda em seu mínimo, ou seja, 1/3, fixando-a em definitivo em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (fl. 938).

Apesar de o perigo de morte ter sido citado nas duas etapas, entende-se que não há *bis in idem* porque, na pena-base, foram considerados elementos outros, como a depressão, o emagrecimento e a dificuldade para as tarefas habituais, relatadas pelo próprio Lino Leucir Hanauer e por Mário Barbieri.

Tais consequências, conforme orientação desta Corte, extrapolam o natural:

DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. DEPRESSÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO MANTIDO. As consequências do crime são graves quando seus efeitos extrapolam o trauma natural da violação sofrida, exigindo, para tanto, elementos concretos e fundamentação idônea (Ap. Crim. 0003520-46.2012.8.24.0052, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 16.5.19).

E:

A incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de 30 dias e a confirmação, em perícia, de que, passados quase 7 meses do delito, o ofendido ainda caminha com o auxílio de bengala, são razões bastantes para a desvalorização das consequências do crime (Ap. Crim. 0000548-96.2018.8.24.0051, deste relator, j. 26.8.19).

Ainda:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO (CP, ART. 121, § 2º, IV, C/C ART. 14, II) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO - INSURGÊNCIA QUANTO À DOSIMETRIA - CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - DÉFICIT DE FALA E COMPROMETIMENTO MOTOR - GRAVIDADE EXCEDENTE AO TIPO - FUNDAMENTO IDÔNEO. A gravidade das sequelas sofridas pela vítima, quando extrapolam sobremaneira os limites do tipo penal, permitem a exasperação da pena-base a título de consequências do delito (Ap. Crim. 2015.051812-5, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 13.10.15).

Nesse contexto, considerando que poderia haver sequela mesmo sem perigo de morte e perigo de morte sem tantas sequelas, considera-se justa a elevação da pena-base por conta da depressão, emagrecimento e dificuldade para o trabalho, e a manutenção da fração mínima de redução para a tentativa, tendo em vista que Lino Leucir Hanauer sofreu golpes de faca no pescoço que, segundo o laudo complementar, ocasionaram perigo de vida ante o sangramento intenso (fls. 833-835).

Nada há para reparar, portanto, nas penas-bases, que permanecem em 14 anos de reclusão no tocante à Vítima Mário Barbieri, e em 8 anos de reclusão quanto à Vítima Lino Leucir Hanauer.

Na segunda fase, com relação a ambas as Vítimas, a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência foram compensadas.

2.3. Com relação a Mário Barbieri, o Ministério Público pugna pela aplicação da agravante do art. 61, II, “h”, do Código Penal.

É indiscutível que, na data dos fatos (30.7.17), Mário Barbieri estava com mais de 60 anos de idade (exatos 61 anos, 4 meses e 12 dias), pois é nascido em 18.3.56 (fl. 61). A circunstância legal foi debatida em plenário (fl. 931).

A Magistrada singular, contudo, afastou-a, sob o seguinte fundamento:

Quanto à agravante da senilidade, prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal, embora a vítima contasse com mais de 60 (sessenta) anos ao tempo dos fatos, não há como se afirmar com certeza que o acusado possuía conhecimento desta qualidade pessoal da vítima, notadamente porque não tinha idade tão avançada e não eram conhecidos próximos, razão pela qual não pode ser valorada negativamente (fl. 936).

A conclusão, com o devido respeito, deve ser reformada, uma vez que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, “a incidência da agravante estabelecida no art. 61, inciso II, “h”, do CP é de natureza objetiva e não depende de prévio conhecimento do agente para sua incidência, já que a vulnerabilidade do idoso é presumida” (AgRg no Ag no REsp 1.722.345, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21.5.19). No mesmo sentido: HC 403.574, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17.5.18; HC 405.214, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 3.10.17; HC 356.924, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 10.11.16; e HC 211.052, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 5.6.14).

Na mesma linha, desta Casa:

ALMEJADA A EXCLUSÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, “H”, DO CP (CRIME COMETIDO CONTRA MAIOR DE 60 ANOS). INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA DE NATUREZA OBJETIVA, CUJA INCIDÊNCIA INDEPENDE DA CIÊNCIA DO AGENTE ACERCA DA IDADE DA VÍTIMA. MANUTENÇÃO (Ap. Crim. 0000014-02.2017.8.24.0080, Rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, j. 15.8.19).

E:

IV. AGRAVANTE DO COMETIMENTO DE CRIME CONTRA PESSOA MAIOR DE SESSENTA ANOS. Conforme a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a agravante prevista no art. 61, II, alínea “h”, do Código Penal: “tem natureza objetiva, a qual independe do conhecimento do agente para sua incidência, uma vez que a vulnerabilidade do idoso é presumida” (HC 403.574/AC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/05/2018, Dje 30/05/2018). Recurso provido no ponto (Ap. Crim. 0010383-86.2014.8.24.0039, Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 30.10.18).

Além disso, não se pode afirmar que o Acusado Adriano Serpa de Lima desconhecia que Mário Barbieri era idoso.

Isso porque a figura física de Mário Barbieri transparece que se trata de uma pessoa de idade. Na mídia audiovisual da fl. 306, captada cerca de seis meses após os fatos, percebe-se, de suas declarações, que é um senhor de cabelo e bigode grisalhos, sendo possível saber que se trata de pessoa maior de 60 anos de idade.

Soma-se a isso o fato de que o próprio Acusado Adriano Serpa de Lima disse que era freguês do bar há cerca de 15 anos, e que sempre se referiu à Vítima como “seu Mário” (assim como o outro Ofendido e Testemunhas), o que demonstra que tinha conhecimento de tratar-se de homem idoso.

A pena intermediária, então, quanto ao crime contra Mário Barbieri, deve ser agravada em 1/6, chegando a 16 anos e 4 meses de reclusão, mantendo-se em 8 anos de reclusão a do delito contra Lino Leucir Hanauer.

Na terceira fase, incide a tentativa em 1/2 (Vítima Mário Barbieri, sem insurgência) e em 1/3 (Vítima Lino Leucir Hanauer, conforme fundamentado), tornando-se as penas de cada crime definitivas em 8 anos e 2 meses de reclusão e em 5 anos e 4 meses de reclusão.

2.4. Quanto ao concurso de crimes, a Magistrada singular concluiu pelo reconhecimento da continuidade delitiva simples (CP, art. 71, *caput*), nos seguintes termos:

Considerando que o acusado, mediante mais de uma ação ou omissão, praticou dois crimes da mesma espécie, com a pequena ressalva sobre o reconhecimento da qualificadora e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, deve ser reconhecido o crime continuado, na forma do art. 71 do Código Penal, de maneira que a penalidade final alcança 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão. Deixo de aplicar o disposto no parágrafo único do mesmo dispositivo, na medida em que as circunstâncias particulares do caso concreto não a recomendam, em especial porque poucas foram as situações ensejadoras de maior reprovabilidade da conduta (fl. 938).

O Ministério Público alega, em seu arrazoado, que “não é possível reconhecer a continuidade delitiva, em razão de os antecedentes do réu e os motivos e circunstâncias dos crimes não recomendarem sua aplicação”, pontuando que “o acusado registra maus antecedentes, não passando despercebido o fato de que ele investiu tão agressivamente contra as vítimas que ambas correram risco de morte, tudo em razão do descontentamento de Adriano Serpa de Lima com a venda/troca de um aparelho de rádio” (fl. 969).

2.4.1. Com a devida vênia, nenhum dos posicionamentos é acertado.

A escolha entre a continuidade delitiva ou os concursos de crime (formal e material) não leva em consideração a “reprovabilidade da conduta” ou “os antecedentes do réu e os motivos e circunstâncias dos crimes”.

Limitando-se às hipóteses em debate, há concurso material “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não” (CP, art. 69, *caput*). Nesses casos, as penas são somadas.

Ocorre que, “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie”, não é caso de concurso material se constatado que, “pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”. Nesse cenário, chamado de continuidade delitiva simples, aplica-se “a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços” (CP, art. 71, *caput*).

Por outro lado, quando há continuidade delitiva mas os crimes são “dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa”, ela é chamada de específica e, em vez de o aumento da pena mais grave limitar-se a 2/3, é possível o incremento “até o triplo”, considerados na escolha “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias”.

Portanto, ao entender que não era o caso de concurso material, e sim de continuidade delitiva, não cabia à Doutora Juíza de Direito optar entre a simples e a específica. Por se tratarem de duas tentativas de homicídio contra duas vítimas distintas, deveria aplicar o parágrafo único do art. 71 do Código Penal.

Outrossim, “os antecedentes do réu e os motivos e circunstâncias dos crimes” (excetuada aqui a não levantada hipótese de habitualidade criminosa) não servem como justificativa para o afastamento da continuidade delitiva e a aplicação do concurso material, somente devendo ser considerados, acaso já entendido pela continuidade delitiva específica, na escolha da fração.

Enfim, é preciso saber primeiramente se as tentativas de homicídio ocorreram com desígnios autônomos (caso de concurso material) ou se a segunda é mero desdobramento da primeira (hipótese de continuidade delitiva).

O Ministério Público descreveu adequadamente a dinâmica dos fatos:

Conforme exaustivamente demonstrado ao longo da persecução penal, logo após uma discussão com a Sra. Adair Ana Renus Barbieri, em razão de um aparelho de rádio que insistiu dela comprar pelo valor de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais), após ameaçar causar-lhe mal injusto e grave, o acusado Adriano Serpa de Lima retornou ao local denominado Bar do Mário, nesta cidade, armado com uma faca com aproximadamente trinta centímetros de lâmina, lá agindo de maneira intimidatória, simulando portar uma arma de fogo na mochila que carregava.

Frente à ação do réu e buscando afastá-lo do local, a vítima Mário Barbieri empunhou um taco de sinuca e desferiu um golpe na direção do acusado, tendo ele corrido por alguns metros.

Entretanto, ao realizar a manobra Mário Barbieri caiu ao chão, momento em que a também vítima Lino Leucir Hanauer correu em sua direção para auxiliá-lo, também caindo de bruços.

Neste momento, o apelado retornou e, com a faca que portava, golpeou Lino pelas costas, ferindo-o na região do pescoço. Mário, ao ver Lino ferido, investiu contra o acusado, que também o atingiu com golpes de faca nas regiões do abdome, costas e braço, todas do lado esquerdo do corpo (fls. 968-969).

Diante desse quadro, embora admita que “as condições de tempo, lugar e modo de execução sejam semelhantes em ambos os crimes contra a vida praticados”, o Ministério Público concluiu que “o requisito de ordem subjetiva autorizador do reconhecimento da continuidade delitiva não se encontra preenchido”, porque, “conforme apurado, o réu estava na iminência de investir contra Mário, quando então o deixou para atentar contra a vida de Lino, restando claro que as ações do réu trataram-se de desígnios absolutamente autônomos” (fls. 968-969).

Respeita-se esse entendimento, mas dele se discorda, por compreender-se que o caso dos autos encaixa-se perfeitamente na continuidade delitiva, uma vez que as duas tentativas de homicídio ocorreram justamente uma na sequência da outra, e uma por causa da outra, sem a existência de *animus necandi* autônomos.

Para que o instituto previsto no art. 71 do Código Penal seja reconhecido é necessária a pluralidade de condutas delituosas; que os crimes sejam da mesma espécie; e que exista identidade de circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, a ponto de se poder concluir que devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

A aplicação da referida causa especial de aumento de pena conduziu ao surgimento de três teorias para a sua conceituação. Na primeira, intitulada puramente subjetiva, o crime continuado caracterizar-se-ia, unicamente, pela unidade de propósito ou desígnios; na segunda, puramente objetiva, bastaria o exame de condições específicas, sem nenhuma aferição quanto ao intento do agente (elemento de ordem subjetiva); e na terceira, conhecida como mista ou objetivo-subjetiva, seria necessária a presença de elementos objetivos e a unidade de resolução para a caracterização da continuidade delitiva.

Atualmente, tanto parte da doutrina nacional quanto da jurisprudência sinalizam que o critério objetivo solitário não é suficiente para a aplicação do benefício, de modo a ser exigida a presença do liame subjetivo.

Nessa linha, nas palavras do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, “o reconhecimento do crime continuado – que afasta a incidência da regra do cúmulo material das penas – reveste-se de caráter excepcional, devendo, para os efeitos jurídico-penais dele resultantes, ficar plenamente configurado em todos os elementos e pressupostos que lhe compõem o perfil legal e a noção conceitual” (STF, RHC 118.460, j. 22.10.13), e, “ademais, a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal tem exigido, para a caracterização da continuidade delitiva, o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos” (STF, HC 108.012, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 19.8.14).

A tese é pacífica no Superior Tribunal de Justiça, conforme se colhe de deliberação da sua Sexta Turma:

“2. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos objetivos (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e de ordem subjetiva (unidade de desígnios), nos termos do art. 71 do Código Penal. 3. Isso porque, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou a teoria mista, pela qual a ficção jurídica do crime continuado exige como requisito de ordem subjetiva o dolo global ou unitário entre os crimes parcelares” (HC 477.102, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, j. 26.2.19).

Da Quinta Turma:

“O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incidível entre os crimes parcelares que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, a norma extraída do art. 71, *caput*, do Código Penal exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; III) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional); IV) e, por fim, adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista, a doutrina e jurisprudência inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido esses delitos subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente” (HC 490.707, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 21.2.19).

Não é diferente quando se trata de crimes dolosos contra a vida.

É relevante considerar que «a continuidade delitiva é ficção jurídica derivada de política criminal e se traduz em *favor rei* na medida em que objetiva à diminuição da pena” (STF, HC 108.221, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.4.13).

Os Tribunais Superiores orientam que a continuidade delitiva específica ou qualificada pode ser reconhecida quando se tratar de delitos dolosos contra a vida, pois ela se aplica “aos crimes dolosos continuados, contra vítimas diferentes, praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. Justamente por serem crimes violentos, atingindo bens personalíssimos, a pena merece tratamento mais severo que a continuidade simples (aplicável aos demais crimes) prevista no *caput* do art. 71 do CP” (STF, HC 162.793, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19.11.18).

Em mais de uma oportunidade o Supremo Tribunal Federal assim deliberou:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Continuidade delitiva e homicídio. Possibilidade. 3. Vítimas diferentes. Art. 71, parágrafo único, do CP. Continuidade delitiva específica. 4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, provimento negado (RHC 105.401, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.5.11).

Ainda:

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. Paciente condenado por três homicídios praticados em vinte e seis de janeiro no mesmo local e nas mesmas circunstâncias. Satisfeitos os requisitos do artigo 71 do Código Penal, impõe-se seja aplicada a regra concernente à continuidade delitiva, e não a que se refere ao concurso material. Ordem concedida (HC 93.367, Rel. Min. Eros Grau, j. 11.3.08).

Nesse sentido também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. CONSUNÇÃO DE DELITOS. UNIDADE DE DESÍGNIOS. NECESSIDADE. CONCLUSÕES DO JULGADO A QUO. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. 1. Para o reconhecimento da consunção de delitos, é necessária a presença de unidade de desígnios na prática das condutas, o que inexistiria na espécie. 2. Para a desconstituição do julgado com o objetivo de se aferir a presença das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da consunção, seria necessária a apreciação aprofundada dos fatos e provas que instruem o caderno processual, providência inadmissível na via do recurso especial, diante do óbice do Enunciado Sumular nº 7 desta Corte Superior de Justiça. TENTATIVAS DE HOMICÍDIO. CONDUTAS PRATICADAS EM UM MESMO CONTEXTO. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVO. APLICAÇÃO DA FICÇÃO JURÍDICA. CABIMENTO. INSURGÊNCIA PARCIALMENTE PROVIDA. 1. A figura prevista no art. 71 do CP é ficção jurídica criada para beneficiar o criminoso que, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras, os subsequentes podem ser considerados como continuação do primeiro, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticas (crime continuado homogêneo), ou a mais grave, se diversas (crime continuado

heterogêneo), aumentada, em qualquer hipótese, de 1/6 a 2/3 (crime continuado próprio). 2. Na hipótese dos autos, cometidos dois delitos da mesma espécie (tentativa de homicídio), em semelhantes condições de tempo (na saída de uma festa), lugar (estacionamento do evento) e maneira de execução (disparos de arma de fogo), torna-se evidente o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a aplicação da ficção jurídica do crime continuado, devendo incidir, na espécie, a regra do art. 71, parágrafo único, do CP, pois trata-se de crimes dolosos, cometidos contra vítimas diferentes, mediante violência à pessoa. 3. Agravo regimental parcialmente provido, operando-se o redimensionamento da pena (AgRg no AREsp 1.184.981, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.4.18).

E:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO CONSUMADO E HOMICÍDIO TENTADO. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. RECONHECIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. RECURSO PROVIDO. 1. O artigo 71, parágrafo único, do CP, admite o reconhecimento da continuidade delitiva, ainda que se trate de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, em desfavor de vítimas diferentes e bens personalíssimos. 2. Na espécie, evidenciado que os delitos cometidos pelo paciente foram derivados de desígnios absolutamente idênticos, motivados por acusação a ele direcionada de que seria o autor de crime de furto, tudo a demonstrar que os atos criminosos por ele realizados encontram-se entrelaçados, ou seja, tem vinculação fático-temporal, deve ser reconhecida e aplicada a regra do art. 71, parágrafo único, do CP. 3. Agravo regimental provido para reconhecer a continuidade delitiva, reduzindo-se a reprimenda do agravante para 17 anos e 4 meses de reclusão (AgRg no HC 303.217, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20.2.18).

Este Tribunal também já decidiu pela possibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva no crime de homicídio doloso:

REVISÃO CRIMINAL. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA (CP, ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO). UNIDADE DE DESÍGNIOS. DESAVENÇA ANTERIOR. ATENTADOS QUE OBJETIVAVAM A MORTE DA MESMA PESSOA. Deve ser reconhecida a continuidade específica qualificada entre três delitos de homicídio tentado se o agente tenta matar a vítima em razão de “desavença pretérita” em um dia, e dois dias depois, em duas ocasiões diferentes, atenta novamente contra a vida da mesma pessoa, ainda em razão do desentendimento anterior. Revisão deferida (Rev. Crim. 4010672-97.2016.8.24.0000, rel. este Magistrado, j. 28.3.18).

Assim, não se pode negar que a tentativa de homicídio praticada contra Mário Barbieri foi uma continuação da tentativa de homicídio levada a cabo contra Lino Leucir Hanauer.

Aliás, a ação que visou Lino Leucir Hanauer, possivelmente, nem teria acontecido se ele não tivesse ingressado na contenda para defender Mário Barbieri, alvo, ao que parece, inicialmente, único de Adriano Serpa de Lima.

Foi por conta da intervenção de Lino Leucir Hanauer, quando Mário Barbieri caiu ao solo, que o primeiro foi esfaqueado; e foi pela intervenção de Mário Barbieri, quando Lino Leucir Hanauer estava sendo esfaqueado, que Mário Barbieri também o foi.

Nesse contexto, julga-se que aconteceram dois crimes da mesma espécie, num único contexto fático, de modo que está configurada a continuidade delitiva.

A propósito, desta Segunda Câmara Criminal:

Os Tribunais Superiores reconhecem a possibilidade de aplicar a continuidade delitiva qualificada ao crime de homicídio se presentes os requisitos objetivos descritos no tipo (tempo, lugar, maneira de execução, delito subsequente como continuação do antecedente) mais o elemento subjetivo (desígnio autônomo). Assim, àquele que pratica 4 homicídios mediante pluralidade de ações e dos nexos temporal e circunstancial no que se refere ao local e ao modo de execução, com o objetivo de ficar impune de crime antecedente, deve ser reconhecida a continuidade delitiva qualificada (Ap. Crim. 0000432-34.2016.8.24.0060, deste relator, j. 19.2.19).

Diante disso, não é caso de reconhecer o cúmulo material da pena, como propõe o Ministério Público, mas de deve acolher parcialmente seus argumentos para aplicar aos fatos em debate a continuidade delitiva específica (em detrimento da simples), com agravamento da pena aplicada ao Acusado.

2.4.2. Por fim, deve ser aplicada a fração da continuidade delitiva específica sobre a pena mais grave de 8 anos e 2 meses de reclusão.

No crime continuado específico (CP, art. 71, parágrafo único), além do número de infrações, são levados em conta, por expressa previsão do dispositivo, “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias”. Em atenção a esses elementos é viável “aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo”.

Trata-se de entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça. Extrai-se da Quinta Turma:

A fração de aumento da continuidade delitiva específica, prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, é determinada pela associação dos elementos objetivos – quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa – e subjetivos, considerado o desvalor da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias do crime (AgRg no HC 506.187, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 6.6.19).

Da Sexta Turma:

1. Esta Corte Superior possui o entendimento de que, em se tratando de majoração de pena referente à continuidade delitiva comum, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de duas infrações; 1/5 para três infrações; 1/4 para quatro infrações; 1/3 para cinco infrações; 1/2 para seis infrações e 2/3 para sete ou mais infrações. 2. Já para a continuidade delitiva específica, a exasperação da pena deverá levar em conta não somente o número de crimes praticados, mas a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, por expressa previsão do art. 71, parágrafo único, do CP. 3. Se o réu praticou dois crimes previstos na Lei n. 12.850/2013, em continuação, incide o percentual de 1/6 (HC 486.118, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 19.3.19).

2. No caso dos autos, tendo em vista que os antecedentes não são abonadores (Adriano Serpa de Lima é duplamente reincidente) e que o motivo do delito é altamente reprovável (tanto que foi qualificado pela futilidade), além das circunstâncias concretas dos fatos (ataque a duas pessoas, uma delas idosa, por conta de um radinho de R\$ 35,00, em plena luz do dia e na presença de outras pessoas, e intenção prévia revelada pelo porte da faca), justifica-se a imposição da fração de 1/2.

Arbitra-se, portanto, a pena unificada de 12 anos e 3 meses de reclusão ao Acusado.

Tendo em vista a quantidade de pena, mantém-se o regime inicialmente fechado ao seu resgate (CP, art. 33, § 2º, “c”), sendo impossível a substituição da privativa de liberdade e a concessão de *sursis* (CP, arts. 44 e 77).

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento dos apelos aviados, pelo desprovento do deflagrado por Adriano Serpa de Lima e pelo parcial provimento do ajuizado pelo Ministério Público, para que a pena do Acusado seja aumentada para 12 anos e 3 meses de reclusão.

Para os fins do disposto nas Resoluções 44, 50 e 172 do Conselho Nacional de Justiça e no Provimento 29 da Corregedoria Nacional de Justiça, o nome do Acusado Adriano Serpa de Lima deve ser incluído, com fulcro no art. 1º, I, “e”, 9, da Lei Complementar 64/90, no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que implique Inelegibilidade (CNCIAI).

Apelação Criminal n. 0003943-63.2016.8.24.0020, de Criciúma

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. DUPLICATA SIMULADA (CP, ART. 172, *CAPUT*, POR 13 VEZES). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO.

1. DUPLICATA SIMULADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CRIME FORMAL. 2. ESTADO DE NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 24 DO CÓDIGO PENAL. 3. REDUÇÃO DA PENA (CP, ART. 24, § 2º). NÃO OCORRÊNCIA DE PERIGO ATUAL OU DE AUSÊNCIA DE ALTERNATIVA À PROTEÇÃO DO BEM. 4. ARREPENDIMENTO POSTERIOR (CP, ART. 16). RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO. VOLUNTARIEDADE. ESPONTANEIDADE. DANOS IMATERIAIS.

1. A duplicata simulada é crime formal que se perfaz com a emissão e circulação do título sem lastro na real prestação de serviços ou no fornecimento de produtos, não sendo necessária a ocorrência de prejuízo para a sua consumação.

2. Para o reconhecimento do estado de necessidade devem estar provados os requisitos previstos no art. 24 do Código Penal, dentre os quais a inexigibilidade de sacrifício do bem em risco, o perigo atual e a impossibilidade de evitá-lo de outro modo, não presentes no caso em julgamento, não sendo a ocorrência de simples dificuldades financeiras abrangida por este instituto.

3. Não tendo sido verificado o perigo atual nem a inexistência de alternativas à proteção do bem jurídico, não há de se falar na redução da pena com fundamento no disposto no § 2º do art. 24 do Código Penal, pois a norma somente permite o benefício caso presentes as demais circunstâncias do estado de necessidade, à exceção da exigibilidade do sacrifício do direito ameaçado, no tocante ao crime de duplicata simulada.

4. Deve-se reconhecer a ocorrência do arrependimento posterior se o acusado, antes do recebimento da denúncia, efetua todos os pagamentos referentes às falsas duplicatas emitidas, sendo aplicável a fração de redução de 1/3 se o arrependimento, embora voluntário, não foi espontâneo, e se a vítima foi submetida a diversos transtornos antes de remediada a situação.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. CORRIGIDO ERRO MATERIAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA E, DE OFÍCIO, RECONHECIDA A OCORRÊNCIA DA CONTINUIDADE DELITIVA POR 12 VEZES, E NÃO 13.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0003943-63.2016.8.24.0020, da Comarca de Criciúma (2ª Vara Criminal), em que é Apelante Marcos Damázio e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso; dar-lhe parcial provimento; corrigir erro material da sentença condenatória para fazer constar que a pena é de detenção; reconhecer, de ofício, que foram cometidos 12 crimes em continuidade; conceder a diminuição de pena, pelo arrependimento posterior; e fixar a pena em 2 anos, 2 meses e 20 dias de detenção, a ser resgatada em regime inicialmente aberto, e 10 dias-multa, cada qual arbitrado no mínimo legal, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na

prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária de valor equivalente ao do salário mínimo. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 10 de dezembro de 2019, os Excelentíssimos Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Norival Acácio Engel (Presidente).

Florianópolis, 11 de dezembro de 2019.

Sérgio Rizelo
Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de Criciúma, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Marcos Damázio, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 172, *caput*, do Código Penal, por treze vezes, em continuidade delitiva, nos seguintes termos:

Conforme narra o caderno indiciário, entre os meses de fevereiro de 2015 e janeiro de 2016, o denunciado Marcos Damázio, agindo como administrador e sócio proprietário de fato da empresa “Agro Avícola Sul Ltda.”, com sede na Avenida Santos Dumont, bairro São Luiz, nesta cidade, foi responsável pela emissão de treze duplicatas desprovidas de lastro comercial, ou seja, sem qualquer mercadoria negociada ou serviço prestado (fls. 67 e 69-80), em desfavor da empresa TDM Transportes e Distribuidora de Frios Ltda., títulos estes que posteriormente negociou com a empresa Credireal Assessoria e Fomento Comercial e Industrial, com a qual mantinham um contrato de fomento mercantil (fls. 85-86).

Juntou à incoativa, ademais, tabela que especifica as datas de emissão das duplicatas, incluindo os números das faturas em que pretensamente encontravam lastro, bem como os seus valores nominais (fls. 85-86).

Concluída a instrução, o Doutor Juiz de Direito julgou procedente a exordial acusatória e condenou Marcos Damázio à pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, e 16 dias-multa, arbitrados individualmente no mínimo legal, substituída a privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de valor equivalente ao do salário mínimo e prestação de serviços à comunidade, pelo cometimento do delito previsto no art. 172, *caput*, do Código Penal, por treze vezes (fls. 342-355).

Insatisfeito, Marcos Damázio deflagrou recurso de apelação (fl. 365).

Em suas razões, arguiu não ter ocorrido prejuízo à Vítima, bem como ter agido em estado de necessidade, culminando em sua imperiosa absolvição.

Subsidiariamente, pugnou pela aplicabilidade da causa de diminuição de pena consistente no arrependimento posterior, por ter efetuado o pagamento dos boletos referentes às duplicatas emitidas antes do recebimento da denúncia (CP, art. 16).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 390-396).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Paulo Antônio Günther, posicionou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 410-417).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

De início, verifica-se a ocorrência de erro material na sentença resistida, tendo em vista que o Doutor Juiz de Direito, ao estipular a pena, mencionou a de reclusão, e não a de detenção, de acordo com o preceito secundário do art. 172 do Código Penal.

Em vista do desacerto, cabe a correção, que se faz de ofício, para que conste na sentença resistida que o Recorrente foi condenado à pena de detenção.

1. No mérito, merece apenas parcial provimento o apelo.

Não foram objeto de recurso a comprovação da materialidade e da autoria dos fatos, motivo pelo qual se faz desnecessário o exame dessas questões, procedendo-se à estrita análise do pleito defensivo, em respeito à celeridade, à economia processual e ao princípio devolutivo.

O recurso trata apenas da motivação de Marcos Damázio quanto as suas ações (quando diz ter agido em estado de necessidade), apontando a inexistência de prejuízo à Vítima em razão das condutas.

Quanto à ausência de dano/prejuízo à Vítima, tem-se que isso não importa à consumação do crime, pois que ele é formal, verificando-se, pois, pela simples emissão e circulação do título de crédito sem lastro. Nas palavras de Cleber Masson:

Cuida-se de crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado: consuma-se com a simples emissão, com a colocação da fatura, da duplicata ou da nota de venda em circulação, dispensando a causação de prejuízo patrimonial à vítima (*Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 792).

Ainda, desta Corte:

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. DUPLICATA SIMULADA. ARTIGO 172 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. EMISSÃO DE TÍTULO SEM CORRESPONDENTE VENDA DE MERCADORIAS NEM EMISSÃO DE NOTA FISCAL. CONSUMAÇÃO. CRIME FORMAL. COLOCAÇÃO DA CÂRTULA EM CIRCULAÇÃO PARA DESCONTO. PREJUÍZO A TERCEIRO QUE

CONSTITUI MERO EXAURIMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA INEXISTENTE. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO. Agente que emite 176 (cento e setenta e seis) duplicatas mercantis que não correspondem à mercadoria vendida, comete o delito previsto no artigo 172, caput, do Código Penal. “Embora seja um título causal, não é a duplicata título representativo de mercadorias ou de serviços. Exige uma provisão determinada, que se consubstancia no valor da compra e venda de mercadorias ou da prestação de serviços, discriminados na fatura e na nota fiscal. Sem tal provisão a duplicata torna-se fria, constituindo-se em crime de estelionato previsto no art. 172 do Código Penal, por emissão de duplicata simulada” (Rogério Greco. Código Penal comentado. 5 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 534). A alegação de atipicidade da conduta pela inexistência de prejuízos a terceiros não prospera, porquanto o crime de duplicata simulada é formal, consumando-se no momento em que o título é colocado em circulação para desconto, sendo o eventual dano a outrem mero exaurimento (Ap. Crim. 2011.094576-0, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 27.6.13).

Daí porque a inocorrência de prejuízo não culmina na absolvição do Apelante.

2. Acerca da existência de motivo justificante ou exculpante dos atos do Recorrente Marcos Damázio, tampouco há como isso reconhecer, porque não foram preenchidos os requisitos do art. 24 do Código Penal, que permitiriam sua absolvição.

Para que se verifique o estado de necessidade é imprescindível que exista uma situação de necessidade, marcada pelo perigo atual a bem jurídico cujo sacrifício não é exigível, não provocado voluntariamente, que demande, inevitavelmente, a lesão a direito alheio de igual ou menor valor para sua preservação, sendo, ademais, proporcional o meio escolhido a tal fim.

No caso dos autos, ademais de não se ter demonstrado efetivamente a existência de perigo atual, ou que o Apelante era titular de direito cujo sacrifício não era exigível, é certo que o meio utilizado por Marcos Damázio, para amenizar suas dificuldades financeiras, não era o único que tinha à disposição para atingir aquele propósito.

Quando Interrogado em Juízo, Marcos Damázio afirmou que emitiu duplicatas “frias” porque a situação da sua empresa familiar [Agro Avícola do Sul Ltda.] era “muito difícil” e precisava de dinheiro para salvar seu negócio. Em resumo, a condição econômica da empresa agravou-se por motivo de alteração legislativa (que impediu a importação de galinhas a partir de outros Estados), bem como pela instalação, na região, de empresa concorrente de grande porte [a JBS S. A.], que tomou conta da maior parte dos fornecedores locais, diminuindo consideravelmente as suas possíveis fontes para aquisição de matrizes. Em razão disso, por necessidade financeira, emitiu duplicatas simulando a existência de crédito, descontou-as em uma empresa de *factoring*, quitando-as antes de seus vencimentos (mídia da fl. 224).

A Testemunha Carlos Roberto da Silva, que trabalhava como motorista da empresa (embora fosse sócio minoritário dela), disse não ter conhecimento da situação financeira do negócio nem saber da emissão de duplicatas simuladas, ratificando que a organização, assim como todas as outras do setor, foi afetada pela instalação da JBS S. A. na região, diminuindo de 20 para 6 o número de empregados em seus quadros (mídia da fl. 223).

Edevaldo Araújo, Testemunha também arrolada pela Defesa, confirmou que todas as empresas da região passaram por dificuldade por causa da instalação da JBS S. A., confirmando, também, a diminuição do número de empregados da empresa do Recorrente (mídia da fl. 223).

Jodenir Lourivaldo de Souza não soube especificar a situação do negócio do Apelante, apenas dizendo que sabia das suas dificuldades (mídia da fl. 223). O mesmo disse Marcos Antônio Brunelli (mídia da fl. 268).

Destaca-se que a simples alegação de que a empresa estava passando por dificuldade não importa o reconhecimento de que havia perigo atual ou iminente ao negócio porque, ainda que não se duvide das palavras do Recorrente Marcos Damázio, quanto ao encolhimento de seu empreendimento (até porque reverberado pelas Testemunhas que arrolou), isso não é o mesmo que dizer (e comprovar) que ele estava à beira da extinção, o que poderia ser demonstrado apenas pela análise contábil do empreendimento.

De todo modo, ainda que se houvesse comprovado o risco, é sabido que a simples “dificuldade econômica” não é abrigada pelo instituto do estado de necessidade. Sobre isso:

No estado de necessidade, o agente é compelido a praticar o fato típico, para afastar a situação de perigo atual ou iminente, involuntário e inevitável, capaz de afetar bem jurídico próprio ou de terceiro, cujo sacrifício é inexigível. Na dificuldade econômica supõe-se que o indivíduo deva conformar-se com a privação, porque não se cuida do suprimento de necessidade vital ou primária, ou, ainda que disso se trate, que lhe seja possível satisfazer a carência por meio de atividade lícita. Em qualquer das hipóteses não se justifica a lesão ao interesse de outrem. Destarte, a dificuldade econômica, inclusive com a miserabilidade do agente, não constitui estado de necessidade (MASSON, Cleber, *Código Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 195-196).

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça é firme ao decretar:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. ESTADO DE NECESSIDADE. QUESTÃO FÁTICA. I - A afetação da qualidade de vida, mesmo implicando em dificuldades financeiras, por si só, não preenche os requisitos do *status necessitatis* (art. 24 do C.P.). II - A verificação da situação fática supostamente pertinente impede o conhecimento do recurso especial (Súmula nº 07-STJ). Recurso não conhecido (REsp 499.442, Rel. Min. Félix Fischer, j. 24.6.03).

O fracasso de uma empresa familiar (tal qual, no contexto de qualquer família, a demissão de um empregado assalariado, a contração de dívidas inesperadas, a realização de um investimento infortunado), embora lamentável, é risco ao qual está sujeita, não havendo que se falar em direito do agente de dar sobrevida ao seu negócio pela violação de direitos alheios.

Não foi indicado, ademais, nenhum impedimento a que Marcos Damázio resolvesse (ou amenizasse) os seus problemas financeiros por meios lícitos, como a obtenção de empréstimos regulares (pois é certo que se utilizou das duplicatas forjadas como uma forma irregular de obter financiamento).

Afasta-se, então, a excludente aventada.

3. Não tendo sido verificado o perigo atual nem a inexistência de alternativas à proteção do bem jurídico, tampouco haverá de se falar na redução da pena com fundamento no § 2º do art. 24 do Código Penal, pois ele somente permite o benefício caso presentes as demais circunstâncias do estado de necessidade, à exceção da exigibilidade do sacrifício do direito ameaçado, que não é o que ocorreu nos autos.

Nesses termos, tampouco se constata a reduzida culpabilidade do Recorrente, pois ele poderia, sem empecilho (legal, fático ou moral), ter agido diversamente no caso dos autos.

Não obstante, há correção a ser realizada, de ofício, à sentença condenatória, pois que ela reconheceu a existência de 13 condutas ilícitas em continuidade delitiva (pela emissão de 13 duplicatas); no entanto, percebe-se da documentação da fl. 81 que a Vítima afirmou que um dos títulos de crédito juntados a estes autos diz respeito à prestação de serviços em sua empresa; ou seja, uma delas tem lastro, não sendo, pois, produto de crime. Isso, no entanto, não foi analisado na condenação.

Daí porque corrige-se a imputação, para que passe a constar que Marcos Damázio cometeu o crime previsto no art. 172, *caput*, do Código Penal por 12 vezes (de forma continuada), e não 13.

4. Ademais, é possível o reconhecimento da ocorrência de arrependimento posterior.

Isso porque, além de o Apelante ter afirmado que realizou todos os pagamentos referentes às falsas duplicatas emitidas, de modo a impedir a ocorrência de prejuízo à Vítima, antes mesmo do recebimento da denúncia, isso foi também reconhecido pela Ofendida, ao ser ouvida judicialmente.

Em Juízo, com efeito, Taís Zomer, proprietária da empresa contra quem as duplicatas “frias” haviam sido emitidas, disse que descobriu a ocorrência dos crimes ao receber uma ligação de cobrança que não correspondia a nenhuma nota fiscal emitida. Entrou, então, em contato com Marcos Damázio, e registrou boletim de ocorrência, sendo que logo foi “dada baixa” ao boleto de cobrança, e não resultou a sua empresa nenhum prejuízo financeiro (mídia da fl. 277).

Na fase administrativa, além disso, afirmou que as duplicatas vencidas foram pagas pelo Recorrente, apenas temendo que houvesse mais “duplicatas” que permaneceriam sem pagamento (fls. 6-7).

Apesar desse temor, todos os falsos títulos de crédito foram juntados nas fls. 68-80 dos autos, e disso se pode verificar que o último deles teria vencimento em fevereiro de 2016 (o que se fez antes do recebimento da denúncia, ocorrido em 13.7.17, nas fls. 87-88), não havendo cobrança posterior quanto a ele, porque quitado.

Dessa feita, considerando que o crime em mesa foi cometido sem grave ameaça ou violência, que a Vítima afirmou não ter sofrido prejuízo, que os vencimentos das dívidas ocorreram antes mesmo de proposta denúncia em desfavor de Marcos Damázio (concluindo-se então que foram

pagos em tempo), e que os pagamentos ocorreram de forma voluntária, é cabível o reconhecimento da causa de diminuição contida no art. 16 do Código Penal. Nesse sentido, é o entendimento pacífico deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. DUPLICATA SIMULADA EM CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. RÉU QUE ADMITIU NA FASE POLICIAL TER EMITIDO DUPLICATAS SEM FUNDAMENTO COMERCIAL. DECLARAÇÕES EM JUÍZO DANDO CONTA DE QUE EMITIU OS TÍTULOS SEM A OCORRÊNCIA DE TRANSAÇÃO COMERCIAL. PALAVRAS DO REPRESENTANTE DA VÍTIMA FIRMES E COERENTES NO SENTIDO DA INEXISTÊNCIA DE ORIGEM COMERCIAL DOS TÍTULOS. VENDAS NÃO COMPROVADAS PELO ACUSADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CPP. OCORRÊNCIA DE ACORDO FINANCEIRO ENTRE O RÉU E A VÍTIMA QUE NÃO IMPEDE A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. DELITO QUE SE CONSUMOU NO INSTANTE EM QUE OS TÍTULOS INDEVIDOS FORAM POSTOS EM CIRCULAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA. REPARAÇÃO DO DANO REALIZADA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECONHECIMENTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR. PENA REDUZIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA MODALIDADE RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA (Ap. Crim. 2009.000748-9, Rel. Des. Torres Marques, j. 26.5.09).

Deve Marcos Damázio, pois, ser beneficiado pelo instituto do arrependimento posterior.

Quanto à fração de diminuição a ser aplicada em favor do Recorrente pelo arrependimento, considera-se que ela deve ser adotada no mínimo legal de 1/3 porque, embora tenha sido voluntário o pagamento, não foi espontâneo, haja vista que houve interpelação da Vítima a Marcos Damázio para resolver a situação, o que enseja maior reprovação.

Ademais, apesar de ter sido ressarcido e prevenido o prejuízo patrimonial da Ofendida, esta afirmou que foi submetida a vários transtornos (com ligações de cobrança e, certamente, por ter que acionar a Polícia para registrar o ocorrido e resguardar-se de possível mácula à imagem de sua empresa), o que evidencia que houve, sim, consequências negativas imateriais à conduta do Apelante, estas que não foram, ao menos até o momento, reparadas ou compensadas.

Partindo à dosimetria e mantendo-se os demais critérios de fixação da sentença resistida (porque adotados no mínimo legal), chega-se à pena, para cada um dos crimes, de 1 ano e 4 meses de detenção e 6 dias-multa.

Tendo sido praticados 12 crimes, mantém-se o aumento da continuidade em 2/3, resultando na pena definitiva de 2 anos, 2 meses e 20 dias de detenção e 10 dias-multa.

O valor do dia multa permanece arbitrado no mínimo legal, assim como aberto o regime inicial de cumprimento de pena.

Da mesma maneira, determina-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária

de valor equivalente ao do salário mínimo. Em razão disso, bem como do *quantum* da reprimenda, é inviável a concessão do *sursis* (CP, art. 77, *caput* e III).

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso aviado por Marcos Damázio, corrigindo-se erro material da sentença condenatória; reconhecendo-se, de ofício, que foram cometidos 12 crimes em continuidade, e não 13; concedendo-se a diminuição da reprimenda pelo arrependimento posterior; e fixando-se sua pena em 2 anos, 2 meses e 20 dias de detenção, a ser resgatada em regime inicialmente aberto, e 10 dias-multa, cada qual arbitrado no mínimo legal, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária de valor equivalente ao do salário mínimo.

Para os fins do disposto nas Resoluções 44, 50 e 172 do Conselho Nacional de Justiça e no Provimento 29 da Corregedoria Nacional de Justiça, o nome do Acusado Marcos Damázio deve ser incluído, com fulcro no art. 1º, I, “e”, 2, da Lei Complementar 64/90, no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI).

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Agravo de Execução Penal n. 0010783-90.2019.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE SAÍDA TEMPORÁRIA, ANTE O NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. ALEGAÇÃO DE QUE O APENADO POSSUI BOM COMPORTAMENTO, ENCONTRA-SE NO REGIME SEMIABERTO E JÁ RESGATOU MAIS DE 1/6 DA REPRIMENDA. EXEGESE DO ART. 123 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. FALTA GRAVE HOMOLOGADA HÁ MAIS DE 02 (DOIS) ANOS. INEXISTÊNCIA DE NOTÍCIAS DE QUE O APENADO TENHA VOLTADO A TRANSGREDIR OS DITAMES DA EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE PERPETUAR A PUNIÇÃO. REQUISITO SUBJETIVO CUMPRIDO. DECISÃO REFORMADA PARA QUE SEJA CONCEDIDO O BENEFÍCIO DE SAÍDA TEMPORÁRIA AO APENADO.

“A prática de falta grave, ainda que cometida durante a fruição anterior do mesmo benefício, não pode obstar indefinidamente nova concessão. Tendo o apenado alcançado novamente o regime intermediário, auferido manifestações favoráveis do Estabelecimento Prisional e do órgão do Ministério Público e cumprido desde a interrupção mais de um ano e oito meses sem incidentes, permite a conclusão de que retomou o senso de responsabilidade e a ressocialização”. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0006146-67.2017.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 15.08.2017).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0010783-90.2019.8.24.0018, da comarca de Chapecó 3ª Vara Criminal em que é Agravante Emerson Muller Somensi e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de garantir o benefício de saída temporária ao apenado. Custas legais.

Tomaram parte na decisão os Exmos. Desembargadores Leopoldo Augusto Brüggemann e Júlio César M. Ferreira de Melo.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Desembargador Getúlio Corrêa.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes

Florianópolis, 26 de novembro de 2019.

Desembargador Ernani Guetten de Almeida

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Emerson Muller Somensi contra decisão da Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó que indeferiu o pedido de saída temporária ao agravante (fls. 19/20).

Insatisfeito, o apenado recorreu sustentando que cumpriu ambos os requisitos para a concessão da saída temporária, uma vez que a falta grave praticada pelo reeducando e utilizada como fundamento para negar a benesse ocorreu há pelo menos 01 (um) ano, ao passo que o apenado apresenta bom comportamento carcerário. Pugna, outrossim, pela reforma da decisão, a fim de que seja deferido o benefício da saída temporária (fls. 01/07).

Apresentadas às contrarrazões ao recurso às fls. 24/26.

A decisão agravada foi mantida à fl. 28.

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Procurador José Eduardo Orofino da Luz Fontes, pelo conhecimento e provimento (fls. 38/39).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso como próprio e tempestivo, deve ser conhecido. Quanto ao mérito, provido.

O agravante sustenta que preencheu o requisito subjetivo para a progressão a concessão de saída temporária, uma vez que praticou durante o resgate da reprimenda uma falta grave (fuga) há mais de 01 (um) ano, ao passo que no boletim penal mais recente, seu comportamento foi considerado bom.

Analisando detidamente os autos digitais, verifica-se que o apenado Emerson Muller Somensi cumpre penas que somadas totalizam 11 (onze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, já tendo cometido falta grave durante o cumprimento da pena em regime semiaberto, quando não retornou de saída temporária.

O agravante empreendeu fuga em 21.06.2017 e foi recapturado em 07.08.2018, ensejando a homologação de falta grave.

Cumprindo pena em regime semiaberto, o apenado pleiteou a benesse da saída temporária, ao passo que a Gerência de Execuções Penais do Presídio, manifestou-se favorável diante do bom comportamento carcerário do reeducando.

Pois bem, é cediço que para o deferimento da saída temporária, é necessário o preenchimento dos requisitos objetivo (cumprimento de, pelo menos, 1/6 (um sexto) da pena e subjetivo (bom comportamento carcerário, comprovado pela direção do estabelecimento prisional).

O requisito objetivo foi cumprido, uma vez que o apenado já resgatou mais de 1/6 da pena irrogada, necessários para o preenchimento da aludida condição.

No que tange ao requisito subjetivo, razão assiste ao agravante.

In casu, o relatório penal atesta que o apenado apresenta bom comportamento carcerário. Em que pese esta não seja a única informação que se leva em consideração para analisar o preenchimento do requisito subjetivo, pois é indispensável que se reconheça a capacidade do reeducando de se adaptar ao cumprimento da pena em liberdade momentânea e sem a vigilância estatal, verifica-se que nos últimos 12 (doze) meses não há notícias de que o apenado tenha transgredido o cumprimento das regras da execução penal.

Compulsando os autos verifica-se que o agravado frustrou os fins da execução penal uma única vez e que tal fato ocorrera em 21.06.2017, ou seja há mais de 02 (dois) ano, inclusive, na oportunidade teve o regime regredido após a homologação da falta grave.

Faz-se mister o sistema progressivo tem caráter reeducativo e possibilita ao condenado, de acordo com o mérito demonstrado durante a execução a concessão de benefícios. Contudo, não se pode perpetuar a punição de um erro, especialmente quando ocorrido há mais de 12 (doze) meses, sob pena de que o ato se transforme em arbitrariedade, sobretudo diante da ausência de notícias de que o agravante esteja descumprindo os fins da execução penal desde que retornou ao estabelecimento penal, motivo pelo qual se reconhece como preenchido o requisito subjetivo indispensável para a concessão da saída temporária.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

1) Agravo de Execução Penal n. 0008751-83.2017.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 30.11.2017:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE SAÍDA TEMPORÁRIA. INEXISTÊNCIA DE MÁCULA RECENTE CAPAZ DE IMPEDIR O RECONHECIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. DESCUMPRIMENTO PRETÉRITO DAS CONDIÇÕES DA MESMA BENESSE QUE NÃO PODE OBSTAR, INDEFINIDAMENTE, O SEU DEFERIMENTO. PREENCHIMENTO DO PRESSUPOSTO SUBJETIVO ELENCADE PELO ARTIGO 123, INCISO I, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REQUISITO OBJETIVO QUE DEVERÁ SER ANALISADO PELO MAGISTRADO A QUO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Para a concessão do benefício da saída temporária, nos termos do art. 123 da Lei de Execução Penal, mostra-se necessário o preenchimento do requisito objetivo, de ordem temporal, bem como do pressuposto de ordem subjetiva listado pela norma, referente ao bom comportamento carcerário. Nesse contexto, se não há informações, desde a data em que houve o descumprimento de uma das condições impostas ao benefício idêntico preteritamente concedido - há mais de 01 (um) ano e 09 (nove) meses -, de que o apenado não tenha se comportado de maneira satisfatória ou cometido falta grave, há de se concluir pelo cumprimento do requisito subjetivo elencado pelo art. 123 da Lei de Execução Penal.

2) Agravo de Execução Penal n. 0006146-67.2017.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 15.08.2017:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. SAÍDA TEMPORÁRIA. INDEFERIMENTO EM RAZÃO DA PRÁTICA DE CRIME DURANTE O GOZO DO MESMO BENEFÍCIO EM MOMENTO ANTERIOR. FALTA COMETIDA NO ANO DE 2013. FUNDAMENTO INSUFICIENTE À NEGATIVA. NOVA FALTA GRAVE EM 2015. FUGA. RETORNO AO ERGÁSTULO HÁ MAIS DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES, SEM NOTÍCIAS DE NOVOS INCIDENTES. ATESTADO DE BOM COMPORTAMENTO. PRESSUPOSTO SUBJETIVO PREENCHIDO. DETERMINAÇÃO PARA QUE O JUÍZO A QUO ANALISE O REQUISITO OBJETIVO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PROVIMENTO PARCIAL. A prática de falta grave, ainda que cometida durante a fruição anterior do mesmo benefício, não pode obstar indefinidamente nova concessão. Tendo o apenado alcançado novamente o regime intermediário, auferido manifestações favoráveis do Estabelecimento Prisional e do órgão do Ministério Público e cumprido desde a interrupção mais de um ano e oito meses sem incidentes, permite a conclusão de que retomou o senso de responsabilidade e a ressocialização.

3) Agravo de Execução Penal n. 0003451-43.2017.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, j. 29.06.2017:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERE SAÍDA TEMPORÁRIA COM FUNDAMENTO NO AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. INCONFORMISMO DA DEFESA. PRÁTICA DE FALTA GRAVE ANTERIOR CONSISTENTE NO DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO IMPOSTA PARA O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. FATO COMETIDO MAIS DE DEZ MESES ANTES E QUE JÁ ENSEJOU A REGRESSÃO DO REGIME. AUSÊNCIA DE NOTÍCIA SOBRE NOVAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES. HISTÓRICO CARCERÁRIO QUE ATESTA BOM COMPORTAMENTO. REQUISITO SUBJETIVO SATISFEITO. REQUISITO OBJETIVO CONSIDERADO PREENCHIDO PELA PRÓPRIA DECISÃO OBJURGADA. DEFERIMENTO DA BENESSE QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.

Portanto, preenchido o requisito subjetivo para a concessão de saída temporária, deve ser reformada a decisão do Togado, a fim de garantir ao apenado o direito ao benefício.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Este é o voto.

Agravo de Execução Penal n. 0003049-47.2019.8.24.0064, de São José

Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Bruggemann

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DA DEFESA CONTRA DECISÃO DE SOMA DE PENAS PELO CONCURSO MATERIAL. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CÓDIGO PENAL). CRIMES PRATICADOS PELO APENADO NA MESMA CIDADE (CAPITAL), COM MODO DE EXECUÇÃO SEMELHANTE (MEDIANTE CONCURSO DE AGENTES E NA MAIORIA COM EMPREGO DE ARMA). PRIMEIRO BLOCO. DOIS CRIMES DE ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS E LATROCÍNIO. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA BENESSE ENTRE OS ROUBOS E O LATROCÍNIO. ESPÉCIES DIVERSAS. SEGUNDO BLOCO. DUAS CONDUTAS DE ROUBO CIRCUNSTANCIADOS. LAPSO TEMPORAL ENTRE AS CONDUTAS SUPERIOR A 30 (TRINTA) DIAS. ADEMAIS, UNIDADE DE DESÍGNIOS NÃO VERIFICADA NAS DUAS SÉRIES DELITIVAS APONTADAS. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. OBSERVÂNCIA DA TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA ACOLHIDA PELA AMPLA MAIORIA DA JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA NESSE SENTIDO. EMPREITADAS DELITIVAS QUE, NA VERDADE, EVIDENCIAM A HABITUALIDADE CRIMINOSA. DECISÃO MANTIDA.

“Não se pode confundir habitualidade criminosa com continuidade delitiva; nesta o agente, após elaborar um plano, divide as ações, cometendo-as em condições semelhantes de tempo e lugar, visando atingir um objetivo único; naquela o infrator simplesmente faz o crime um meio de vida, praticando as condutas de forma indiscriminada, sem qualquer liame subjetivo” (Agravo de Execução Penal n. 0003806-75.2018.8.24.0064, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 06-12-2018).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0003049-47.2019.8.24.0064, da comarca de São José (Vara Regional de Execuções Penais) em que é Agravante Matheus Luiz da Conceição e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

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

O julgamento, realizado no dia 26 de novembro de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Getúlio Corrêa, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 2 de dezembro de 2019.

Desembargador Leopoldo Augusto Bruggemann
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Mateus Luiz da Conceição, assistido pela Defensoria Pública, contra decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da comarca de São José, que indeferiu a soma das penas que lhe foram impostas, com incidência da regra da continuidade delitiva (p. 326-331).

Pretende o agravante, em resumo, a unificação de condenações pelo reconhecimento da continuidade delitiva, nos moldes do art. 71 do Código Penal, em duas séries delitivas, a primeira, proveniente das ações penais ns. 0005110-14.2013.8.24.0023, 0011209-97.2013.8.24.0023 e 0019014-04.2013.8.24.0023 e, a segunda, das ações penais ns. 0011242-87.2013.8.24.0023 e 0009621-55.2013.8.24.0023.

Argumenta, quanto ao primeiro conjunto de condutas, que os três crimes de roubo consumados foram praticados num intervalo de 29 (vinte e nove) dias (fatos ocorridos em 06/01/13, 22/01/13 e 05/02/13), mediante concurso de agentes e emprego de arma, a fim de subtrair objetos alheios, com observância do último, no qual foi praticado latrocínio, em decorrência da morte de uma das vítimas.

Tocante ao segundo conjunto de condutas, alega que os 2 (dois) crimes de roubo consumados foram praticados num intervalo de 33 (trinta e três) dias, (fatos ocorridos em 06/09/2012 e 08/10/2012), mediante concurso de agentes e emprego de arma, a fim de subtrair bem alheio.

Salienta que há liame subjetivo entre as condutas, tendo em conta que ocorreram de forma reiterada e sequencial.

Aduz, assim, que os dois blocos de condutas trata-se de delitos da mesma espécie e ocorreram nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar de execução, preenchendo os requisitos necessários ao reconhecimento da continuidade delitiva.

Por fim, explana que a fração a ser adotada em razão da continuidade delitiva é de 1/5 (um quinto) em relação ao 3 (três) delitos e de 1/6 (um sexto) em relação aos outros dois crimes, observando-se o princípio da proporcionalidade e razoabilidade (p. 1-16).

Apresentadas as contrarrazões (p. 21-24) e, mantida a decisão agravada (p. 25), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Carvalho Roberge, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (p. 33-37).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Mateus Luiz da Conceição contra decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais da comarca de São José, que indeferiu a soma das penas que lhe foram impostas, com incidência da regra da continuidade delitiva.

O recurso é de ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Persegue a defesa a reforma da decisão hostilizada por argumentar, em apertada síntese, incidir sobre dois blocos de condutas, a ficção jurídica do crime continuado (art. 71 do CP).

Inviável. Explica-se:

Textua o art. 71 do Código Penal:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Para caracterização da continuidade delitiva, faz-se necessário o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios).

Ora, o crime continuado, ficção jurídica a qual pressupõe o prosseguimento da mesma conduta delituosa, não se confunde com crimes individuais cometidos seguidamente, mesmo que da mesma espécie, em condições de tempo, lugar e modo de execução diversos.

Diante disso, o entendimento majoritário no âmbito jurisprudencial e doutrinário acolhe a teoria objetivo-subjetiva para o reconhecimento do crime continuado, diferenciando-o da habitualidade criminosa. Mostra-se necessário, portanto, além do preenchimento do requisito objetivo, a comprovação da unidade de desígnios entre as condutas (requisito de ordem subjetiva).

Extrai-se da lição de Cleber Masson:

Há duas teorias no que diz respeito à necessidade de o crime continuado ser praticado pelo agente em unidade de desígnio: 1ª Teoria objetivo-subjetiva: Não basta a presença dos requisitos objetivos previstos no art. 71, caput, do CP. Reclama-se também a unidade de desígnio, isto é, os vários crimes resultam de plano previamente elaborado pelo agente. É a posição adotada, entre outros, por Eugênio Raúl Zaffaroni, Magalhães Noronha e Damásio E. de Jesus, e amplamente dominante no âmbito jurisprudencial. Esta teoria permite a diferenciação entre a continuidade delitiva e a habitualidade criminosa [...] (*Código Penal comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 354-355).

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONCURSO MATERIAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. DECISÃO FUNDAMENTADA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA PARA REEXAME DE PROVAS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. ORDEM DENEGADA.

1. A caracterização da continuidade delitiva exige, além da comprovação dos requisitos objetivos, a unidade de desígnios, ou seja, o liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos se apresentam entrelaçados, que a conduta posterior constitui um desdobramento da anterior.

2. Na hipótese, as instâncias ordinárias reconheceram que os dois crimes de tráfico, praticados num intervalo de três meses, foram cometidos com desígnios autônomos, com modus operandi diversos e em diferentes Estados da Federação, sendo, portanto, irrepreensível a conclusão de refutar a aplicação do art. 71 do Código Penal.

Entender diversamente, outrossim, implicaria acurada avaliação probatória, o que, na angusta via do habeas corpus, não se admite.

3. Não tendo sido demonstrada a ocorrência de delito continuado, a autorizar a unificação das penas, mostra-se inviável a concessão do benefício do livramento condicional, pela falta do preenchimento do requisito objetivo.

4. Ordem denegada. (HC 93.323/RS, rela Mina. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 03/08/2010).

Trilhando o mesmo caminho, é o entendimento deste Sodalício:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA - INDEFERIMENTO - RECURSO INTERPOSTO PELO APENADO. ALEGADA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE CRIMES DE ROUBO COMETIDOS EM CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO E LUGAR SEMELHANTES - INOCORRÊNCIA - ROUBOS QUE, EMBORA TENHAM COINCIDÊNCIA DE LUGAR E PROXIMIDADE DE DATAS, NÃO APRESENTAM LIAME SUBJETIVO - EMPREITADAS CRIMINOSAS QUE, EM VERDADE, EVIDENCIAM A HABITUALIDADE DELITUOSA, E NÃO A CONTINUIDADE, COM UNIDADE DE DESÍGNIOS. Não se pode confundir habitualidade criminosa com continuidade delitiva; nesta o agente, após elaborar um plano, divide as ações, cometendo-as em condições semelhantes de tempo e lugar, visando atingir um objetivo único; naquela o infrator simplesmente faz o crime um meio de vida, praticando as condutas de forma indiscriminada, sem qualquer liame subjetivo. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Execução Penal n. 0003806-75.2018.8.24.0064, de São José, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 06-12-2018 – grifou-se).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE DOIS PROCESSOS AUTÔNOMOS - CONDENAÇÕES POR CRIMES IDÊNTICOS - DELITOS DE ESTELIONATO - TODAVIA, HABITUALIDADE NA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO CONFIGURADA - DECISÃO MANTIDA.

“Para a caracterização da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos” (STJ, Min. Rogerio Schietti Cruz). “Consoante orientação desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, a reiteração indicativa de delinquência habitual ou profissional é suficiente para afastar a caracterização do crime continuado” (STJ, Min. Rogerio Schietti Cruz). [...] (Agravo de Execução Penal n. 0011800-69.2016.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 28/03/2017 – grifou-se).

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES, PELO EMPREGO DE ARMA E PELA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS (ART. 157, § 2º, INCISOS I, II E V, DO CÓDIGO PENAL). RECURSOS DEFENSIVOS. [...]

PRETENDIDA, POR DOIS DOS APELANTES, A INCIDÊNCIA DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO CABIMENTO. DELITOS DE MESMA ESPÉCIE E PRATICADOS EM CONDIÇÕES SEMELHANTES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO. AUSÊNCIA, TODAVIA, DO ELEMENTO SUBJETIVO. UNIDADE DE DESÍGNIO NÃO CARACTERIZADA. CONFIGURADA A DELINQUÊNCIA HABITUAL. REPRIMENDA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. [...] “O crime continuado não se confunde com habitualidade criminosa. Deve ser vedado o benefício quando o agente pratica uma série de delitos da mesma espécie, com manifesto propósito de reiterar na senda do crime e não de simplesmente desdobrar ou ampliar a conduta inicial (TJSC, Recurso de Agravo n. 2014.030690-5, de São José, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 10-06-2014)”. (TJSC - Recurso de Agravo n. 2014.087169-1, de São José, Rel. Des. Rui Fortes, j. em 02/06/2015). (Apelação Criminal n. 0003452-16.2013.8.24.0035, de Ituporanga, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 16/03/2017 – grifou-se).

Consoante se extrai dos autos, o recorrente pretende o reconhecimento da continuidade delitiva quanto a dois blocos de condutas, o primeiro refere-se a dois crimes de roubo circunstanciado e um latrocínio e o segundo a dois delitos de roubo circunstanciado.

No tocante à alegada primeira série de condutas perpetradas pelo agravante, vê-se, de início, a impossibilidade de ser reconhecida a continuidade delitiva entres os delitos de roubo e de latrocínio, já que são de espécies diversas, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Note-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO E LATROCÍNIO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Os delitos de roubo e latrocínio são de espécies diversas, o que torna impossível o reconhecimento da continuidade delitiva entre eles. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 496.986/MS, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 14/05/2019).

Em relação as duas condutas restantes de roubo circunstanciado, tem-se que, nos autos n. 0005110-14.2013.8.24.0023, os fatos ocorreram em 03/01/13 e 05/01/13, na Capital, e fora condenado

ao cumprimento da pena de 11 anos e 4 meses e 16 dias de reclusão, por infração ao disposto no art. 157, § 2º, I e II, c/c art. 61, inciso I, c/c art. 70, parágrafo único, todos do Código Penal, bem como nos autos n. 0011209-97.2013.8.24.0023, os fatos ocorreram em 22/01/13, na Capital, e fora condenado ao cumprimento da pena de 5 anos, 8 meses e 13 dias de reclusão, por infração ao disposto no art. 157, § 2º, II, c/c art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal.

Tocante a outra série de delitos de roubo circunstanciado, verifica-se que, nos autos n. 0011242-87.2013.8.24.0023, o fato ocorreu em 06/09/2012, na Capital, e fora condenado à pena privativa de liberdade de 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, por infração ao disposto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, bem como nos autos n. 0009621-55.2013.8.24.0023, os fatos ocorreram no dia 08/10/2012, na Capital, e fora condenado à pena privativa de liberdade de 7 anos e 4 meses de reclusão por infração ao disposto no art. 157, § 2º, I e II, c/c art. 70, ambos do Código Penal.

Como se vê, nos dois blocos delitivos apontados, os roubos circunstanciados praticados pelo acusado são da mesma natureza – contra o patrimônio –, e as condutas apresentam, como visto, circunstâncias de lugar e maneira de execução semelhantes, por terem sido praticadas na mesma cidade e em concurso de agentes e a maioria com emprego de arma de fogo.

Quanto ao requisito temporal entre as condutas, no primeiro bloco foram contabilizados 16 (dezesseis) dias entre os delitos de roubo, porém, no segundo, houve o decurso de 32 (trinta e dois) dias, ultrapassando o intervalo de 30 (trintas) dias entre as condutas, comumente adotado para o reconhecimento da continuidade delitiva.

De qualquer forma, entre um fato e outro nos dois blocos de condutas não há unidade de desígnios a permitir o reconhecimento da continuidade delitiva.

Analisando-se as duas condenações em cada série de condutas apresentadas pelo recorrente, conclui-se que a segunda conduta por ele praticada não se revela simples desdobramento da primeira, mas reiteração delitiva merecedora de punição mais rigorosa, o que evidencia a habitualidade criminosa, já que faz do ilícito, na verdade, um meio de vida.

Dessa maneira, acertada a decisão atacada ao considerar o concurso material e afastar, por conseguinte, a continuidade delitiva.

Portanto, mantém-se a decisão objurgada.

Em decorrência, vota-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o voto.

Apelação Criminal n. 0003489-98.2016.8.24.0015, de Canoinhas

Relator: Desembargador Getúlio Corrêa

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL DE DESTRUIÇÃO DE VEGETAÇÃO EM ESTÁGIO MÉDIO DE REGENERAÇÃO (LEI N. 9.605/98, ART 38-A, “CAPUT”, C/C ART. 53, II, “C”) – SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RECURSO DA DEFESA.

MÉRITO – PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – ACUSADO QUE REALIZA O CORTE DE MAIS DE UM HECTARE DE VEGETAÇÃO DE SUBBOSQUE DE FLORESTA OMBRÓFILA MISTA EM ESTÁGIO DE REGENERAÇÃO MÉDIO DO BIOMA MATA ATLÂNTICA – LASTRO PROBATÓRIO APTO A DEMONSTRAR A OCORRÊNCIA DO CRIME – PRESCINDIBILIDADE DO LAUDO PERICIAL – MATERIALIDADE SUBSIDIADA POR OUTROS ELEMENTOS COLHIDOS PELA AUTORIDADE AMBIENTAL – CONVÊNIO N. 9/2006 CELEBRADO ENTRE O MPSC E A SSP/SC DEVIDAMENTE OBSERVADO – DEPOIMENTO DE POLICIAL HARMONIOSO E UNÍSSONO, INCLUSIVE SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO

“A ausência de laudo pericial para demonstrar a materialidade do crime pode ser suprida pela existência de prova indubitável da destruição de árvores integrantes do Bioma Mata Atlântica” (ACrim n. 2009.003847-7, Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 19.04.2012).

ATIPICIDADE DA CONDUTA PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – DESCABIMENTO – PREVALÊNCIA DO BEM JURÍDICO TUTELADO (MEIO AMBIENTE) – CASO CONCRETO EM QUE DEMONSTRADA MAIOR REPROVABILIDADE DA AÇÃO.

A supressão de 1,26 hectares de mata atlântica representa significativo dano ao meio ambiente, cuja tutela é assegurada constitucionalmente (CF, art. 225), o que impede a aplicação do princípio da insignificância.

PLEITOS DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA - NÃO CONHECIMENTO – TUTELA JURISDICIONAL ENTREGUE NA SENTENÇA.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0003489-98.2016.8.24.0015, da comarca de Canoinhas (Vara Criminal) em que é Apelante: Miguel Wojciechowski Filho e Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso em parte e, nesta extensão, negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ernani Guetten de Almeida e Leopoldo Augusto Brüggemann.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Rui Arno Richter.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2019.

Desembargador Getúlio Corrêa
Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Miguel Wojciechowski Filho (56 anos à época dos fatos) pela prática, em tese, do crime ambiental previsto no art. 38-A, “caput”, c/c art. 53, II, “c”, ambos da Lei n. 9.605/98, em razão dos fatos assim narrados:

“Em data a ser esclarecida durante a instrução, sendo que até o dia 27 de julho de 2016, no imóvel rural situado na Localidade Santo Antônio, zona rural do Município de Major Vieira/SC, o denunciado destruiu vegetação secundária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica numa área de 1,26 hectares, sem autorização ou licença da autoridade competente.

Foram identificadas diversas espécies suprimidas, sendo elas: “canela” (*ocotea puberula*), “Carne de Vaca” (*clethra scabra* Pers), “mamica de cadela” (*Zanthoxylum rhoifolium*), “bugreiro” (*Lithraea brasiliensis* Marchand), “pimenteira” (*cinnamodendron dinisii schwanke*), “bracatinga” (*mimosa scabrela*), “cuvantã” (*cupânia vemalis*), “guamirim” (*myrcia multiflora*), pinheiro araucária (*araucária angustifolia*), Imbuia (*ocotia porosa*), entre outras. Destaca-se que asduas últimas estão arroladas pela Portaria n. 443/2014 do Ministério do Meio Ambiente como ameaçadas de extinção, sendo especialmente protegidas” (fls. 1-2).

Recebida a peça acusatória em 15.05.2017 (fl. 44), o denunciado foi citado (fl. 49) e ofertou resposta escrita (fls. 51-54), por intermédio de defensor constituído.

Após a instrução do feito, as partes apresentaram alegações finais oralmente (mídia de fl. 123).

Em seguida, sobreveio sentença (fls. 126-131), proferida pela Magistrada Marilene Granemann de Mello, donde se extrai da parte dispositiva:

“IV DISPOSITIVO Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE os pedidos constantes na denúncia para:

A) CONDENAR o acusado Miguel Wojciechowski Filho, já qualificado, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 ano e 2 meses de detenção, em regime aberto, por infração ao disposto no art. 38-A, c/c art. 53, II, “c”, ambos da Lei 9.605/98;

B) SUBSTITUIR a pena por prestação prestação de serviços à comunidade, em entidade pública, pelo prazo de duração da reprimenda, e recolhimento domiciliar entre as 22h as 07h em dias de semana e durante o período integral em feriados e finais de semana; e

C) CONDENAR o réu ao pagamento das despesas processuais (art. 804 do CPP). Entretanto, diante da situação econômica desfavorável, defiro-lhe o benefício da justiça gratuita e suspendo a exigibilidade das custas pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Valor mínimo de reparação de danos (art. 387, IV, CPP): apesar de haver pedido expresso na denúncia, inexistem elementos concretos para aferir o prejuízo eventualmente suportado pelo meio ambiente (art. 387, IV, do CPP e art. 20 da Lei 9.605/98)” (fl. 130).

Irresignado, Miguel Wojciechowski Filho apelou (fls. 136-142). Sustentou: **a)** sua absolvição, em razão da ausência de provas da materialidade ou por atipicidade da conduta (princípio da insignificância); **b)** a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; **c)** a concessão do benefício da justiça gratuita.

Houve contrarrazões (fls. 149-162) pela manutenção da sentença.

Em 25.09.2019, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, por parecer do Procurador de Justiça Paulo de Tarso Brandão, manifestou-se pelo conhecimento do recurso em parte e seu desprovimento (fls. 171-180).

Os autos retornaram conclusos em 01.11.2019 (fl. 181).

VOTO

1. Presentes os pressupostos legais, o recurso é conhecido somente em parte. Isso porque as pretensões de concessão do benefício da justiça gratuita e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos já foram concedidas ao réu na sentença, razão porque não há interesse recursal nestes pontos.

Na extensão em que conhecido, adiante-se, o voto é pelo desprovimento do recurso.

2. O réu foi denunciado pela prática, em tese, do crime ambiental assim tipificado na Lei n. 9.605/98:

“Art. 38-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade”.

“Art. 53. Nos crimes previstos nesta Seção, a pena é aumentada de um sexto a um terço se:

[...].

II - o crime é cometido:

[...].

c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração”.

Condenado, ele apelou. Sustentou, de início, sua absolvição por insuficiência de provas da materialidade, haja vista a inexistência de laudo pericial.

Sem razão.

Vale registrar, inicialmente, que a autoria não foi objeto de insurgência recursal. De toda maneira, anota-se, por cautela, que o acusado é proprietário do terreno (contrato particular de fls. 24-28) e ele próprio admitiu ter cortado algumas árvores com uma roçadeira, a fim de realizar o plantio de erva mate, muito embora alegue que suprimiu apenas as menores.

Cinge-se o recurso, portanto, à materialidade e esta exsurge segura da notícia de infração penal ambiental (fls. 4-11), auto de infração ambiental (fl. 12), termo de embargo (fls. 13-14), auto de constatação (fls. 15-19), bem como da prova oral colhida em ambas as fases.

Na notícia de infração ambiental elaborada pela Polícia Militar Ambiental foi consignado que o recorrente danificou “*vegetação nativa secundária em estágio médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica, atingindo vegetação ameaçada de extinção da espécie pinheiro araucária (Araucaria angustifolia) e Imbuia (Ocotea porosa), em uma área medindo 1,26ha (um vírgula vinte e seis hectares), sem autorização outorgada pela autoridade competente*” (fl. 4). O corte também atingiu espécies nativas como “*cataia, mamica de cadela, bugreiro, cerninho, canelas, cuvantã, Miguel pintado, caroba, bracatinga, pimenteira, guaçatonga, carne de vaca, guamirim, entre outras*” (fl. 5). Nas fotografias de fls. 9-10, é possível constatar o corte de araucária, imbuia, xaxim e outras espécies nativas, inclusive em risco de extinção.

A reforçar a notícia de infração ambiental, consta ainda o auto de constatação elaborado pelos policiais militares ambientais. Eles consignaram localizar-se a área em coordenadas classificadas pelo IBGE como Bioma Mata Atlântica. Ainda, registraram tratar-se de Floresta Ombrófila Mista, em “*estágios sucessionais do Bioma Mata Atlântica*” (fl. 15 e 16), predominantemente “*médio de regeneração*” (fl. 18). No local, foram observadas, cortadas, vegetação de sub-bosque deste bioma, de espécies nativas como “*cataia (Drimys brasiliensis Miers), mamica de cadela (Brasimum Gaudichaudii), bugreiro (Lithraea brasiliensis Marchand), canela qualcá (Ocotea puberula), cuvantã (Cupania vernalis), Miguel pintado (Malayba elaeagnoides Radlk.), caroba (Jacaranda puberula), Bracatinga (Mimosa scabrela), pimenteira (Cinnamodendron dinisii Schwanke), guaçatonga (Casearia sylvestris), carne de vaca (Clethra scabra Pers.), guamirim (Myrcia multiflora), Cafezinho do mato (Rudgea jasminoides), dentre outras*” (fl. 15). Ainda está registrado que área danificada, segundo levantamento realizado por GPS, foi de 1,26ha, como está demonstrado no croqui de fl. 16.

Conforme dispõe o art. 2º da Lei n. 11.428/2003:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se integrantes do **Bioma Mata Atlântica** as seguintes formações florestais nativas e ecossistemas associados, com as respectivas delimitações estabelecidas em mapa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, conforme regulamento: Floresta Ombrófila Densa; **Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias**; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; e Floresta Estacional Decidual, bem como os manguezais, as vegetações de restingas, campos de altitude, brejos interioranos e encraves florestais do Nordeste”.

Além de haver, no local, inclusive cortada, araucária, que é a espécie predominante da Floresta Ombrófila Mista, ainda se constatou outras espécies deste topo de floresta. O art. 3º, da Resolução n. 04/1994 do CONAMA, lista, como espécies indicadoras para fins de confirmar a classificação da floresta, a Bracatinga (em estágio avançado de regeneração) e o Cafezinho-do-mato (em estágio médio), ambas observadas no local do desmatamento, o que corrobora a conclusão do laudo pericial, no sentido de que a área é coberta por vegetação do Bioma Mata Atlântica em estágio médio (com espécies de avançado) de regeneração.

As provas documentais produzidas na etapa investigativa foram chanceladas, sob o crivo do contraditório, por declarações consistentes e seguras do policial militar ambiental Mário Sérgio Oleskovicz. O agente público participou da segunda fiscalização feita no local, quando constataram a supressão de vegetação de sub-bosque para plantio de erva mate. Explicou que o réu roçou toda vegetação mais jovem. A Floresta, como um todo, estava em estágio médio de regeneração. Esclareceu que, para determinar o estágio de regeneração da floresta, leva-se em conta diversos critérios e todas espécies. Enfatizou que houve dano ao meio ambiente, pois essas vegetações jovens substituem as mais antigas. Destacou que próprio acusado confessou o corte com uma roçadeira (mídia de fls. 123).

O policial militar Roberto Seidler Belmiro confirmou as informações do auto de constatação e destacou, após consultar as fotografias, que a vegetação estava em estágio médio de regeneração (mídia de fl. 88).

Neste ponto, salienta-se que o Ministério Público do Estado de Santa Catarina celebrou com a Secretaria de Segurança Pública e Defesa do Cidadão o Termo de Convênio n. 9/2006, datado de 12.12.2006, havendo a interveniência da Polícia Militar. O objeto de tal ajuste consiste no:

“Estabelecimento de um regime de mútua cooperação [...] visando o aperfeiçoamento da fiscalização e da repressão às infrações penais ambientais, com foco na prevenção, preservação, conservação e melhoria do meio ambiente e das ações de educação ambiental [...]”

Dentre as atribuições da Polícia Militar Ambiental, destacam-se:

“4. Proceder à lavratura da ‘NOTÍCIA DE INFRAÇÃO PENAL AMBIENTAL’ e do ‘TERMO CIRCUNSTANCIADO - TC’, relativo às infrações penais ambientais do seu conhecimento, bem como do ‘AUTO DE EXAME DO LOCAL E DE AVALIAÇÃO DO DANO AMBIENTAL’, nas infrações penais de resultado [...]”

Diante disso, admite-se a notícia de infração ambiental ou auto de constatação de autoria da Polícia Militar Ambiental para comprovação da materialidade dos delitos ambientais.

Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, colhe-se da jurisprudência deste TJSC:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. DESTRUIÇÃO DE VEGETAÇÃO NATIVA SECUNDÁRIA, EM ESTÁGIO MÉDIO DE REGENERAÇÃO, PERTENCENTE AO BIOMA MATA ATLÂNTICA, E USO DE MOTOSSERRA SEM LICENÇA (ARTS. 38-A, CAPUT, E 51, AMBOS DA LEI N. 9.605/98). SENTENÇA CONDENATÓRIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGAÇÃO DE RECOMPOSIÇÃO DO DANO E COLABORAÇÃO COM OS AGENTES ENCARREGADOS DA VIGILÂNCIA E DO CONTROLE AMBIENTAL. DÚVIDAS QUANTO À DESTRUIÇÃO DE VEGETAÇÃO PRIMÁRIA OU SECUNDÁRIA, EM ESTÁGIO AVANÇADO OU MÉDIO DE REGENERAÇÃO, DO BIOMA DA MATA ATLÂNTICA. AUSÊNCIA DE LAUDO. INDIFERENÇA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE PERMITE CONCLUIR PELA DESTRUIÇÃO DE MATA NATIVA, CONFESSADA PELO PRÓPRIO RECORRENTE. [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A ausência de laudo técnico não induz sumariamente o juízo absolutório quando, pelos demais elementos de prova, apurados pelos agentes que constatarem o ilícito ambiental, apontam para a ocorrência do ilícito, corroborados sobretudo pela confissão. [...]” (ACrim n. 2012.045936-5, Des. Ricardo Roesler, j. 04.12.2012).

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. DESTRUIÇÃO DE FLORESTA CONSIDERADA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E INCÊNDIO EM MATA OU FLORESTA, NA FORMA CULPOSA (ART. 38 E ART. 41, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DA LEI N. 9.605/98). PREFACIAL DE MÉRITO. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU/APELANTE EM RELAÇÃO AO DELITO TIPIFICADO NO ART. 41 DA LEI N. 9.605/98. PREJUDICIALIDADE DO RECURSO NESTE PONTO. MÉRITO. PLEITEADA A ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RÉU QUE REALIZA A DESTRUIÇÃO DE FLORESTA CONSIDERADA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, EFETUANDO O CORTE DE VEGETAÇÃO EM ESTÁGIO MÉDIO DE REGENERAÇÃO. CONFISSÃO JUDICIAL E DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS POLICIAIS QUE DEMONSTRAM A PRÁTICA DO CRIME. DOLO EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL QUE NÃO DESCARATERIZA O CRIME EM QUESTÃO. DELITO COMPROVADO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. [...]” (ACrim n. 2012.024706-9, Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 30.07.2013).

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL. DESTRUIÇÃO DE VEGETAÇÃO DO BIOMA MATA ATLÂNTICA (LEI N. 9.605/98, ART. 38-A). CORTE DE ÁRVORES. CONDENAÇÃO. APELOS DEFENSIVOS. PROVA DA MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA POR OUTRAS PROVAS. BOLETIM DE OCORRÊNCIA AMBIENTAL, LEVANTAMENTOS FOTOGRÁFICOS, RELATÓRIO TÉCNICO DE DESTRUIÇÃO AMBIENTAL E DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. ELEMENTOS SEGUROS ACERCA DO CORTE DE ÁRVORES QUE COMPÕE O BIOMA MATA ATLÂNTICA.

A ausência de laudo pericial para demonstrar a materialidade do crime pode ser suprida pela existência de prova indubitável da destruição de árvores integrantes do Bioma Mata Atlântica.

AUTORIA. PALAVRAS DOS POLICIAIS CORROBORADA PELAS AS DE TESTEMUNHAS. RECONHECIMENTO DOS RÉUS EM JUÍZO. APREENSÃO DE ÁRVORES CORTADAS QUANDO UM DOS RÉUS A TRANSPORTAVA. NEGATIVA DE AUTORIA SEM RESPALDO NOS AUTOS. CONDENAÇÕES MANTIDAS.

Não há falar em insuficiência de provas quando presentes nos autos elementos aptos a demonstrar, de forma inequívoca, a autoria do delito previsto no art. 38-A § da Lei n. 9.605/98, mormente diante do reconhecimento dos réus em audiência por testemunhas e da apreensão das árvores extraídas quando um dos apelantes as transportava.

[...]. RECURSO NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, REPRIMENDAS MINORADAS.” (ACrim n. 2009.003847-7, Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 19.04.2012).

O posicionamento da Corte Estadual encontra suporte no entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“Habeas corpus. Crime contra o meio ambiente. Lei nº 9.605/98. ‘Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental’. Exclusão de justa causa para o prosseguimento da ação penal não configurada. Ausência de materialidade. Reexame de provas. Inviabilidade. Precedentes.

1. A via estreita do habeas corpus não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova.
2. O trancamento de ação penal em habeas corpus impetrado com fundamento na ausência de justa causa é medida excepcional que, em princípio, não tem cabimento quando a denúncia ofertada narra fatos que, mesmo em tese, constituem crime.
3. Dessa forma, o fato de o paciente haver firmado ‘Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental’ e noticiado processo administrativo em curso consubstanciam circunstâncias insuficientes para, de plano, excluir a tipicidade da conduta imputada ao réu.
4. De igual maneira, a ausência de laudo pericial não é suficiente para trancar a ação penal que assenta a materialidade do evento em outros elementos de prova.
5. No caso concreto, as teses de atipicidade da conduta e de ausência de dano ambiental, demandando exame aprofundado de provas, devem ser analisadas em sua sede própria: a sentença no processo de conhecimento. 6. *Habeas corpus denegado.*” (HC n. 86.361, Min. Menezes Direito, j. 16.10.2007 - grifou-se).

Nesse contexto, está bem demonstrada a materialidade.

3. A tese de atipicidade da conduta, em razão da sua insignificância, também não merece acolhimento.

A conduta só será materialmente típica quando houver uma proporção entre a gravidade da ação realizada e a necessidade da intervenção estatal por meio do direito penal. Sobre o tema, colho da doutrina:

“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” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Saraiva. 14. ed. São Paulo, 2009. v. 1, p. 21).

É por isso que a aplicação do princípio da bagatela deve ocorrer com vistas ao caso concreto, levando em conta critérios objetivos e subjetivos da conduta, sob pena de enfraquecer o respaldo do Estado na persecução penal.

Para a incidência do princípio da insignificância devem estar presentes, “*cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada*” (STF, HC n. 120043, Min. Luiz Fux, j. 19.11.2013).

A hipótese vertente é de crime ambiental e, como sabido, o meio ambiente consiste em direito fundamental e recebe proteção constitucional (CF, art. 225). Por isso, a aplicação do princípio da insignificância é excepcional, apenas quando o dano for mínimo, inexpressivo. No caso concreto, no entanto, houve considerável dano ao meio ambiente. Foi suprimida vegetação de sub-bosque de 1,26ha de Floresta Ombrófila Mista em estágio médio de regeneração do bioma Mata Atlântica. De mais a mais, o fato de, passados dois anos, a vegetação, provavelmente, já ter regenerado-se, de maneira alguma afasta a ocorrência do dano causado à época do corte. Em hipótese semelhante, esta Câmara assim julgou:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ARTIGO 38-A DA LEI N. 9.605/98. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO QUANTO À PENA DE MULTA APLICADA ISOLADAMENTE À PESSOA JURÍDICA. LAPSO ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERIOR A 2 ANOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE. EXEGESE DOS ARTIGOS 107, IV E 114, II, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE EVIDENCIADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A DESTRUIÇÃO DE VEGETAÇÃO SECUNDÁRIA, EM ESTÁGIO AVANÇADO DE REGENERAÇÃO, DO BIOMA MATA ATLÂNTICA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL SUPRIDA PELAS DEMAIS PROVAS, APTAS A CONFIGURAR AS ELEMENTARES DO TIPO. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS EM HARMONIA COM AUTO PERICIAL ELABORADO PELA POLÍCIA MILITAR AMBIENTAL, O QUAL ESPECIFICA AS CARACTERÍSTICAS DA VEGETAÇÃO SUPRIMIDA, EM CONFORMIDADE COM A RESOLUÇÃO 04/94 DO CONAMA, E VASTO LEVANTAMENTO FOTOGRÁFICO. PRETENSÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE NO CASO. EXPRESSIVO DANO AMBIENTAL E REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO INCOMPATÍVEIS COM O CRIME DE BAGATELA. VETORES ESTIPULADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO SATISFEITOS. “É *cedição que, conforme determina a norma prevista no art. 225, caput, da CF/88, o meio ambiente constitui direito fundamental difuso, pertencente à coletividade, cuja extensão abrange as presentes e futuras gerações, a ponto de pressupor sua exploração racional e fiscalização efetiva do Poder Público. Assim sendo, se o legislador houve por bem criminalizar certas condutas atentadoras ao ambiente, assim o fez por entender insuficiente a reprimenda administrativa. Logo, a possibilidade de aplicação da insignificância nessa seara fica restrita a condutas isoladas que não lesionem expressivamente o meio ambiente, afastando-se sua aplicabilidade em hipóteses que revelem efetivo desprezo pelo bem jurídico tutelado pela norma.*” (Apelação Criminal n. 2009.055754-4, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 19-04-2011). PLEITO DE RESTITUIÇÃO DE PARTE DA MADEIRA APREENHIDA. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA ORIGEM LÍCITA DO BEM. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO E, DE OFÍCIO, RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL QUANTO À PENA DE MULTA” (ACrim n. 0000516-37.2011.8.24.0019, Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 26.01.2016).

Não há se falar, portanto, em atipicidade da conduta. Mantem-se, assim, a condenação.

4. Naquilo que diz com a dosimetria da pena, não há reparos a se realizar na decisão objurgada. A pena-base foi fixada no mínimo legal. Na segunda fase, houve reconhecimento de duas atenuantes, porquanto o acusado colaboração com os agentes durante a fiscalização (Lei n. 9.605/98, art. 14, IV) e confessou a autoria da supressão da vegetação (CP, art. 65, III, “d”). Por outro lado, inviável a incidência dos efeitos das atenuantes, a teor da Súmula n. 231 do STJ. Ao final, está presente a causa de aumento prevista no art. 53, II, da Lei n. 9.605/98, na razão de 1/6, uma vez que houve supressão de espécies ameaçadas de extinção (*araucária, imbuia e xaxim*).

Com isso, mantem-se a pena de 1 anos e 2 meses de detenção, em regime inicialmente aberto (CP, art. 33, § 2º, “c”), substituída por duas restritivas de direito, correspondentes à prestação de serviços à comunidade e recolhimento domiciliar, nos termos da sentença.

5. À vista do exposto, vota-se pelo conhecimento do recurso em parte e, nesta extensão, seu desprovimento.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Agravo de Execução Penal n. 0003201-27.2019.8.24.0022

Relator: Desembargador Zanini Fornerolli

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – INDEFERIMENTO DE TRABALHO EXTERNO – RECURSO DO APENADO.

PLEITO DE AUTORIZAÇÃO DO TRABALHO EXTERNO – INVIABILIDADE – REQUISITOS SUBJETIVOS QUE NÃO RESTAM PREENCHIDOS – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DISCIPLINA E RESPONSABILIDADE POR PARTE DO APENADO – REEDUCANDO QUE COMETEU NOVO DELITO POUCO MAIS DE DOIS MESES APÓS SER POSTO NO REGIME MENOS BRANDO – LATENTE FALTA DE RESPONSABILIDADE E COMPROMETIMENTO COM A RESSOCIALIZAÇÃO – RECENTE INGRESSO NO REGIME SEMIABERTO – NECESSIDADE DE SE AGUARDAR MAIOR TEMPO PARA ANÁLISE DO COMPORTAMENTO CARCERÁRIO NO NOVO REGIME – DECISÃO QUE NÃO MERECE REPAROS.

O benefício do trabalho externo é garantido aos apenados que resgatam a reprimenda em regime semiaberto, sendo, no entanto, necessário para seu deferimento o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva (cumprimento mínimo de 1/6 da pena) e subjetiva (disciplina e responsabilidade do acusado), de forma que, ausente qualquer um dos requisitos, é de rigor o seu indeferimento.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0003201-27.2019.8.24.0022, da comarca de Curitiba Varas Regionais de Execução Penal em que é Agravante Rubens Antônio Costa e Agravado 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 nesta data, o Exmo. Des. Alexandre d'Ivanenko, presidente com voto, e o Exmo. Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador ZANINI FORNEROLLI
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto por Rubens Antonio Costa, por meio de seu defensor constituído, contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito Juliano Schneider

de Souza, atuante da Vara Regional de Execução Penal da Comarca de Curitiba, que, nos autos n. 0001655-63.2017.8.24.0035, indeferiu o pedido de trabalho externo diante da ausência do preenchimento do requisito de ordem subjetiva.

Nas suas razões recursais, sustenta a necessidade de reforma da decisão. Para tanto, aduz que o requisito resta preenchido, uma vez que desde que retornou ao ergástulo para cumprir sua reprimenda no regime semiaberto não há qualquer notícia nos autos de que tenha ofendido os fins da execução penal. No mais, sustenta que, mesmo sendo de sua propriedade a empresa empregadora, foi justamente esse o local em que sempre exerceu seu labor e assim manteve o sustento familiar.

Nas contrarrazões, pugnou-se pela manutenção do *decisum* (fls. 21-27).

Em juízo de retratação, a decisão foi ratificada (fl. 28).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil, manifestando-se pelo conhecimento desprovimento do recurso (fls. 34-37).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto por Rubens Antonio Costa, por meio de seu defensor constituído, contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito Juliano Schneider de Souza, atuante da Vara Regional de Execução Penal da Comarca de Curitiba, que, nos autos n. 0001655-63.2017.8.24.0035, indeferiu o pedido de trabalho externo diante da ausência do preenchimento do requisito de ordem subjetiva.

Nas suas razões recursais, sustenta a necessidade de reforma da decisão. Para tanto, aduz que o requisito resta preenchido, uma vez que desde que retornou ao ergástulo para cumprir sua reprimenda no regime semiaberto não há qualquer notícia nos autos de que tenha ofendido os fins da execução penal. No mais, sustenta que, mesmo sendo de sua propriedade a empresa empregadora, foi justamente esse o local em que sempre exerceu seu labor e assim manteve o sustento familiar.

O mérito da insurgência, adianta-se, não comporta provimento, visto que o pronunciamento combatido, porquanto resolveu com maestria a discussão, merece ser mantido incólume por seus próprios e exatos fundamentos.

Conforme prevê o art. 37 da LEP, a prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade do condenado, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

Da análise dos autos, é possível verificar que o reeducando restou condenado à pena de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por infração ao art. 155, § 4º, I, III e IV, e ao art. 311, na forma do art. 69, todos do Código Penal. Em 10.01.2019 (fls. 377-378 do PEC) progrediu para o regime aberto, regime no qual permaneceu até o dia 27.03.2019, oportunidade na qual foi preso

em flagrante diante do cometimento de novo crime doloso. Com isso, após a instauração do PAD, no dia 16.09.2019 (fls. 453-455 na origem) o juízo da execução reconheceu a falta grave cometida pelo ora agravante e aplicou as sanções penais cabíveis, entre elas a regressão definitiva do regime prisional para o semiaberto. Na sequência, em 08.10.2019 (fls. 488-492 do PEC), formulou pedido de trabalho externo, mais precisamente na empresa de sua propriedade, pleito que restou indeferido pelo magistrado *a quo* (fls. 511-512). Irresignado, interpôs o presente recurso.

Na espécie, embora em o Gerente do Presídio Regional de Lages tenha atestado que o apenado mantém um bom comportamento carcerário desde a sua regressão de regime (fl. 463 na origem), o fato de ele ter cometido novo crime doloso assim que ingressou no regime aberto, ou seja, justamente quando ficou sem uma maior fiscalização estatal, reflete a falta de seu comprometimento para com a ressocialização, razão pela qual a decisão do juízo não merece reparo, mas sim aplausos!

Não bastasse, importante ainda salientar que, conforme acentuado pelo togado no momento do indeferimento do requerimento, a empresa que o reeducando almeja laborar é de sua propriedade, conjuntura que dá margem para duvidar do real cumprimento do trabalho, já que o sentenciado ficaria isento de qualquer fiscalização e controle.

Não fosse isso tudo suficiente, é certo que o apenado acabou de retornar para o regime semiaberto (regressão definitiva em 16.09.2019), de modo que, quando do pedido de trabalho externo - formulado em 08.10.2019 -, pouco havia cumprido do novo regime. Deve-se, obviamente, aguardar o transcurso de algum tempo, avaliar seu comportamento no novo regime, quando, então, se poderá ter uma melhor análise do contexto geral.

Por fim, vale consignar que o indeferimento do trabalho externo não significa que o reeducando não possa trabalhar internamente na Unidade Prisional, em serviço disponibilizado por empresa conveniada.

Ante o exposto, o voto é pelo desprovimento do recurso.

Este é o voto.

Recurso Em Sentido Estrito n. 0000586-80.2017.8.24.0007

Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INCIDENTE DE FALSIDADE DOCUMENTAL. PRÁTICA, EM TESE, DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE, LESÃO CORPORAL E DISPARO DE ARMA DE FOGO. IMAGENS EXTRAÍDAS DE SISTEMA DE MONITORAMENTO DE ESTABELECIMENTO PARTICULAR EM QUE OCORRERAM OS FATOS ILÍCITOS. SUSCITADA A EDIÇÃO DOS VÍDEOS PELOS OFENDIDOS COM CORTES ESPECÍFICOS E DELIBERADOS. POSSÍVEL SUPRESSÃO DE TRECHO INICIAL EM QUE LEGITIMARIA A AÇÃO DOS ACUSADO, AGENTES DA POLÍCIA CIVIL. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE EDIÇÃO E/OU ADULTERAÇÃO DAS IMAGENS. PERÍCIA QUE NÃO SE MOSTRA ÚTIL E NECESSÁRIA. PROVA ACOIMADA DE ILÍCITA PELA DEFESA. VÍCIO NÃO DETECTADO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito n. 0000586-80.2017.8.24.0007, da comarca de Biguaçu Vara Criminal em que são Recorrente Isaias Oliveira da Silva e outro e Recorrido Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 12 de dezembro de 2019, teve a participação dos Exmos. Srs. Des. José Everaldo Silva e Des. Zanini Fornerolli. Funcionou, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2019.

Alexandre d'Ivanenko
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Isaias de Oliveira da Silva e Fábio Carminati da Silva, inconformados com a decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal da comarca de Biguaçu, que julgou improcedente o incidente de falsidade documental referente a vídeos anexados aos autos da ação penal n. 0002685-57.2016.8.24.0007, na qual figuram na qualidade de reús.

Em síntese, argumentaram que as imagens do circuito interno de vigilância do estabelecimento privado onde teriam ocorrido os delitos que estão sendo acusados foram editadas e suprimidos os minutos iniciais em que seria possível comprovar a discussão prévia entre os requerentes e as

vítimas, inclusive os disparos de arma de fogo que seria o motivo que legitimou toda a ação policial ora questionada, por se tratar de estrito cumprimento do dever legal.

Ao final, então, requereram o provimento do recurso, para se determinar a realização de perícia nas gravações das imagens do circuito interno de segurança, reconhecendo-se a falsidade material com o conseqüente desentranhamento desse material dos autos, por tratar-se de prova ilícita, inclusive determinando-se a apuração da responsabilidade criminal dos falsários (pp. 52-65).

Com as contrarrazões (pp. 70-78), e mantida a decisão impugnada por seus fundamentos em atenção ao previsto no art. 589 do Código de Processo Penal (p. 79), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther, manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do recurso (pp. 86-90).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso há de ser conhecido, e inexistindo preliminares a serem debatidas, nem mesmo de ofício, passa-se à análise do mérito.

Colhe-se destes autos que os recorrente **Isaías de Oliveira da Silva e Fábio Carminatti da Silva**, inconformados com a decisão proferida pelo Juízo da Vara Criminal da comarca de Biguaçu, que julgou improcedente o incidente de falsidade documental referente a vídeos anexados aos autos da ação penal n. 0002685-57.2016.8.24.0007, insistem na realização de perícia nas imagens captadas pelo sistema de monitoramento no local dos fatos, para possível confirmação de edição, adulteração e/ou supressão de trechos e, assim, invalidarem tal prova, excluindo-a dos autos da ação principal.

Bem se sabe, o incidente de falsidade, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima, “*visa garantir a formação legítima de prova documental produzida no curso da persecução penal, evitando que a busca de verdade seja distorcida em virtude de documento falso apresentado por uma das partes. Consiste o incidente de falsidade, assim, em um procedimento incidental destinado à verificação da autenticidade e veracidade do documento inserido nos autos do processo criminal, sobre as quais haja controvérsia*” (Manual de Processo Penal. 7 ed. Salvador: *Juspodivm*, 2019, p. 1214).

Nesse sentido, melhor contextualizando, percebe-se que a irresignação da defesa dos recorrente diz respeito aos momentos iniciais dos fatos narrados na denúncia, em que, segundo alega, a ação teria se desenrolado a partir de disparos de arma de fogo por uma das vítimas, o que teria legitimado o ingresso no domicílio dos ofendidos e os atos subsequentes, sob o manto da excludente de ilicitude do estrito cumprimento de dever legal (art. 23, inc. III, do Código Penal).

A esse respeito, convém salientar que, embora os ofendidos tenham registrado boletim de ocorrência na comarca do local dos fatos, isto é, em Biguaçu, as imagens do sistema de circuito interno do estabelecimento onde se desenrolaram os fatos foram entregues diretamente à Corregedoria-

Geral da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, mediante um *pen drive*, que, a partir desse material e relatos, instaurou sindicância preparatória (autuada sob o n. 486/2016).

Oportunamente, porém ao contrário do alegado pela defesa, esses vídeos foram anexados aos autos principais, em 29-11-2016 (p. 303), ou seja, alguns dias após os fatos, ocorridos em 5-11-2016.

Registre-se que, atendendo a determinação judicial, a emissora Grupo RIC também apresentou a matéria jornalística que veiculou as imagens (p. 338), as quais evidentemente foram editadas.

Anote-se também que, atendendo a requerimento da defesa e com a concordância do Ministério Público, o Juízo *a quo* determinou a busca e apreensão do aparelho eletrônico responsável pela captação de imagens (p. 144 dos autos principais), sem, contudo, obter êxito, uma vez que a vítima Jairo Simones informou que havia destruído o equipamento por medo de represália (p. 154), o que foi efetivamente verificado durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão pela autoridade policial (p. 194).

Nesse contexto, desde logo é visível a falta de utilidade em se determinar a realização de possível perícia, uma vez que não mais se tem o equipamento responsável pela captação de imagens. Ele foi destruído e/ou danificado, como certificado nos autos.

Para além disso, examinando detidamente os 5 (cinco) vídeos anexados aos autos (p. 357), não há suspeitas de que tenham sido adulterados, modificando os fatos ali veiculados. Na verdade, é evidente que foram suprimidas as imagens anteriores e posteriores aos fatos apurados na ação penal n. 0002685-57.2016.8.24.0007, mesmo porque não interessa à investigação situações privadas do dia a dia dos ofendidos.

Com especial enfoque às imagens cuja autenticidade se discute, os fatos visualizados vão ao encontro dos depoimentos prestados pelas vítimas na fase indiciária e oportunamente ratificados sob o crivo do contraditório, e também dos laudos periciais referentes aos disparos de arma de fogo e lesões corporais.

Nada destoia, senão o inconformismo dos recorrente com dito material probatório, que, diga-se de passagem, esclarece sobremaneira os fatos delituosos.

Aliás, cumpre destacar que os recorrentes também relatam fatos semelhantes, evidentemente afastando a ilicitude, mormente porque defendem a ocorrência ato ilícito prévio gerador da “ação policial” (possível flagrante de crime de disparo de arma de fogo por uma das vítimas).

Desse modo, a controvérsia não estaria propriamente em adulteração das imagens, mas sim na supressão dos momentos anteriores e posteriores à ação dos recorrentes no local dos fatos.

Nesse aspecto, relevante consignar que os recorrentes não impugnaram objetivamente o trecho que entendem adulterado e/ou modificado pelas vítimas, limitando-se em apontar inconsistências no vídeo 004 no tocante ao horário registrado no canto superior do vídeo.

No ponto, o Juízo *a quo* muito bem resolveu a questão, afastando a ocorrência de qualquer vício (*falsum*) nas imagens, merecendo tal excerto da decisão recorrida ser transcrita, adotando-se, inclusive, como razão de decidir (pp. 43-44):

Em apenas um deles, com numeração inicial “004”, existem dois “pulos”. O primeiro, de oito segundos, entre 20:45:32 e 20:45:40 (horário que consta no canto superior direito). O segundo, de dezoito segundos, entre 20:47:43 e 20:48:01. A respeito, aliás, afirmaram os requerentes que “existe um corte descaradamente mal feito, no vídeo que é apresentado dos fundos do local dos fatos, onde são cortados cerca de 30 segundos, onde pode aparecer parte do enfrentamento para com os policiais ou mesmo o momento em que é escondida a arma utilizada pelos mesmos na efetivação do crime que motivou a entrada na residência” (pp. 34-35). Observadas bem as cenas, percebe-se que os “cortes” – facilmente perceptíveis – praticamente não suprimem material nenhum. No primeiro deles, nota-se a aproximação do réu Isaías e de algumas vítimas, na cena em que uma delas acaba indo ao chão e aparentemente leva um chute, sendo tal cena complementada e abarcada em parte, inclusive, pela câmera “002”. No segundo “pulo”, Isaías está bem no centro da tela, e uma vítima está caída, e logo em seguida aparecem mais para cima do vídeo, o que corresponde, geograficamente, à frente da propriedade da vítima.

Não há que se falar que, nesses momentos, a suposta arma das vítimas tenha sido ocultada, porque em ambos as vítimas estão sob vigilância direta dos réus, em plena interação. É evidente que a ocultação teria que se dar bem antes da chegada dos réus ao fundo do terreno, no máximo nos momentos seguintes à entrada deles no terreno.

Tirando isto, todas as câmeras, inclusive a “004”, apresentam imagens contínuas, sendo que vários elementos demonstram tal continuidade, como por exemplo o relógio na parte superior direita das imagens, o fluxo contínuo de carros e de partículas contra a luz, na frente das câmeras, além do movimento das pessoas filmadas, entre outros.

Em complementação a esses argumentos, verifica-se que a possível falha existente no vídeo “004” ocorreu quando se registrou 20:46:32 a 20:46:40, ao invés de 20:45:32 a 20:45:40, conforme citado acima, o que é plenamente justificável pela baixa qualidade dos números constantes nos vídeos.

Demais disso, importante observar que o vídeo “005” registra exatamente as cenas que naquele vídeo (“004”) estão faltando, o que corrobora o fato de que não houve edição, adulteração e/ou supressão de trechos das imagens.

Nesse diapasão, nenhum indício há no sentido de que os vídeos apresentados pelos ofendidos tenham sido objetos de adulteração e/ou falsificação, inexistindo elementos que sugiram dúvidas sobre sua autenticidade e veracidade.

Por conseguinte, não verificada a presença de indícios de falsidade material no documento constante dos autos, torna-se inviável submeter o material a perícia, sobretudo porque não haveria resultado prático e relevante, registrando-se novamente que as imagens estão de acordo com os testemunhos das vítimas e laudos técnicos produzidos.

Sendo assim, pelas conclusões acima, afasta-se a alegação defensiva no sentido de que tais imagens violariam o princípio da vedação de prova ilícita. Ao revés, a prova coletada e anexa aos autos da demanda principal afigurou-se legítima e lícita para receber a devida valoração pelo Juízo *a quo*, razão pela qual deve ser mantida incólume nos autos.

Outrossim, mesmo que a defesa não tenha formulado pedido certo e determinado, observa-se que tratou de suposta irregularidade e/ou ilicitude da “prova emprestada”, argumentando que não foram respeitados os direitos ao contraditório e à ampla defesa na ocasião em que os vídeos foram anexados aos autos.

Como visto acima, razão alguma lhe assiste, porquanto, ao contrário do defendido, por força de requisição do Juízo, o Delegado de Polícia condutor do inquérito policial, na comarca de Biguaçu, protocolou o dispositivo contendo as imagens das câmeras do circuito interno de segurança em **29-11-2016** (p. 303), sendo a importação para os autos eletrônicos ocorrida em 11-1-2017 (p. 357).

Logo, ao menos desde o início do processo judicial, antes da apresentação da resposta à acusação (em 9-12-2016), a defesa já teve acesso ao conteúdo dos vídeos ora questionados, podendo deles se manifestar.

Ademais, os vídeos anexados aos autos são os mesmo apresentados pelos ofendidos à Corregedoria-Geral da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, em que os recorrentes respondem à sindicância por desvios funcionais resultante dos mesmos fatos apurados na ação penal em voga.

Por isso, tratando-se das mesmas partes, dos mesmos fatos e respeitados os direitos ao contraditório e à ampla defesa no curso da ação penal, é de rigor afastar possível vício decorrente do traslado dessa prova.

O recurso, portanto, deve ser desprovido.

Conclusão

Pelo exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Observa-se que a comarca de origem deverá promover a(s) devida(s) comunicação(ões), conforme dispõe o § 2.º do art. 201 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 11.690/2008.

Este é o voto.

Agravo de Execução Penal n. 0002476-59.8.24.0015, de Canoinhas

Relator: Desembargador José Everaldo Silva

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. REQUERIMENTO DE REFORMA DA DECISÃO QUE DENEGOU PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. APENADO DIAGNOSTICADO COM QUADRO DEPRESSIVO SEVERO E “NEUROPATIA CENTRAL PERIFÉRICA. NECESSIDADE ACOMPANHAMENTO MÉDICO E TRATAMENTO NECESSÁRIOS FORA DO ERGÁCULO. CASOS COMUNS DE PRESOS ACOMETIDOS COM A MESMA DOENÇA DEVIDAMENTE ATENDIDOS NOS PRESÍDIOS. CONDIÇÃO INCOMPATÍVEL COM A “SITUAÇÃO EXTREMA OU EXCEPCIONAL” EXIGIDA POR LEI À CONCESSÃO DO REGIME DOMICILIAR. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 318, II, DO CPP. PRETENSÃO NEGADA.

PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE TRANSFERÊNCIA. PRETENDIDO O RECAMBIAMENTO PARA ESTABELECIMENTO PRISIONAL PRÓXIMO DA FAMÍLIA. INVIABILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0002476-59.2019.8.24.0015, da comarca de Canoinhas Vara Criminal em que é Agravante Jorge Metka e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d’Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Zanini Fornerolli.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Desembargador José Everaldo Silva

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo interposto por Jorge Metka, inconformado com a decisão prolatada pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da comarca de Canoinhas, que indeferiu os pedidos de prisão domiciliar e de remessa do processo de execução penal à Comarca de São Mateus do Sul/PR.

Em síntese, alegou o agravante que foi diagnosticado como alcoolista e encontra-se em tratamento decorrente de quadro depressivo severo e “neuropática central e periférica”, necessitando de acompanhamento médico, familiar e psicológico.

Sustenta, ainda, que cabível a remessa do processo de execução à Comarca de São Mateus do Sul/PR, onde reside o agravante.

Requer, ao final, seja o presente recurso conhecido e provido, reformando-se a decisão recorrida para “conceder em favor do Agravante, a autorização para prisão domiciliar e trabalho externo, mediante o uso de tornozeleira eletrônica, se necessário, se comprometendo o Agravante a arcar com os custos de monitoramento. (fls. 01-09).

Em contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se no sentido do conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 141-146).

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, opinando pelo conhecimento e não provimento do agravo (fls. 156-160).

Este é o relatório.

VOTO

Pretende o agravante a concessão de prisão domiciliar, sob o argumento de que foi diagnosticado como alcoolista e encontra-se em tratamento decorrente de quadro depressivo severo e “neuropática central e periférica”, necessitando de acompanhamento médico, familiar e psicológico.

Razão não lhe assiste.

Sabe-se, o art. 117 da Lei de Execução Penal estabelece os casos em que são admitidos o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular, dentre eles, quando se tratar de condenado acometido de doença grave (inciso II).

Sobre a prisão domiciliar, o art. 117 da Lei de Execução Penal preceitua:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.

Destaca-se, sobre a questão, que o “deferimento da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal, depende da comprovação inequívoca de que o réu esteja extremamente debilitado, por motivo de grave doença aliada à impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra” (STJ - Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 89102/BA, rel. Min. Félix Fischer, j. em 21-11-2017).

No caso em apreço, por hora, não restou demonstrada a extrema necessidade e a impossibilidade de tratamento dentro do estabelecimento prisional, bem como a exigência cuidados contínuos que não possam ser ministrados no estabelecimento penal, ou, ainda, que a sua transferência para prisão domiciliar poderia surtir efeitos positivos a demandar melhora de seu quadro crônico.

A doença que acomete a saúde do reeducando inspira cuidados médicos que são possíveis de tratamento no interior do ergástulo, visto que os medicamentos podem ser ministrados no estabelecimento prisional.

Assim, apesar das peculiaridades negativas decorrentes da permanência em qualquer unidade prisional, fato este de conhecimento público e notório, a situação vivenciada pelo agravante não tem o condão de caracterizar o aspecto de “extremidade” ou de “excepcionalidade” que requer a norma.

Fato este que afasta qualquer possibilidade de reconhecimento de uma situação extrema ou de excepcionalidade, passível de por em risco a vida dele.

Não se está aqui a dizer que seja fácil lidar com tais dificuldades, sobretudo dentro de uma unidade prisional, local de natureza nada hospitaleira, que por si só já é de difícil adaptação para uma pessoa sem qualquer deficiência ou que necessite de tratamento, quanto mais àqueles que necessitam de atendimento médico.

Ocorre que a “possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar não constitui injunção legal inafastável, porquanto cabe ao julgador, com vistas a resguardar a efetividade da prestação jurisdicional, aquilatar a suficiência e adequação da medida” (STJ – Habeas Corpus n. 417937/SP, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 16-11-2017).

Nesse contexto, embora a prisão domiciliar realmente não se trate de uma regalia, por outro lado, não tem como fito conceder ao detento/doente uma vida mais fácil ou para que ele deixe de ser um “problema” aos seus companheiros de cela ou à administração.

Na verdade, a concessão da prisão domiciliar tem como escopo garantir que o detento receba a medicação e o tratamento necessários à sua condição de saúde que não sejam supridas pela unidade prisional.

Sobre a questão, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A jurisprudência tem admitido a concessão da prisão domiciliar aos condenados que se encontram em regime semiaberto e fechado, em situações excepcionalíssimas, como no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem sua pena. *In casu*, não se demonstrou a incompatibilidade da continuidade do tratamento na Cadeia Pública local.

2. Ordem denegada (Habeas Corpus n. 228.408/PR, Sexta Turma, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 26-6-2012 – sem grifo no original).

No mesmo sentido, colhem-se de julgados deste Tribunal:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO. PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇA GRAVE. NÃO COMPROVAÇÃO.

Somente em situações excepcionais, no caso do acometimento de doença comprovadamente grave (LEP, art. 117, II), é que se poderá cogitar da concessão do benefício. Cumpre ao requerente comprovar padecer de doença grave, a justificar o recolhimento em regime de prisão domiciliar.

RECURSO NÃO PROVIDO (Recurso de Agravo n. 2013.051778-7, de Tubarão, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 26-9-2013).

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. INSURGÊNCIA DA DEFESA. PRISÃO DOMICILIAR. INVIABILIDADE. REQUISITOS DO ART. 117 DA LEP NÃO PREENCHIDOS. AGRAVANTE QUE CUMPRE PENA EM REGIME FECHADO. MÉDICO DO PRESÍDIO, ADEMAIS, QUE ATESTA A POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO DA MOLÉSTIA GRAVE NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DECISÃO MANTIDA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA COM MÉDICO ESPECIALISTA. MATÉRIA QUE NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO JUÍZO SINGULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO (Recurso de Agravo n. 2013.054719-9, de Blumenau, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 24-9-2013).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. PRISÃO DOMICILIAR. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMIABERTO. DOENÇA GRAVE E IMPOSSIBILIDADE DE TRATAMENTO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL, NÃO COMPROVADAS. EXCEPCIONALIDADE NA CONCESSÃO DA BENESSE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA.

O benefício da prisão domiciliar, possível apenas para os condenados que cumprem pena no regime aberto e que atendam às condições previstas no art. 117 da LEP, excepcionalmente pode ser estendida aos que cumprem pena em regime diverso, se comprovada a existência de doença grave e demonstrado que o estabelecimento prisional não tem condições de oferecer tratamento adequado, situação não evidenciada nos autos (Habeas Corpus n. 2012.005988-0, de Laguna, rel. Des. Torres Marques, j. em 14-2-2012).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PLEITO QUE VISA O DEFERIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR AO PACIENTE EM RAZÃO DE SEU DELICADO ESTADO DE SAÚDE. DISCUSSÃO QUE, EM TESE, DEVERIA DESAFIAR RECURSO DE AGRAVO. IMPETRAÇÃO CONHECIDA DE FORMA EXCEPCIONAL. ORDEM, CONTUDO, QUE NÃO PODE SER CONCEDIDA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O ESTABELECIMENTO PRISIONAL NÃO DISPÕE DE CONDIÇÕES DE PRESTAR O ATENDIMENTO NECESSÁRIO AO PACIENTE. LAUDO ELABORADO POR PERITO MÉDICO-LEGISTA QUE ESTABELECE TÃO SOMENTE A NECESSIDADE DE MEDICAÇÃO DIÁRIA, CONSULTAS MÉDICAS DE ACOMPANHAMENTO E ATENDIMENTO DE URGÊNCIA QUANDO NECESSÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA (Habeas Corpus n. 2012.071606-9, da Capital, rel. Des. Newton Varela Júnior, j. em 30-10-2012).

Ressalta-se ainda, nada impede que futuramente, seja (re)analisado o pedido de cumprimento de prisão domiciliar pelo Juízo competente, caso o executado logre comprovar que o presídio não tenha condições mínimas para dispensar-lhe o tratamento médico necessário.

Não estando, portanto, comprovada, ao menos por ora, a necessidade excepcional de tratamento pelo agravante fora do Presídio, inviável acolher o pedido. O que não lhe impede de realizar novo pedido na hipótese de mudanças no quadro clínico e/ou no parecer médico.

De outro lado, com relação ao pedido subsidiário de cumprimento da pena na Comarca de São Mateus do Sul/PR, entende este Órgão de Execução que o indeferimento é medida impositiva. Como se sabe, não cabe ao preso, em virtude de suas conveniências pessoais e familiares, decidir o local de cumprimento de sua reprimenda, devendo ser pautada a execução penal pelo interesse da Administração Pública.

Consoante se verifica, a competência originária é do Juízo de Canoinhas, prolator do édito condenatório, o qual é o competente para a fiscalização da reprimenda imposta, nos termos do artigo 65 da LEP.

Assim já decidiu esse Tribunal de Justiça:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA - INDEFERIMENTO - INSURGÊNCIA DO APENADO - PRETENDIDO O RECAMBIAMENTO PARA ESTABELECIMENTO PRISIONAL PRÓXIMO DA FAMÍLIA - INVIABILIDADE - DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. “1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o pedido de transferência do sentenciado não é direito absoluto do réu, podendo o juiz ou o Tribunal de origem indeferir o pleito, desde que de forma fundamentada. 2. No caso, as instâncias ordinárias, de forma motivada, indeferiram o pedido de transferência, com base nas peculiaridades do caso concreto, tendo em vista sobretudo tratar-se de apenado condenado por crime equiparado a hediondo, além de que a sua remoção, neste momento, não atende aos princípios da finalidade, impessoalidade e segurança pública, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal. [...]” (STJ, Min. Ribeiro Dantas). “Em que pese a orientação, constante da Lei de Execução Penal, no sentido de que a execução deve proporcionar a reintegração do sentenciado, sendo possível o cumprimento da reprimenda próximo à família, o juízo competente, ao avaliar um pedido de transferência, deverá sopesar não apenas as conveniências pessoais e familiares do preso, mas as da Administração Pública, a fim de garantir o efetivo cumprimento da pena[...]” (STJ, MIna Maria Thereza de Assis Moura). PLEITO DE ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS - NÃO CONHECIMENTO - AUSÊNCIA DE INTERESSE - GRATUIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL. O pedido de assistência judiciária gratuita não deve ser conhecido, uma vez que é isento da cobrança de custas processuais. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0009184-12.2018.8.24.0064, de Criciúma, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 18-12-2018).

À luz de todo o exposto, conhece-se do agravo e nega-se-lhe provimento.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0019018-93.2013.8.24.0038, de Joinville

Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA APROVEITANDO-SE DA QUALIDADE DE EMPREGADO DA EMPRESA VÍTIMA PRATICADA EM CONTINUIDADE DELITIVA [ART. 168, § 1º, III, C/C ART. 71 (7 VEZES), AMBOS DO CÓDIGO PENAL]. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. SUPERVISOR DE AGÊNCIA DE VENDA DE PASSAGENS QUE FAZIA OS FECHAMENTOS DO RELATÓRIO DE MOVIMENTO FINANCEIRO (RMF). APELANTE QUE DEIXAVA DEPÓSITOS PAGOS EM ABERTO NO MOVIMENTO FINANCEIRO E APROPRIAVA-SE INDEVIDAMENTE DE VALORES CONSTANTES NO CAIXA DA AGÊNCIA. ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE PROBLEMA NO SISTEMA ELETRÔNICO NÃO COMPROVADO. PROVAS TESTEMUNHAIS INEQUÍVOCAS DE QUE O SISTEMA NÃO POSSUÍA PROBLEMAS E QUE SOMENTE O ACUSADO FAZIA OS FECHAMENTOS FINANCEIROS NA REFERIDA AGÊNCIA. LAUDO PERICIAL CONTÁBIL QUE DEMONSTRA DIFERENÇA DE APURAÇÃO FINANCEIRA NO MONTANTE DE R\$ 81.482,10 (OITENTA E UM MIL QUATROCENTOS E OITENTA E DOIS REAIS E DEZ CENTAVOS). VALORES INDEVIDAMENTE APROPRIADOS PELO ACUSADO DO CAIXA DA EMPRESA VÍTIMA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0019018-93.2013.8.24.0038, da comarca de Joinville 4ª Vara Criminal em que é Apelante Cirineu Cardoso de Aguiar e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Cesar Schweitzer e o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza.

O conteúdo do presente acórdão, nos termos do § 2º, do artigo 201, do Código de Processo Penal, deverá ser comunicado pelo juízo de origem.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019.

Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer
Presidente e Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofertou denúncia em face de Cirineu Cardoso de Aguiar, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 168, §1, III, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória (fls. 592-595):

Entre o período de junho de 2011 a outubro de 2012, o denunciado, à época supervisor da agência da empresa Viação Verdes Mares localizada no terminal rodoviário de Joinville, estabelecido na rua Paraíba, 769, nesta cidade, apropriou-se indevidamente de R\$81.481,50 (oitenta e um mil, quatrocentos e oitenta e um reais e cinquenta centavos) em dinheiro, importância que deteve a posse em razão da função que desempenhava na empresa.

O denunciado era responsável pela movimentação financeira da agência e por prestar diariamente contas à empresa. Entre suas atribuições, recebia por e-mail pedidos de clientes referentes à compra de vale-transporte mediante a emissão de *voucher*, que somente era disponibilizado pessoalmente após a comprovação de pagamento.

Os dados dos pedidos eram inseridos no sistema Bus.Web de bilhetagem eletrônica, utilizado pela empresa Verdes Mares para gerenciar a venda de passagens. O pedido permanecia até a confirmação do pagamento com o status “em aberto”, sendo que após a inserção do pagamento no sistema pelo denunciado o valor era inserido no RMF Resumo de Movimento Financeiro, resumo este que era impresso todos os dias e enviado por malote à empresa com o correspondente valor em dinheiro.

No decorrer do período mencionado, ao receber por e-mail alguns pedidos de compra de vale-transporte da empresa Febratec Indústria e Comércio Ltda., devidamente acompanhados do comprovante de pagamento (comprovante de transferência bancária para a conta da Viação Verdes Mares), o denunciado providenciou a inserção do pedido no sistema Bus.Web, a emissão dos *vouchers* e da nota fiscal, além da entrega ao cliente, contudo, deixou de confirmar o pagamento no sistema, permanecendo a venda com o status em aberto de forma que o valor da venda não constava no RMF Resumo de Movimento Financeiro daqueles dias.

Ao prestar contas no final do dia, o denunciado emitia o RMF sem contabilizar o valor pago pela Febratec que permanecia no sistema com status em aberto e apropriava-se deste valor, compensando-o com os valores referentes ao pagamento pelas passagens adquiridas na própria agência e pelas vendas realizadas pelos cobradores nos ônibus.

Agindo desta forma, o denunciado recebeu pedidos de valetransporte da empresa Febratec Indústria e Comércio Ltda. nos meses e anos a seguir relacionados e, devido a função desempenhada e as atribuições a ela inerentes (supervisor da agência), apropriou-se indevidamente dos seguintes valores em dinheiro (conforme o laudo pericial contábil de fls. 312/324).

A denúncia foi recebida (fl. 596), o réu foi citado (fl. 598) e apresentou defesa (fls. 604/607).

A defesa foi recebida e, não sendo o caso de absolvição sumária, foi designada audiência de instrução e julgamento (fls. 610/611).

Na instrução foram inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, bem como o réu foi interrogado (fls. 653 e 660).

Encerrada a instrução processual e apresentadas as alegações finais (fls. 663/672 e 705/711), sobreveio a sentença (fls. 712/720) com o seguinte dispositivo:

JULGO PROCEDENTE a denúncia e CONDENO o acusado CIRINEU CARDOSO DE AGUIAR como incurso nas sanções do artigo 168, §1º, inciso III, por sete vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 116 (cento e dezesseis) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos.

Inconformado o réu Cirineu Cardoso de Aguiar interpôs recurso de apelação, no qual pleiteia pela sua absolvição com base no art. 386, VI do Código de Processo Penal, alegando insuficiência probatória.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 760/769), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Rui Arno Richter, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 777/784).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Cirineu Cardoso de Aguiar contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara Criminal da comarca de Joinville, que o condenou à reprimenda de 3 (três) anos e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 116 (cento e dezesseis) dias-multa, no valor de 1/20 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigidos, pelo incurso nas sanções do artigo 168, §1º, inciso III, por sete vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, correspondentes à prestação pecuniária no valor de 5 (cinco) salários mínimos, e prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, devendo ser cumprida à razão de uma hora por dia de condenação.

Aduz o apelante, em síntese, que não há provas suficientes para a condenação, pugnando pela sua absolvição, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo penal.

Adianto que razão não lhe assiste.

A materialidade delitiva restou devidamente demonstrada pelo boletim de ocorrência (fl. 3), pelo laudo pericial contábil (fls. 312-324) e pelos depoimentos judiciais e extrajudiciais.

A autoria, da mesma forma, restou incontroversa.

Na fase extrajudicial, Adecir Santos Elias, *Controller* da empresa Viação Verdes Mares Ltda testemunhou que uma auditoria realizada em 23.11.2012 havia constatado nas contas da empresa, a quantia de R\$ 81.564,60 (oitenta e um mil quinhentos e sessenta e quatro reais e sessenta centavos) em aberto. Disse que essa quantia dizia respeito à agência da empresa localizada na rodoviária da cidade de Joinville. Elencou também que a falta em caixa dizia respeito aos meses de junho/2011, julho/2011, novembro/2011, janeiro/2012, junho/2012, agosto/2012, setembro/2012 e outubro/2012. Outrossim, informou que os valores em aberto no sistema da companhia diziam respeito à empresa Febratec, mas que esta havia efetuado devidamente todos os pagamentos. Ainda, disse que nos meses onde foram constatadas as irregularidades, o responsável pelo controle da movimentação financeira da agência e baixa dos *vouchers* (passagens) da empresa, era o apelante Cirineu Cardoso de Aguiar, o qual limitou-se a lhes informar, após pedir demissão e ser contactado que as inconsistências diziam respeito a uma falha no sistema contábil da empresa. Por derradeiro, a testemunha Adecir informou não ter sido informado por nenhum funcionário ou pelo suporte técnico da empresa que gerencia o sistema sobre qualquer problema de ordem técnica:

QUE o depoente é Controller da empresa Viação Verdes Mares Ltda, que realiza transporte urbano em São Francisco do Sul e Araquari e linhas intermunicipais da região de Joinville; QUE a referida empresa possui uma Agência na Rodoviária de Joinville, na Rua Concórdia, Anita Garibaldi, na qual foi feita uma auditoria de rotina em 23/11/2012; QUE nesta auditoria, analisando o depoente constatou que faltavam R\$ 81.564,60 (oitenta e um mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e sessenta centavos), ou seja, este valor estava no sistema MASS (sistema que gerencia a venda de *vouchers* e passagens rodoviárias da empresa) “em aberto”; Verificou que os valores em aberto se iniciavam em junho de 2011 até outubro de 2012 (junho/2011, julho/2011, novembro/2011, janeiro/2012, junho/2012, agosto/2012, setembro/2012 e outubro/2012), somando então o total no valor acima mencionado (conforme resumo Valores em aberto no sistema MASS, que apresenta em anexo); Constatou que todos os valores em aberto se referiam a vendas de *voucher* para o cliente Febratec Indústria e Comércio Ltda; Esclarece que a Febratec costuma adquirir grande número de *vouchers* (vale transporte para funcionários), sendo que solicita os *vouchers* por e-mail ou por telefone para a agência e o funcionário da agência (supervisor ou emissor) emite o pedido no sistema, sendo que no sistema fica registrado a data da venda e o pagamento “pendente”; Afirma que a entrega do *voucher* para o cliente somente é realizada após o pagamento, sendo que o representante da Febratec comparecia na agência com o comprovante de depósito ou a empresa encaminhava este comprovante por e-mail; Afirma que o supervisor da agência é o responsável pela baixa da pendência no sistema; Afirma que constatou que todas as compras da Febratec estavam pagas, sendo todos com depósito bancário na conta da empresa Verdes Mares; Ocorre que no resumo movimento financeiro (RMF) não contempla a entrada do respectivo montante, ou seja, a compra realizada pela Febratec era inserida no sistema MASS, todavia, os pagamentos não apareciam no RMF e por consequência não era realizada a baixa do débito no sistema MASS, pois quando é realizada a baixa da venda o sistema automaticamente inseria no RMF, onde aparecem todas as entradas de valores no caixa, sendo que a prestação de contas do supervisor da agência perante à matriz se dá através deste resumo; Afirma que na agência, além das vendas para empresas que efetuam pagamento com depósito bancário, são vendidas passagens diretamente no balcão, *voucher* diretamente no balcão, recebido acerto de cobradores (passagens vendidas pelos cobradores dentro do ônibus), sendo que, desta forma, os pagamentos são recebidos em dinheiro e cheques; Afirma que o supervisor da agência presta contas diariamente, devendo emitir o RMF e encaminhar o valor apurado no fechamento do caixa por malote para a empresa Verdes Mares; Afirma que na empresa era conferido o valor encaminhado e o RMF; Na composição de repasse no RMF contempla os depósitos bancários efetuados pela Febratec, todavia, na mesma datas não aparece a

baixa no sistema referente a venda dos respectivos *vouchers* e, também, no relatório de *vouchers* recebidos (documento anexo identificado como *Vouchers* vendidos regime caixa) não aparece a baixa da Febratec, sendo que, também, no relatório de *vouchers* vendidos regime em aberto aparece a pendência da baixa Febratec foi comprovado na auditoria que a Febratec efetuou todos os depósitos, conforme comprovantes em anexo; Assim como no RMF, na composição, contemplava o depósito da Febratec, todavia, no sistema não figurava a baixa, na auditoria constatou-se que esse era o valor não repassado para a empresa, ou seja, no RMF utilizava-se do depósito da Febratec para pagar outros recebimento em dinheiro na agência; A auditoria também verificou que nos meses onde não foram realizadas as baixas da Febratec o volume de dinheiro em espécie repassado (na data de aquisição dos *vouchers* pela Febratec, geralmente nos dias 28 ou 29 de cada mês) para a empresa Verdes Mares é consideravelmente inferior aos outros meses nos quais não foram constatadas irregularidades; Esclarece que no período onde foram constatadas as irregularidades trabalhava na agência da rodoviária Cirineu Cardoso de Aguiar, no cargo de Supervisor da Agência, sendo responsável pela movimentação financeira da agência e prestação de contas; Questionado, informa que o supervisor também é responsável pela baixa dos *vouchers* em aberto no sistema; Trabalham no cargo de emissor de passagens Vandeir Mariano dos Santos, Sabrina Batista e Rosa da Silva; Esclarece que no período de junho de 2011 a outubro de 2012 foram realizadas aproximadamente 2 auditorias, todavia, não foram verificados *vouchers* vendidos em aberto, apenas o RMF, desta forma inicialmente não foi constatada a irregularidade; Apenas na auditoria realizada na data de 23/11/2012 foram verificados os *vouchers* vendidos em aberto e constatada a irregularidade; Esclarece que no início do mês de outubro de 2012 Cirineu pediu demissão da empresa, formalizada na data de 09/10/2012, sendo que, inclusive foi solicitado que ele ficasse mais alguns meses, todavia, este se recusou saindo de imediato da empresa; Afirma que os demais funcionários da agência ainda trabalham no local; Esclarece que após a auditoria Cirineu foi procurado e limitou-se a dizer que tinha conhecimento sobre os *vouchers* em aberto da empresa, bem como, alegou que se tratava de erro de sistema; Esclarece que o funcionário, durante o período que trabalhou na empresa, nunca comunicou qualquer problema com o sistema, bem como, nunca comunicou sobre os *vouchers* em aberto da empresa Febratec; Na auditoria não foi constatado nenhum erro de sistema, sendo que a empresa fornecedora do sistema informou que não há nenhuma inconsistência e que também nunca foi comunicada sobre qualquer eventual problema; Esclarece, ainda, que comparou o RMF emitido pelo funcionário Cirineu na época dos fatos com os dados que consta atualmente no sistema e verificou que não existe nenhuma divergência, conforme anexos que fornece neste momento; Informa que quando foi constatado a irregularidade os arquivos das imagens das câmeras da época dos fatos não estavam mais armazenados (fls. 5-7). – sublinhei.

Judicialmente, Adecir reiterou as informações trazidas no inquérito policial, aduzindo ainda que, com o pagamento das passagens (*vouchers*) pela empresa Febratec à empresa Verdes Mares, o apelante se apropriava dos valores existentes em espécie na agência física, pois deixava “em aberto” no Resumo Econômico Financeiro (RMF), os valores depositados pela empresa Febratec, parecendo que não haviam sido pagos:

Que, durante a auditoria, verificaram o fato descrito na denúncia. Cirineu, na época, era responsável pela agência de Joinville, com o recolhimento dos recursos e repasse ao financeiro da empresa. Ele tinha acesso ao cofre, fazia boletins de caixa e preenchia a documentação de repasse dos valores. O réu trabalhou quase catorze anos na empresa. Em agosto de 2012 a empresa criou o cargo específico de auditor interno e em novembro a auditora identificou valores em aberto da Febratec, referente a *vouchers* não baixados, mas devidamente reconhecidos e repassados para empresa, ou seja, a agência vendeu para a Febratec, mas não fechou essa venda no sistema e ficou constando ainda em aberto; era como se não houvesse pagamento.

Embora as informações ficassem disponíveis tanto na empresa quanto na agência, não havia pessoal suficiente para o acompanhamento, realizado a partir de então pela auditora, que conseguiu verificar os valores em aberto que não haviam sido somados ao RMF da empresa (resumo de movimento financeiro) e repassados ao setor financeiro. A apropriação dos valores pelo réu então eram em espécie na agência física e cobertos pelos valores da empresa Febratec, que eram depositados diretamente em conta, mas não baixados no sistema para soma ao RMF e, portanto, ficam sobrando no caixa. Não era feito controle sobre os clientes em específico, apenas sobre os valores lançados na RMF e em caixa. Trabalham 11 anos com o mesmo sistema e não foi verificado nenhum problema de falha na baixa. O réu tinha um auxiliar e os dois nunca reclamaram de alguma falha no sistema. Até estranharam que o acusado tenha pedido demissão pouco tempo depois de contratarem a auditora. A fraude foi constatada quando ele já havia saído. Era uma falha da empresa fazer as auditorias superficialmente sem verificar os *vouchers* em aberto, e não do sistema (Mídia de fl. 653 – transcrição extraída da sentença). – sublinhei.

Na fase de inquérito policial, Vandeir Mariano dos Santos, ex-funcionário da Viação Verdes Mares Ltda, informou que o cargo do acusado, supervisor de agência, era responsável por todo o controle financeiro, efetuando fechamento dos caixas e venda de *vouchers*, bem como as baixas no sistema. Disse ainda que Cirineu jamais comentou qualquer problema com o sistema financeiro da empresa, chamado de sistema MASS. Por derradeiro, em mesmo sentido informa que nunca teve problema com tal sistema.

QUE é funcionário da Empresa Viação Verdes Mares há 2 anos e 5 meses e trabalha na Agência da Rodoviária de Joinville, localizada na Rua Concórdia, Anita Garibaldi, há 1 ano e 11 meses; QUE sua função na Agência é Auxiliar Administrativo, ou seja, faz emissão e conferência de notas fiscais, fechamento de caixa de cobradores e emissão de vale transporte (*voucher*); QUE atualmente trabalham na empresa Rosa e Sabrina, como emissoras de passagem e Rogério, como supervisor de agência; QUE Rosa e Sabrina já trabalham na agência há mais tempo que o depoente e Rogério começou a trabalhar na empresa em novembro de 2012; QUE antes de Rogério entrar na empresa, trabalhou como supervisor de agência, Júlio César, que ficou aproximadamente 3 meses na função; QUE antes de Júlio César, Cirineu Cardoso de Aguiar trabalhava como supervisor de agência desde antes de o depoente entrar na empresa até outubro de 2012; Que o cargo de emissor de passagens é responsável pela venda de passagens no balcão da agência, recebendo o pagamento no mesmo momento em que entrega o bilhete para o cliente; QUE o cargo de supervisor de agência é responsável por todo o controle financeiro da agência, ou seja, faz o fechamento dos caixas do balcão e dos cobradores, assim como, o fechamento da venda de *vouchers*; Afirma que na agência são efetuadas diariamente vendas de *vouchers* e passagem, sendo que os *vouchers* são adquiridos por empresas em grande quantidade para o transporte de funcionários e as passagens são adquiridas no balcão pelo próprio usuário, sendo que o fechamento do caixa, que inclui *vouchers* e venda de passagens diretamente no balcão ou através dos cobradores nos ônibus, é realizado pelo supervisor de agência; Afirma que, após o fechamento do caixa, é o supervisor que coloca o dinheiro no malote para ser encaminhado para a empresa; QUE até o momento em que Cirineu trabalhava na empresa, os pedidos dos *vouchers* eram feitos por e-mail ou por telefone para Cirineu e este repassava o pedido para o depoente que emitia os *vouchers* e as respectivas notas fiscais; QUE a retirada dos *vouchers* era feita pessoalmente, pelo cliente ou representante do mesmo, mediante pagamento em dinheiro, cheque ou apresentação do comprovante de depósito ou transferência bancária; QUE a entrega dos *vouchers* para o cliente era feita pelas emissoras de passagem e algumas vezes pelo próprio depoente no balcão; QUE a venda de passagens e emissão de *vouchers* é feita

pelo sistema MASS, assim como, o fechamento dos pagamentos; QUE enquanto Cirineu trabalhava na empresa, existia uma única senha para o acesso no sistema, ou seja, todos os funcionários conheciam a senha de acesso; QUE, quando o pagamento dos *vouchers* é recebido pelo depoente ou pelas emissoras de passagem, eles repassam o pagamento para o supervisor de agência que deve dar a “baixa” no sistema, ou seja, informar que o pagamento foi efetuado; QUE essa função (dar a baixa dos pagamentos no sistema) é exclusiva do supervisor de agência, ou seja, nenhum dos outros funcionários executa essa baixa no sistema, pois conforme já informou, era apenas Cirineu que realizava a baixa; QUE desde que começou a trabalhar na empresa Verdes Mares, a empresa Febratec é cliente, sendo que esta empresa costuma adquirir grande número de *vouchers* todo mês; Questionado informa que entre o período de junho de 2011 até outubro de 2012 os pedidos que a empresa Febratec realizava por e-mail era recebidos diretamente pelo supervisor de agência (Cirineu), que repassava para que o depoente emitisse os *vouchers*, os quais era retirados por um representante da Febratec no balcão; Afirma que a Febratec sempre efetuou o pagamento por meio de depósito bancário e, desta forma, esclarece que, no período de 2011 até outubro de 2012, o supervisor de agência telefonava para o setor financeiro da empresa Verdes Mares para conferir se o pagamento fora efetuado, e somente então, autorizava a entrega dos *vouchers*; Questionado afirma que não tinha acesso aos emails recebidos de comprovantes de depósito e essas informações eram de conhecimento, apenas, do supervisor de agência; Afirma que todas as vezes que entregou *vouchers* foi porque o supervisor informou que o pagamento havia sido efetuado, ou seja, afirma que nunca o supervisor determinou a entrega de *vouchers* de pagamentos não efetuados; Afirma que Sabrina e Rosa trabalhavam no balcão de atendimento e o depoente no escritório junto com o supervisor; Afirma que presenciava o supervisor realizando o preenchimento da movimentação financeira da empresa, todavia, afirma que não acompanhava os valores, pois não tinha influência o trabalho do depoente; Afirma que, durante todo o tempo que trabalha no local, nunca existiu clientes devedores pois em hipótese alguma os *vouchers* ou passagens são entregues sem pagamento prévio, existindo apenas um cliente (Universal Tabaco) que retira *vouchers* para efetuar o pagamento com boleto, todavia, nunca ocorreu atraso no pagamento e não existe nenhuma outra exceção; Questionado informa que o cliente Febratec efetuava sempre pagamento prévio com depósito; Afirma que apenas depois que o novo supervisor assumiu o cargo, este comentou que o financeiro da empresa teria constatado alguns valores em aberto da empresa Febratec; Afirma que não chegou a verificar essa situação no sistema, pois atualmente sua senha só permite consultas posteriores ao final do ano de 2012, quando foram criadas as novas senhas; Afirma que no período de 2011 a outubro de 2012, pelo que se recorda, não efetuava consultas de valores pendentes de pagamento, porque não utilizava essas consultas no seu trabalho e quem realizava o fechamento mensal de pagamento era o supervisor; Esclarece que no Sistema MASS existe um campo chamando “fechamento de *voucher*”, onde aparece o nome da empresa se houver pagamento pendente; Afirma que durante o tempo em que Cirineu trabalhou como supervisor da agência nunca comentou sobre qualquer problema verificado no sistema, bem como, nunca mencionou qualquer tipo de erro no sistema; O depoente afirma que também nunca teve problemas ao utilizar o sistema MASS, bem como, nunca ocorreu qualquer erro que possa ser atribuído ao sistema; Afirma que não chegou a saber o motivo pelo qual Cirineu deixou de trabalhar na empresa, sendo que no dia anterior disse que sairia da empresa e no dia seguinte já deixou de trabalhar na empresa, ficando o depoente surpreso; Todavia, esclarece que Cirineu em algumas ocasiões comentara que tinha interesse em parar de trabalhar na agência assim que se aposentasse (fls. 616-618). – sublinhei.

Judicialmente, Vandeir, se contradizendo com seu depoimento extrajudicial, disse que Cirineu reclamava que o sistema retornava com valores em aberto. Outrossim, disse que nas férias de Cirineu, o depoente não reportou nenhuma falha no sistema:

Que trabalhava como emissor de passagens na Verdes Mares e ficava ao lado do réu. Fez apenas uma vez a RMF, quando o acusado estava de férias. Quando Cirineu saiu da empresa, não havia nenhum problema com a auditoria e não ficou sabendo de nada. *Voucher* em aberto significa que não foi dado baixa do pagamento no sistema, como se não tivesse sido pago. Cirineu reclamava que o sistema retornava valores em aberto. Na época que Cirineu saiu, não havia nenhum *voucher* em aberto. Várias empresas faziam pagamento via depósito. Não se recorda de o réu alertar Gisele sobre o problema no sistema quanto aos *vouchers* em aberto. Durante as férias, não reportou nenhuma falha nos vouchers porque não verificou nenhum. Os problemas eram tratados com o contador Eliel, e não com Adecir. Era impossível a saída em espécie dos valores. Sempre questionavam Cirineu sobre os vouchers em aberto e não havia como passar meses sem o controle deles (Mídia de fl. 653 – transcrição extraída da sentença).

Ouvida somente no inquérito policial, Rosa da Silva corroborou as informações já citadas quanto a que somente o supervisor de agência, cargo exercido pelo apelante na época dos fatos delituosos, era responsável pela parte financeira da agência de Joinville. Explicou ainda, quanto ao sistema de controle financeiro, MASS, que ao ser efetuado pedido de *vouchers*, estes ficavam em aberto, até a confirmação do pagamento. Trouxe a informação que o acusado saiu repentinamente da empresa e que ficava irritado com as auditorias, o qual dizia que parecia estarem desconfiando deste. Em mesma linha de outros depoentes, também disse não ter tido problema com o sistema financeiro/de passagens, chamado MASS:

QUE é funcionária da empresa Viação Verdes Mares; QUE trabalha na Agência da Verdes Mares localizada na Rodoviária de Joinville desde fevereiro de 2009, como emissora de passagens; QUE trabalham também na Agência Rogério, supervisor de agência, Sabrina, emissora de passagens, e Vandeir, assistente; QUE Rogério entrou na empresa no final de 2012; QUE na função de supervisor de agência, antes de Rogério, trabalhou Júlio, que ficou pouco tempo, e antes dele, trabalhou Cirineu; QUE a função de emissora de passagens é responsável pela venda de passagens no balcão; QUE a entrega das passagens no balcão ocorre apenas mediante pagamento com dinheiro ou cartão; QUE eventualmente as emissoras de passagem emitem *vouchers* de passagens no balcão; QUE a entrega das passagens no balcão ocorre apenas mediante pagamento com dinheiro ou cartão; QUE eventualmente as emissoras de passagem emitem *vouchers* e fazem a entrega mediante pagamento em dinheiro, cartão, cheque ou comprovante de depósito; QUE o dinheiro referente a venda de *vouchers* não entra no caixa da venda de passagens, ele é repassado imediatamente para o supervisor de agência; QUE o supervisor de agência é responsável por toda a parte financeira da Agência, ou seja, pelo fechamento do caixa das vendas de passagem, do caixa da venda de passagem pelos cobradores nos ônibus e do caixa da venda de vouchers; QUE o assistente recebe os e-mails com os pedidos de *vouchers*, emite os *vouchers* e lança os pagamentos dos cobradores no sistema, depois de terem sido conferidos pelo supervisor; QUE todo o dinheiro passa pela conferência do supervisor antes de as emissoras de passagem ou o assistente fazer o lançamento no sistema; QUE a empresa Febratec é cliente da empresa Verdes Mares há bastante tempo; QUE a Febratec faz pedido mensal de *vouchers* em grande quantidade; QUE a Febratec normalmente faz pedido por e-mail e a depoente não recorda como é a forma habitual de pagamento da referida empresa; Que a empresa Febratec fez pedidos de *vouchers* no período de junho de 2011 a outubro de 2012; QUE nesse período a depoente já realizou a entrega de *vouchers* no período de junho de 2011 a outubro de 2012; QUE nesse período a depoente já realizou a entrega de *vouchers* para a empresa Febratec, porém, não o faz com frequência; QUE a depoente não recorda se nas vezes que entregou os *vouchers* para a Febratec o pagamento foi feito no balcão ou se já havia sido feito por depósito bancário; QUE no período

de junho de 2011 a outubro de 2012 a venda de vouchers era feita e controlada pelo sistema MASS, sendo que quando o pedido é feito, é lançado automaticamente no sistema ficando o pagamento “em aberto”, até que o supervisor faça a “baixa” do pagamento; QUE a depoente não sabe o motivo pelo qual Cirineu saiu da empresa, porém ele sempre dizia que sairia quando se aposentasse, pois tinha uma herança para receber; QUE Cirineu saiu repentinamente, chegando um dia na empresa e levando alguns pertences, porém não disse que a depoente que estava saindo da empresa, disse apenas que estava entrando em férias; QUE a depoente soube pelos outros funcionários que ele havia ido embora; QUE no período de junho de 2011 a outubro 2012 foram feitas algumas auditorias, porém a depoente não sabe precisar com que frequência; QUE sabe que nas auditorias sempre dava alguma diferença no caixa de Cirineu, porém era sempre uma diferença pequena; QUE nos últimos meses em que Cirineu estava na empresa, a auditoria estava acontecendo com mais frequência e Cirineu ficava irritado dizendo que parecia que estavam desconfiando dele; QUE não tem conhecimento se em alguma auditoria teve algum problema grave; QUE não se recorda de ter ouvido Cirineu reclamando de falhas ou erros no sistema; QUE a depoente nunca teve problemas com o sistema MASS (fls. 620-621). – sublinhei.

Sabrina Batista, funcionária da empresa Viação Verdes Mares, ouvida na fase extrajudicial, corroborou a informação de que somente o apelante, no cargo de supervisor de agência, é quem tinha controle da parte financeira da agência, sendo responsável pelo fechamento do caixa de vendas de passagens em balcão, por cobradores de ônibus, bem como por vouchers. Por fim, disse jamais ter ouvido Cirineu reclamar do sistema MASS e que a depoente nunca teve problema com referido sistema:

QUE é funcionária da empresa Viação Verdes Mares; QUE trabalha como emissora de passagens na Agência da Verdes Mares localizada na rodoviária de Joinville há 3 anos e meio; QUE trabalham na Agência, Rosa, como emissora de passagem, Vandeir, emissora de passagem (porém trabalha com notas fiscais) e Rogério, como supervisor de agência; QUE Rogério está na empresa desde dezembro de 2012; QUE antes Rogério, Júlio César trabalhou como supervisor de agência, porém ficou apenas 2 ou 3 meses, sendo que antes dele, quem ocupava a função era Cirineu; QUE quando a depoente começou a trabalhar na empresa, Cirineu já era supervisor de agência; QUE a depoente vende passagens no balcão, recebe e entrega vouchers, nesse caso, repassando o valor recebido para o supervisor, e, na ausência de Vandeir, também emite notas fiscais e faz a cobrança dos cobradores; QUE o supervisor da agência é responsável por toda a parte financeira da Agência, ou seja, pelo fechamento do caixa das vendas de passagem, do caixa da venda de passagem pelos cobradores nos ônibus e do caixa da venda de vouchers; QUE no período de junho de 2011 a outubro de 2012, os pedidos de vouchers eram feitos por e-mail, telefone ou fax e, eventualmente, no próprio balcão; QUE, no referido período, os pedidos de vouchers iam para Vandeir que era responsável por emití-los, porém o pagamento dos vouchers, quando feitos no balcão, eram sempre entregues para Cirineu, que deveria constar o recebimento do valor no sistema; QUE muitas vezes, os pagamentos dos vouchers era feitos por depósito bancário, então, no envelope que continha os vouchers já constava o pagamento, assim, quando o cliente ia retirar o pedido, a depoente só fazia a entrega; QUE no período de junho de 2011 a outubro de 2012, os vouchers só eram entregues mediante pagamento em dinheiro ou cheque ou comprovante de depósito bancário; QUE, desde que a depoente trabalha na Agência, a empresa Febratec é cliente e faz pedidos mensais de vouchers em grandes quantidades; QUE a depoente já fez entrega de vouchers para representantes da Febratec, que atualmente faz os pagamentos por depósitos bancários, porém a depoente não recorda como eram feitos os pagamentos da Febratec no período de junho de 2011 a outubro de 2012;

QUE apenas Cirineu efetuava as baixas dos pagamentos de vouchers no sistema; QUE a depoente não sabe como fica no sistema quando o pagamento está em aberto, pois não faz parte de sua função e também nunca se interessou em fazer esse tipo de conferência; QUE a depoente não recorda a data em que Cirineu saiu da empresa; QUE foi Cirineu quem pediu demissão, dizendo simplesmente que não queria mais trabalhar na empresa; QUE no período de junho de 2011 a outubro de 2012 não eram feitas auditorias com tanta frequência, como começaram a ser feitas desde o início do ano de 2013; QUE não tem conhecimento de que alguma auditoria tenha constatado irregularidades; QUE não se recorda de ter ouvido Cirineu falar que o sistema estava com problemas ou dando erros, assim como, nunca teve problemas com o sistema (fls. 622-623). – sublinhei.

A Analista de Recursos Humanos da empresa Febratec, Charlene Barbosa Leite, testemunhou na fase extrajudicial que os pedidos de vouchers da empresa Febratec eram encaminhados diretamente para o e-mail de Cirinei, informando ainda que os pagamentos eram sempre realizados de maneira antecipado, jamais tendo ficado quaisquer valores pendentes:

QUE é Analista de Recursos Humanos da empresa Febratec desde abril de 2011; QUE a empresa Febratec adquire mensalmente um grande número de vouchers para transporte de seus funcionários; QUE é responsável pelos pedidos de vouchers vendidos pela empresa Viação Verdes Mares; QUE até outubro de 2012 os pedidos de vouchers sempre foram encaminhados para o e-mail cirineu@vmares.com.br; QUE os pagamentos eram efetuados sempre por depósito bancário (transferência eletrônica) na conta da empresa Viação Verdes Mares no Banco Bradesco, agência 2693, conta 153001, sendo que o comprovante do pagamento era encaminhado no mesmo e-mail em que era feito o pedido; Esclarece que no período em que Cirineu trabalhava na Verdes Mares, a referida empresa só aceitava o pedido de vouchers com o respectivo comprovante de depósito, ou seja, o depósito bancário é realizado antes do pedido, pois o comprovante tinha que acompanhar o pedido; Esclarece que nunca foi aceito, nesta época, que fosse realizado pedido e posteriormente o depósito, mesmo que fosse realizado antes da retirada dos vouchers; Desta forma, tanto o pedido quanto a entrega de vouchers só eram realizados mediante pagamento prévio; QUE os vouchers eram retirados na própria empresa por um funcionário da Febratec; Esclarece que não mais possui os e-mail encaminhados, todavia, apresenta cópia dos comprovantes de TED solicitados por esta Delegacia e alguns pedidos que acompanhavam o comprovante de depósito; Desta forma, esclarece que nunca ocorreu nenhuma pendência referente aos pagamentos, por ser exigido sempre o pagamento antecipado, bem como, nunca recebeu nenhum questionamento da Viação Verdes Mares sobre pagamento ou confirmação de pagamento dos pedidos de vouchers (fls. 624-625). – sublinhei.

A assistente de controladoria Giseli Sauer, disse extrajudicialmente que quando iniciou auditorias, o funcionário responsável pela agência da rodoviária de Joinville e prestação de contas financeiras era Cirineu:

QUE trabalhou na empresa Gidion de agosto de 2012 até julho de 2013, na função de assistente de controladoria; Afirma que no tempo em que trabalhou na empresa realizava auditorias periódicas nas agências de venda de passagens da empresa Viação Verdes Mares, inclusive na agência localizada na rodoviária de Joinville; Afirma que na agência da rodoviária de Joinville quando iniciou as auditorias o

funcionário Cirineu era responsável pela agência inclusive pela prestação de contas financeira; Esclarece que as auditorias periódicas eram realizadas em datas aleatórias aproximadamente uma ou duas vezes ao mês; Esclarece que inicialmente realizava as auditorias acompanhada do funcionário Eliel, responsável pelo setor financeiro da empresa Viação Verdes Mares e posteriormente passou a realizar sozinha as mencionadas auditorias; Esclarece que nas auditorias periódicas a depoente emitia o relatório diário (RMF) onde constavam os valores das vendas realizadas no dia, emitia-se também o relatório diário das vendas de passagens que estavam em aberto, ou sejam, ainda pendentes de recebimento de pagamento e então era realizada a conferência do valor que estava no caixa e comparado com os relatórios emitidos; Desta forma, esclarece que não era realizada a análise completa da movimentação financeira mensal, mas apenas conferência do dia da auditoria; Esclarece que nas auditorias realizadas na agência da rodoviária de Joinville em algumas oportunidades foram constatadas diferenças entre o valor que estava no sistema e o valor apurado no caixa, sendo que o valor existente no caixa era menor, mas os valores da diferença era em média em R\$ 100,00 (cem reais); Esclarece que na contabilidade é comum uma diferença de caixa [...] (fl. 301). – sublinhei.

Sob o crivo do contraditório e ampla defesa Giseli Sauer testemunhou não se recordar de o réu comentar haver algum problema no sistema da empresa. Disse ainda que mesmo que os valores das passagens da referida empresa não passassem diretamente nas mãos do réu, sobrava dinheiro em caixa na empresa devido os valores não serem baixados, podendo ser facilmente pegos pelo acusado em outra transação financeira. Por fim, discordou quanto à alegação de existência de falha no sistema, aduzindo jamais ter ocorrido qualquer falha, e que somente o controle de auditoria é que poderia ser falho:

Que foi contratada em agosto de 2012 com a finalidade de realizar auditorias na empresa. A primeira auditoria, fez na presença de Eliel, a segunda foi nos mesmos moldes da primeira e apenas na terceira vez fez o trabalho sozinha. A forma como era feita apenas conferia o valor do caixa com o RMF. Com a saída de Cirineu, a entrada de um novo funcionário e sua experiência com o sistema é que foi descobrindo outros relatórios. As contas que estavam em aberto eram de apenas uma ou duas empresas e foi feito levantamento que, de fato, as empresas haviam efetuado o pagamento corretamente. Apenas a agência do acusado apresentou esse problema, nas outras em aberto realmente não havia pagamento da empresa. Não se recorda de o réu comentar nenhum problema no sistema. Também fazia lançamentos quanto aos valores coletados pelos cobradores que deixavam os caixas na garagem e nunca observou qualquer dificuldade do sistema. Até 2013, quando saiu, o sistema permaneceu o mesmo, tendo mudado somente os procedimentos adotados pela empresa. Ainda que os valores não baixados passassem apenas virtualmente pelas mãos do réu, sobrou dinheiro em caixa, que ele facilmente pode ter pego de alguma outra transação física. O controle da empresa era deficiente por conta da falta de um profissional específico com conhecimento em auditoria. Discorda da afirmação de falha no sistema pois também o utilizava e nunca ocorreu qualquer problema, o controle de auditoria é que poderia ser falho (Mídia de fl. 660 – transcrição extraída da sentença). – sublinhei.

O motorista Sérgio Eduardo Ribeiro, testemunha de defesa, disse que o referido sistema dava problemas quase que diariamente, ao passo que teria saído da empresa em 2005, jamais tendo operado o referido sistema:

Que trabalhava como motorista. Era difícil o dia em que o sistema não dava problema, sendo necessário fazer o fechamento manualmente. Saiu da empresa em 2005 e não chegou a operar o sistema e desconhece movimentações em aberto (Mídia de fl. 660 – transcrição extraída da sentença).

O apelante Cirineu Cardoso de Aguiar, na fase inquisitorial, disse ter trabalho como supervisor da agência da rodoviária de Joinville da empresa Viação Verdes Mares de 2005 até outubro de 2012. Disse que só emitia os vale-transportes da empresa Febratec após o recebimento do comprovante de pagamento. Em sua defesa, solicitou consignar que o sistema MASS, responsável pelo movimento financeiro (RMF) possuía muitas falhas, deixando pedidos em aberto após o devido fechamento, dizendo informar o funcionário Adecir, bem como se reportar ao suporte técnico da empresa que fornecia tal sistema, sediada em Palhoça/SC. Outrossim, alegou possuir relatório da auditora Giseli, onde não haveria sido constatada qualquer irregularidade. Por fim, salientou não ter se apropriado indevidamente de nenhuma quantia da empresa Viação Verdes Mares, reiterando que o sistema eletrônico da empresa possuía defeitos:

QUE o interrogado trabalhou na empresa Viação Verdes Mares de 01/02/1999 até 09/10/2012, que por volta do ano de 2005 passou a trabalhar como supervisor na agência da empresa localizada na Rodoviária de Joinville; Afirma que na mencionada agência cuidava da área administrativa e financeira; Afirma que a empresa Febratec adquiria vale transporte mensalmente; Afirma que recebia os pedidos da empresa Febratec por e-mail e repassava para os funcionários responsáveis pela emissão dos vouchers; Afirma que no momento do pedido já recebia o comprovante de depósito bancário, pois a Febratec realizava o pagamento adiantado; Afirma que após a emissão dos vouchers o pedido ficava “am aberto”, sendo que o interrogado era responsável por registrar no sistema o “fechamento” do pedido; Afirma que somente é realizado o fechamento do pedido, quando este já está pago e o sistema manda essa informação direto para o resumo de movimento financeiro (RMF); Solicita consignar que o sistema era falho e muitas vezes após realizar o fechamento do pedido, o mesmo pedido aparecia aberto novamente; Afirma que quando isso ocorria o interrogado se reportava ao suporte técnico da empresa que fornecia o Sistema Mass, sendo que realizado o contato por telefone ou e-mail, pois a empresa está localizada em Palhoça/SC; Pelo que recorda o nome do funcionário do suporte técnico era Marcos; Afirma que algumas vezes o problema era resolvido, outras vezes não; Afirma que, quando ocorriam esses problemas, comunicava ao funcionário Adecir da empresa Viação Verdes Mares e este somente orientava o interrogado a telefonar para o suporte técnico; Reafirma que o sistema apresentava muitos problemas; Afirma que, quando saiu da empresa, existiam vários pedidos da empresa Febratec em aberto no sistema; Afirma que todos os pedidos da Febratec estavam pagos e somente constavam em aberto no sistema, por falha do próprio sistema; Afirma que todos os pedidos da Febratec estavam pagos e somente constavam em aberto no sistema, por falha do próprio sistema; Afirma que pediu demissão ano passado e a empresa realizou auditoria; Solicita consignar que possui relatório da auditoria Gisele Sauer, onde consta que nenhuma irregularidade foi apurada; Questionado, afirma que repassava diariamente o RMF e dinheiro do caixa para a empresa; Questionado, afirma que os pedidos da empresa Febratec apareciam no RMF como débitos quitados e apenas no sistema, às vezes, voltavam a aparecer como pendentes; Desta forma, afirma que não se apropriou de valores da empresa e reitera que o programa utilizado apresentava defeitos (fls. 628-629). – sublinhei.

Em que pese a tentativa do acusado em se esquivar de sua responsabilidade penal, suas alegações defensivas são dissonantes com o caderno probatório.

Conforme se desprende nos autos, todas as testemunhas ouvidas em ambas as fases judiciais, confirmaram que somente o apelante tinha acesso ao sistema financeiro da empresa, especificamente da agência da rodoviária de Joinville, fazendo os devidos fechamentos.

Ao que consta, o apelante, utilizando de sua função de chefia, recebia as confirmações de pagamento feitas pela empresa Febratec via depósito bancário, liberava as passagens, mas não dava baixa no sistema da empresa Viação Verdes Mares. Desta forma, utilizava dessa diferença de caixa constante no relatório de movimento financeiro (RMF), e apropriava-se indevidamente de valores constantes no caixa da agência da rodoviária de Joinville.

O Laudo Pericial Contábil n. 9100.15.00386 (fls. 312-324) , trouxe o seguinte quesito:

Ocorreu a subtração/apropriação indébita de valores da empresa conforme mencionado no boletim de ocorrência nº 453-2013-0588 e, em caso positivo, qual o valor apurado? (fl 323).

Obtendo-se a seguinte resposta:

Sim. Foram apuradas diferenças de valores no caixa da empresa vítima. Os documentos encaminhados para exame demonstraram que a empresa vítima vendeu *vouchers* ao cliente Febratec, sendo que não foi dada a devida baixa no “contas a receber” da empresa vítima, quando a empresa cliente efetuou o pagamento dos *vouchers* adquiridos. Portanto, a empresa vítima recebeu o pagamento da empresa cliente, valor este lançado no RMF, logo, deu entrada no caixa da empresa vítima, contudo, este valor, que deveria ser registrado como ingresso no caixa, permaneceu registrado como “contas a receber”, isto é, recebimento ainda por se realizar, embora já devidamente pago pela empresa cliente e recebido pela empresa vítima. A diferença a menor apurado no caixa da empresa vítima foi de R\$ 81.482,10 (fl. 323). – sublinhei.

Assim, restou comprovado pericialmente que os valores efetivamente entraram na conta da empresa, entretanto, havia uma diferença no caixa à menor no montante de R\$ 81.482,10 (oitenta e um mil quatrocentos e oitenta e dois reais e dez centavos). Ou seja, conforme bem narrado na exordial acusatória, restou inequívoco que o apelante compensava “*os valores referentes ao pagamento pelas passagens adquiridas na própria agência e pelas vendas realizadas pelos cobradores nos ônibus*” (fl. 593), com os valores recebidos da empresa Febratec, e não dado baixa no sistema MASS, o qual somente o apelante tinha acesso.

Ademais, a alegação de problema no sistema é dissociada no caderno processual. Entretanto, mesmo que houvesse problemas no sistema, tal situação não teria o condão de absolver o acusado, visto que restou incontroverso a diferença no montante do caixa da empresa, referente à agência a qual o apelante era supervisor. Ressalta-se outrossim, que as diferenças no caixa da empresa desapareceram após o apelante ter pedido demissão da referida empresa.

Sobre o crime de apropriação indébita preceitua o art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal:

Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

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

§ 1º A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

[...]

III - em razão de ofício, emprego ou profissão.

Sobre o delito leciona Guilherme de Souza Nucci:

Apropriar-se significa apossar-se ou tomar como sua coisa que pertence a outra pessoa. Cremos que a intenção é proteger tanto a propriedade, quanto a posse, conforme o caso. Num primeiro momento, há a confiança do proprietário ou possuidor, entregando algo para a guarda ou uso do agente; no exato momento em que este é chamado a devolver o bem confiado, negando-se, prova a inversão da posse e a consumação do delito (Código Penal Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 824).

No mesmo sentido, quanto à causa de aumento do crime em tela, Cezar Roberto Bitencourt assim explica:

Somente se configura qualquer das causas de aumento em exame se a conduta proibida for praticada em razão de ofício, emprego ou profissão, sendo insuficiente que exista objetivamente a qualidade ou condição do sujeito ativo. Em outros termos, é indispensável que a apropriação indébita se concretize por meio de ato característico de ofício, emprego ou profissão [...] (Código Penal Comentado. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 763)

Em casos similares já decidiu este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA CIRCUNSTANCIADA EM RAZÃO DE OFÍCIO, EMPREGO OU PROFISSÃO EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 168, § 1º, INC. III, C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. [...] PLEITO ABSOLUTÓRIO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS NOS AUTOS. DOLO DEVIDAMENTE CARACTERIZADO PELA VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE SE APROPRIAR DE COISA ALHEIA DE QUE TEM A POSSE OU DETENÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. [...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000998-91.1999.8.24.0055, de Rio Negrinho, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 13-12-2018).

APELAÇÃO CRIMINAL. [...] APROPRIAÇÃO INDÉBITA EM RAZÃO DE OFÍCIO, EMPREGO OU PROFISSÃO (ART. 168, § 1º, III, C/C O ART. 71, *CAPUT*, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - POR DUAS VEZES). [...] MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA FIRME DA VÍTIMA EM AMBAS AS ETAPAS CORROBORADA POR TESTEMUNHAS E PROVA DOCUMENTAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. “A vontade específica de pretender apossar-se da coisa pertencente a outra pessoa está ínsita no verbo ‘apropriar-se’. Portanto, incidindo o dolo sobre o núcleo do tipo, é isso suficiente para configurar o crime de apropriação indébita” (Guilherme de Souza Nucci, 2016). MULTA. CUMULATIVIDADE QUE SE APLICA AO CONCURSO DE CRIMES APENAS. AJUSTE DE OFÍCIO. O cúmulo material das penas de multa no caso de concurso de crimes (art. 72 do Código Penal) não se aplica aos delitos continuados. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002080-40.2011.8.24.0055, de Rio Negrinho, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 07-02-2017). – sublinhei.

Sob minha relatoria já decidi:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA APROVEITANDO-SE DA QUALIDADE DE EMPREGADO DA EMPRESA VÍTIMA PRATICADA EM CONTINUIDADE DELITIVA [ART. 168, § 1º, III, C/C ART. 71 (50 VEZES), AMBOS DO CÓDIGO PENAL]. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. RESPONSÁVEL PELO SETOR DE CONTAS A PAGAR QUE AJUSTA COM CLIENTES PAGAMENTO EM DINHEIRO. VERBA NÃO ENTREGUE À EMPRESA CREDORA. DESCONTOS, PRORROGAÇÕES E AJUSTES INSERIDOS NO SISTEMA INFORMATIZADO PARA ACOBERTAR A PRÁTICA ILÍCITA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0008047-79.2008.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. 07-04-2016).

Assim, tendo o apelante utilizado de sua função de supervisor de agência, para apropriar-se indevidamente dos valores de passagens da empresa Viação Verdes Mares, no montante já supracitado, nos meses de junho/2011, julho/2011, novembro/2011, janeiro/2012, junho/2012, agosto/2012 e setembro/2012, a condenação do apelante pelo crime disposto no art. 168, § 1º, Inciso III, do Código Penal, em continuidade delitiva (sete vezes), conforme realizado pelo magistrado de piso, não merece reparos.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0000617-40.2017.8.24.0027, de Ibirama

Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

APELAÇÃO CRIMINAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E PORTE DE ARMAS DE FOGO DE USO RESTRITO E ARTEFATOS EXPLOSIVOS (ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 12.350/2013 E ART. 16, III, DA LEI N. 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DAS DEFESAS.

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. IMPOSSIBILIDADE. RÉUS QUE INTEGRAVAM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ESPECIALIZADA EM ASSALTOS A AGÊNCIAS BANCÁRIAS, EMPRESAS, CARROS-FORTE E MALOTES DE DINHEIRO. APÓS LONGO ANO DE INVESTIGAÇÃO, DURANTE FORÇA TAREFA DA POLÍCIA MILITAR, SÃO DETIDOS NA BR 470, OCASIÃO EM QUE TRANSPORTAVAM FORTE ARSENAL BÉLICO (ARMAS E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO), EXPLOSIVOS, COLETES BALÍSTICOS, BALAS-CLAVA, BEM COMO OUTROS EQUIPAMENTOS, CUJA UTILIZAÇÃO OCORRERIA NOS ROUBOS PLANEJADOS PELO GRUPO, QUE ERA ESTRUTURADO E CONTAVA COM DIVISÕES DE TAREFAS ENTRE OS INTEGRANTES. MATERIALIDADE E AUTORIA DOS DELITOS DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. RELATOS DOS AGENTES PÚBLICOS QUE PARTICIPARAM DA INVESTIGAÇÃO E PRISÃO EM FLAGRANTE, CORROBORADOS PELO RELATÓRIO TÉCNICO OPERACIONAL, AUTO DE APREENSÃO E LAUDOS PERICIAIS. NEGATIVAS DE AUTORIA ISOLADAS NOS AUTOS. ÁLIBIS NÃO COMPROVADOS (ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). CONTEXTO PROBATÓRIO ESTREME DE DÚVIDAS. DECRETO CONDENATÓRIO MANTIDO.

DOSIMETRIA (RÉU ÍLIO LEANDRO). PRETENSO AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL REFERENTE À CONDUTA SOCIAL E MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO EM 1/6 (UM SEXTO) QUANTO À OUTRA ELEMENTAR SOPESADA. POSSIBILIDADE PARCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS HÁBEIS A DEMONSTRAR O COMPORTAMENTO DO ACUSADO NO MEIO SOCIAL. REAJUSTE OPERADO NO PONTO. TODAVIA, PATAMAR MANTIDO EM RELAÇÃO AO VETOR CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME (QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ARTEFATOS BÉLICOS APREENDIDOS). OBSERVÂNCIA À DISCRICIONARIEDADE DO TOGADO SINGULAR.

RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDOS OS RECLAMOS MANEJADOS PELOS RÉUS FLÁVIO GARROZI, JOÃO CARLOS NASCIMENTO E TIAGO DE OLIVEIRA E PROVIDO EM PARTE O APELO INTERPOSTO PELA DEFESA DE ÍLIO LEANDRO ERICKSSON.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000617-40.2017.8.24.0027, da comarca de Ibirama 2ª Vara em que são Apelantes João Carlos Nascimento Júnior e outros e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento aos apelos interpostos por Flávio Garrozi, João Carlos Nascimento e Tiago de Oliveira e dar provimento parcial ao reclamo manejado por Ílio Leandro Ericksson, apenas para afastar o vetor conduta social e reajustar o cálculo dosimétrico, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva B. Schaefer, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Antônio Zoldan da Veiga.

Compareceu à sessão pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2019

Luiz Neri Oliveira de Souza
Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de Ibirama, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Tiago de Oliveira (Alex Sandro de Oliveira), Ílio Leandro Eriksson, Flávio Garrozi, João Carlos Nascimento e João Paulo Brito, dando-os como incurso nas sanções do art. 2º, § 4º, IV, c/c art. 1º, § 1º, ambos da Lei n. 12.850/2013 e no art. 16, III, da Lei n. 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal, conforme os seguintes fatos descritos na inicial acusatória, *in verbis* (fls. 1-5):

Fato 1 - Do delito de organização criminosa

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que em local e data incertos, mas antes do dia 30 de junho de 2017, os denunciados Alex Sandro de Oliveira, Ílio Leandro Eriksson, Flávio Garrozi, João Carlos Nascimento Júnior, juntamente com João Paulo Brito (falecido durante a prisão em flagrante) constituíram e integraram, pessoalmente, organização criminosa.

Restou esclarecido nos autos que os denunciados integravam organização criminosa atuante na prática de roubos e furtos de caixas eletrônicos, malotes e carros-forte, com a utilização de explosivos e armamento de uso restrito, organização essa que atuava em diversos locais do Estado, inclusive havendo se associado a outra organização criminosa que atuava no Paraná, e que vinha sendo investigada por aproximadamente 1 (um) ano, por uma operação de inteligência da Polícia Militar de Santa Catarina.

Segundo apurado, na data dos fatos os denunciados iriam agir na cidade de Santa Cecília/SC, na instituição Banco Sicob, a fim de praticar mais um crime contra o patrimônio, mas, por circunstâncias desconhecidas, abortaram a ação criminosa.

A divisão de tarefas da organização criminosa ocorria da seguinte forma: João Carlos Nascimento Júnior e João Paulo Brito (conhecido também por “Zeca”) eram os líderes, ao passo que Ílio Leandro Eriksson era responsável pela estruturação, captação e manutenção dos armamentos e demais equipamentos, enquanto à Flávio Garrozi cabia mapear as agências bancárias, captar e repassar informações privilegiadas quanto à malotes, roteiros de carros-forte e outras informações de agências de segurança, obtida por meio de funcionários dos locais e, por fim, Alex Sandro de Oliveira era o “explosivista” da organização, responsável por montar, inserir e acender os explosivos nos caixas eletrônicos das instituições financeiras.

Assim o agindo, constituíram e integraram pessoalmente organização criminosa, devidamente estruturada e com divisão de tarefas entre seus membros, com a finalidade de obter vantagem patrimonial, especialmente

mediante a prática de furtos qualificados com destruição de obstáculo e roubos, todos delitos que possuem pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

Fato 2 - Do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Consta também que no dia 30 de junho de 2017, por volta das 1h30, na Rodovia Federal BR 470, km 125, Bairro Serra São Miguel, neste município e Comarca de Ibirama/SC, os denunciados Alex Sandro de Oliveira, Ílio Leandro Eriksson, Flávio Garrozi e João Carlos Nascimento Júnior, juntamente com João Paulo Brito (o qual, segundo consta, faleceu na ocasião), atuando em comunhão de esforços e unidade de desígnios, possuíram, detiveram, portaram, mantiveram sob sua guarda e transportaram 1 (uma) espingarda marca CBC; 2 (duas) espingardas marca BOITO; 1 (uma) submetralhadora marca BRNO; 2 (duas) pistolas marca TAURUS; 2 (duas) pistolas marca GLOCK; 30 (trinta) munições de calibre .12; 196 (cento e noventa e seis) munições de calibre diversos, entre 9 mm e .380; 2 (duas) emulsões encartuchadas; 3 (três) artefatos explosivos improvisados; 1 (um) cordel detonante; 10 (dez) espoletas; 1 (um) estopim e 1 (um) kit Roni para Glock, 11 carregadores de diversos calibres e tamanhos, ou seja, dentre outras, armas de fogo e munições de uso restrito, além de artefatos explosivos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (termo de apreensão de fls. 47/48).

Segundo apurado, após terem abortado a prática do crime na região de Santa Cecília, os denunciados, os quais estavam em três diferentes veículos, começaram a rumar sentido litoral e passaram a ser acompanhados pelos policiais militares da força-tarefa que havia sido montada para abordar a organização criminosa.

No veículo Fiat/Palio, placas LZF-6758, que ia à frente da caminhonete, dando-lhe cobertura, estavam Flávio Garrozi e João Carlos Nascimento Júnior; a caminhonete Hyundai/HR HDB, placas BET-1573 era conduzida por João Paulo Brito e, logo atrás, lhe acompanhando e garantindo sua segurança, vinha o veículo Ford/Fiesta, placas EMS-4174, dentro do qual estavam Alex Sandro de Oliveira e Ílio Leandro Eriksson.

Assim, como se denota do caderno processual, os denunciados Alex Sandro de Oliveira e Ílio Leandro Eriksson, que se encontravam no interior do veículo Ford/Fiesta Flex, placas EMS-4174, e Flávio Garrozi e João Carlos Nascimento Júnior, que estavam no veículo Fiat/Palio, placas LZF-6758, estavam acompanhando e garantindo a segurança do caminhão Hyundai/HR HDB, placas BET-1573, conduzido por João Paulo de Brito, que faleceu em decorrência de troca de tiros com os policiais, o qual realizava o transporte da maioria dos armamentos apreendidos e demais equipamentos descritos no auto de exibição e apreensão de fls. 47/48, com exceção das 2 (duas) pistolas da marca GLOCK, que estavam em poder, cada uma, de Alex Sandro de Oliveira e Ílio Leandro Eriksson.

Dessa forma, depreende-se das circunstâncias que os denunciados realizaram a escolta e acompanhamento do caminhão conduzido por João Paulo, que carregava a maioria do armamento, agindo na função conhecida como “batedores”.

No decorrer da instrução processual, por intermédio de exame papiloscópico, restou constatado que o acusado denominado “Alex Sandro de Oliveira”, na verdade, era seu irmão, Tiago de Oliveira (fls. 883-891), ocasião em que foi instaurada ação penal a fim de apurar a prática do crime de falsa identidade (autos n. 0900005-43.2018.8.24.0027).

Encerrada a instrução, o magistrado *a quo* proferiu sentença, nos seguintes termos (fls. 3740-3868):

ANTE O EXPOSTO, julgo PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos contidos na denúncia para:

- a) Decretar a extinção da punibilidade de João Paulo Brito em razão de seu óbito (Certidão de Óbito de p. 552);
- b) Absolver Alex Sandro de Oliveira, brasileiro, natural de Marmeleiro/PR, nascido em 10.6.1990, filho de Loi de Fátima de Oliveira, por estar provado que o réu não concorreu para a infração penal, com base no art. 386, IV, do Código de Processo Penal;
- c) Condenar João Carlos Nascimento Júnior, brasileiro, natural de Itajaí/SC, nascido em 20.5.1988, filho de Sílvia Mello Nascimento e João Carlos Nascimento, à pena privativa de liberdade de 12 (doze) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 29 (vinte e nove) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido até a data do pagamento, conforme o disposto nos arts. 49, § 1º, e 60, ambos do CP, por infração ao art. 2º, §§ 2º e 3º, c/c art. 1º, § 1º, ambos da Lei n. 12.850/2013 e no art. 16, *caput* e inciso III, da Lei n. 10.826/2003, ambos os crimes c/c art. 61, I, do CP e na forma do art. 69 do Código Penal;
- d) Condenar Flávio Garrozi, brasileiro, natural de Itajaí/SC, nascido em 27.2.1970, filho de Êster Zunino Garrozi e Paulo Afonso Garrozi, à pena privativa de liberdade de 12 (doze) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 32 (trinta e dois) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido até a data do pagamento, conforme o disposto nos arts. 49, § 1º, e 60, ambos do CP, por infração ao art. 2º, § 2º, c/c art. 1º, § 1º, ambos da Lei n. 12.850/2013 e no art. 16, *caput* e inciso III, da Lei n. 10.826/2003, ambos os crimes c/c art. 61, I, do CP e na forma do art. 69 do Código Penal;
- e) Condenar Ílio Leandro Erickson, brasileiro, natural de Itajaí/SC, nascido em 22.4.1991, filho de Rosani Erickson, à pena privativa de liberdade de 11 (onze) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 29 (vinte e nove) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido até a data do pagamento, conforme o disposto nos arts. 49, § 1º, e 60, ambos do CP, por infração ao art. 2º, § 2º, c/c art. 1º, § 1º, ambos da Lei n. 12.850/2013 e no art. 16, *caput* e inciso III, da Lei n. 10.826/2003, ambos os crimes c/c art. 61, I, do CP e na forma do art. 69 do Código Penal;
- f) Condenar Tiago de Oliveira, brasileiro, natural de Renascença/PR, nascido em 25.7.1986, filho de Lói de Fátima Oliveira, à pena privativa de liberdade de 13 (treze) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 32 (trinta e dois) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido até a data do pagamento, conforme o disposto nos arts. 49, § 1º, e 60, ambos do CP, por infração ao art. 2º, § 2º, c/c art. 1º, § 1º, ambos da Lei n. 12.850/2013 e no art. 16, *caput* e inciso III, da Lei n. 10.826/2003, ambos os crimes c/c art. 61, I, do CP e na forma do art. 69 do Código Penal. [...]

Inconformados, os réus Flávio Garrozi, Ílio Leandro Ericksson, Tiago de Oliveira e João Carlos do Nascimento Júnior interpuseram apelação criminal por intermédio de defensores constituídos. Nas razões recursais, em síntese, postulam a absolvição por insuficiência de provas da materialidade e autoria dos crimes pelos quais foram condenados e, havendo incertezas, deve ser reconhecido o princípio *in dubio pro reo*. Quanto à dosimetria do crime tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, pretende o apelante Ílio o reajuste da pena-base, devendo ser considerada apenas uma circunstância judicial desfavorável, na fração de 1/6 (um sexto), comumente adotada pela jurisprudência (fls. 3899-3911; 3913-3930; 3932-3946; 3989-3993).

Em contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento dos recursos, mantendo-se incólume a sentença prolatada (fls. 4006-4068).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento dos reclamos (fls. 4073-4095).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conhece-se dos recursos.

1. Absolvição.

Os recorrentes, em síntese, postulam a absolvição, para tanto sustentam fragilidade probatória acerca dos seus envolvimento nas práticas delitivas, pois meros indícios não são suficientes para respaldar o decreto condenatório, de modo que, havendo dúvidas, deve ser reconhecido o princípio *in dubio pro reo*.

A insurgência não merece provimento.

O delito de organização criminosa está tipificado na Lei n. 12.850/2013, precisamente no art. 2º, que dispõe: “*Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.*”

Ainda, prevê o § 2º, do respectivo dispositivo legal: “*As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.*”

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci leciona:

[...] a organização criminosa é a associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. Pode-se sustentar que a organização criminosa tem a visível feição de uma empresa, distinguindo-se das empresas lícitas pelo seu objeto e métodos ilícitos. [...]. O conceito adotado pela Lei 12.850/2013 não é muito diferente, prevendo-se, no art. 1º, § 1º, o seguinte: “considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional” (Organização Criminosa. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019 - extraído da Biblioteca Virtual).

Quanto ao crime de porte de armas de fogo e munições de uso restrito e posse de artefato explosivo, sabe-se que está previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 e dispõe: “*Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*”, e traz no inciso III, ainda: “*possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar*.”

A propósito, por ser considerado crime de perigo abstrato e mera conduta, mostra-se desnecessário qualquer resultado danoso, tampouco perícia para averiguar a eficácia dos objetos bélicos apreendidos, pois, conforme já mencionado, para a configuração dos ilícitos, é necessário apenas que o indivíduo pratique os verbos elencados no artigo.

Todavia, *in casu*, válido constar que foi realizado o laudo de exame em arma de fogo e munição (fls. 411-420), restando comprovado que as 8 (oito) armas de fogo e as 225 (duzentos e vinte e cinco) munições eram eficientes.

Acerca do assunto, Julio Fabbrini Mirabete expõe:

Nos crimes de mera conduta (ou de simples atividade) a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente. Não sendo relevante o resultado material, há uma ofensa (de dano ou de perigo) presumida pela lei diante da prática da conduta [...] (Manual de direito penal: vol. 1. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 124).

E Cezar Roberto Bitencourt complementa e destaca que “*o perigo abstrato pode ser entendido como aquele que é presumido [...] O perigo não precisa ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa*” (Tratado de Direito Penal: parte geral. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 274).

Pois bem.

Antes de analisar o mérito da questão, faz-se necessário breve síntese dos fatos.

De acordo com o relatório técnico operacional de fls. 130-172, após o assalto a um carro-forte em 08-11-2016, a Polícia Militar identificou que o automóvel Hyundai IX35, placas MMA 2458, era dirigido por João Paulo Brito, e a partir daí começaram a investigar tal indivíduo e seus comparsas por intermédio das centrais de inteligência.

Iniciaram campanhas à residência do então acusado e notaram que determinados veículos antes de serem utilizados em assaltos a empresas, agências bancárias e carro-forte, eram flagrados em frente ao imóvel de João Paulo. Apuraram que um dos veículos (Renault Clio Authentic, de cor cinza, placas EBV 5478) também era comumente usado pelo réu Ílio Leandro.

Começaram a monitorar o referido automóvel e em determinada ocasião, identificaram que este se deslocou até Joinville, onde permaneceu na residência do acusado Tiago de Oliveira até à 1 hora do dia 13-06-2017, sendo que no imóvel de Tiago já se encontrava o veículo Citroen C3 Picasso, de cor preta, placas EBV 5478, e ambos veículos também foram identificados no roubo perpetrado à agência do Banco do Brasil em 14-06-2017, na cidade de Itapoá.

Extraí-se ainda que as agências de inteligência dos municípios de Navegantes e Itajaí conseguiram identificar todos os envolvidos na organização criminosa: “a) João Paulo Brito, “Zaca”, atuante na organização do bando criminoso e planeamento de estratégias adotadas, possui liderança frente aos demais; b) João Carlos Nascimento Júnior, “Bazuca”, responsável pela ação direta a roubos juntamente com João Paulo; c) Ílio Leandro Erickson utilizava o veículo Renault Clio Authentique, cor cinza, placas EBV 5478, em Rio dos Cedros, o qual já havia sido visto em frente à casa de João Paulo Brito, seu amigo pessoal; d) Flávio Garrozi, “Velhinho”, filho da proprietária do veículo Cobalt branco, placas MJT 4934, utilizado por Flávio, Zaca e Bazuca para reconhecimento dos bancos; e) Alex Sandro de Oliveira, explosivista do grupo criminoso, possui know-how nas ações dos caixas eletrônicos com explosivos e também com o uso de maçaricos, participou na ação em Itapoá”.

A investigação foi realizada com muita cautela, e perdurava por mais de um ano. Em determinado momento, as agências de inteligência receberam um vídeo no qual constava uma “ação de reconhecimento” realizada pelo veículo Cobalt branco, placas MJT 4934, de propriedade da genitora do acusado Flávio Garrozi, à Agência Bancária Sicoob de Santa Cecília/SC, durante o horário de passagem do carro-forte da empresa Prosegur, em 23-06-2017.

Com base nessa informação, começaram a monitorar os próximos passos da organização, percebendo que o grupo estava prestes a se deslocar em direção ao município de Santa Cecília, pois visavam assaltar alguma agência bancária. Assim, em 29-06-2017, a Polícia Militar organizou uma força-tarefa e conseguiu deter os acusados, bem como apreender forte arsenal bélico, explosivos e equipamentos utilizados pela organização.

Com efeito, a materialidade dos crimes está comprovada por meio do auto de prisão em flagrante de (fls. 15-83), do boletim de ocorrência (fls. 17-23), do auto de exibição e apreensão (fls. 61-62), do termo de entrega (fl. 63), dos registros fotográficos (fl. 64), do relatório técnico operacional (fls. 130-172), do ofício (fls. 276-277), dos vídeos (fl. 293), do pedido de restituição de veículo (fls. 346-347), dos laudos periciais de identificação de veículos (fls. 369-373; 383-391 e 393-398), dos laudos periciais de exame em armas e munições (fls. 411-420 e 428-430), bem como pelos demais elementos coligidos no caderno processual.

A autoria delitiva, da mesma forma, está sobejamente demonstrada no caderno processual, especialmente pela prova oral inserida, cujas transcrições foram elaboradas com exímio pelo douto magistrado singular, Dr. Sandro Pierri, e integrarão este voto. Veja-se:

O **Policial Militar Bruno Fagundes Monteiro** (áudio de p. 99), que chefiava a Agência de Inteligência de Navegantes, narrou na Delegacia de Polícia que estava investigando grupos criminosos envolvidos em

crimes cometidos contra carros-fortes de transporte de valores e agências bancárias da região, por meio de força-tarefa em cooperação com a Agência de Inteligência de Itajaí. Afirmou que, durante o levantamento de informações entre as agências, acabaram chegando aos réus, que já estavam sendo investigados por volta de um ano, e conseguiram mapear entre sete a dez ações violentas do grupo, com roubo a carros fortes e, mais recentemente, houve a junção com grupo do Paraná, havendo a utilização de explosivos (1'11"). Informou que receberam a notícia de que a organização criminosa iria atuar no Município de Santa Cecília nesse dia, e iriam 'estourar' o Banco Sicoob do Município, ao que movimentaram efetivo e apoio técnico para realizar a operação, tendo se deslocado até o Município de Santa Cecília (1'37"). Durante o acompanhamento, aduziu que os réus desistiram do roubo, e retornaram, sentido ao litoral, nos veículos já identificados (2'10"). Diante disso, afirmou que continuaram acompanhando os veículos, enquanto aguardaram a abordagem com o auxílio do BOPE. Afirmou que no momento da abordagem, o líder da quadrilha estava dirigindo o caminhão em que havia o material apreendido, e desceu do veículo disparando contra a guarnição, sendo alvejado pelos policiais do BOPE, vindo a óbito no local (3'08"). Esclareceu que foram abordados três veículos, o veículo Pálio que servia de 'batedor' para os outros dois, foi abordado em Blumenau, o veículo Fiesta, que fazia a segurança do caminhão e onde estavam duas pistolas, foi abordado um pouco antes deste, além do carro em que foram apreendidos os bens (3'30"). Questionado, afirmou que a organização que estava sendo monitorada era composta deste núcleo que foi preso, referindo-se aos acusados, e talvez mais um ou dois masculinos, além das mulheres de João Paulo Brito e João Carlos do Nascimento Júnior, e o núcleo do Paraná, que envolveu-se a partir do roubo ocorrido em Rio dos Cedros, mas que ainda não foi identificado (4'06"). Afirmou que havia divisão de tarefas entre os integrantes da organização criminosa, com João Paulo Brito e João Carlos do Nascimento Júnior, conhecidos como "Zaca" e "Bazuca" sendo os comandantes da quadrilha. Ílio, também conhecido como 'Gordinho', era o responsável pela estruturação, computação e manutenção de armamentos, tanto que a guarnição de Itajaí foi na casa de Ílio e encontrou mais quatro carregadores de fuzil 556, dezesseis munições de fuzil 556 e mais um carregador de 9 milímetros. Flávio Garrozi, conhecido como "Coroa", era responsável por mapear as agências bancárias, puxando as informações nas empresas de segurança de carro-forte e de agências bancárias algumas informações com os agentes, que tenham interesse em integrar organizações criminosas, fornecendo informações privilegiadas, como horário das agências bancárias, data e horário de entrega de malotes e roteiro dos carrosfortes. Em relação a Alex Sandro de Oliveira (referindo, na verdade, ao réu Tiago de Oliveira, que utilizava o nome do irmão), que morava em Joinville, era o explosivista da quadrilha, por deter conhecimentos técnicos em explosivos, fazendo a dosagem das cargas, montagem dos explosivos e inserção dos explosivos nos caixas eletrônicos (4'50"). Ressaltou que na organização há divisão de tarefas bem claras entre eles, e a especialidade da organização são furtos e roubos em agências bancárias, carros-fortes e malotes, incluindo o furto, roubo e adulteração de veículos para o cometimento dos furtos e roubo de valores (6'50").

Em Juízo (áudio de p. 744), o Tenente Bruno Fagundes Monteiro informou que a Agência de Inteligência do 25º Batalhão da Polícia Militar de Navegantes, em parceria com a Agência de Inteligência do 1º Batalhão Militar de Itajaí, foram as responsáveis pelo levantamento das informações que culminou na prisão dos acusados (0'58"). Especificou que a associação criminosa já vinha sendo acompanhada pelas duas agências em virtude da participação em outros roubos na região, que utilizava o mesmo 'modus operandis', como a utilização de marretas para romper obstáculos, utilização de carros clonados, que após eram incendiados para destruição de digitais, furtos e roubos de carros-fortes da empresa Prosegur, momento da abordagem quando o vigilante desembarcava com o malote, de forma rápida e utilizando-se do fator surpresa. Em virtude dessas similaridades entre os roubos, chegou-se à conclusão de que se tratava de uma organização criminosa (1'18"). Então, começou-se a investigar os carros que estavam sendo utilizados, citando o Pálio, o Fiesta, o caminhão Hyundai e o Cobalt branco, e chegou ao serviço de inteligência a informação de que eles pretendiam 'estourar' a agência bancária de Santa Cecília (3'45"). Explicou que, duas semanas antes, os acusados dirigiram-se até o local, com o Cobalt branco, e ficaram observando a entrega de um carro forte na agência da Viacredi de Santa Cecília, ao que após retornaram (4'15"). Narrou que, no dia que eles subiram,

já de posse dessa informação de que pretendiam roubar a Agência Viacredi de Santa Cecília, fizeram o acompanhamento do grupo (4'40"). Aduziu que, em determinado momento, os réus desistiram de cometer o crime, e voltaram pela BR 470, na mesma forma de comboio com que subiram: sempre um carro em torno de 10 a 12 km à frente, o caminhão no meio e o Fiesta atrás, fazendo a retaguarda (5'02"). A abordagem foi feita pelas duas guarnições do BOPE, tendo sido o veículo Fiesta o primeiro abordado, e tendo em vista que o caminhão não obedeceu à ordem de parada, foi necessário o BOPE efetuar tiros de fuzis no pneu do veículo, contudo, não acompanhou esse procedimento, estando mais atrás (5'36"). Afirmou que houve confronto entre o "Zaca", João Paulo Brito, que era um dos chefes da quadrilha, e o veículo Pálio que atuava como 'batedor' foi abordado em Blumenau pela PM (6'10"). Na carroceria do caminhão Hyundai foi apreendido uma submetralhadora, pistolas Glock, Taurus calibre .12, dinamite, explosivos com ímã preparado para estourar cofres, coletes balísticos, miguelitos, todo o aparato necessário para roubar um caixa eletrônico e fazer a contenção armada da chegada de guarnição policial (6'35"). Questionado, asseverou que havia armas apreendidas de uso restrito, citando as de calibre 9 mm e a submetralhadora, também de calibre 9 mm (7'36"). Explicou que o veículo Pálio exercia a função de 'batedor', ficando de sete a dez quilômetros do carro que contém as armas, justamente para passar a informação de eventuais barreiras policiais, sobre os postos da polícia rodoviária ou operações policiais, e avisando aos demais integrantes (8'00"). Assevera que a abordagem iniciou com veículo Fiesta, e em seguida ao caminhão Hyundai, que não obedeceu à ordem de parada, aumentou a velocidade e andou por mais alguns quilômetros (8'30"). Recordou que os dois réus que estavam no veículo Fiesta estavam armados com duas pistolas (9'30"). Questionado acerca das funções que cada um dos acusados exercia dentro da organização criminosa, afirmou que identificaram a estruturação e características durante as investigações, principalmente as lideranças: o 'Zaca', João Paulo Brito, e o 'Bazuca', João Carlos do Nascimento Júnior, exerciam uma liderança visível sobre o grupo; o Flávio Garrozi, que chamavam de 'velho', era responsável por amearhar as armas de fogo; o Alex Sandro, que era morador de Joinville, tinha um conhecimento técnico muito apurado em explosivos; enquanto que Ílio era quem captava as informações de rotina de carro forte, possivelmente junto a algum funcionário da empresa Prosegur. Questionado pela defesa acerca da distância entre as duas abordagens, esclareceu que, no momento em que o caminhão foi abordado, o veículo Pálio estava alguns quilômetros na frente, e continuou seu percurso por aproximadamente meia hora, até ser parado pela Polícia Militar de Blumenau, que o estava aguardando o veículo com uma barreira fixa, ou seja, a viatura não veio ao encontro do veículo Pálio, mas sim aguardou ele chegar até eles (14'09"). Novamente questionado, esclareceu que não foi encontrado armamento no veículo Pálio, abordado em Blumenau, justamente por este fazer a função de 'batedor', em carros sem nenhum problema financeiro, em carro que não é clonado, tipicamente a conduta de 'batedor' (15'50"). Ressaltou que o veículo Fiesta vinha na retaguarda do caminhão (17'30"). Afirmou que Flávio Garrozi participou de algumas reuniões na casa de "Zaca", juntamente com João Carlos Nascimento Júnior, o "Bazuca", e as informações todas apontavam que ele era a pessoa que providenciava a questão bélica da associação criminosa, que foram monitoradas pelo setor de inteligência, mas não foi possível fazer o registro visual por causa do local em que residia 'Zaca' dificultava efetuar os registros de forma sigilosa, então tiveram que utilizar outras técnicas de inteligência para efetuar esse levantamento (18'23"). Esclareceu em relação ao réu Flávio, que desde o início da operação, tendo como primeiro evento setembro de 2015, tinha a certeza da participação do Zaca (João Paulo) e do Bazuca (João Carlos), e os demais integrantes, como Ílio e o Flávio, só tiveram a certeza que integravam a organização, inclusive acerca de envolvimento pretéritos, uns dias antes da ida à Santa Cecília (19'45"). Explicou que poderia estar misturando as informações de participação dos integrantes Flávio e Ílio, afirmando que um era responsável pelo material bélico e outro era responsável pela obtenção de informações privilegiadas junto à empresa Prosegur (21'00"). Em seguida, afirmou que Flávio Garrozi era responsável por levantar a rotina das agências, do carroforte, junto a algum funcionário da empresa Prosegur, que passava as informações para Flávio, que ia até a agência com o veículo Cobalt e estudava a rotina do vigilante, como desciam, em quantos, chamavam o malote de 'mochila', como era a postura do vigilante que ficava na segurança diária, enquanto o réu Ílio que fazia a logística do material

bélico, tendo sido encontrado inclusive um carregador de fuzil em sua residência (21'26"). Explicou que chegaram ao réu Flávio por meio de uma conjuntura de informações (22'15"). Esclareceu que o levantamento de informações foram feitas pelas duas agências de inteligências, e o Ílio já era conhecido do 1º Batalhão, enquanto que a sua agência fazia mais o acompanhamento de João Paulo e João Carlos Nascimento (23'00"). Questionado pela defesa, afirmou que todos os veículos chegaram a ir até o Município de Santa Cecília (24'25"). Em relação ao réu Alex Sandro de Oliveira, afirmou que já tinham conhecimento dele antes desse fato, pois era um explosivista famoso no meio policial, e que possui um conhecimento técnico muito bom em relação a materiais explosivos, chegando a ser "assustador" (24'45").

A **testemunha Sydney Nestor Bernardes, Policial Militar** pertencente ao BOPE que participou da abordagem do veículo Fiesta, relatou na Delegacia de Polícia (áudio de p. 99) que receberam a missão de apoiar a operação dos Grupos de Inteligência da Região de Navegantes e de Itajaí, na abordagem de uma organização criminosa especializada em arrombamentos, e que utilizava de extrema violência, com o uso de armas de fogo, e até em algumas situações rendendo pessoas de reféns (0'30"). Receberam a informação de que a organização iria fazer um ataque a uma agência bancária no planalto serrano, próximo a Campos Novos, e ficaram acompanhando os veículos até perceberem que os acusados desistiram de roubar a agência (1'00"). Afirmou que o veículo Pálio vinha mais à frente, uns vinte minutos, depois um caminhãozinho branco e um veículo Fiesta de cor preta mais atrás (1'47"). Ao se aproximarem dos veículos que estavam mais atrás, e darem a ordem de parada, o veículo Fiesta relutou um pouco em parar, mas após insistir parou, e o caminhão seguiu em frente (2'09"). Afirmou que aos réus que estavam no veículo Fiesta foi dada a ordem para descerem do veículo, e estes inicialmente se negaram, obedecendo após muita insistência, e foi possível observar que já desceram com as armas na cintura (2'20"). Informou que cada um possuía uma pistola Glock calibre de 9mm, com carregador curto (2'50").

Ouvido sob o crivo do contraditório (áudio de p. 655), a testemunha relatou que auxiliou na prisão dos réus que estavam no veículo Fiesta de cor preta, e que a organização criminosa a que pertenciam tinha o objetivo de realizar arrombamentos a agências bancárias, carros-fortes e malotes de dinheiro (0'50"). Afirmou que estava presente quando da abertura do caminhão baú em que estavam as armas, munições e explosivos, e parecia ser uma quadrilha bem organizada (1'55"). Questionado, alegou que foi possível verificar que os acusados conheciam-se entre si, além das investigações já terem apontado para esse fato (2'33"). Mencionou que a abordagem do caminhão e do veículo Pálio foi em tempo muito aproximado, não mais que trinta minutos de diferença (5'10"). Alegou ainda que, na Delegacia de Polícia, antes dos interrogatórios, os acusados cochichavam entre si, e dava para notar que eles tinham um líder, e que os outros eram subordinados àquele líder, no sentido de que o que um falava os outros acatavam (6'30").

A **testemunha Leandro Gonçalves da Costa, Policial Militar do BOPE** que auxiliou na abordagem do veículo Fiesta, declarou na Delegacia de Polícia (áudio de p. 99) que foram informados pela Agência de Inteligência da região, que efetuaram diligências para localizar uma quadrilha que estava efetuando alguns roubos em caixas eletrônicos, e havia a programação de mais um assalto (0'33"). Referiu que receberam toda a estratégia para dismantlar a organização, e que o assalto iria ocorrer em Santa Cecília, e que os acusados estavam saindo da cidade em três veículos, dois carros e um caminhão (1'16"). Narrou que os policiais do serviço de inteligência identificaram a localização dos veículos e repassaram a informação, ficando sua guarnição responsável pela abordagem no veículo Fiesta (2'05"). Ao fazerem a abordagem, deram sinal para os ocupantes do Fiesta descerem, ao que estes demoraram bastante tempo para descerem do veículo, e ao cumprirem a ordem foi possível perceber que ambos estavam com armas de fogo na cintura, ao que deram prosseguimento a prisão destes (2'30"). Indicou que as armas eram pistolas Glock de calibre 9mm, prontas para uso, já carregadas e muniçadas (3'00"). Relatou que conversaram com os acusados, e estes confirmaram que iriam cometer o assalto ao caixa eletrônico na região, mas teve um desentendimento e acabaram voltando para o litoral (3'15").

Ouvido na fase judicial (p. 655), a testemunha Leandro Gonçalves da Costa narrou que a agência de inteligência solicitou apoio do BOPE para efetuar a abordagem a uma organização que iria assaltar um caixa eletrônico de uma cidade próxima a Curitiba (1'40"). Obtiveram informações de que a quadrilha atuava sempre em roubos a agências bancárias, em pequenas cidades, em que há uma maior diversidade de rotas de fuga e menor policiamento, e nesse dia a agência de inteligência tinha quase certeza de que eles iriam atuar na cidade vizinha a Curitiba (2'20"). Ao chegarem no local, repassaram a informação de havia dois veículos pequenos e um caminhão na operação, e ficaram aguardando, quando próximo das 00:30 horas a agência de inteligência comunicou que a organização estava se deslocando em sentido contrário, em direção ao litoral, via BR 470, possivelmente por terem sido advertidos por algum olheiro (2'50"). Informou que havia um veículo pequeno que fazia a frente, o caminhão, e o Fiesta preto atrás. Próximo a Rio do Sul, a sua viatura ficou responsável por fazer a abordagem ao veículo Fiesta, com dois masculinos dentro, enquanto a viatura do "cobra" seguiu em direção ao caminhão (4'22"). Ao pararem o Fiesta, verificaram que havia duas pistolas no veículo com os ocupantes, dando voz de prisão para os mesmos, e em seguida se dirigiram até o local em que o caminhão foi abordado (5'17"). Afirmou que dentro do caminhão havia várias armas calibre .12, submetralhadora, pistola, e vários equipamentos para realização de roubo a caixa eletrônico, inclusive explosivos (6'02"). Afirmou que na abordagem ao veículo Fiesta, os ocupantes admitiram que estavam envolvidos na tentativa de roubo ao caixa eletrônico, que faziam parte da quadrilha há bastante tempo, que eram da região de Itajaí, mas procuravam cidades pequenas para realizar os roubos (6'40"). Questionado, ressaltou que era possível afirmar que os integrantes da organização se conheciam, pois ficaram conversando no local, e falaram que estavam juntos com o dono do caminhão, ficando bem nítida a situação que todos se conheciam (7'20"). Confirmou que as armas apreendidas eram em grande quantidade, e havia uma metralhadora, bastante explosivo, balaclavas e apetrechos para serem usados em assaltos a caixas eletrônicos, além de rádios comunicadores (8'05"). Afirmou que as armas foram encontradas nos dois bancos dianteiros, no chão (8'40"). Questionado se havia indicações que os acusado tinham contato um com o outro, afirmou positivamente, afirmando que os próprios confirmaram que estavam juntos, e que iriam realizar um assalto a caixa eletrônico na região, e que ficou bem nítido a relação que tinham entre si, chegando, inclusive, a comentar que fazia pouco tempo que estavam no ramo de assaltos (11'00"). Afirmou que na delegacia ficou bem claro que os quatro eram conhecidos, pois ficaram conversando como se tivessem bastante intimidade, e confirmaram que os três veículos estavam juntos (11'25").

A testemunha Volnei José de Faria, Policial Militar do BOPE que auxiliou na abordagem, quando ouvido na fase policial (áudio de p. 99), revelou que vieram apoiar uma força-tarefa formada por equipes da polícia militar que estavam investigando uma quadrilha que efetuava roubos a bancos, diante do nível de especialidade em que os roubos anteriores foram cometidos (0'37"). Informou que a equipe de investigações estava reunida em Curitiba, onde foram atualizados da parte tática da operação, e ainda durante o planejamento receberam a informação de que a quadrilha estava se deslocando pela BR 470, sentido litoral (1'06"). Com o intuito de abordarem a organização, seguiram os veículos, e enquanto outro veículo do BOPE abordou o veículo Fiesta, a equipe em que estava, composta de cinco policiais, abordou um caminhão com sinal luminoso e sonoro de parada, contudo, o veículo continuou seguindo, tentando algumas ultrapassagens forçadas, colocando em risco a segurança dos demais veículos, sendo necessário efetuar um disparo no pneu do caminhão (1'26"). Ao parar o caminhão, o motorista efetuou, de dentro do veículo, vários disparos de arma de fogo em direção à viatura do BOPE, e saiu do caminhão ainda disparando e tentando atravessar a via em direção ao matagal, sendo necessário alvejar o motorista para salvar a vida dos transeuntes e dos próprios policiais (2'47"). Aludiu que dentro do caminhão foi encontrada uma grande quantidade de armas, material para uso de arrombamentos a caixas eletrônicos, como alavancas de metal para forçar a entrada do explosivo, explosivos preparados para utilização, uma grande quantidade de explosivos, armas, espingardas, submetralhadoras, pistolas, uma grande quantidade de material bélico (3'41").

Na fase judicial, **a testemunha Volnei José de Faria** (áudio de p. 655), disse que receberam uma solicitação de auxílio para abordagem de uma organização que já havia realizado alguns roubos envolvendo emprego de arma de fogo de grosso calibre e explosivos, com disparos de armas de fogo em direção a viaturas (1'23"). Ao chegar no local de encontro, receberam informação de que a organização tinha a intenção de realizar um roubo de um caixa eletrônico, mas que em determinado momento os acusados desistiram de efetuar o roubo, e estavam voltando para o litoral, pela BR 470 (1'44"). Falou que foi possível perceber que os quatro presos se conheciam, especialmente no momento em que olharam para o falecido (5'50").

[...]

A testemunha Humberto Porto Mapelli, Policial Militar do BOPE, quando ouvido na fase policial (áudio de p. 99) narrou que houve a organização de uma força-tarefa com algumas unidades da Polícia Militar, em razão do nível de especialização que tinha a quadrilha de caixeiros investigada (0'30"). Quando obtiveram a informação de que a organização estava na BR 470, se deslocaram até o local para realizar a abordagem dos três veículos, ficando a abordagem do segundo veículo, um caminhão, sob responsabilidade da guarnição da testemunha (0'50"). Ao se aproximar do caminhão, foi dada ordem de parada com sinais luminosos e de sirene, que desobedeceu a ordem continuando a transitar, e forçando a ultrapassagem de outros veículos, gerando perigo, quando efetuou um disparo em um dos pneus do caminhão, forçando a parada (1'30"). Relata que, ainda de dentro do veículo, o motorista João Paulo efetuou disparos com arma de fogo em direção à viatura, e enquanto cruzava a via tentando chegar no matagal do outro lado, continuou atirando, sendo necessário atirar em retorno para impedir que o atirador alvejasse a equipe ou alguma outra pessoa no local (2'16").

Ouvido na fase judicial (áudio de p. 655), a testemunha Humberto Porto Mapelli confirmou que participou da abordagem ao caminhão Hyundai de cor branca, conduzido por João Paulo Brito, esclarecendo ainda que no veículo Fiesta haviam dois indivíduos e no Pálio também haviam dois indivíduos (1'28"). Questionado se era possível perceber que os réus se conheciam, fazendo contato, afirmou que sim, e na Delegacia foi possível verificar que eles tinham contato e trocavam informações (2'22"). Esclarece que é especialista em explosivos, e pela quantidade e a forma em que as cargas estavam montadas, era possível concluir que o objetivo da organização era cometer roubos em cofres de carros fortes e em caixas eletrônicos, por ser uma carga diferente, que tem um recipiente de metal para fazer o direcionamento de carga, com utilização de ímãs, ou seja, uma carga bem diferente e bem específica. Quanto ao caixa eletrônico, usa-se emulsão, na forma de cartucho reforçado com cordel, e todo esse material estava no caminhão, e são de qualidades diferentes de confecção, ficando caracterizado as duas pretensões, além da confirmação das informações prestados pelos serviços de inteligência (4'30"). Revelou, ainda, que todos os explosivos foram montados de forma improvisada, mas ressaltou que foram os artefatos mais bem montados que já viu durante todos seus anos de policial, atestando que quem montou tinha um mínimo de conhecimento do que estava fazendo, trabalhando com artefatos pesados, e tendo as peças mais de cinco quilos de carga (5'40"). Acerca dos armamentos, todos chamavam a atenção, pois havia armas automáticas, uma submetralhadora 9mm com carregadores preparados para trocas rápidas, espingardas calibre .12 com alto poder de fogo, além de mais duas armas automáticas com o pessoal que estava no veículo Fiesta, modelo Glock, com mudança do funcionamento, que passa de semi automática para automática, funcionando como metralhadora, além de Kit Roni, que transforma uma pistola em uma submetralhadora, afirmando que a capacidade de fogo da organização era muito grande (8'25").

O Policial Militar Rodrigo Alberto Klamm, que participou da abordagem do veículo Pálio, ocorrida em Blumenau/SC, ouvido perante a autoridade policial (áudio de p. 99), narrou que receberam a comunicação de que havia um Pálio de cor cinza se evadindo em direção a Blumenau, e solicitaram a interceptação do veículo, ao que realizaram um cerco e abordaram o carro solicitado (0'33"). Durante a abordagem, realizaram busca pessoal e no veículo, nada sendo encontrado (1'16"). Contou que indagaram aos dois ocupantes do

veículo se possuíam relação com os fatos que ocorreram em Rio do Sul, inicialmente relutaram, mas após confessaram que estavam agindo como batedores, seguindo à frente do comboio para verificar se o caminho estava “limpo” para passagem (1’20”).

Quando prestou seu depoimento perante a autoridade judicial (áudio de p. 648), a testemunha Rodrigo Alberto Klamm afirmou que o oficial comandante recebeu informações de que havia um veículo se deslocando de Rio do Sul em direção à Blumenau, cujos integrantes estavam envolvidos com armamento e explosões de caixas eletrônicas, servindo como batedores de um caminhão com armamentos, e ainda havia um terceiro veículo fazendo a segurança do caminhão (1’07”). Descreveu que realizaram o bloqueio da Rodovia 470, e lograram êxito em abordar o veículo, cuja descrição e número das placas foram fornecidos pela equipe que estava em Rio do Sul, e durante a busca pessoal e no veículo não foram encontrados armamentos (1’52”). Referiu que indagaram aos dois ocupantes do veículo se conheciam os demais réus, relatando os nomes dos integrantes abordados em Rio do Sul, e estes afirmaram que conheciam, sendo encaminhados a Rio do Sul (2’44”). Disse que a abordagem deu-se próximo ao trevo de Indaial. Questionado, narrou que quando foram acionados para realizar a abordagem ao veículo Pálio, a equipe de Rio do Sul já havia abordado o caminhão (4’30”).

A testemunha Nicolas Vasconcelos Marques, Policial Militar que também participou da abordagem ao veículo Pálio, nas proximidades de Blumenau, comunicou na Delegacia de Polícia (áudio de p. 99) que participou da prisão de dois indivíduos que estavam em um veículo Pálio de cor cinza, com as placas da mesma identificação que foi repassada, que estava se deslocando do oeste com direção ao litoral (0’30”). Mencionou que também foi informado de que houve um confronto com a Polícia Militar em Rio do Sul, e que o veículo Pálio havia se evadido em direção a Blumenau. Diante dessas informações, realizou um cerco nas proximidades de Blumenau, tendo êxito em localizar e abordar o veículo informado (1’12”). Declarou que os ocupantes do veículo foram submetidos à busca pessoal, pois havia a suspeita de que poderiam estar armados, mas nenhuma arma foi encontrada com eles ou no interior do veículo (1’30”). Explicou que, diante do crime a ser apurado ser de associação criminosa, e terem confessado no local que integravam a organização, inclusive explicando que estavam na frente para poderem passar as informações sobre a rodovia para quem estava atrás no comboio (1’40”). Sob o crivo do contraditório, a testemunha Nicolas Vasconcelos Marques (áudio de p. 648) afirmou que foi informado pelos policiais de Rio do Sul que a guarnição do BOPE estava acompanhando um grupo de pessoas de serem suspeitos de serem responsáveis por ataque a caixas eletrônicas, e estariam portando armas de fogo, coletes, e também possivelmente explosivos, e se prontificou a ficar próximo à Rodovia 470 para auxiliar, caso algum dos investigados fugisse do local (1’00”). Citou que após recebeu uma segunda ligação, já com as características dos veículos que estavam envolvidos, sendo um caminhão Hunday baú, um Fiesta e um Corsa prata, não se recordando no momento das características exatas, mas que no momento foram passados todos os dados corretamente, inclusive quem estaria em cada veículo e as placas destes (2’12”). Alegou que o veículo que abordaram estava na função de ‘batedor’ do grupo, e durante as buscas realizadas no interior do veículo e nos ocupantes não foram encontradas armas de fogo, mas como havia relação com a organização criminosa, foram conduzidos à Delegacia de Polícia de Rio do Sul (2’35”). Questionado, aludiu que, entre o recebimento da informação sobre a placa do veículo a ser abordado e a efetiva realização do ato, decorreu cerca de uma hora (5’10”). Indicou que quando indagou os ocupantes do veículo sobre a relação que tinham com os veículos apreendidos em Rio do Sul, estes reconheceram que faziam parte de grupo (6’58”). Questionado sobre a relação que os indivíduos que foram abordados no veículo Pálio com a associação, a testemunha explicou que, no momento da abordagem, ao serem questionados, os ocupantes do veículos demonstraram que tinham relação, e quando foram conduzidos até Rio do Sul, também falaram da relação, declarando que estavam envolvidos com aquele grupo criminoso, e que tinham a função de ir na frente para verificarem alguma barreira policial (9’40”).

[...]

As testemunhas de defesa de João Carlos Nascimento Júnior em nada alegaram para afastar a autoria do crime, algumas apenas atestaram que João Carlos realizava pequenos fretes, utilizando-se de um veículo Saveiro que possuía.

A testemunha arrolada pela defesa de João Carlos Nascimento Júnior, Eduardo P. Silveira, relatou em Juízo (áudio de p. 744) que conhece o acusado do açougue em que trabalhava, e soube de sua prisão por uma reportagem no “Diarinho”. Questionado sobre alguma outra função exercida pelo acusado, afirmou que lhe falaram que este fazia fretes com um veículo Saveiro que possuía (205”).

A testemunha de defesa Sueny da Silva Maria (áudio de p. 455) indicou que contratou João para fazer um frete para ela por meio de um grupo do aplicativo whatsapp, em maio de 2017 (0’45”). Que no início de junho pediu para João para fazer outro frete, e ele informou que trabalhava durante o dia, e que só poderia fazer depois das vinte horas. Aduziu que o acusado utilizou um veículo Saveiro para realizar os dois fretes. (2’40”)

A informante Tatiana Forcs (áudio de p. 744), comadre de João Carlos, declarou sob o crivo do contraditório que o nome da companheira de João é Denise, e soube da prisão dele por esta. Disse que João trabalhava em um açougue e fazia pequenos fretes, com um veículo Saveiro, de cor branca, e inclusive já contratou os serviços de frete de João. Atestou que conhece João Carlos do Nascimento Júnior a pouco mais de um ano.

A informante Janaína do Nascimento (áudio de p. 633), irmã de João Carlos, declarou em Juízo que João estava trabalhando em um açougue que ficava dentro de um mercado em Navegantes, e havia comprado um veículo Saveiro para fazer fretes (1’25”). Afirmou que sabia que no dia em que João foi preso havia saído de casa para fazer um frete (2’40”). Que conhecia João Paulo Brito, pois eram vizinhos, e tinha estudado com João Carlos desde criança (4’20”).

A testemunha Adelma Ferreira da Silva (áudio de p. 633) afirmou que conhece João Carlos por causa de sua companheira Denise, e que ela possui uma loja de “artigos de R\$ 1,99” e que João trabalhava como açougueiro (3’14”). Narrou que soube da prisão de João por Denise, que lhe disse que João saiu para fazer um frete, e que quando voltava foi preso (4’20”).

O acusado João Carlos do nascimento Júnior, por sua vez, quando ouvido na Delegacia de Polícia (áudio de p. 99), afirmou que comunicou a sua prisão à sua esposa, e que esta iria comunicar a prisão de Alex Sandro de Oliveira para a família dele (0’40”). Afirmou que somente conhecia quem estava no veículo com ele, Flávio Garrozi, e João Paulo Brito, que faleceu no local (1’30”). Explicou que João Paulo Brito pegou o caminhão que dirigia, sem o dono saber, e que queria que fosse encontrá-lo para trazer o caminhão de volta até Itajaí, (1’50”). Que foram até onde estava o caminhão, em São Cristóvão, e que o combinado era que iria vir dirigindo o caminhão na volta. Explicou que conheceu Flávio através de João Paulo Brito, e pediu para acompanhá-lo (4’15”). Que quando encontraram João Paulo Brito, este falou que havia “umas coisinhas” no caminhão, referindo-se ao armamento, então resolveu desistir e voltou com Flávio em direção à Itajaí (4’30”). Que estavam no veículo Pálio, e quem estava dirigindo era Flávio, e nada foi encontrado no veículo (6’04”).

Sob o crivo do contraditório, João Carlos Nascimento Júnior (áudio de p. 406) afirmou que não conhece nenhuma das testemunhas de acusação, e que nada tem contra estas (1’58”). Narrou que conhecia o falecido João Paulo Brito, que era seu vizinho desde criança, e que Flávio Garrozi conheceu no dia em que foi buscar o caminhão (2’45”). Relatou que João Paulo Brito pediu para o acusado ir até São Cristóvão trazer um caminhão, que era de outro vizinho, e que ganharia de duzentos a trezentos reais pelo trabalho (4’10”). Relatou que o caminhão estava em São Cristóvão, pois teria sido utilizado para levar uma mudança para um sítio, e que João Paulo ficaria no local e precisava que alguém trouxesse o caminhão de volta (5’10”). Na sequência, João Paulo Brito falou com Flávio, que estaria indo a um velório perto, e que passaria para pegar João Carlos e levaria até onde estava o caminhão, e que voltaria sozinho, dirigindo o caminhão

vazio (6'31"). Que o carro que foi buscá-lo em sua casa era um Pálio que pertencia a João Paulo Brito, e já conhecia o veículo (7'45"). Relatou que o ponto de encontro era em um posto de combustíveis na entrada de São Cristóvão, pois não sabia onde era o sítio, e que encontraram João Paulo no posto e o seguiram até o sítio (9'19"). Quando estavam no sítio, João Paulo Brito pediu para esperarem, saindo com o caminhão, enquanto um veículo Gol de cor branca saiu atrás, ao que Flávio esperou com o acusado o retorno de João Paulo, que demorou cerca de uma hora (9'54"). Afirmou que já era próximo das 22:00 horas quando João retornou, e que pediu a chave do caminhão para poder retornar, quando João Paulo disse que havia armas no veículo, rindo (12'17"). Afirmou que não queria saber de transportar as armas, então João Paulo e Flávio conversaram e resolveram que voltariam direto para Itajaí (12'55"). Relatou que explicou para Flávio o motivo de não querer mais trazer o caminhão (14'16"). Que quando foram abordados pela polícia, estavam perto de Blumenau, e estava dormindo no veículo, não sabendo onde o caminhão estava (15'14"). Afirmou que não sabe de onde Alex Sandro e Ílio apareceram, nunca os tendo visto na vida (16'46"). Questionado, declarou que na outra vez em que foi preso, tinha cometido um assalto a uma residência com João Paulo Brito (18'06"). Reafirmou que o veículo Pálio em quem é a pessoa de Liani (20'42"). Questionado se já possui veículo, alegou que não, somente moto (24'00"). Declarou que trabalhava como açougueiro, e pegava um veículo Saveiro emprestado para fazer alguns fretes para vizinhos e conhecidos (24'57").

[...]

A testemunha de defesa arrolada por Flávio Garrozi, Maykco Rodrigo Chaves Ribeiro (áudio de p. 633), foi somente abonatória, afirmando que trabalhava na mesma empresa que Flávio, mas que Flávio trabalhava à noite, enquanto a testemunha trabalhava durante o dia, não havendo muito contato entre eles, e que soube da prisão por uma reportagem. No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Dalpérsia Wenk (áudio de p. 633), que também afirmou que trabalhava com Flávio há aproximadamente dois anos, mas Flávio trabalhava à noite, enquanto seu turno era diurno, e também soube da prisão de Flávio por reportagens.

O acusado Flávio Garrozi durante seu interrogatório na Delegacia de Polícia (áudio de p. 99), reservou-se ao direito de prestar declarações somente em Juízo.

Sob o crivo do contraditório (áudio de p. 406), alegou que não conhece as testemunhas arroladas pelo Ministério Público, nada tendo contra as mesmas (2'04"). Iniciou seu interrogatório relatando que estava indo para Vacaria/RS buscar a filha, que estava no velório da bisavó, com o carro de João Paulo Brito. Explicou que a filha foi para lá de ônibus apenas com a passagem de ida, e não tinha dinheiro para retornar, não tendo conta em banco para mandar o dinheiro da passagem, pois não se dá bem com a família da ex-esposa (3'10"). Que encontrou João Paulo Brito em um bar na noite anterior, e este ofereceu o carro em troca de dar carona para um amigo seu até o "Trevo do Patuci", pois estava indo levar uma mudança de caminhão para São Cristóvão e iria ficar na região na casa de uns parentes, necessitando que alguém levasse o seu amigo até para buscar o caminhão e trazer até Itajaí (5'08"). Que conheceu João Paulo Nascimento Júnior apenas no dia (6'02"). Esclareceu que a mudança que João Paulo Brito iria levar era dele, e que necessitaria uns dias para arrumar a nova casa, e iria morar por lá (6'50"). Que combinaram que iria pegar João Carlos na pracinha ali perto, e no dia seguinte seguinte buscou João Carlos às 15:30 horas, que já estava esperando no local combinado (08'07"). Que seguiram pela BR 470, e acabou errando o caminho do "Trevo do Patuci" e parando em Curitibanos, tendo que voltar uns 30 km, chegando em São Cristóvão perto das 20 horas (9'11"). Que próximo ao trevo o caminhão com João Paulo Brito o estava esperando próximo a um posto de combustíveis, e este pediu-lhes para o seguirem até uma casa próxima (10'10"). Ao chegarem, havia um veículo Gol branco com placas do Paraná, e João Paulo Brito conversou com os ocupantes do Gol, e retornou dizendo que iria tirar a mudança do caminhão e já voltava (12'27"). Relatou que João Paulo Brito demorou mais de uma hora para voltar, e quando retornou João Carlos começou a discutir com João Paulo, quando João Paulo Brito pediu para levar seu amigo João Carlos de volta a Itajaí, ao que concordou, desistindo de ir a Vacaria (13'35"). Narrou que estava voltando para Itajaí, e quando estava chegando em

Blumenau foi abordado pelo Polícia Militar (15'40"). Afirmou que João Carlos estava no carro dormindo (16'20"). Afirmou que não conhecia, nem nunca havia visto Alex Sandro de Oliveira e Ílio Leandro Erickson (17'15"). Afirmou que não sabia o que estava acontecendo, nem que havia armas no caminhão, não sabia de nada (19'30"). Esclareceu que, no sítio, quando João Paulo voltou com o caminhão e pediu para João Carlos dirigir o caminhão, este se recusou, e posteriormente explicou que "era uma furada", pois tinha armas no caminhão (20'31"). Questionado, explicou que não sabe como a filha voltou de Vacaria/RS, achando que foi de ônibus ou alguém a buscou (23'02"). Afirmou que não pegou o veículo Cobalt de sua mãe emprestado, porque ela não emprestaria, e que nunca pegou o veículo para ir até Santa Cecília/SC, e somente o utilizou duas vezes, para buscar os filhos em Navegantes e para ir à casa de praia da mãe em Penha (23'14").

[...]

O acusado Ílio Leandro Erickson, durante seu interrogatório na Delegacia de Polícia (áudio de p. 99), disse que somente conhece Alex Sandro de Oliveira, e não os demais (0'49"). Que estava no veículo Fiesta, de sua propriedade, quando foi abordado pela Polícia Militar (1'33"). Explicou que estavam vindo de Curitiba, pois foram levar duas esposas de dois amigos seus que estavam presos, mas não lembra os nomes dos amigos (2'40"). Que chegaram em Curitiba entre as 15 e as 16 horas e ficaram até as 19 ou 20 horas, e estavam voltando para Itajaí (3'30"). Alegou que conhece Alex Sandro a cinco meses (4'35"). Narrou que estava atrás do caminhão abordado pela Polícia Militar, e antes que descessem do carro já escutou os tiros (4'55"). Afirmou que os policiais não encontraram armas no veículo que estavam, então pegaram duas armas de dentro do caminhão e "plantaram" no Fiesta (5'20"). Que não houve trocas de tiros entre o motorista do caminhão e a polícia, pois todas as armas estavam no baú do caminhão (6'04"). Afirmou que as armas não eram suas (7'15").

Interrogado em Juízo, o acusado Ílio Leandro Erickson (áudio de p. 406) afirmou que não conhece nenhuma das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, e nada possui contra elas (1'26"). Iniciou esclarecendo que estava em casa, quando pelas 9 horas da manhã Alex apareceu e pediu-lhe uma carona até Curitiba, mas que teriam que passar em Joinville primeiro para pegar suas roupas, ao que aceitou levá-lo (1'16"). Que indo para Joinville, levou algumas ferramentas de Alex (3'04"). Afirmou que conhecia Alex fazia cinco meses, enquanto trabalhava como servente de pedreiro em uma obra que seu vizinho estava fazendo na residência (3'39"). Alegou que Alex pagaria a gasolina gasta na viagem, e que não cobraria mais nada (4'30"). Continuou narrando que Alex ia para Curitiba buscar um trabalho em uma obra, e ao chegar em Joinville Alex apareceu com duas moças que iriam pegar uma carona até Curitiba, mas não conhecia as mulheres, nem sabe dizer os nomes (4'40"). Que chegaram em Curitiba próximo às quinze horas, e Alex conversou com um rapaz em uma casa, deixando as ferramentas no local (5'10"). Afirmou que as mulheres ficaram perto de uma rodoviária em Curitiba, mas não soube explicar onde ficava, mas foi antes de irem até a casa em que Alex conversou com um rapaz (6'10"). Afirmou que ao retornar ao veículo, Alex disse que o trabalho iria ficar para outra semana, e que já havia deixado as ferramentas (6'48"). Após, narrou que estavam voltando para Itajaí, quando foram abordados pela Polícia Militar, que estava procurando por armas, mas não havia nenhuma arma no veículo em que conduzia (8'04"). Alega que não estava com as armas apreendidas, e que os policiais "armaram" para eles (9'10"). Que não conhece os outros acusados, apenas Alex Sandro (10'05"). Questionado se foram para Curitiba ou São Cristóvão, alegou que a cidade era Curitiba, e não chegaram a ir para São Cristóvão ou Santa Cecília (12'15"). Questionado, afirmou que estava desempregado, com três filhos pequenos, mas assim mesmo fez o favor de levar Alex Sandro até Joinville e depois Curitiba, para Alex procurar um emprego apenas para ele (12'56"). Reafirmou que não havia armas no veículo em que estava, e as armas foram "plantadas" pelos policiais, não sabendo o motivo (13'05"). Afirmou ainda que, se estivesse fazendo uma escolta, ao invés de uma arma pequena, teria uma submetralhadora, com "poder de fogo" maior (13'30"). Esclareceu que as mulheres que foram com eles até Curitiba eram esposas de dois amigos de Alex, e que não conhecia as moças (14'47"). Afirmou que os Policiais Militares agrediram Alex, e que também levou três socos (16'05"). Questionado pela defesa,

afirmou que não conhece muito bem a região, e seria possível que tivesse ido a São Cristóvão, não sabendo onde fica a cidade (18'05").

[...]

O réu Tiago de Oliveira, interrogado como se fosse a pessoa de Alex Sandro de Oliveira, afirmou na Delegacia de Polícia (áudio de p. 99) que quem iria avisar sua sogra de sua prisão era o acusado João Carlos do Nascimento Júnior, por intermédio da companheira dele. Em seguida, alterou sua versão, afirmando que quem iria comunicar sua família era a família de Flávio Garrozi (0'55"). Alegou que estava dormindo no carro, quando acordou com o barulho de sirenes e tiros, e policiais mandando descerem do veículo. Durante a revista ao veículo, os policiais não encontraram armas, e disseram que se não contassem o que queriam saber, iriam "plantar" uma pistola para cada um (2'20"). Afirma que conhece Ílio Leandro há dois anos, e nega que conhece João Paulo, João Carlos e Flávio (3'20"). Alegou que conhece Ílio, pois trabalhavam juntos em obras, e explicou que foi para Curitiba para levar duas esposas de dois amigos que estavam presos, um se chama Carlos Henrique e o outro não sabe o nome. Completou que deixariam as mulheres e iriam ver um trabalho em uma obra, não sabendo explicar onde deixou as mulheres, mas era próximo a um terminal de ônibus (5'23"). Afirmou que chegou em Curitiba ao meio-dia e saíram próximo às 22 horas (6'50"). Esclareceu que não conseguiu conversar com a pessoa que lhe daria emprego (7'30"). Acerca das armas, afirmou que não havia arma no veículo Fiesta, e não sabe de onde vieram as armas (8'13").

Ouvido sob o crivo do contraditório, Tiago de Oliveira, que na época se declarava Alex Sandro de Oliveira (áudio de p. 406), afirmou que não conhece nenhuma das testemunhas de acusação, nada tendo contra as mesmas (1'45"). Alegou que conhece apenas Ílio, fazia uns cinco meses antes da prisão, quando foi trabalhar como pedreiro para um vizinho de Ílio de nome Rafael, em Itajaí, e que Ílio trabalhava como servente na obra (2'16"). Narrou que pediu para Ílio o levar para Curitiba/São Cristóvão, pois tinha arrumado um emprego lá. Explicou que precisava antes passar em Joinville para buscar suas ferramentas, e que depois iriam para São Cristóvão, próximo à Curitiba (5'00"). Que Ílio o levou, pois iriam trabalhar juntos em São Cristóvão, tendo conseguido o trabalho pelo facebook, e que as duas mulheres que foram junto de carona que ajudaram a arrumar a vaga na construção (7'00"). Explicou que não conseguiu falar com o rapaz da construção, e que tinha entrado em contato com ele pelo facebook, mas não havia registro da conversa, pois sempre apagava suas mensagens (7'40"). Afirmou que foi com Ílio até Joinville buscar suas ferramentas: pá, martelo, etc., e depois rumaram a São Cristóvão, ficando as ferramentas no canteiro de obras em que iria trabalhar (8'29"). Ao ser questionado, disse preferir não dizer o nome das mulheres que pegaram carona com eles (9'20"). Alegou que, na volta para Itajaí, estava dormindo e acordou com o barulho da sirene e dos policiais mandando saírem do veículo, e prontamente obedeceram, e que escutou o barulho de vários tiros (11'30"). Afirmou que os policiais queriam "colocá-los juntos com o cara do caminhão", e quando falou que não conhecia os demais apanhou dos policiais, que disseram que iriam "plantar" duas pistolas no carro (12'11"). Afirmou que não havia armas com eles, que foram "plantadas", e que não conhecia João Carlos e Flávio (13'22"). Afirmou que seu nome é Alex Sandro de Oliveira, e que seus documentos a polícia jogou fora quando os abordaram (13'40"). Relatou que Ílio iria levá-lo e depois voltar para Itajaí, pois moraria na casinha da obra, e que ainda iriam combinar os valores, tendo pago somente a gasolina para Ílio (13'30"). Questionado pelo juízo o nome da pessoa que iria contratá-lo e deixar que morasse em seu imóvel, não soube dizer, e que prefere não dar nomes para não envolver ninguém, e que se estivesse com o grupo, não estaria só com uma pistola, mas também com um colete à prova de balas e uma arma maior (17'00"). Afirmou que não entende de explosivos (17'25"). Alegou que apanhou dos policiais, e realizou o exame de corpo de delito, mas o perito não tirou fotos (17'50"). Acerca do exame datiloscópico, ao ser questionado pelo ministério público, afirmou que prefere manter silêncio, não sabendo o número de seu RG, CPF, e também prefere manter silêncio sobre estes dados (19'30"). Afirmou que o caminhão estava na frente, e o Fiesta estava atrás, e acordou com os tiros (20'48"). Por fim, alegou que Ílio levou-o para São Cristóvão, tendo apenas pago a gasolina e com vistas a proposta de emprego (grifou-se).

Como se vê, as versões apresentadas pelos acusados são contraditórias, pouco críveis e estão isoladas nos autos, diferente dos relatos dos policiais militares, uníssonos e coerentes, os quais atuaram nas investigações, identificando a função de cada um dos envolvidos na organização criminosa - que tinha como principal objetivo assaltos a bancos e empresas, visando malotes de dinheiro -, bem como lograram êxito em interceptá-los e apreender diversos artefatos bélicos de uso restrito e explosivos, arsenal este que seria utilizado na prática de mais um roubo.

Os policiais militares relataram, ainda, que quando efetuaram a abordagem, os acusados acabaram admitindo a participação nos delitos. Também notaram que eles se conheciam a bastante tempo, pois à época dos fatos, teceram comentários de cunho pessoal quando viram o líder do bando, João Paulo Brito, morto, em decorrência da troca de tiros travada com os policiais militares e se mostraram impressionados com a fatalidade. Além disso, na delegacia, observaram que os réus conversavam naturalmente entre si, demonstrando intimidade.

Como se sabe, os depoimentos dos agentes públicos possuem relevante valor probatório, em especial, quando colhidos em Juízo e associados às demais provas dos autos.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci leciona: *“Especificamente, no tocante aos depoimentos de policiais, é necessário destacar que é viável, inclusive sob o compromisso de dizer a verdade, devendo o magistrado avaliá-lo com a cautela merecida”* (Manual de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 407).

Sabe-se que, *“ausente qualquer circunstância a indicar imparcialidade ou má-fé, é inviável desconsiderar a eficácia probatória do depoimento de policiais, que na qualidade de agentes estatais, incumbidos de concretizar a repressão penal (CF/88, art. 144, §§ 4º e 5º), ao efetuarem prisão, apenas exercem o munus que lhes é exigível, notadamente quando suas declarações são integralmente ratificadas em juízo, sob a garantia do contraditório”* (Apelação Criminal n. 2010.084700-7, de Içara, Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 27/9/2011) (Apelação Criminal n. 0000402-61.2017.8.24.0028, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 12-12-2017).

Ademais, as defesas não trouxeram qualquer elemento capaz de evidenciar suposto intuito dos agentes em prejudicar os acusados, ou outra prova que coloque em *xequê* os depoimentos dos agentes públicos, portanto, sendo os relatos firmes e coerentes, corroborados pelo auto de exibição e apreensão (fls. 61-62) e pelo relatório operacional de inteligência (fls. 130-172), são elementos de provas cabais, suficientes para a manter a condenação dos apelantes.

E, ainda, conforme apurado nas investigações, a organização criminosa tinha como objetivo principal a prática de roubos a caixas eletrônicos, malotes de dinheiro e carros-fortes, principalmente aqueles associados à empresa Prosegur, assim, obtinham lucro financeiro direto. Para tanto, utilizavam-se de armas de fogo de grande potencial intimidador, garantindo a imediata evasão, e também como garantia em caso de confronto com a polícia.

O grupo criminoso era estruturado e havia divisão de tarefas entre seus integrantes, constam informações de que o acusado João Carlos Nascimento Júnior, além de líder, também executava

determinadas ações e, no momento da abordagem, atuava na função de batedor do caminhão no qual estavam as armas e explosivos. O veículo era conduzido quilômetros à frente, com a finalidade de identificar postos policiais, barreiras ou eventual circunstância que pudesse comprometer o êxito da ação, bem como ameaçar o grupo.

João Paulo Brito, vulgo Zacarias, era o líder principal, esquematizava os assaltos, coordenava os envolvidos, atuava diretamente nas práticas delitivas e ainda conduzia os automóveis. Foi interceptado no momento em que transportava os artefatos bélicos no caminhão e acabou vindo a óbito devido a troca de tiros com a Polícia Militar.

O acusado Ílio Leandro Eriksson, por sua vez, era responsável por estruturar, captar e realizar a manutenção dos armamentos e outros equipamentos.

O acusado Flávio Garrozi tinha como função mapear as agências bancárias, captar e repassar informações privilegiadas sobre os malotes, roteiros de carros-forte, entre outras informações pertinentes às agências de segurança, que eram obtidas por meio de funcionários das empresas. E o réu Tiago de Oliveira era responsável por cuidar dos explosivos, montava, inseria e acendia os objetos nos caixas eletrônicos das agências bancárias.

Além disso, embora o apelante Flávio tenha sustentado que deslocava-se até a cidade de Vacaria/RS para buscar a filha que havia ido ao velório da bisavó e para isso utilizava emprestado o veículo de João Paulo Brito porque também levaria João Carlos até São Cristóvão, não logrou êxito em comprovar tal álibi, ônus que lhe incumbia.

Registra-se, ainda, como bem ponderou o douto sentenciante, que *“a tese defensiva apresentada pelo acusado Flávio Garrozi, de que apenas estava fazendo um favor de levar o acusado João Carlos até São Cristóvão, não encontra nenhum fundamento, tratando-se de mera desculpa encontrada pelo acusado de eximir-se da responsabilidade. Ora, todo o serviço de investigação comprovou que estava sendo vigiado por mais de um ano pelos serviços de inteligência da Polícia Militar, e que toda a organização saiu num mesmo momento em direção à Santa Cecília, e não em direção a São Cristóvão.”*

Da mesma forma, os apelantes Ílio e Tiago não lograram êxito em comprovar que seguiam determinado trajeto porque voltavam de Joinville onde estavam trabalhando em determinada obra e para lá teriam levado algumas ferramentas, bem como que deram carona para duas mulheres, sendo estas as responsáveis por conseguirem o labor.

Sabe-se que, *“a comprovação de álibi para fulcrar a tese de negativa de autoria é ônus da defesa, nos moldes do art. 156 do CPP, de modo que, se esta não fundamenta sua assertiva por meio de quaisquer elementos, limitando-se a meras alegações, faz derruir a versão apresentada”* (Apelação Criminal n. 2008.059411-6, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 06-12-2011) (Apelação n. 0001051-41.2005.8.24.0062, rela. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. 26-07-2016).

Sobre o tema, Heraclito Antonio Mossin expõe:

A prova da alegação incumbira a quem a fizer: *onus probandi incumbit ei qui agit* (o onus da prova incumbe a quem alega). E a regra estampada na norma processual penal esquadrihada.

Como observado por Vincenzo Manzini, “excluídas de nosso direito processual as presunções absolutas da culpabilidade, e com elas a prova legal, e natural que a chamada carga da prova, ou seja, a necessidade de subministra-la, corresponde a quem acusa (*onus probandi incumbit ei qui asserit*) (a carga da prova incumbe a quem afirma)”.

Diante disso, cumpre ao Ministério Público ou ao querelante demonstrar a existência do *corpus delicti* e da autoria, aqui se incluindo a coautoria e a participação, pois o réu será absolvido quando não houver prova da existência do fato (art. 386, II, do CPP) e quando não existir prova de ter concorrido para a infração penal (art. 386, V, do CPP). No quadrante da autoria, deve-se ter em mente a seguinte restrição quanto a prova a cargo da acusação: “quem afirma um alibi deve comprova-lo sob pena de, não o fazendo, ser nenhum o valor probatório da negativa da autoria” (Comentários ao Código de Processo Penal: a luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada. 3. ed. – Barueri, SP: Manole, 2013, p. 398).

Ademais, soa até curioso o fato dos acusados Ílio e Tiago estarem portando, cada um, uma arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, mormente porque não apresentaram argumentação plausível para tal circunstância, o que corrobora a tese acusatória de que escoltavam o veículo Hyundai HDB, placas BET-1573, conduzido por João Paulo de Brito.

Outrossim, meras contradições no relato do policial militar Bruno, no tocante às funções desempenhadas pelos réus Flávio e Ílio, não tem o condão de invalidar ou comprometer o seu relato, tampouco eximir a responsabilidade penal dos apelantes, especialmente porque em Juízo esclareceu que eventualmente poderia ter se equivocado ao reportar as funções de ambos, confundindo-as em virtude das diversas informações constantes do relatório operacional.

Imperioso esclarecer que a utilização da majorante do uso de arma de fogo pertinente ao crime de organização criminosa não possui relação com a configuração do crime de porte de arma de fogo de uso restrito, especialmente porque as práticas delitivas sucederam-se em momentos distintos, bem como são condutas autônomas, dessa forma, não há como cogitar a hipótese de *bis in idem* ou reconhecimento do princípio da consunção entre ambos.

Isso porque, como bem pontuou o magistrado singular, “[...] os acusados, após desistirem do cometimento do roubo à agência bancária da Viacredi, estavam transportando as armas, munições e artefatos explosivos, quando foram abordados, ou seja, caso tivessem utilizado as armas de fogo para o cometimento do roubo e, após, terem-nas descartado, ou até terem sido abordados durante o crime, teria sentido a aplicação do princípio da consunção.”

Contudo, o roubo sequer foi perpetrado, e a organização transportava, horas depois, o arsenal bélico no caminhão Hyundai, de modo que os integrantes participaram efetivamente do transporte, pois atuavam como “batedores”, escoltando o veículo e, ainda, conforme revelado, os réus Ílio e Tiago também portavam armas em desconformidade com a legislação.

Portanto, não há quaisquer dúvidas quanto ao envolvimento dos apelantes nos delitos em análise, especialmente porque restou demonstrado que todos se conheciam há bastante tempo, e quando desistiram de praticar o roubo à agência Viacredi no município de Santa Cecília/SC, foram detidos rumando ao mesmo destino sendo que, em dupla, atuavam como batedores ao veículo conduzido pelo líder do grupo, o qual estava repleto de artefatos bélicos e explosivos. Inclusive, um detalhe chama atenção, no interior do veículo localizaram também 5 (cinco) toucas balas-clava e 5 (cinco) coletes balísticos - número exato dos integrantes da organização, ora, certamente tais acessórios seriam utilizados por eles para praticar os roubos, dificultando seus reconhecimentos e também para garantir suas integridades físicas.

Em casos similares, este Tribunal de Justiça já decidiu:

APELAÇÕES CRIMINAIS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E COM A PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE (ART. 2º, §§ 2º, 3º E 4º, INCISO I, DA LEI N. 12.850), DISPARO DE ARMA DE FOGO (ART. 15, CAPUT, DA LEI N. 10.826/03), CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90) E EXERCÍCIO IRREGULAR DE PROFISSÃO (ART. 47 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41) SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSOS DEFENSIVOS. [...] MÉRITO. REQUERIDA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELA EXTENSA INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELA POLÍCIA CIVIL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DEPOIMENTOS DE AGENTES PÚBLICOS QUE EVIDENCIARAM QUE OS APELANTES ESTAVAM ASSOCIADOS, DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE, COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (Apelação Criminal n. 0003285-82.2016.8.24.0038, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 12-11-2019).

E:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, A PAZ E A INCOLUMIDADE PÚBLICAS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA, ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. APELANTES QUE ABORDARAM ÔNIBUS DE TURISMO UTILIZANDO-SE DE ARMAMENTO PESADO, RENDERAM MOTORISTA E PASSAGEIROS E, APÓS SUBTRAIR SEUS PERTENCES, OS TRANCARAM NO BAGAGEIRO DO VEÍCULO, EXIGINDO QUE PERMANECESSEM APENAS COM AS ROUPAS ÍNTIMAS. ADEMAIS, APREENSÃO DE ARMAS DE USO RESTRITO NA RESIDÊNCIA DE M.J.G. E DE USO PERMITIDO NA DE L.P. SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM A ABSOLVIÇÃO DE M.R.M EM RELAÇÃO AO CRIME DE ROUBO. RECURSOS DEFENSIVOS. [...]

MÉRITO. CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA (ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. AVENTADA NÃO COMPROVAÇÃO DOS ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO TIPO PENAL. INVIABILIDADE. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA PARA O COMETIMENTO DE ROUBOS A ÔNIBUS COM DESTINOS PROPÍCIOS AO COMÉRCIO. AGENTES CRIMINOSOS QUE TINHAM PAPÉIS BEM DEFINIDOS E PREESTABELECIDOS. NOTÍCIAS DE OCORRÊNCIA DE CRIMES EM OUTRAS RODOVIAS COM O MESMO MODUS OPERANDI. APREENSÃO DE QUANTIDADE DE BENS SUBTRAÍDOS QUE DEMONSTRAM TEREM SIDO PRATICADAS MAIS DE UMA AÇÃO DELITUOSA. APREENSÃO TAMBÉM DE ARMAMENTO DE GROSSO CALIBRE E INSTRUMENTOS LIGADOS À PRÁTICA DO CRIME (“WALKIE TALKIES”) QUE DEMONSTRAM A ESPECIALIZAÇÃO DO GRUPO PARA A PRÁTICA DELITUOSA. INTERCEPTAÇÕES

TELEFÔNICAS QUE CORROBORAM A PROVA TESTEMUNHAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS, AFASTADA A PRELIMINAR E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDOS. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.053601-0, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 05-05-2015).

Por fim, válido destacar o princípio da confiança no juiz da causa, bem como enaltecer o brilhante trabalho realizado pelo magistrado singular, Dr. Sandro Pierri, que minuciosamente conduziu os atos processuais e próximo ao caso concreto, com imparcialidade, analisou os elementos probatórios e concluiu pela condenação dos apelantes, providência esta que se mostra imperiosa, da qual este relator não discorda, confirmando-a integralmente.

2. Dosimetria.

O apelante Ilío pugna pelo reajuste da pena-base do delito previsto no art. 16, III, da Lei n. 10.826/2003, aduzindo que foram sopesadas duas circunstâncias judiciais (culpabilidade e conduta social), quando deveria apenas ter sido valorado o vetor conduta social associado à quantidade de artefatos bélicos apreendidos, na fração de 1/6 (um sexto), comumente adotada pela jurisprudência.

Razão lhe assiste em parte, porém, por fundamento diverso.

Ao efetuar o cálculo dosimétrico, o sentenciante sopesou tão somente a conduta social e as circunstâncias do crime, veja-se (fl. 3860):

[...] 4.3.2) Em relação ao crime previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003:

Na primeira fase da dosimetria, atento ao que dispõe o art. 59 do CP, considero: a culpabilidade, compreendida como a reprovabilidade social da conduta, é normal à espécie; o réu não registra antecedentes criminais (p. 85 - julgada extinta a punibilidade pela prescrição); acerca da conduta social, sopeso que o acusado ainda encontrava-se cumprindo a pena de três anos e quatro meses de reclusão, e foi agraciado com a substituição da pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade nos autos de execução penal n. 0006712-05.2016.8.24.0033, quando retornou a delinquência, mostrando maior reprovabilidade social, ao que a pena-base deve ser majorada por esta circunstância; inexistem elementos que permitam aferir a personalidade do agente; os motivos foram normais à espécie, as circunstâncias do crime são graves, tendo em vista a grande quantidade de armamentos, munições e explosivos encontrada, bem como a altíssima potencialidade lesiva dos objetos bélicos; e as consequências são próprias do tipo; não há falar no comportamento da vítima nesse tipo de delito.

Assim, diante das duas circunstâncias judiciais desfavoráveis e da grande quantidade de armas apreendidas, como visto, necessário o aumento superior aos usuais 1/6 para a circunstância desfavorável correspondente, razão pela qual fixo a pena base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa (art. 49 do CP).

Na segunda fase da dosimetria, observo a agravante da reincidência (certidão de antecedentes de p. 86 - autos n. 0007687-95.2014.8.24.0033 - que não foi utilizado para caracterizar maus antecedentes), ao que entendo que a pena ser majorada em 1/6, alterando a pena para 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão e 13 (treze) dias multa, uma vez que não há aumento dos dias-multa nessa fase, a qual torno definitiva pelo fato de não haver causa especial de aumento e diminuição de pena a incidir na terceira fase.

Ante a inexistência de elementos para aferir a situação econômica do réu, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente corrigido até a data do pagamento, conforme o disposto nos arts. 49, § 1º, e 60, ambos do CP. (grifou-se).

Sabe-se que a conduta social para a maior parte da doutrina deve ser considerada como o relacionamento do indivíduo no seio social, familiar e profissional, não se confundindo com os antecedentes criminais ou a reincidência, os quais referem-se aos atos ilícitos.

Nesse sentido, Ricardo Augusto Schmitt explica que “*devem ser valorados o relacionamento familiar, a integração comunitária e a responsabilidade funcional do agente. Serve para aferir sua relação de afetividade com os membros da família, o grau de importância na estrutura familiar, o conceito existente perante as pessoas que residem em sua rua, em seu bairro, o relacionamento pessoal com a vizinhança, a vocação existente para o trabalho, para a ociosidade e para a execução de tarefas laborais*”. (Sentença Penal Condenatória, Teoria e Prática, 8ª ed., 2013, p. 128-129).

Todavia, embora o argumento utilizado pelo magistrado singular esteja consubstanciado no descaso do réu em cumprir a reprimenda anteriormente fixada nos autos da execução n. 0006712-05.2016.8.24.0033, vislumbra-se que determinada circunstância não se mostra adequada para sopesar o vetor conduta social e, eventualmente, poderia servir para elevar o grau de culpabilidade do agente. Aliás, haveria necessidade de mais elementos probatórios, os quais poderiam perquirir acerca do comportamento do acusado no meio social e justificar a consideração da referida circunstância desfavorável (conduta social).

Aliás, considerando que o magistrado singular utilizou fundamento idêntico na primeira etapa da dosimetria do crime tipificado no art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013, por lógica, faz-se necessário também o reajuste da dosimetria neste ponto.

Nesse sentido, vide: Apelação Criminal n. 0003655-59.2018.8.24.0113, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 13-08-2019; Apelação Criminal n. 0005322-34.2017.8.24.0075, rel. Des. Arioaldo Rogério Ribeiro da Silva, Primeira Câmara Criminal, j. 18-07-2019.

No tocante às circunstâncias do crime, Celso Delmanto ensina que são as que “*cercaram a prática da infração penal e que podem ser relevantes no caso concreto (lugar, maneira de agir, ocasião etc)*”. (Código Penal Comentado, 9ª ed., 2016, p. 254).

Trata-se do *modus operandi* empregado na prática do delito. São elementos que não compõem o crime, mas influenciam na sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre autor e vítima e etc.

No presente caso, conforme muito bem consignou o douto magistrado, as circunstâncias do crime transcenderam a normalidade, pois, a quantidade do arsenal bélico apreendido denota maior gravidade da conduta, fator que possibilita a valoração da respectiva circunstância judicial, mantendo-se, portanto, a sua incidência em fração maior, resguardada a fundamentação do sentenciante neste aspecto.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “*a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena.*” (HC 107.409, Rel. Mina. Rosa Weber, j. 10-04-2012).

Sobre o tema, esta Câmara já julgou:

APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO, MUNIÇÕES E LUNETAS DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N. 10.826/03). SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DA DEFESA. [...] DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE MUNIÇÕES APREENDIDAS. CABIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE. [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 0900043-24.2016.8.24.0060, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, j. 31-10-2019).

Diante dessas premissas, afasta-se tão somente a circunstância judicial referente à conduta social, tornando definitiva a reprimenda do acusado Ílio Leandro Ericksson em 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, bem como ao pagamento de 29 (vinte e nove) dias-multa, por infração ao art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013 e art. 16, III, da Lei n. 10.826/2003, ambos na forma do art. 69 do Código Penal, mantidas as demais cominações legais estipuladas na sentença.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos, negar provimento aos apelos interpostos por Flávio Garrozi, João Carlos Nascimento e Tiago de Oliveira e dar provimento parcial ao reclamo manejado por Ílio Leandro Ericksson, apenas para afastar o vetor conduta social e reajustar o cálculo dosimétrico, conforme consignado acima.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0001197-69.2012.8.24.0084, de Descanso

Relator: Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, *CAPUT*, DO CTB). SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DA DEFESA.

PRELIMINARMENTE: EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO RECONHECIMENTO DO ESTADO DE NECESSIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A IMPRUDÊNCIA DO ACUSADO NA CONDUÇÃO DE CAMINHÃO, QUE, SOB FORTE NEBLINA, EFETUOU MANOBRA DE ULTRAPASSAGEM SEM AS MÍNIMAS CONDIÇÕES DE SEGURANÇA, E INVADIU PISTA CONTRÁRIA, COLIDINDO FRONTALMENTE COM MOTOCICLETA, LEVANDO A ÓBITO OS DOIS OCUPANTES, NO LOCAL. RÉU QUE NÃO OBSERVOU OS CUIDADOS NECESSÁRIOS PARA A CONDUÇÃO DO SEU VEÍCULO, EM CLARA INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 28, 29, § 2º E 34 DO CTB. RISCO CAUSADO PELO PRÓPRIO ACUSADO QUE AFASTA O ESTADO DE NECESSIDADE. PREFACIAL RECHAÇADA.

DOSIMETRIA DA PENA: AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA À CULPABILIDADE. FUNDAMENTO PRÓPRIO DA CULPA, INERENTE AO TIPO PENAL. TESE DA PGJ. REAJUSTE DA PENA QUE SE IMPÕE.

POSTULADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RÉU QUE ATENDE AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CP. PRETENSÃO ACOLHIDA.

PLEITO DE REDUÇÃO DA PENALIDADE DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. PENALIDADE QUE DEVE GUARDAR NECESSÁRIA PROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL. AJUSTE REALIZADO.

PLEITO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE 1º GRAU. NÃO CONHECIMENTO.

ALMEJADA MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA ARBITRADA PELO MAGISTRADO A QUO AO DEFENSOR DATIVO NOMEADO, NOS TERMOS DO DISPOSTO NA TABELA DA OAB/SC. IMPOSSIBILIDADE. JUDICIÁRIO NÃO ADSTRITO ÀQUELES CRITÉRIOS ORIENTADORES. TEMA PACIFICADO NESTA CORTE. VERBA FIXADA POR EQUIDADE. ART. 85, §§ 2º E 8º DO CPC/2015, LEVANDO-SE EM CONTA, INCLUSIVE, O LABOR PRESTADO (ART. 85, § 11, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL).

FIXAÇÃO, *EX OFFICIO*, DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS AO DEFENSOR DATIVO NOMEADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 2º E 8º, DO CPC C/C ART. 3º DO CPP.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001197-69.2012.8.24.0084, da comarca de Descanso Vara Única em que é/são Apelante(s) Cleiton Berwanger e Apelado(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, conhecer parcialmente do recurso e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, para:

a) reconhecer a tese da Procuradoria-Geral de Justiça para afastar a circunstância judicial da culpabilidade, e reajustar a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, restando definitiva.

b) reduzir a penalidade de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para 2 (dois) meses e 10 (dez) dias;

c) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consubstanciadas na prestação de serviços à entidade beneficente, a ser designada pelo Juízo da Execução Penal, em observância ao disposto no artigo 312-A da Lei n. 9.503/97, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e no pagamento de prestação pecuniária no importe de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, e,

d) de ofício, fixar os honorários recursais ao defensor dativo nomeado, Michael Diego Copetti (OAB/SC nº 45.762), em R\$ 589,60 (quinhentos e oitenta e nove reais e sessenta centavos).

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer (Presidente) e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Cesar Schweitzer.

Funcionou como representante do Ministério Público a Excelentíssima Senhora Doutora Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 12 de setembro de 2019.

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público de Santa Catarina ofereceu denúncia em face de Cleiton Berwanger, imputando-lhe a prática do delito disposto nos artigos 121, *caput*, por duas vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória (fls. II-III):

No dia 9 de junho de 2012, por volta das 9:55h, no Km 22.636 da Rodovia Estadual SCT 386, próximo à linha Laranjeira, o denunciado **CLEITON BERWANGER** conduzia seu caminhão Volvo, placas MIC-5580, sentido Iporã do Oeste/Descanso, em velocidade superior à permitida para a via (60Km/h), e, assumindo o risco de produzir resultado, efetuou manobra de ultrapassagem em local proibido, sob forte neblina, colidindo frontalmente com a motocicleta Dafra/Kansas 150, placa IRW-5089, que transitava em sentido contrário, matando o condutor da motocicleta Valmocir Jorge Carlotto e sua esposa Angélica Maria Kretzmann Carlotto.

Recebida a denúncia (fl. 95), e encerrada a instrução processual, sobreveio sentença (fl. 385-397), na qual o magistrado *a quo* desclassificou a conduta imputada na exordial, julgando parcialmente a pretensão ministerial, condenando o réu pelo cometimento do delito previsto no artigo 302, *caput*, do Código Brasileiro de Trânsito, em concurso formal, à pena de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime inicial aberto.

Ainda, foi-lhe imposta a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículos automotores pelo prazo de 2 (dois) anos.

Irresignado, o acusado recorreu (fls. 401-419), requerendo, preliminarmente, o reconhecimento do estado de necessidade, e, no mérito, pleiteou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a redução da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para 2 (dois) meses, e, por fim, a gratuidade judiciária e a fixação de honorários em favor do defensor dativo.

Apresentadas contrarrazões pelo órgão ministerial (fls. 434-451), nas quais pugnou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor Doutor Francisco Bissoli Filho, que se manifestou pelo parcial conhecimento do apelo, e nessa extensão, pelo seu parcial provimento (fls. 455-463).

Este é o relatório.

VOTO

Analisados os pressupostos de admissibilidade, o recurso merece ser parcialmente conhecido e parcialmente provido.

A materialidade do delito apurado encontra-se vastamente demonstrada por meio do Registro de Acidente de Trânsito de fls. 03-04, da Ficha de Ocorrência de fl. 05, dos Laudos Periciais Cadavéricos de fls. 10-11, do croqui de fl. 18, do Auto de Exibição e Apreensão de fl. 20, das Certidões de Óbito de fls. 25-26 e do Laudo Pericial de Exame em Local Cadavérico de fls. 49-57, documentos ratificados pela prova oral produzida.

A autoria, por seu turno, restou confessada pelo próprio acusado que, tanto na fase inquisitorial (fls. 27-28), quanto sob o crivo do contraditório (CD – arquivo audiovisual de fl. 347), ocasiões em que admitiu que conduzia o caminhão descrito na denúncia, pela rodovia SCT-386, sentido Iporã do Oeste-Descanso, e, ao realizar uma ultrapassagem, deparou-se com a motocicleta conduzida pela vítima Valmocir Jorge Carlotto, na qual se encontrava também sua esposa Angélica Maria Kretzmann Carlotto, que trafegava em sentido contrário, com a qual veio a colidir, ocasionando o falecimento de ambos.

- Preliminarmente: da excludente de ilicitude

O Apelante procura afastar a condenação que sobre si recai, alegando que agiu sob o manto do estado de necessidade.

Não é o que se vislumbra nos autos.

O réu, quando interrogado na fase indiciária, afirmou (fls. 27-28):

[...]

QUE, conduzia o caminhão Volvo VM260, truque, cor branca; QUE, já tinha realizado outras viagens com o caminhão, inclusive interestaduais; QUE, no dia dos fatos o interrogando deslocava-se de Iporã do Oeste a São Miguel do Oeste afim de carregar o caminhão no frigorífico Sul Vale; QUE, no momento dos fatos o caminhão estava vazio; QUE, o horário previsto para a carga era até as 12h00min do dia 09/06/12; QUE, seguia pela rodovia SC 386 sentido Iporã a São Miguel do Oeste, momento em que apos uma curva no Km 22,6, deparou-se com um ônibus da empresa Reunidas que estava adentrando na pista de rolamento; QUE, o ônibus estava iniciando a aceleração quando o interrogando se aproximava, visto que este teria parado em um ponto de ônibus ali existente; QUE, para não colidir na traseira do ônibus, optou por ultrapassar o mesmo, visto que freando não conseguiria segura o caminhão; QUE, o interrogando alega de que tentou frear o caminhão mas este não respondeu visto que a motocicleta, a qual seguia sentido São Miguel/Iporã, e este não conseguiu evitar a colisão frontal; QUE, neste momento o interrogando tentou frear o caminhão e ficar atrás do ônibus, mas não deu mais tempo, ocorrendo a colisão frontal; QUE, a colisão com a motocicleta ocorreu no lado do motorista, e devido ao impacto, o caminhão acabou ficando sem freios, visto que a motocicleta acabou danificando as mangueiras do freio a ar do caminhão, ficando assim sem freios, e devido a isso cabou passando com o caminhão por cima da motocicleta e dos condutores; QUE, conseguiu parar o caminhão logo em seguida; QUE, o ônibus parou defronte ao caminhão; QUE, o interrogando alega de que não teve nenhuma intenção de efetuar a ultrapassagem no local, apenas tentou evitar um acidente visto a adentrada a pista do ônibus que estava parado no ponto de ônibus; QUE, na hora dos fatos havia muita neblina, com visibilidade de 20mts, no máximo; QUE, o caminhão estava com os faróis ligados; QUE, o interrogando desenvolvia uma velocidade em torno de 70km/h ao chegar no ônibus e quando tentava ultrapassar este, desenvolvia uma velocidade em torno de 80km/h. [sic]

[...]

Em Juízo (CD – arquivo audiovisual de fl. 347), manteve a versão, destacando que trafegava a aproximados 70 km/h, e que tinha uma parada de ônibus no final de uma curva. Quando a finalizou, o ônibus estava adentrando na pista, deparando-se com a traseira do veículo. Como não tinha muita visão, por causa da forte neblina, até ali continuava trafegando na mesma velocidade. Resolveu, então, jogar o caminhão para o lado, com a intenção de desviar do ônibus para não colidir com ele, pois poderia matar muita gente, e quando o fez, acelerou para poder ultrapassá-lo, sendo permitida tal manobra no local, embora tenha pouco espaço. Então, encontrou o motocicleta vindo e freou, pois o ônibus estava ao seu lado e não podia manobrar o caminhão em cima dele. Tentou voltar para trás. Freou, mas a moto veio em cima. Continuou freando. O condutor estava com a cabeça virada para o lado, e quando se aproximou, não tinha mais o que fazer. Tentou segurar, mas

acabou colidindo com a moto. Era pouco espaço para segurar. Ia bater no ônibus. Não quis jogar para o acostamento, que era pequeno, pois não iria conseguir desviar do ônibus, e também tinha um barranquinho, no qual iria tombar com o caminhão. Não sabia o que tinha no acostamento, pois não tinha muita visão por causa da forte neblina, e quando começou a ultrapassar o ônibus, não visualizou a moto. Depois da colisão, acabou por arrastá-la, pois não tinha mais o que fazer. Quis evitar um acidente maior. Depois da colisão, ficou sem freio, por causa da mangueira de ar que tem na frente do caminhão, que foi atingido. Consegui parar depois de aproximados 50 (cinquenta) metros, deixando a marca da frenagem na pista. Quando percebeu a motocicleta, ela já estava a 30 (trinta) metros dele, e ao escutar a freada, não teve mais o que fazer.

Volnei Carlos Bau, motorista do ônibus que trafegava à frente do Apelante, ao prestar depoimento perante a autoridade policial, destacou (fls. 47-48):

[...]

QUE, no dia dos fatos encontrava-se trabalhando, onde fazia o trajeto Chapecó/São Miguel do Oeste, pelo trajeto de Mondai-SC, com o ônibus prefixo 9346, motor/chassi Ford/Cargo, ano 1993; QUE, neste trajeto, desde Chapecó até São Miguel do Oeste, o ônibus coleta passageiros a beira da rodovia, em locais de ponto de parada; QUE, na divisa entre os municípios de Iporã do Oeste/Descanso, isto no Km 22,636, após uma curva, o declarante percebeu ao olhar pelo retrovisor que um caminhão de cor branca estava iniciando uma ultrapassagem; QUE, havia muita neblina neste local e na hora dos fatos; QUE, quando o caminhão já estava na metade do ônibus, o declarante percebeu que vinha em sentido contrário uma motocicleta e dois caminhões; QUE, o declarante tirou o ônibus para o acostamento afim de tentar evitar o acidente, sendo que o caminhão continuou com a ultrapassagem; QUE, a colisão entre a motocicleta e o caminhão foi inevitável, a qual ocorreu frontalmente, toda na pista sentido Descanso/Iporã do Oeste; QUE, o ônibus, o caminhão envolvido no acidente, a motocicleta e os dois caminhões que vinham atrás da moto estavam com os faróis ligados; QUE, a visibilidade no trecho onde ocorreu o acidente não era muito, em torno de 30mts; QUE, neste trecho existe uma parada de ônibus logo após a curva; QUE, não foi efetuado nenhuma parada neste local para desembarque ou embarque de passageiros; QUE, em uma parada anterior a esta, a cerca de uns 800 ou 1000mt, o declarante parou o ônibus afim de desembarcar um passageiro; [...] QUE, no trecho onde ocorreu o acidente, o declarante acredita que desenvolvia uma velocidade em torno de 60 a 80 km/h, não sendo informar ao certo; [...] QUE, acredita que o caminhão desenvolvia uma velocidade maior, pois este ultrapassava o ônibus.

[...]

Ao prestar depoimento em Juízo, referida testemunha relatou que conduzia o ônibus, e quando percebeu, pelo retrovisor, que o réu estava lhe ultrapassando, jogou o ônibus para a direita, para o acostamento, porque tinha pouco espaço e para ver se daria tempo, e para tentar evitar o choque do caminhão com a motocicleta, mas foi em vão. Viu o momento da colisão, na qual o caminhão colheu a moto na contramão de direção. Tinha forte neblina e a visão era mínima. Disse que tem um ponto de parada antes do local do acidente, que fica há aproximados 500/600 metros, onde parou para o desembarque de uma passageira. O caminhão trafegava acima de 80 km/h, e onde bateu, era uma reta, mas não prolongada, pois tinha à sua frente mais ou menos 300 (trezentos) metros de reta e depois uma “subidinha”.

Outra testemunha ocular do sinistro, Aloisio Spaniol, na fase indiciária, descreveu detalhadamente como o evento ocorreu (fls. 44-45):

[...]

QUE, no dia dos fatos encontrava-se retornando com o caminhão MII5222, de propriedade da empresa [Treveart]; QUE, junto com o declarante estava outro funcionário Douglas Pilatti, residente em Iporã do Oeste – SC; QUE, entre o município de São Miguel do Oeste e Descanso, o declarante se aproximou com o caminhão na motocicleta, sendo que acompanhou os mesmos até o local do acidente; [...] QUE, no local do acidente o declarante desenvolvia uma velocidade em torno de 65km/h e que estava a cerca de uns 20mts da motocicleta; QUE, na hora do acidente havia muita neblina e bem fechada; QUE, a visibilidade era em torno de 30mts, no máximo; QUE, o declarante chegou a presenciar o acidente, tendo visto o momento do impacto; QUE, a colisão foi frontal, sem chances para o motoqueiro, o qual não teve tempo de desviar ou frear; QUE, o capacete da caroneira voou por cerca de 15mts para o alto; QUE, na hora do impacto, o condutor da motocicleta e sua caroneira chocaram-se com a frente do caminhão, e o caminhão foi arrastando a moto e os motoqueiros por cerca de quinze metros, onde após passou por cima de ambos; QUE, o declarante obrigou-se a colocar o caminhão para o acostamento visto que o caminhão vinha em sua direção, onde fatalmente iria colidir também, visto que na pista contrária estava ônibus; QUE, quando o declarante viu o caminhão este estava lado a lado com o ônibus, não sabendo informar se este teria adentrado na pista ou não; QUE, acredita que o ônibus não teria desembarcado nenhum passageiro visto que o ponto era bem antes do local do acidente; [sic]

[...]

Perante a autoridade judicial (CD – arquivo audiovisual de fl. 324), ratificou o dantes relatado, destacando que simplesmente se deparou com um caminhão à sua frente, que passou por cima da moto e matou os dois ocupantes, sendo que na hora da batida, aquele veículo encontrava-se lado a lado com o ônibus, e este tinha ido para o acostamento. Disse que o tempo estava muito fechado, com muita neblina, sendo que nunca que era possível fazer uma ultrapassagem com segurança, dadas tais circunstâncias, mesmo sendo permitido fazê-lo, no local.

Os policiais militares rodoviários Henrique Francisco Berto, Cleto Clemente Dill e Oberti Frantz, que foram destacados para atender a ocorrência e arrolados como testigos acusatórios, na fase inquisitorial, além de descreverem o quadro decorrente do sinistro, bem como sua dinâmica, ressaltaram as condições do local, mormente no que se refere à forte neblina no dia dos fatos, bem como da pequena reta existente onde foi feita a ultrapassagem (fls. 35-40).

Em Juízo, ratificaram seus depoimentos, tendo Cleto afirmado que conversou com o réu na ocasião, que lhe apresentou a versão dos autos acerca do ocorrido (CD – arquivo audiovisual de fl. 349).

Examinando-se, pois, os elementos de prova, chega-se à conclusão de que o recorrente, de fato, agiu de modo imprudente, concorrendo diretamente para a ocorrência do acidente. Iniciou ultrapassagem sobre o ônibus, invadindo a pista contrária, em condições atmosféricas completamente adversas, eis que emerge nos autos que a visibilidade encontrava-se extremamente prejudicada no local, face a densa neblina.

Tal contexto impinge ao motorista diligente maior nível de atenção e prudência, jamais podendo desconsiderar a hipótese de que algum outro veículo possa estar vindo em sua direção, na pista contrária.

É cediço que uma ultrapassagem deve ser realizada com toda a segurança, devendo estar o motorista ciente de todos os riscos e possibilidades que a manobra anormal oferece, sendo presumível a existência de veículos sem perfeita visualização, em se tratando de um nevoeiro.

E o réu, ao não observar tais circunstâncias, infringiu flagrantemente o dever objetivo de cautela que lhe era exigido na ocasião, nos termos das normas de comando, inculpidas no Código de Trânsito Brasileiro, mais especificamente nos seus artigos 28, 29, § 2º e 34, pelas quais, o condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

Assim, não há falar em estado de necessidade, eis que, ao reverso do alegado nas razões recursais, não ficou comprovado que o ônibus ingressou de inopino na pista depois de uma parada, obrigando o Apelante a efetuar a ultrapassagem que culminou na morte das vítimas para nele não colidir, mas sim, que referida manobra não foi realizada com a devida cautela.

Segundo o artigo 24 do Código Penal, “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

O dispositivo legal, traz, dentre os requisitos para a configuração da excludente de ilicitude, a não provocação voluntária do perigo. E nesse contexto, não se consideram tão somente as ações dolosas, haja vista que, nas culposas, igualmente há uma conduta voluntária, na qual o agente age com negligência, imprudência ou imperícia.

Aliás, a conduta voluntária é um dos requisitos do crime culposo: “o crime culposo é aquele resultante da não observância de um cuidado indispensável, manifestada na conduta produtora de um resultado objetivamente previsível, por imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, inc. II, do CP). Para sua configuração, devem estar presentes os seguintes requisitos: 1) conduta realizada com quebra de um dever objetivo de cuidado; 2) resultado involuntário; 3) nexo causal entre conduta e resultado; 4) tipicidade; 5) previsibilidade objetiva.” (TJSC, Apelação Criminal n. 0807319-38.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 28-11-2017).

Guilherme de Souza Nucci, invocando os ensinamentos de Nelson Hungria, destaca: “cumpre que a situação de perigo seja alheia à vontade do agente, isto é, que este não a tenha provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência ou leviandade” (*in Código Penal Comentado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 253 – grifou-se).

E, no caso em comento, como se viu, a prova dos autos demonstra claramente que a situação complexa na qual o recorrente viu-se ao ultrapassar o ônibus, colocando em risco sua vida e a de outrem, foi por ele mesmo criada, ainda que não dolosamente, de maneira imprudente. A

imprudência “encerra uma atividade, ou seja, o agente realiza uma conduta positiva que a cautela indica que não deve ser realizada. O agente não se abstém de realizar um ato capaz de produzir certo resultado danoso ou perigoso, ou o realiza de maneira inadequada.” (FUKASSA, Fernando Y. **Crimes de trânsito**: de acordo com a Lei n. 9.503/1997 - Código de Trânsito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 99).

Assim, não restando perfectibilizados os elementos integrantes do estado de necessidade, não se reconhece a excludente de ilicitude, como almejado pelo Apelante, na esteira do entendimento desta Corte, que assim se manifestou em casos análogos:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (CTB, ART. 302, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. PLEITO ABSOLUTÓRIO EMBASADO NA AUSÊNCIA DE PROVAS NO TOCANTE À CONFIGURAÇÃO DA CULPA. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE QUE, AO CONDUZIR SEU VEÍCULO, ADENTROU SUBITAMENTE NA PISTA DE ROLAMENTO CONTRÁRIA, IMPOSSIBILITANDO QUALQUER TENTATIVA DE SE EVITAR O ABALROAMENTO. IMPRUDÊNCIA DEVIDAMENTE CONFIGURADA. MÁ CONSERVAÇÃO DA PISTA. AUSÊNCIA DE SUBSTRATO PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS DOS FAMILIARES DO APELANTE QUE NÃO POSSUEM O CONDÃO DE DEMONSTRAR QUE AS OBRAS FEITAS ALI PERTO TORNARAM INSEGURO O TRÁFEGO NO LOCAL. ÔNUS QUE INCUMBIA AO APELANTE. OBSERVÂNCIA DO ART. 156, CAPUT, DO CPP. APLICAÇÃO DA CAUSA DE EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE DE ESTADO DE NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 24 DO CÓDIGO PENAL NÃO CONFIGURADOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, TIPIFICADO NO ART. 303, CAPUT, DO CTB. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA RELATIVAMENTE INDEPENDENTE, CONSISTENTE NO TRATAMENTO PRECÁRIO FORNECIDO PELO HOSPITAL EM QUE AS VÍTIMAS FORAM INTERNADAS, QUE CONTRIBUIU, MAS NÃO OCASIONOU, POR SI SÓ, O RESULTADO MORTE. INCIDÊNCIA DO ART. 13, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0006753-06.2009.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. 01-03-2018 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, CAPUT, DO CTB). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO INVIÁVEL. PROVA DOS AUTOS QUE CARACTERIZA A IMPRUDÊNCIA DO ACUSADO. RÉU QUE TRAFEGA COM CAMINHÃO PELA RODOVIA FEDERAL BR 470, INVADIA A PISTA CONTRÁRIA E COLIDE COM A MOTOCICLETA DA VÍTIMA. ÓBITO DESTA NO LOCAL. ACUSADO QUE NÃO OBSERVOU OS CUIDADOS NECESSÁRIOS PARA A CONDUÇÃO DO SEU VEÍCULO. ART. 28, DO CTB. ALEGADO ESTADO DE NECESSIDADE. INVIABILIDADE. RISCO CAUSADO PELO PRÓPRIO ACUSADO QUE AFASTA A APLICAÇÃO DA EXCLUDENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. AFASTAMENTO DA ELEVAÇÃO COM RELAÇÃO À CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INERENTE AO TIPO PENAL. CRIME QUE VISA COIBIR CONDUTAS DE IMPRUDÊNCIA IGUAIS A PRATICADA PELO ACUSADO. PENA ESTABELECIDADA DEFINITIVAMENTE EM SEU MÍNIMO LEGAL. PENA ACESSÓRIA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DO QUANTUM. ACOLHIMENTO. MAGISTRADO QUE FIXOU DEMASIADAMENTE. APLICAÇÃO QUE DEVE GUARDAR PROPORÇÃO COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO QUE PREVÊ O TEMPO MÍNIMO DE 2 (DOIS) MESES E MÁXIMA DE 5 (CINCO)

ANOS (ART. 293, DO CTB). FIXAÇÃO NO MÍNIMO CONFORME APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.035547-2, de Ibirama, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quarta Câmara Criminal, j. 16-04-2015 – grifou-se).

Destarte, afasta-se a pretensão recursal do reconhecimento da referida excludente de ilicitude.

- Dos pleitos subsidiários: da revisão acerca da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e da imposição da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor:

Ao se analisar a fixação da pena, denota-se, à fl. 394, que na primeira fase, o juiz sentenciante consignou que a culpabilidade do recorrente é acentuada, eis que “...o motorista empreendeu manobra perigosa para efetuar a ultrapassagem, efetuando manobra de trânsito em condições totalmente adversas, sem visibilidade, acabando por ceifar a vida de duas pessoas.”

Como muito bem ponderado pelo ilustre Procurador de Justiça às fls. 461-462, referida justificativa confunde-se com o próprio fundamento da culpa em sentido estrito, mormente no que tange à imprudência, sendo que resultado morte é inerente ao próprio tipo penal do artigo 302, *caput*, da Lei n. 9.503/97.

Assim, o ajustamento da reprimenda é medida impositiva, eis que o argumento utilizado pelo magistrado *a quo* para agravar a pena deve ser afastado.

Destarte, em relação à pena corporal, na primeira fase, inexistem circunstâncias judiciais negativas, fixando-se a pena base no mínimo legal, qual seja em 2 (dois) anos de detenção.

Na segunda fase, não havendo circunstâncias agravantes ou atenuantes, mantém-se a pena em 2 (dois) anos de detenção.

Na terceira fase, diante do concurso formal de crimes, deve-se aplicar a causa geral de aumento prevista no artigo 70 do Código Penal, majorando-se a reprimenda em um 1/6 (um sexto) como efetuado pelo juiz singular (fl. 395), que passa para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, consoante determinado na sentença, restando definitiva essa sanção corporal.

No que se refere à penalidade de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, razão assiste ao Apelante ao pleitear sua redução.

Isso porque o magistrado sentenciante, ao fixá-la em 2 (dois) anos, fundamentou o lapso temporal com base na “...elevada culpabilidade acentuada na conduta do réu e pelo fato de dela ter ocorrido o óbito de duas vítimas” (fl. 395), o que restou dantes rechaçado e deve ocorrer também no que tange à tal imposição.

Assim, guardando congruência com a fixação da pena privativa de liberdade, determina-se a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor no mínimo legal previsto no artigo 293 do Código de Trânsito Brasileiro, ou seja, pelo prazo de 2 (dois) meses, acrescidos de 1/6 atinente ao concurso formal previsto no artigo 70 do diploma repressivo, tornando-a definitiva em 2 (dois) meses e 10 (dez) dias.

Quanto ao pleito de substituição da reprimenda corporal pela pena restritiva de direitos, entende-se que o réu faz jus, tendo em vista que preenche os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

Desta forma, substitui-se a pena privativa de liberdade determinada ao Apelante por duas restritivas de direitos, consubstanciadas na prestação de serviços à entidade beneficente, a ser designada pelo Juízo da Execução Penal, em observância ao disposto no artigo 312-A da Lei n. 9.503/97, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e no pagamento de prestação pecuniária no importe de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

- Do pedido de gratuidade judiciária:

O recorrente postula a gratuidade da justiça.

O pleito não comporta conhecimento, porquanto consiste em matéria pertinente ao magistrado de primeiro grau, segundo entendimento fixado por esta Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES (CÓDIGO PENAL, ART. 155, § 4º, IV). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA. PLEITO COMUM A AMBOS OS RÉUS. JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. ANÁLISE QUE COMPETE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0010076-60.2016.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. 08-11-2018 - grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA (ART. 306, DA LEI 9.503/1997). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PEDIDO DE CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA PARA ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS NÃO CONHECIDO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002801-34.2014.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 31-10-2018 - grifou-se).

- Dos honorários advocatícios ao defensor dativo:

Derradeiramente, o Apelante pleiteia a reforma da sentença em relação aos honorários que lhes foram arbitrados na fase de conhecimento, requerendo que observem o valor previsto na tabela da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional de Santa Catarina (OAB/SC).

O pedido não comporta acolhimento.

A Seção Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na sessão realizada em 27 de março de 2013, acerca da questão, decidiu:

Sendo assim, considerando (a) a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucional o art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina e a Lei Complementar Estadual n. 155/97, (b) a superação do interstício estabelecido para a produção de efeitos, (c) a

incapacidade momentânea de a Defensoria Pública de Santa Catarina de suprir a demanda por defensores dativos, (d) a obrigação dos advogados de prestar assistência judiciária aos necessitados, (e) o seu direito a justa remuneração, e (f) o caráter meramente orientador da Tabela de honorários da OAB/SC, entende-se pertinente, enquanto não for possível o atendimento pela Defensoria Pública de Santa Catarina, a nomeação de advogado para atuar como defensor dativo, cuja verba honorária deverá ser fixada de forma equitativa, nos moldes do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal.”

Assim, não está o Judiciário adstrito aos valores previstos na aludida tabela, eis que se direciona à contratação de serviços advocatícios.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO (ART. 180, “CAPUT”, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMO DA DEFESA. [...] PLEITO DE ARBITRAMENTO SEGUNDO PARÂMETROS INDICADOS NA TABELA DA OAB/SC. IMPOSSIBILIDADE. TEMA SEDIMENTADO NESTA CORTE. VERBA FIXADA POR EQUIDADE. ART. 85, §§ 2º E 8º DO CPC/2015, LEVANDO-SE EM CONTA, INCLUSIVE, O LABOR PRESTADO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO (ART. 85, § 11, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL). “A tabela de honorários da OAB/SC tem caráter meramente orientador, cabendo ao julgador aplicar a verba de acordo com a atuação do defensor no caso, na forma dos §§ 2º e 8º do art. 85 do CPC/15. Precedentes da Seção Criminal” (Revisão Criminal n. 0001656-56.2017.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Getúlio Corrêa, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 28-3-2018). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001018-46.2016.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 24-05-2018 – grifou-se).

Desta Câmara:

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA DEFESA.[...] PRETENDIDA FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE ACORDO COM A TABELA DA OAB/SC. INVIABILIDADE. VERBA FIXADA AO DEFENSOR NOMEADO NOS TERMOS DO ENTENDIMENTO DA SEÇÃO CRIMINAL DESTA EGRÉGIA CORTE. “A tabela de honorários advocatícios da OAB disciplina, de modo apenas sugestivo, e não obrigatório, os honorários a serem cobrados pelo advogado contratado pela parte. A referida tabela não possui o condão de vincular o Juízo na delimitação da verba honorária a ser arbitrada para o caso de nomeação de defensor dativo [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0000833-40.2015.8.24.0166, de Forquilha, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 06-06-2019 – grifou-se).

E, atentando-se aos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, bem como ao grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, à natureza e importância da causa, ao trabalho realizado em defesa do acusado e o tempo exigido para o seu serviço, entende-se que a verba honorária fixada ao defensor nomeado observou tais critérios.

Assim, não há reparos a serem feitos no montante determinado pelo magistrado *a quo* na sentença.

No tocante aos honorários advocatícios recursais, em que pese não terem sido objeto do apelo, devem ser arbitrados em favor do defensor dativo, na esteira do prelecionado pelo artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil/2015, pelo qual:

[...]

O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

In casu, o recurso interposto advém de decisão proferida posteriormente à data do início da vigência do diploma legal (18.3.2016), consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça, que em seu Enunciado Adm. n. 7, disciplinou que “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11º, do novo CPC.”

Nesses termos, nos moldes do artigo 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil c/c artigo 3º do Código de Processo Penal e a Deliberação n. 01/2013 da Seção Criminal desta Egrégia Corte, considerado o tempo e trabalho presumivelmente despendidos pelo profissional e a baixa complexidade da causa, os honorários devem ser fixados em favor do defensor dativo nomeado, Michael Diego Copetti (OAB/SC nº 45.762), no valor de R\$ 589,60 (quinhentos e oitenta e nove reais e sessenta centavos).

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer parcialmente do recurso e, nessa extensão dar-lhe parcial provimento, para:

a) reconhecer a tese da Procuradoria-Geral de Justiça para afastar a circunstância judicial da culpabilidade, e reajustar a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, restando definitiva.

b) reduzir a penalidade de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para 2 (dois) meses e 10 (dez) dias;

c) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consubstanciadas na prestação de serviços à entidade beneficente, a ser designada pelo Juízo da Execução Penal, em

observância ao disposto no artigo 312-A da Lei n. 9.503/97, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e no pagamento de prestação pecuniária no importe de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, e,

d) de ofício, fixar os honorários recursais ao defensor dativo nomeado, Michael Diego Copetti (OAB/SC nº 45.762), em R\$ 589,60 (quinhentos e oitenta e nove reais e sessenta centavos).

Este é o voto.

PRIMEIRO GRAU

Autos nº 0300506-62.2016.8.24.0012

Ação: Recuperação Judicial/PROC

Autor: Posto de Abastecimento Cury Ltda e outro

SENTENÇA

Posto de Abastecimento Cury Ltda e Auto Posto Araucária Ltda, ambas qualificadas na prefacial, por intermédio de seus procuradores habilitados, formularam, em 29.02.16, pedido de recuperação judicial, expondo: a) que as empresas são administradas por duas famílias distintas, quais sejam: Haymussi e Comazzeto que, em comum acordo, formaram um conglomerado entre suas empresas e despenderam esforços mútuos para o desenvolvimento de ambas no setor de comércio varejista de combustíveis e lubrificantes; b) que as empresas atravessaram uma crise econômica em suas atividades, especialmente em razão do aumento de impostos e do preço dos combustíveis, o que impactou negativamente em seus respectivos faturamentos; c) que no atual cenário ficam impossibilitadas de promover seu soerguimento, pois seu fluxo de caixa não permite o incremento necessário à aquisição de matéria-prima e material secundário, circunstância estas que embasaram o pleito recuperacional.

Culminaram por requerer o processamento da recuperação judicial e, liminarmente, a suspensão das ações executivas existentes em face das requerentes, bem como de protestos dos títulos e que seja obstada a lavratura de novos protesto e de restrição ao crédito. Ainda a intimação das instituições financeiras para que se abstenham de efetuar descontos e retenções de valores existentes nas contas bancárias de titularidade das devedoras.

Juntaram os documentos que entendiam pertinentes (fls. 19-249 e 254-258).

O processamento da recuperação judicial foi deferido em 17/03/2016, deferindo-se o pedido de travas bancárias e determinando-se a suspensão de todas as ações e execuções existentes em desfavor das requerentes, pelo prazo de cento e oitenta dias (fls. 259-262).

A advogada Carmen Schafauser foi nomeada administradora judicial das recuperandas, tendo assinado o competente termo de compromisso, conforme fl. 282.

O edital foi devidamente publicado, conforme fls. 283-288 e 289-295 dos autos.

Decisão de fls. 467-468 determinou abstenção de bancos efetuarem novos descontos das contas de titularidade das recuperandas e de promover o apontamento e/ou inscrição no cadastro de proteção ao crédito dos clientes das recuperandas.

Às fls. 1302-1303 houve determinação de restituição do veículo caminhão pertencente à

recuperanda.

Restou prorrogado por mais 180 dias o prazo de blindagem e, na mesma decisão foi recebido o plano de recuperação judicial e o quadro geral de credores, determinando-se a expedição dos respectivos editais (fls. 1383-1387).

Ministério Público manifestou-se pela convocação da Assembleia Geral de Credores (fls. 1705-1707).

Na decisão de fls 2022-2024 o feito foi saneado e restou convocada a assembleia geral de credores para deliberação sobre o Plano de Recuperação Judicial apresentado.

Após sucessivas tentativas de realização da AGC, sendo todas suspensas por decisão dos presentes e estando o feito em tramite por mais de 3 anos sem qualquer efetividade, este Juízo convocou novo ato em continuação para a solenidade com a ressalva de que não seriam admitidas novas suspensões (fls. 3256-3257).

Em 21.10.19 foi realizada Assembleia em continuação, da qual informou a Sra. Administradora Judicial que o resultado que o PRJ foi rejeitado pela maioria dos credores com garantia real, contudo, insiste na viabilidade da recuperação e, por estarem presentes os respectivos requisitos, pugnou pela concessão do “*Cram Down*”, conforme previsto no art. 58 da Lei nº. 11.101/2005 (fls. 3696-3705).

Decisão de fls. 4260-4264 saneou o feito e, na mesma oportunidade, determinou a devolução/estorno/liberação dos valores retidos pelas instituições financeiras.

Ministério Público manifestou-se pela homologação do PRJ na forma pretendida pelos autores e ratificou necessidade de manifestação inicial da Administradora Judicial para posteriormente se posicionar sobre as demais questões pendentes nos autos (fls. 4279-4292).

As recuperandas prestaram esclarecimentos sobre todos os pontos divergentes, bem como discorreram sobre as razões que entendem pertinentes à aprovação do PRJ pelo sistema *cram down* (fls. 4382-4405).

Avoquei os autos para deliberação sobre o Plano de Recuperação Judicial.

É a síntese do processado.

DECIDO.

Denota-se dos autos, pelo avanço processual, além da questão do Plano de Recuperação Judicial, que pendem para análise deste Juízo outras questões, e para melhor sistematização, passo a análise por tópicos.

1. Análise do Plano de Recuperação Judicial (PRJ)

Tem-se de pretensão trazida a este Estado-Juiz dois bens em discussão, em essência: de um lado, a recuperação das empresas solicitantes (princípio da preservação da empresa); e, de outro

lado, o direito dos credores de receber a tempo e modo eventuais créditos que possuem.

Nestes vetores, é que se depreende que incide na hipótese o princípio maior a lastrear o direito empresarial, em específico, a permanência das empresas no mercado, com a contínua circulação de bens e valores.

Ou do adágio: é melhor resgatar a empresa, do que seu fechamento, por circunstâncias óbvias, pelos efeitos nefastos que ocasiona, não apenas para os credores, mas empregados, colaboradores, Fisco, etc., em autêntico estímulo à atividade econômica e sua função social.

Assim, no intuito de evitar tais mazelas é que, na Assembleia Geral de Credores, as recuperandas devem demonstrar a conveniência em dar continuidade às atividades das empresas.

Ocorre que, em referida solenidade, a classe de credores com garantias reais rejeitou o Plano de Recuperação Judicial apresentado. Todavia, registre-se que em referida classe só haviam 2 votantes e apenas 1 deles - aquele com maior crédito - votou contra o PRJ (Ipiranga Prod. Petróleo S/A).

A Administradora Judicial esclareceu que:

- **100,00%** (cem por cento) da **Classe Trabalhista** votaram pelo SIM e 0,0% (zero por cento) votou pelo NÃO, sendo que 43 (quarenta e três) Credores votaram SIM e 0 (zero) votou NÃO.

[...]

- **34,40%** (trinta e quatro vírgula quarenta por cento) da Classe Garantia Real votaram pelo SIM e 65,60% (sessenta e cinco vírgula sessenta por cento) votaram pelo NÃO, sendo que 01 (um) Credor votou SIM e 01 (um) votou NÃO.

[...]

- **57,10%** (cinquenta e sete vírgula dez por cento) da Classe Quirografária votaram pelo SIM e 42,90% (quarenta e dois vírgula noventa por cento) votaram pelo NÃO, sendo que 08 (oito) Credores votaram SIM e 04 (quatro) votaram NÃO

[...]

Quanto ao valor total de todas as Classes votantes obteve-se que:

- **50,96%** (cinquenta vírgula noventa e seis por cento) dos créditos votaram pelo SIM, o que representa em valores a quantia de R\$ 2.666.563,02 (dois milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, quinhentos e sessenta e três reais com dois centavos);

- **49,04%** (quarenta e nove vírgula quatro por cento) dos créditos votaram pelo NÃO, o que representa em valores a quantia de R\$ 2.566.303,86 (dois milhões, quinhentos e sessenta e seis mil, trezentos e três reais com oitenta e seis centavos).

[...]

Observa-se que o PRJ não pode ser aprovado em Assembleia em razão, unicamente, de 1 credor com garantia real, pois somente 2 credores dessa classe compareceram para votação, sendo

que o detentor do maior crédito votou contrário à aprovação, logo, não foi preenchido o requisito disposto no § 1º do art. 45 da Lei nº 11.101/05.

No entanto, tal circunstância não inibe totalmente a possibilidade de homologação do Plano de Recuperação Judicial, conforme se observa das disposições contidas no art. 58, da Lei de Recuperação Judicial.

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:

I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;

III – na classe que houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

No caso em apreço contata-se o preenchimento dos requisitos legais para aprovação judicial do PRJ, vejamos:

I – Total de créditos votantes – R\$ 5.232.866,88, sendo que 50,95% (R\$ 2.666.563,02) foi favorável à aprovação. Logo, mais da metade.

II – Três foram as classes votantes, das quais, duas delas aprovaram o plano (Trabalhistas e Quirografários). Assim, resta preenchido o segundo requisito.

III – Na classe de credores com garantia real, nos termos do art. 45, § 1º, tem-se necessidade de dupla contagem, ou seja, uma por crédito e outra por cabeça.

No caso dos autos, haviam apenas 2 votantes e 1 deles foi favorável. Assim, por cabeça, tem-se que havia mais de 1/3 dos votantes (50%) que concordou com o PRJ.

Outrossim, no que diz respeito ao quantitativo dos créditos, observa-se que a soma de créditos votantes na classe com garantia real era de R\$ 1.649.215,22, logo, 1/3 corresponde a R\$ 549.738,40 e o credor que votou pela aprovação do plano nesta categoria detém um crédito de R\$ 525.057,95, ou seja, não atingiu o quantitativo mínimo legal para aprovação, faltando-lhe apenas pouco mais de R\$ 24.680,45.

Entretanto, não se pode perder de vista que a intenção da legislação é perseverar na preservação

da empresa, ainda que pra isso decline-se a uma flexibilização da letra fria da lei, especialmente em casos como o presente, onde toda trajetória futura de uma empresa ficaria a cargo da vontade de um único credor.

É exatamente neste sentido que a jurisprudência contemporânea tem apontado, conforme se infere da decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1337989/SP:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO. APROVAÇÃO JUDICIAL. CRAM DOWN. REQUISITOS DO ART. 58, § 1º, DA LEI 11.101/2005. EXCEPCIONAL MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. A Lei nº 11.101/2005, com o intuito de evitar o “abuso da minoria” ou de “posições individualistas” sobre o interesse da sociedade na superação do regime de crise empresarial, previu, no § 1º do artigo 58, mecanismo que autoriza ao magistrado a concessão da recuperação judicial, mesmo que contra decisão assemblear.

2. A aprovação do plano pelo juízo não pode estabelecer tratamento diferenciado entre os credores da classe que o rejeitou, devendo manter tratamento uniforme nesta relação horizontal, conforme exigência expressa do § 2º do art. 58.

3. O microsistema recuperacional concebe a imposição da aprovação judicial do plano de recuperação, desde que presentes, de forma cumulativa, os requisitos da norma, sendo que, em relação ao inciso III, por se tratar da classe com garantia real, exige a lei dupla contagem para o atingimento do quórum de 1/3 - por crédito e por cabeça -, na dicção do art. 41 c/c 45 da LREF.

4. No caso, foram preenchidos os requisitos dos incisos I e II do art. 58 e, no tocante ao inciso III, o plano obteve aprovação qualitativa em relação aos credores com garantia real, haja vista que recepcionado por mais da metade dos valores dos créditos pertencentes aos credores presentes, pois “presentes 3 credores dessa classe o plano foi recepcionado por um deles, cujo crédito perfez a quantia de R\$ 3.324.312,50, representando 97,46376% do total dos créditos da classe, considerando os credores presentes” (fl. 130). Contudo, não alcançou a maioria quantitativa, já que recebeu a aprovação por cabeça de apenas um credor, apesar de quase ter atingido o quórum qualificado (obteve voto de 1/3 dos presentes, sendo que a lei exige “mais” de 1/3). Ademais, a recuperação judicial foi aprovada em 15/05/2009, estando o processo em pleno andamento.

5. Assim, **visando evitar eventual abuso do direito de voto, justamente no momento de superação de crise, é que deve agir o magistrado com sensibilidade na verificação dos requisitos do cram down, preferindo um exame pautado pelo princípio da preservação da empresa, optando, muitas vezes, pela sua flexibilização, especialmente quando somente um credor domina a deliberação de forma absoluta, sobrepondo-se àquilo que parece ser o interesse da comunhão de credores.**

6. Recurso especial não provido. (REsp 1337989/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 04/06/2018)

Todos os demais requisitos foram preenchidos, inclusive no que concerne a equidade de tratamento entre os credores da classe onde houve a rejeição ao PRJ.

E neste diapasão observa-se que o Plano Modificativo apresentado alterou o tratamento díspar anteriormente previsto.

O PRJ inicial dispunha nas propostas de pagamento distinção entre credores da mesma classe - inclusive da classe com garantia real, na qual houve rejeição ao plano.

Em referido plano, havia intenção das recuperandas ofertarem descontos distintos aos credores conforme a origem da dívida, ou seja, a permanência de referida previsão tenderia a inibir a aplicação do instituto *cram down*

Estava previsto no PRJ anteriormente apresentado, conforme se infere da fl. 659 dos autos:

CREDORES COM GARANTIA REAL, QUIROGRAFÁRIOS E ENQUADRADOS COMO MICRO EMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE.

Credores financeiros com ou sem garantia real.

Os credores financeiros, independentemente da classe que há que pertencerem, e cujos débitos são provenientes de linhas relativas a capitais de giro, cheques especiais, giro rápidos, financiamentos, etc, as Recuperandas propõe um desconto de 80% (oitenta por cento) sobre o saldo devedor consolidado pelo Administrador Judicial, com carência de juros e principal de 24 (vinte e quatro) meses contados da data base da recuperação. O pagamento dar-se-á em 96 (noventa e seis) parcelas mensais, sendo a primeira delas com vencimento após o período de carência, tudo devidamente corrigido pela TR (Taxa referencial).

Credores com garantia real, quirografários e enquadrados como microempresa e empresa de pequeno porte – fornecedores não financeiros.

A Recuperanda propõe um desconto de 65% (sessenta e cinco por cento) sobre o saldo devedor consolidado pelo Administrador Judicial, com carência de juros e principal de 24 (vinte e quatro) meses, contados da data base da recuperação. O pagamento dar-se-á em 96 (noventa e seis) parcelas mensais, sendo a primeira delas com vencimento após o período de carência, tudo devidamente corrigido e pela TR (Taxa referencial).

Contudo, Modificativo do PRJ apresentado reviu esta possibilidade e assentou o seguinte em relação ao pagamento dos credores com garantia real:

CLASSE II - Credores Com Garantia Real

Os credores integrantes da classe de credores com garantia real terão seus créditos quitados com as seguintes condições:

Carência: 12 (doze) meses

Deságio: 0 (zero) – sem deságio

Prazo: 80 (oitenta) parcelas mensais

Correção: INPC

Juros: sem juros

Não havendo mais distinção em razão da origem da dívida, conseqüentemente, não há o impeditivo previsto no § 2º do art. 58 da Lei nº 11.101/05.

Portanto, com a previsão legal possibilitando a homologação do Plano pelo Juízo Recuperacional e diante das circunstâncias excepcionais no presente caso (rejeição do plano na classe II por um único credor) e, inexistindo aparente discriminação injusta entre as classes de credores, inegável conceder a homologação pretendida, flexibilizando-se a norma, pois seria abusivo deixar que um único credor determinasse o destino de todo um conglomerado empresarial, especialmente porque não seria justo que em um feito onde se trata corriqueiramente com cifras superiores a meio milhão de reais, pouco mais de 24 mil reais seja o impeditivo à continuidade das atividades empresariais.

Assim, por não vislumbrar indícios de inexecutabilidade do PRJ e frente ao princípio da preservação da atividade empresarial - o qual deve se sobrepor à objeção de um único credor - inegável se torna a homologação do Plano de Recuperação Judicial com a conseqüente concessão da recuperação judicial na forma prevista no art. 58, § 1º, da Lei nº 11.101/05.

Em casos assemelhados já decidiu a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. OBJEÇÕES AO PLANO REJEITADAS JUNTAMENTE COM A VOTAÇÃO DESTA. SOBERANIA DA DECISÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. APRECIÇÃO AUTOCONTIDA DO PODER JUDICIÁRIO QUE DEVE SE LIMITAR AOS PRESSUPOSTOS DE LEGALIDADE. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NÃO APROVADO EM ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES EM VIRTUDE DA REJEIÇÃO POR UMA DAS CLASSES QUE É OCUPADA POR CREDOR ÚNICO. CASO CONCRETO QUE, **CONSIDERANDO OS PRINCÍPIOS ADJACENTES À RECUPERAÇÃO JUDICIAL, À LUZ DA PROPORCIONALIDADE, APONTA PARA A ABUSIVIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO. CRAM DOWN. RELATIVIZAÇÃO DOS REQUISITOS INSCULPIDOS NO ART. 58 DA LEI 11.101/2005 QUE SE IMPÕE. ENUNCIADO Nº 45 DA I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL. AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4007286-25.2017.8.24.0000, de Mondai, rel. Des. Álvaro Luiz Pereira De Andrade, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 28-02-2019 – grifos não existente no original).**

Conforme bem ressaltado no acórdão supracitado, a possibilidade de flexibilização da norma foi reconhecida inclusive através do Enunciado nº 45 da Jornada de Direito Comercial, que estabeleceu:

45. O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão de abuso de direito.

Lado outro, ainda que se reconheça a possibilidade de concessão da recuperação judicial no presente caso e, não havendo ao Juízo Recuperacional poderes para alterar o plano em si, não se

deve ignorar que previsões contrárias à lei e que foram inseridas no PRJ não geram quaisquer efeitos, ainda que este reste homologado.

A ressalva se faz especialmente em razão das disposições contidas na premissa 8 do PRJ, a qual traz disposição oposta à lei, logo, não poderá gerar qualquer efeito durante o processamento da recuperação judicial da empresa.

Registro que referida premissa alerta aos credores o seguinte:

Premissa 08: O plano poderá ser alterado, independentemente de seu cumprimento, a qualquer tempo, por Assembleia que pode ser convocada para essa finalidade, observando os critérios previstos nos arts. 48 e 58 da LRF. O não cumprimento do plano não culminará em falência imediata das empresas, devendo no caso, ser convocada assembléa (sic) de credores para deliberação sobre alterações ao plano, ou eventual falência (fl. 658 - grifos não existentes no original).

Ocorre que a legislação é bem clara neste aspecto e não abre qualquer margem à pretensão posta pelas recuperandas de vincular a decretação/convolação da falência à prévia Assembleia de Credores, conforme se pode observar dos artigos a seguir transcritos:

Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

§ 1º Durante o período estabelecido no *caput* deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73^[1] desta Lei.

[...] (grifo não existente no original)

Note-se que em momento algum a legislação condiciona a convolação em falência à prévia Assembleia de Credores.

E mais, o pedido poderá ser formalizado por credor, sem qualquer condicionante além do próprio descumprimento do PRJ:

Art. 62. Após o período previsto no art. 61 desta Lei, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94^[2] desta Lei.

Assim, em que pese não ser do agrado das recuperandas, premissas eivadas de tais ilegalidades

– como a exemplo da expressa disposição contrária à norma legal – não irão prevalecer perante este Juízo Recuperacional, devendo desde já serem desconsideradas.

Registra-se, por fim, que ainda que se declare a nulidade de tal(is) premissas, esta circunstância não afeta as disposições e regras para adimplemento das dívidas das recuperandas; logo, não tem o condão de alterar o PRJ em si, o qual permanece hígido em sua essência.

Por fim, cumpre registrar que as obrigações dispostas no Plano de Recuperação Judicial, são viáveis e, aparentemente, atenderão aos interesses dos credores, razão pela qual deverá ser homologado.

Porém, mais duas ressalvas reputo de suma importância serem destacadas desde já.

A primeira, acerca das garantias - reais e/ou fidejussórias -, incluídos os coobrigados e avalistas – conforme determinação do art. 59 da LRF, que continuam vigorando, não obstante a novação ocorrendo em relação às obrigações entabuladas com as recuperandas.

Neste sentido já pacificou a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. EMPRESA DEVEDORA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. HIPÓTESE DOS AUTOS QUE NÃO ABRANGE OS CODEVEDORES. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO RESTRITA À EMPRESA RECUPERANDA, NÃO ESTENDENDO OS EFEITOS DA SUSPENSÃO AOS COOBIGADOS. Recurso conhecido e provido. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.027012-9, de Brusque, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 24-07-2014).

A segunda questão a ser registrada é que poderá sobrevir eventuais ajustes de valores com circunstanciais créditos que podem ser incluídos ou modificados (majorados/minorados/reclassificados) em razão de habilitações retardatárias e impugnações que eventualmente ainda estejam em trâmite.

Neste sentido, já se decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO A CRÉDITO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE EXTINGUIU A AÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR CONSIDERAR A PERDA DO OBJETO EM RAZÃO DA HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INSURGÊNCIA DA PARTE IMPUGNANTE. MÉRITO. IMPUGNAÇÃO A CRÉDITO DECLARADO EM PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DESTES. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE PARA A CONTINUIDADE DO TRAMITE DA INSURGÊNCIA AO CRÉDITO DECLARADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGO 10, 16 E 58 DA LEI DE FALÊNCIA. DECISÃO CASSADA.

A aprovação/homologação do plano de recuperação judicial não o torna imutável, tampouco absoluto, posto que, durante aquele lapso temporal de dois anos para seu cumprimento é possível praticar retificações, sejam

decorrentes de impugnações ainda não resolvidas, como no caso, ou em razão de créditos retardatários, conforme prevê o artigo 10 da Lei 11.101/05. Tanto é que o artigo 16 da Lei de Falências determina que “juiz determinará, para fins de rateio, a reserva de valor para satisfação do crédito impugnado”. Logo, aquela decisão homologatória não acarreta a carência de ação da impugnação ao crédito declarado, por perda do objeto, porque válida “a coexistência entre o prosseguimento da recuperação judicial e o julgamento de impugnação ao valor do crédito” (Resp nº 1.157.846/MT, Rel. Mina. Nancy Andrichi, j. 2-12-10)” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.005418-2, de São José, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 11-06-2013). RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.033878-9, de Taió, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 15-05-2014 – grifo não existente no original).

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IRRESIGNAÇÃO DE CREDOR QUIROGRAFÁRIO EM FACE DA DECISÃO QUE EXTINGUE O INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO POR PERDA DE OBJETO. IMPUGNAÇÃO DE CRÉDITO EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE OBSTAR O ENFOQUE DO INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 16, 17 E 39, TODOS DA LEI 11.101/05. INTERESSE DE AGIR PRESENTE. CASSAÇÃO DA DECISÃO IMPERATIVA, COM DETERMINAÇÃO DE PROSSEGUIMENTO REGULAR DO INCIDENTE. “[...] A homologação ao plano de recuperação judicial da empresa não está vinculada à prévia decisão de 1º grau sobre as impugnações a créditos porventura existentes. [...]” (REsp nº 1.157.846/MT, Rel. Mina. Nancy Andrichi, j. 2-12-10). RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.005418-2, de São José, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 11-06-2013).

Nesse passo, sopesados os parâmetros da Lei n. 11.101/2005, conclui-se que as empresas Posto de Abastecimento Cury Ltda e Auto Posto Araucária Ltda fazem jus à pretendida recuperação judicial e, pelo acima exposto, com fulcro no art. 58, § 1º e § 2º, da Lei nº 11.101/2005, a concessão da Recuperação Judicial é medida que se impõe.

Ante o exposto e com fundamento no art. 58 da Lei nº 11.101/05, **HOMOLOGO** o Plano de Recuperação Judicial de fls. 643-663 e os Modificativos de fls. 3391-3394 e 3791-3806 por sentença judicial para que surta seus jurídicos e legais efeitos e, por consequência, **CONCEDO A RECUPERAÇÃO JUDICIAL** às empresas Posto de Abastecimento Cury Ltda e Auto Posto Araucária Ltda, com os efeitos prescritos no art. 59, *caput* e § 1º, da Lei n. 11.101/2005, observadas as ressalvas feitas na presente decisão, a fim de viabilizar a superação da crise econômica-financeira enfrentada, mediante à reorganização e reestruturação de seu passivo.

Ressalte-se que as devedoras permanecerão em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no PRJ apresentado.

Destaco que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação

judicial acarretará a convocação da recuperação em falência das empresas, nos termos do art. 61, § 1º e art. 73, ambos da Lei n. 11.101/2005.

Cientifiquem-se as empresas requerentes e o administrador / gerente / sócio-proprietário que permanecerão na condução das atividades empresariais sob a fiscalização do Administrador Judicial, salvo se ocorrer uma das situações previstas no art. 64 da Lei n. 11.101/2005, situação esta que permanecerá também em relação aos novos sócios caso seja deferido[3] o pedido de alteração do quadro societário da empresa Posto Cury (fls. 3357-3372).

Advirta-se a Administradora Judicial, as empresas requerentes e seu administrador/gerente/sócio-proprietário acerca do contido nos arts. 66 e 69 da Lei n. 11.101/2005.

Saliente-se que a presente decisão constitui título executivo judicial (art. 59, §1º, da Lei 11.101/2005).

As recuperandas permanecerão em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no respectivo plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da presente decisão.

Deverá a Administradora Judicial publicar a presente decisão em jornal de circulação regional nos termos do art. 191 e parágrafo único da Lei 11.101/2005.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se as recuperandas, a Administradora Judicial e as Fazendas Públicas.

Notifique-se o Ministério Público da presente decisão.

2. Das determinações ao Cartório Judicial

a) Publique-se a presente decisão e intimem-se os credores, através de edital a ser publicado no Diário Oficial e em jornal de circulação regional nos termos do art. 191 da Lei 11.101/2005;

b) Nos termos do art. 69 da Lei 11.101/2005 oficie-se à Junta Comercial do Estado de Santa Catarina – JUCESC, para que anote nos registros da autora a recuperação judicial concedida (art. 69, parágrafo único, da Lei 11.101/2005), a qual deverá incluir, após o nome empresarial, a expressão “em recuperação judicial” em todos os negócios jurídicos que realizar.

c) Cumpram-se os itens 5.1, 6.1 e 7.2 da decisão de fls. 4260-4261 (vista ao Ministério Público para manifestação), porquanto a Administradora Judicial prestou os esclarecimentos solicitados[4] às fls. 4269-4276, assim como as recuperandas juntaram os documentos requeridos por este Juízo[5] às fls. 4406-4425 dos autos.

d) Intime-se a Administradora Judicial para que, no prazo de 10 dias, prestem esclarecimentos sobre a suposta suspensão das atividades da filial da recuperanda Posto de Abastecimento Cury Ltda, localizada na Rua Altamiro Guimarães, nº 63, neste município

e) Dê-se cumprimento integral aos itens 8, 9, 9.1, 10 e 10.1 da decisão de fl. 4261.

f) Certifique o cartório judicial se foram expedidos os ofícios às instituições financeiras, conforme determinado no item 11, precisamente às fls. 4263-4264 dos autos.

3. Das questões processuais pendentes

a) Ante o pedido formulado às fls. 1944-1945 e a concordância da Administradora Judicial (fls. 4372), bem como das Recuperandas (fl. 4400), defiro a exclusão dos créditos arrolados em favor da empresa BRF S/A (BRF Brasil Foods S/A).

b) Registro que a divergência de créditos do Banco Banrisul acostada às fls. 551-555 dos autos, restou resolvida administrativamente junto com a Administradora Judicial, conforme informado às fls. 4372-4374 dos autos.

Caçador (SC), 05 de março de 2020.

Rafael de Araújo Rios Schmitt
Juiz de Direito

Autos n. 0012623-71.2015.8.24.0020

Ação: Ação Penal - Procedimento Ordinário

Autor: Ministério Público Federal e outro/ Acusado: Carbonífera Belluno Ltda/

Vistos etc.

1.0 - RELATÓRIO

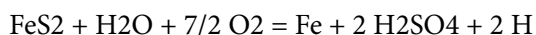
O Órgão do Ministério Público, no uso de suas atribuições, ofereceu **DENÚNCIA** contra **CLEDERSON SALVARO BROLESSI**, brasileiro, engenheiro de materiais, nascido em 11/01/1981, filho de Luiza de Lourdes Salvaro Brolessi, residente na Travessa da Imigração, 57, centro, Urussanga/SC e **CARBONÍFERA BELLUNO LTDA**, CNPJ n. 83.163.576-0001-05, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rodovia SC-445, Km 5, Vila São Jorge, Criciúma/SC, representada por seu sócio-administrador Henrique Salvaro, apontando-os como infratores dos arts. 54, § 2º, V, da Lei n.º 9.605/08, pela prática, em tese, dos atos delituosos assim narrados na denúncia:

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo procurador da República ao final assinado, no exercício de suas atribuições, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição da República e do art. 41 do Código de Processo Penal, com base nas peças de informação anexas, vem perante Vossa Excelência oferecer DENÚNCIA contra CARBONÍFERA BELLUNO LTDA., CNPJ nº 83.163.576/0001-05, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rodovia SC-445, km 5, Vila São Jorge, Criciúma/SC, representada por seu Sócio- Administrador, Henrique Salvaro; e CLEDERSON SALVARO BROLESSI, CPF nº 036.566.869-98, brasileiro, engenheiro de materiais, nascido em 11.01.1981, filho de Luiza de Lourdes Salvaro Brolessi, residente na Travessa da Imigração, 57, Centro, Urussanga/SC; em razão da prática dos seguintes atos delituosos:

A CARBONÍFERA BELLUNO LTDA., mediante condutas comissivas e omissivas do engenheiro CLEDERSON SALVARO BROLESSE, responsável pela sua área de meio ambiente, deu causa ao lançamento proposital de efluente líquido de mineração (água ácida), sem qualquer tratamento e em desacordo com a Resolução CONAMA nº 357/2005, causando poluição em níveis tais que podem resultar em danos à saúde humana.

A CARBONÍFERA BELLUNO LTDA. opera a mina de carvão em subsolo denominada Mina Morosini, na localidade de Rio Morosini, município de Treviso/SC.

O processo de mineração de carvão produz água ácida, por conta da grande quantidade de rejeitos, que têm um importante percentual de pirita. A pirita é um mineral composto basicamente de Ferro e Enxofre (FeS₂). Ocorre que, quando a pirita (FeS₂) entra em contato com água (H₂O) e Oxigênio (O₂), desencadeia-se uma reação química que produz ácido sulfúrico (H₂SO₄):



O ácido sulfúrico faz o pH da água baixar, inviabilizando a vida nos rios da região. Basta dizer que o pH normal da água varia entre 6,0 e 7,0, sendo que alguns trechos de rios da região têm pH em torno de 3,0. Além disto, quando o pH da água baixa a menos de 4,0, os metais presentes nos rejeitos do carvão, tais como Manganês (Mn), Alumínio (Al), Magnésio (Mg), Ferro (Fe) e outros, tendem a se solubilizar, espalhando a contaminação a jusante do ponto de deposição dos rejeitos.

Por isto, é necessário um extremo cuidado na deposição dos rejeitos de carvão, minimizando seu contato com a água. Necessário também que o empreendimento esteja hidricamente isolado, para que as águas que precipitarem sobre o depósito de rejeitos e o pátio, não escoem para fora do empreendimento sem tratamento.

Na Mina Morosini há um sistema de bacias, que capta a água da mina de subsolo e também a água de surgências e a água da chuva que entra em contato com a pirita depositada no pátio. Das bacias, a água deveria ser bombeada para a Estação de Tratamento de Efluente (ETE) existente no local, para, só então, ser descartada nos rios.

Ocorre que, em vistoria iniciada no dia 12.03.2015 e concluída no dia seguinte, técnicos do MPF e do DNPM flagraram transbordamento e vazamento proposital da bacia de água ácida. Na ocasião, inclusive, a ETE e uma bomba estavam desligadas, mesmo após um período de intensas chuvas.

Lê-se no Relatório Técnico nº 016/2015 - MPF/SC, que resultou da vistoria antes referida:

Inicialmente adentrou-se a área onde encontrava-se a bacia situada na parte inferior do sistema de captação da área (Imagem 01). Esta bacia é constituída por seção irregular com taludes revestidos com gramíneas e dois sistemas de captação por bombas de sucção com potências distintas e com dutos de diâmetro diferentes (Imagem 02), onde direcionam o efluente ácido (pH 2,5) até a bacia intermediária. Das bombas descritas no sistema, apenas a de menor potência e com duto de menor diâmetro encontrava-se em operação no momento da vistoria.

Quanto ao volume da bacia, este mostrava-se superior a capacidade, ocorrendo extravasamento de lâmina d'água no limite sudoeste, (Imagem 03) o qual é direcionado para dreno de concreto em direção ao rio Mãe Luzia (Imagem 04). Há também outro valo adjacente a bacia onde escoo o efluente ácido do terreno até o mesmo dreno citado acima (Imagem 05). Além dos vazamentos citados, foi identificado outro ponto fugitivo do sistema, o aparato em questão tratava-se de uma canalização com um tubo de policloroeteno (Imagem 06) com aproximadamente 6" (ladrão) situado cerca de 50 centímetros abaixo do topo do dique (UTM WGS 84: E;650848.00 m N; 6843477.00 m) que separa a bacia de acumulação da empresa com lagoa fora do limite da propriedade (Imagem 07).

O sistema funciona com uma saída para desafoço da bacia em dias que a mesma apresenta uma lâmina d'água mais elevada, lançando o efluente para a lagoa adjacente fora da responsabilidade da empresa, a qual permite conectividade com o curso hídrico mais próximo (UTM WGS 84: E;650680.00 m N; 6843441.00 m), caracterizando um lançamento de efluentes fora dos padrões (cita-se como exemplo, o pH 2,5, abaixo do limite estabelecido na resolução CONAMA). O sistema em questão mostra claros indícios de ter sido efetuado propositalmente.

O sistema foi identificado devido à ocorrência de fluxo dinâmico anormal na lagoa adjacente a bacia da empresa, mediante a esta evidência, buscou-se verificar uma intercomunicação entre estas, deste modo, pode-se identificar uma tubulação clandestina de maneira descaracterizada entre a vegetação submersa da bacia. Para evidenciar o fluxo entre a bacia e a lagoa pela canalização utilizou-se uma espécie de traçador, este foi representado por anilina biodegradável de coloração azul (Imagem 08), lançada na entrada da tubulação em comento da bacia de efluente ácido da Carbonífera Belluno (Imagem 09). Diante deste fato, em questão de segundos, pode-se observar uma mancha de coloração azul na lagoa adjacente (Imagem 10), confirmando a ideia que há uma interligação entre as mesmas.

Uma vez identificado o lançamento de efluentes, foi dado continuidade a vistoria, subindo a estrada de acesso à bacia intermediária, sendo que ao transcorrer desse caminhamento, foi verificado na confluência das estradas uma surgência (UTM WGS 84: E;650973.00 m N; 6843520.00 m) de água ácida (pH 3,0) que aflorava (Imagem 11), esta surgência apresentava um volume significativo que era acumulado no setor mais baixo da própria empresa.

Como especulação, cogita-se a hipótese de tal surgência estar correlacionada as próprias galerias da mina. Também contribuía para esta surgência um fluxo menos intenso que o anterior de águas provenientes da bacia intermediária e demais contribuições hídricas da área, que desciam pela estrada (Imagem 12) apresentando intensos processos erosivos.

Na bacia intermediária, se constatou trabalhos recentes relacionados a manutenção do corte da vegetação na borda, nesta se observava a chegada do efluente captado na bacia inferior (Imagem 13), e uma lâmina d'água, que no momento da vistoria não ultrapassava os limites da borda dos diques. A bomba que captava o efluente para a estação de tratamento (Imagem 14), encontrava-se desligada, assim como as operações na própria ETE (Imagem 15).

Na estrada que levava até antiga frente, não se observou qualquer tipo de trabalhos mais efetivos, sendo verificadas ocorrências de processos erosivos, ravinamentos mais intensos nos taludes e algumas acumulações de água em determinados pontos, a vegetação que já encontrava-se implantada permaneceu apresentando um desenvolvimento satisfatório.

Considerações Finais

Foi identificada em campo na última lagoa do sistema de captação da Belluno uma canalização não aparente que liga esta bacia a lagoa fora da área da empresa, sendo o efluente drenado para tal bacia posteriormente lançado no corpo hídrico.

Uma surgência significativa foi verificada em trecho da estrada, antes dos taludes que levam para a bacia intermediária.

Uma das bombas da lagoa inferior de captação da empresa, assim como a bomba que liga a ETE não encontrava-se mais operando no momento da vistoria.

Nota-se, pois, que houve total desleixo na operação do sistema de bacias e tratamento do efluente, pois uma bomba e a ETE estavam desligadas, o que gerou o transbordamento da bacia. Além disso, houve a colocação proposital de um duto submerso para esvaziar a bacia de água ácida na direção de uma bacia natural de jusante, fora dos domínios da empresa, de onde a água escoava para o rio Mãe Luzia.

Anteriormente, já havia sido flagrado um transbordamento no mesmo local.

Com efeito, no dia 12.11.2013 uma equipe do DNPM, acompanhada de representantes da comunidade do Rio Morosini, realizou vistoria na Mina Morosini, camada Barro Branco, objeto do Processo DNPM nº 14.934/1936. A vistoria tinha por objetivo observar aspectos relacionados às condições operacionais, aspectos de segurança e salubridade visando o fechamento da mina, que àquela altura já estava com a jazida praticamente esgotada.

No decorrer daquela vistoria a equipe de fiscalização flagrou um transbordamento na bacia de acumulação da água ácida proveniente da mina subterrânea.

Conforme constou no Relatório de Vistoria nº 038/2013, a bacia tinha a função de acumular as águas ácidas vindas de subsolo e encaminhá-las para a ETE. Todavia, por insuficiência no dimensionamento da bacia e por falta de manutenção no sistema de bombeamento, a água ácida estava transbordando e escorrendo para a drenagem natural e daí para o rio Mãe Luzia.

Colhe-se do relatório de vistoria, verbis:

Constatou-se uma não conformidade na área de captação de água, onde havia um transbordo da água da bacia, que é oriunda do subsolo e armazenada na mesma para então ser bombeada para a estação de tratamento. A água proveniente deste transbordamento da bacia de contenção era direcionada para uma manilha que se localizava próxima e o seu destino era provavelmente a linha de drenagem natural até o Rio

Mãe Luzia. Caracteriza-se desta forma um descarte de água com origem parcial da mina e, portanto com valores de pH ácido sem o devido tratamento.

No dia 13.12.2013 outra equipe do DNPM retornou ao local e constatou evidências do transbordamento ocorrido antes e do risco de repetição do evento, tendo em vista que não existia um estudo de dimensionamento da bacia e tampouco um sistema de alarme para o caso de iminente risco de transbordamento, quando da ocorrência de chuvas mais intensas. Constatou-se também que a empresa estava drenando para o rio a água ácida que havia se acumulado nas proximidades da bacia. Naquela ocasião o DNPM mediu o pH desta água que escorrera da bacia, encontrando o pH 3,0, característico de uma água extremamente ácida (Parecer Técnico nº 35/2013-DNPM-SC – PSM).

Por ocasião do vazamento flagrado em novembro de 2013, o MPF entendeu que se tratava de um acidente, que não fora proposital, nem decorreria de conduta culposa. No entanto, o MPF exigiu que a empresa apresentasse um projeto de adequação das bacias e do sistema de tratamento.

Em reunião realizada nesta Procuradoria da República em 14.10.2014 (vide ata anexa), o MPF advertiu o engenheiro CLEDERSON SALVARO BROLESSI, responsável pela área ambiental da empresa, de que deveria manter o sistema de bombeamento operando adequadamente, de forma a evitar novos transbordamentos.

Posteriormente, como não houve acordo quanto à adequação do sistema de bacias e tratamento e quanto à medida compensatória pelo vazamento ocorrido, o MPF propôs a Ação Civil Pública nº 5017096-22.2014.404.7204. Nesta ação, sobreveio medida antecipatória da tutela, determinando que a ré mantenha sistema de bombeamento e tratamento operando adequadamente, de forma a evitar novos transbordamentos até a conclusão da implantação do Projeto Técnico de Desvio das Águas de Montante e Tratamento de Drenagem Ácida”, prevista para setembro de 2015.

Contudo, mesmo após a advertência do MPF e a decisão judicial, a CARBONÍFERA BELLUNO LTDA., pela ação do engenheiro CLEDERSON SALVARO BROLESSI, manteve desligada uma bomba e a ETE, num período de chuvas intensas, causando transbordamento da bacia.

Cumprе destacar que a operação da bomba e da ETE geram custo para a empresa, principalmente com o consumo de energia elétrica e calcário. Portanto, é muito mais barato para a empresa manter a ETE e a bomba desligadas e descartar a água ácida sem tratamento.

Além disso, foi instalado um tubo “ladrão”, com bitola de 6” (seis polegadas), pelo qual a água ácida da bacia era drenada para uma lagoa natural de jusante, fora dos limites da empresa, e daí para o rio Mãe Luzia.

Tal ladrão foi instalado propositalmente, de forma oculta, submerso a cerca de 50 cm (cinquenta centímetros) do topo do dique da bacia. Os técnicos do MPF e do DNPM comprovaram que a água ácida da bacia fluía para a lagoa natural de jusante, mediante a aplicação de anilina biodegradável azul (vide imagens 6 a 10 do Relatório Técnico nº 016/2015 MPF/SC).

Neste contexto, o dolo é evidente.

O efluente que extravasou por sobre o dique e pelo ladrão tinha pH = 2,5, muito abaixo do limite estabelecido na Resolução CONAMA nº 357/2005.

A Polícia Militar Ambiental já havia coletado amostras de água em três pontos, constatando-se que os parâmetros pH, Manganês, Zinco e Sulfatos das águas da bacia excediam os limites máximos estabelecidos na Resolução CONAMA nº 357/2005. Portanto, o efluente lançado no rio era característico de água ácida de mina e não poderia ter sido descartado sem o devido tratamento.

O pH variou de 2,8 a 3,2, quando o limite mínimo de lançamento é 6,0. O Manganês variou de 7,08 a 29,66, quando o limite máximo de lançamento é 0,1. O Zinco variou de 0,87 a 4,36, quando o limite máximo de lançamento é 0,18. E os Sulfatos variaram de 514 a 2.286, quando o limite máximo de lançamento é 250.

Manganês, Zinco e Sulfatos são tóxicos. E quando a água tem pH menor que 4,0 a vida qualquer vida -, é inviável. Portanto, é evidente que a poluição causada pode causar danos à saúde humana.

O crime de poluição dolosa foi cometido no interesse da atividade empresarial da CARBONÍFERA BELLUNO LTDA.

Para a prática da infração concorreu o engenheiro de materiais CLEDERSON SALVARO BROLESSI, que, como dito, é o responsável pela área ambiental da empresa. Ele participou de todas as tratativas envolvendo a reparação do primeiro vazamento flagrado em 2013 e o processo de adequação. Inclusive participou da reunião nesta Procuradoria em 14.10.2014, na qual foi expressamente advertido da necessidade de manter o sistema de bombas e a ETE funcionando para evitar novos vazamentos. Contudo, permitiu que a bomba e a ETE fossem desligadas, mesmo num período de chuvas intensas. Permitiu também a instalação e a operação de um ladrão, para, de forma dissimulada, diminuir o volume da bacia, lançando o efluente sem tratamento numa lagoa natural e daí para o rio Mãe Luzia.

Assim agindo, CARBONÍFERA BELLUNO LTDA. E CLEDERSON SALVARO BROLESSI incorreram nas penas do art. 54, § 2º, inciso V, da Lei 9.605/98, 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 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

[&]

§ 2º Se o crime:

[&] V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

Conforme pode ser visto nas certidões de antecedentes criminais anexas, os réus não fazem jus à suspensão condicional do processo. A CARBONÍFERA BELLUNO LTDA. já foi condenada por crimes ambientais (Processos nº 2006.72.04.000374-4, nº 2006.72.95.019652-3 e nº 2006.72.95.006899-5). CLEDERSON SALVARO BROLESSI responde ao Processo Penal nº 5000025-68.2014.404.7216, também por crime ambiental.

Concluiu requerendo o recebimento da denúncia, o prosseguimento da ação e, ao final, a condenação dos réus nas penas respectivas.

Houve apresentação de laudo pericial às ps. 234-242.

A denúncia foi recebida em 15 de abril de 2015, pela Justiça Federal, através da decisão de p. 75-76, bem como apresentada a defesa prévia referente a ré Carbonífera Belluno Ltda p. 247-311.

Após análise na esfera federal, fora reconhecida sua incompetência haja vista a ausência de interesse federal sobre os rios poluídos, razão pela qual houve remessa dos presentes autos à justiça estadual, p.489-494.

Aportados os autos, houve ratificação por parte do Ministério Público do Estado da denúncia apresentada à p. 518-519.

Citados, acostaram respostas à acusação através das peças de p. 570-606 e 754-790.

Instado a se manifestar acerca da documentação apresentada pela defesa de Clederson Salvaro Brolessi, pugnou o Ministério Público pela designação de audiência para apresentação de proposta de suspensão condicional do processo, p. 1222-1223

Designada audiência para proposta de suspensão, houve aceite por parte do acusado Clederson, o qual ficou ciente das condições impostas pelo juízo, p. 1276.

Prosseguindo-se o feito com relação à acusada Carbonífera Belluno, houve designação de audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que foram inquiridas 10 testemunhas, p. 1381-1382.

O Ministério Público apresentou suas alegações finais às págs. 1399-1410, sede em que, após analisar o conjunto probatório, requereu a condenação da acusada Carbonífera Belluno Ltda e, com relação ao réu Clederson, que se aguardasse o cumprimento integral das condições da suspensão condicional do processo.

Foram apresentadas as alegações finais relativas a acusada Carbonífera através das ps. 1413-1450.

Certificados os antecedentes criminais da acusada às ps. 1393-1395 e 1470-1471.

Aportou aos autos informações de que o acusado Clederson, ao qual havia sido concedido o benefício da suspensão condicional do processo, razão pela qual foi determinada a extinção de sua punibilidade, conforme sentença de p. 1460.

Os autos vieram em conclusão para sentença.

É o necessário escorço.

2.0 – FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de ação penal pública incondicionada movida pelo Ministério Público, o qual atribui à acusada **CARBONÍFERA BELLUNO LTDA** a prática dos crimes previstos no art. 54, § 2º, V, da Lei n.º 9.605/08.

Do crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei n.º 9.605/98.

Eis a figura típica:

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.

E no caso em tela, mais precisamente, sua forma qualificada, prevista no §2.º, V, do mesmo artigo:

§ 2º Se o crime:

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Sobre o dispositivo imputado aos acusados, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

Análise do núcleo do tipo: **causar** (provocar o surgimento de algo) é a conduta, que tem por objeto a poluição (sujeira, prejudicial à saúde). Esta pode ser produzida *de qualquer modo*, ou seja, qualquer que seja a sua origem. Embora pareça desnecessário o tipo dizer que a *poluição* seja em níveis que possam resultar em danos à saúde humana, já que toda forma de poluição é um prejuízo natural à saúde dos seres vivos, quer-se demonstrar que a conduta penalmente relevante relaciona-se com **níveis insuportáveis**, inclusive aptos a gerar a morte de animais e a destruição de vegetais. Há diferença entre seres humanos e animais ou plantas. Quanto a pessoas, a poluição precisa apenas ser capaz de causar danos à saúde; em relação a animais ou vegetais, é fundamental chegar à mortandade ou destruição (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 835-836).

No mesmo sentido, leciona Luís Paulo Sirvinskas:

[...] os poluentes lançados no ambiente **devem ser de tal monta que possa causar efetivamente danos ao meio ambiente. Há necessidade de se apurar, em cada caso, as consequências dos prejuízos causados ao ambiente através de perícia técnica** (Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 195).

Inicialmente destaco que o tipo fala em **causar poluição**, o que obviamente depende de prova técnica. Nesse passo há de se destacar o entendimento jurisprudencial de que o dano à saúde humana pode ser potencial, não havendo necessidade de averiguação de dano efetivo a alguma pessoa. Nesse sentido: *Apelação Crime Nº 70073753089, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandro Luz Portal, Julgado em 26/07/2018*. Do corpo do acórdão, no voto do Relator, Dr. Sandro Luz Portal, se extrai precisa lição sobre o assunto:

A interpretação da Corte Superior, é de se observar, é uníssona no tema, citando-se, em complemento, recentes julgados que também assentam a desnecessidade de que algum ser humano tenha a sua saúde concretamente afetada para que se esteja diante da infração ao artigo 54 da Lei 9.605/1998:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO ART. 54,

§ 2º, V, DA LEI N. 9.605/1998. CRIME DE PERIGO CONCRETO. POTENCIALIDADE LESIVA DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA. IMPRESCINDÍVEL PROVA DO RISCO DE DANO. CRIME CONFIGURADO.

1. O delito descrito no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/1998 é de perigo, não se exigindo a ocorrência do efetivo dano ao bem jurídico. Noutras palavras: não é necessário que a poluição pelo lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas afete a saúde, a fauna ou a flora. Esse perigo, no entanto, é concreto, cabendo ao órgão acusatório demonstrar concretamente que esses bens jurídicos foram expostos à perigo. 2. In casu, o primeiro grau de jurisdição, com aporte nas perícias realizadas, deixou indubitável a efetiva exposição à perigo da saúde humana e do meio ambiente, considerando que, embora não exista prova cabal do lançamento de resíduos na água destinada ao consumo das pessoas e da água do arroio Cascalho, junto à encosta desse arroio foi encontrado fenol, ferro, manganês e surfactantes, resíduos esses perigosos.

3. Recurso especial provido para restabelecer as condenações impostas. (REsp 1638060/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018)

Dessa forma, vê-se que para a configuração do crime em apreço basta a potencialidade de risco à saúde humana e/ou animais, não dependendo, pois, de resultado naturalístico. A esse respeito, necessária a divisão da *“infração em duas espécies, uma de perigo (possa resultar em dano à saúde humana) e a outra de dano (resulte em dano à saúde humana ou provoque mortandade de animais ou destruição significativa da flora), a estabelecer que a intenção legislativa nunca foi a de excluir a repressão da poluição que, muito embora não tenha atingido concretamente a saúde de algum indivíduo e não provoque a morte da flora ou da fauna, impôs reste risco com o nível de poluição que causou¹”*.

Sobre esse aspecto, Luiz Régis Prado ensina que:

[...] não se pune toda emissão de poluentes, mas somente aquela efetivamente danosa ou perigosa para a saúde humana ou aquela que provoque a matança de animais ou destruição significativa da flora. Isto é, exige-se a real lesão ou o risco provável de dano à saúde humana, extermínio de exemplares da fauna local ou destruição expressiva de parcela representativa dos vegetais de determinada região. Nesse sentido, afirma-se que ‘apenas devem ser consideradas como poluentes as substâncias presentes em concentrações aptas a produzir efeito mensurável sobre o homem, animais, vegetais ou materiais. (...) Já o termo ‘em níveis tais’ exprime um certo quantum - suficiente -, elevado o bastante para resultar ou poder resultar em lesão à saúde humana. Por destruição significativa da flora deve ser entendida aquela realizada de maneira expressiva, de gravidade considerável. Tratam-se de corretivos típicos, excluindo-se do âmbito do injusto típico as condutas escassamente lesivas ou de pouca relevância para o bem jurídico tutelado (caráter fragmentário e subsidiário da intervenção penal). **Também o estado de perigo exigido (possam resultar) deve ser grave, intenso e hábil para resultar em lesão à saúde humana.** (PRADO, Luiz Régis. Crimes contra o Ambiente, 1ª ed., RT, p. 147-148). (grifei).

Após estas breves considerações, passarei a análise das circunstâncias do crime.

A materialidade do delito em análise encontra-se demonstrada através dos documentos acostados no relatório técnico de nº 016/2015 – MPF/SC, imagens de ps. 28-43, relatório de vistoria de nº 038/2013, juntamente com as fotos de ps. 44-48 e 67, além da ata de reunião realizada na sede

do MPF de p. 61-62, nos relatórios de ensaio demonstrados às ps. 63-66 e, ainda, na prova oral coligida quando da realização da instrução processual, p. 1381/1382.

A autoria, por sua vez, encontra-se igualmente demonstrada consoante provas carreadas ao feito, incluindo as testemunhais, de forma que demonstrada a responsabilidade criminal da ré.

Colhe-se dos autos que a acusada, através de condutas comissivas e omissivas por parte do engenheiro Clederson Salvaro Brolesse, ora responsável pela área do meio ambiente da empresa ré, a qual é responsável por mina de carvão em local denominado como “Mina Morosini”, localizada no Rio Morosini, na cidade de Treviso/SC, deu causa a lançamento proposital de efluente líquido de mineração (água ácida), sem qualquer tratamento e em desacordo com a Resolução do CONAMA nº 357/2005, em decorrência de transbordamento de água ácida da bacia de acumulação da Mina operada, flagrado em 12/11/2013, causando poluição no Rio Mãe Luzia, não tendo adotado, embora diversas notificações dos órgãos federais, medidas a evitar que tal dano se repetisse.

Importante salientar, por primeiro, que a atividade extrativista e exploratória está sujeita à regulação do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) ao qual cabe, como no caso dos autos, a fiscalização e a elaboração de pareceres técnicos a respeito de possíveis impactos ambientais ou danos porventura causados em decorrência da exploração mineral de carvão, considerando que o *“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”*, a teor do art. 224 da Constituição Federal.

Como salientado acima, a prova pericial é imprescindível para a apuração do delito em apreço. Constataram, os peritos, que houve lançamento de água ácida no Rio Mãe Luzia (consoante vistoria realizada pelo MPF- Relatório Técnico nº 016/2015 – p. 28-43), causado em virtude de transbordo indevido da bacia. A fonte de poluição foi identificada como sendo a água ácida da bacia onde deveria ser tratada a água proveniente das minas, sendo constatado através do pH que, nos valores em que foram medidos, ocasionaria a inviabilidade de vida no local, podendo ocasionar a mortandade de animais e destruição da flora.

Quanto as provas testemunhas colhidas ao longo da instrução processual, vê-se que as testemunhas de defesa arroladas, bem como os funcionários ouvidos não foram capazes de contrapor a farta documentação comprobatória do crime, acostada desde a fase investigativa realizada ainda na Justiça Federal.

A testemunha **Eraldo José Rovaris** aduziu que morava próximo à mina, na cidade de Treviso/SC e que constataram que uma das bacias, durante uma enxurrada, a água subiu demais e a água contaminada acabou sendo jogada no Rio Mãe Luzia. Afirmou que faziam vistoria com a DNPM, Fatma, 3 pessoas da comunidade, sindicato de mineiros e funcionários da empresa. Por conta dos vazamentos, com o transbordo, percebia que se tratava de água contaminada e que havia coleta para análise dos dados. Quanto ao transbordo, disse que participou apenas uma vez da verificação, mas que deveria ter ocorrido mais, não tendo, porém, conhecimento. A comissão da qual fazia parte elaborada ata todos os meses e encaminhava à empresa, ao Ministério Público, para ciência

das condições. Afirmou que a empresa reconheceu o erro no tocante ao dano ambiental, mas que nunca viu as bombas desligadas ou a estação de tratamento sem funcionar. Alegou que o Rio Mãe Luzia passa pela comunidade em que mora, mas que na data dos fatos não sabe dizer se foi com o excesso de chuvas ou por consequência da passagem de um ciclone que ocasionou o transbordo da água contaminada. Soube que depois o incidente a comissão não acompanhou mais, mas que foram realizadas melhorias, sem ter visto quais (arquivo audiovisual de p. 1381-1382).

Passando à prova pericial, imprescindível para a apuração do delito em apreço, como já alisado, bem como para sustentar eventual condenação a respeito do delito, constataram, os peritos, quando da análise in loco das instalações da ETE da empresa ré, que houve lançamento, por parte da mesma, de água ácida sem o devido tratamento diretamente em dreno de concreto que corre diretamente na direção do Rio Mãe Luzia.

Isso porque, em que pese a determinação legal de tratamento da água ácida proveniente da produção do carvão, a qual possui percentual considerável de pirita em seus componentes que, em contato com a água em sua composição simples desencadeia reação química a qual forma, por consequência, ácido sulfúrico, é a responsável por baixar o pH da água, inviabilizando, dessa forma, qualquer tipo de vida marinha ou lacustre existente no local.

Da análise dos documentos e laudos, extrai-se que, embora existente no local dos fatos bacias destinadas à captação de água de mina de subsolo as quais deveriam ser bombeadas a ETE existente para, somente então ser devolvida ao rio, vê-se que a mesmas, além de possuírem capacidade aquém da necessária, ocasionando vazamentos e transbordo de água ácida em oportunidade constatada pelos peritos do MPF e do DNPM, uma das bombas responsáveis pela redistribuição da água se encontrava indevidamente desligada, mesmo em período de chuvas consideráveis.

A esse respeito, colhe-se do Relatório Técnico nº 16/2015 – MPF/SC (ps. 28-43):

Inicialmente adentrou-se a área onde encontrava-se a bacia situada na parte inferior do sistema de captação da área (Imagem 01). Esta bacia é constituída por seção irregular com taludes revestidos com gramíneas e dois sistemas de captação por bombas de sucção com potências distintas e com dutos de diâmetro diferentes (Imagem 02), onde direcionam o efluente ácido (pH 2,5) até a bacia intermediária. Das bombas descritas no sistema, apenas a de menor potência e com duto de menor diâmetro encontrava-se em operação no momento da vistoria.

Quanto ao volume da bacia, este mostrava-se superior a capacidade, ocorrendo extravasamento de lâmina d'água no limite sudoeste, (Imagem 3) o qual é direcionado para dreno de concreto em direção ao rio Mãe Luzia (Imagem 04). Há também outro valo adjacente a bacia onde escoo o efluente ácido do terreno até o mesmo dreno citado acima (Imagem 05). Além dos vazamentos citados, foi identificado outro ponto fugitivo do sistema, o aparato em questão tratava-se de uma canalização com um tubo de policloroeteno (Imagem 06) com aproximadamente 6" (ladrão) situado cerca de 50 centímetros abaixo do topo do dique (UTM WGS 84: E;650848.00 mN; 6843477.00 m) que separa a bacia de acumulação da empresa com lagoa fora do limite da propriedade (Imagem 07).

O sistema funciona com uma saída para desafogo da bacia em dias que a mesma apresenta uma lâmina d'água mais elevada, lançando o efluente para a lagoa adjacente fora da responsabilidade da empresa, a qual

permite conectividade com o curso hídrico mais próximo (UTM WGS 84: E;650680.00 m N; 6843441.00 m), caracterizando um lançamento de efluentes fora dos padrões (cita-se como exemplo, o pH 2,5, abaixo do limite estabelecido na resolução CONAMA). O sistema em questão mostra claros indícios de ter sido efetuado propositalmente.

O sistema foi identificado devido à ocorrência de fluxo dinâmico anormal na lagoa adjacente a bacia da empresa, mediante a esta evidência, buscou-se verificar uma intercomunicação entre estas, deste modo, pode-se identificar uma tubulação clandestina de maneira descaracterizada entre a vegetação submersa da bacia. Para evidenciar o fluxo entre a bacia e a lagoa pela canalização utilizou-se uma espécie de traçador, este foi representado por anilina biodegradável de coloração azul (Imagem 08), lançada na entrada da tubulação em comento da bacia de efluente ácido da Carbonífera Belluno (Imagem 09). Diante deste fato, em questão de segundos, pode-se observar uma mancha de coloração azul na lagoa adjacente (Imagem 10), confirmando a ideia que há uma interligação entre as mesmas.

Uma vez identificado o lançamento de efluentes, foi dada continuidade a vistoria, subindo a estrada de acesso à bacia intermediária, sendo que ao transcorrer desse caminhamento, foi verificado na confluência das estradas uma surgência (UTM WGS 84: E;650973.00 m N; 6843520.00 m) de água ácida (pH 3,0) que aflorava (Imagem 11), esta surgência apresentava um volume significativo que era acumulado no setor mais baixo da própria empresa.

Como especulação, cogita-se a hipótese de tal surgência estar correlacionada as próprias galerias da mina. Também contribuía para esta surgência um fluxo menos intenso que o anterior de águas provenientes da bacia intermediária e demais contribuições hídricas da área, que desciam pela estrada (Imagem 12) apresentando intensos processos erosivos.

Na bacia intermediária, se constatou trabalhos recentes relacionados a manutenção do corte da vegetação na borda, nesta se observava a chegada do efluente captado na bacia inferior (Imagem 13), e uma lâmina d'água, que no momento da vistoria não ultrapassava os limites da borda dos diques. A bomba que captava o efluente para a estação de tratamento (Imagem 14), encontrava-se desligada, assim como as operações na própria ETE (Imagem 15).

Na estrada que levava até antiga frente, não se observou qualquer tipo de trabalhos mais efetivos, sendo verificadas ocorrências de processos erosivos, ravinamentos mais intensos nos taludes e algumas acumulações de água em determinados pontos, a vegetação que já encontrava-se implantada permaneceu apresentando um desenvolvimento satisfatório.

Considerações Finais

Foi identificada em campo na última lagoa do sistema de captação da Belluno uma canalização não aparente que liga esta bacia a lagoa fora da área da empresa, sendo o efluente drenado para tal bacia posteriormente lançado no corpo hídrico. Uma surgência significativa foi verificada em trecho da estrada, antes dos taludes que levam para a bacia intermediária. Uma das bombas da lagoa inferior de captação da empresa, assim como a bomba que liga a ETE não encontrava-se mais operando no momento da vistoria.

Do laudo aqui acostado, extrai-se que além de na vistoria apenas uma das bombas estar em operação, sendo a de menor potência e e com duto de menor diâmetro, encontrando-se a segunda indevidamente desligada (fora de operação), o volume da bacia mostrava-se superior à capacidade projetada, razão pela qual fora notado extravasamento de lâmina d'água, o qual a destina a dreno de concreto que leva o efluente diretamente ao Rio Mãe Luzia, sem o devido processo de tratamento.

Além do mais, e já não bastasse a grave constatação aqui analisada, ainda fora verificado outro ponto fugitivo do sistema, oriundo de canalização oculta (tubo de policloroeteno (imagem 6 do laudo), situação a cerca de 50 cm abaixo do topo do dique (não visível em diversas verificações), sendo o responsável pelo lançamento sem tratamento de água ácida à lagoa localizada fora da propriedade da empresa, região lacustre esta que encontra conectividade com o curso hídrico mais próximo, qual seja, o Rio Mãe Luzia, sendo caracterizado a emissão de efluentes fora dos padrões fixados na resolução do CONAMA, a teor do pH mínimo para devolução da água de mina.

Nesse sentido, colhe-se do depoimento de **Tiago Luiz Costa da Silva, engenheiro ambiental do MPF**, por seu turno, alegou que realizaram vistoria no ano de 2015 foram fazer verificação da mina juntamente com o DNPM subosta canalização que drenava a água da bacia. Chegando ao local, ao contornar a bacia, não foi verificada irregularidade, apenas lâmina de água que estava acima da cota do dique. Passado um tempo, no mesmo dia, encontraram a canalização, com fluxo diferente do que deveria ser, com sedimento saindo em sentido contrário, até a lagoa adjacente ao dique. Que a canalização encontrada, a qual jogada água para fora do dique, estando escondida, levava à lagoa adjacente, que acredita ser fora da propriedade da ré, mas também sem o devido tratamento. Não foi realizada coleta, apenas medição de PH com fitas, método apenas para ter noção da acidez da água, e que se recorda que dava como água ácida, não se recordando o valor (tendo sido realizada na bacia e no canal que o lançava), não sabendo precisar o nível de contaminação. Recorda que teve TAC antes da sua entrada no MPF, mas não sabe, acreditando que sim. Que toda a água tratada pelo ETE é descartada no Rio Mãe Luzia, não tendo coletado amostras, sabendo que no local apresenta contaminação pela exploração do carvão. Não sabe precisar se houve aumento de volume da capacidade da ETE, nem se houve ciclone ou qualquer fato natural que fez com que houvesse o transbordo das bacias (arquivo audiovisual de p. 1381-1382).

Importante mencionar, a teor dos documentos de p. 50-55 e 56-57 que, ainda no ano de 2013, já havia sido constatado, por parte do MPF/SC, irregularidades no tocante do transbordo de água ácida não tratada por parte da empresa. Aludem, tais documentos que, mais precisamente do Relatório de Vistoria de nº 038/2013 que vistoria realizada na bacia responsável por captar água vinda do subsolo e encaminha-la a ETE já apresentava problemas, de modo que apresentou transbordo e, ato contínuo, escorreu para a drenagem natural, correndo ao Rio Mãe Luzia.

Ainda em 2013, na data de 13/12/2013, Parecer Técnico de nº 35/2013 – DNPM/SC – PSM (p. 56-57), houve nova vistoria por parte do DNPM e houve, novamente, a informação de risco da repetição do evento, caso não fossem tomadas medidas por parte da empresa e que não existia, sequer, estudo de dimensionamento da bacia ou sistema de alarme em caso de vazamento, sendo novamente constatado, nesse momento com coleta e aferição do pH, de que estava ocorrendo o descarte da água sem o tratamento necessário, encontrando pH de 3,0 característico de água ácida, em desacordo com a resolução de nº 357/2005 do CONAMA2.

Sobre a coleta, foi elucidado pelo Policial Militar Ambiental Luciano Correa, ao ser ouvido em juízo, declarou que em razão de denúncia feita diretamente ao Ministério Público Federal, o Procurador solicitou ao comandante a realização da coleta e que foi junto com o representante

do Ministério Público, onde fora realizada coleta em pontos predefinidos pelo engenheiro Tiago. Salientou que a coleta foi realizada em três pontos, a saber: um na saída que vai para o rio, outra a montante, antes do sistema de tratamento e, ainda, um pouco mais afastado do sistema de tratamento. Afirmou que participou da coleta e que recorda se tratar de época chuvosa e que tinha bastante água vazando da montante em direção ao rio e a coleta foi feita nessa área, onde existia o vazamento. Por fim, frisou que o padrão da realização da coleta é um ponto em branco, local onde não existe contato algum, um ponto a montante e outro a jusante, antes e depois, o que foi realizado quando da coleta das amostras (arquivo audiovisual de p. 1321).

Dessa forma, em que pese tenha sido frisado ao longo de toda a instrução, por parte da empresa, inclusive solicitando pareceres de outros órgãos a fim de atestar o grande volume de chuva registrado que, consoante alude, se trata muito além do normal, vê-se que a alegação desmerece prosperar por dois motivos.

Por primeiro, vê-se que o transbordo criminoso de água ácida não foi realizado apenas uma vez, no ano de 2015, mas também já foi constatado quando de vistoria realizada ainda no ano de 2013, de acordo com os pareceres técnicos e que, à época, não foi entendido como conduta criminosa por parte da empresa, tendo sido proposta, apenas a readequação das bacias para coleta, tratamento e vazão de água, já tendo sido cientificada do problema dois anos antes, situação que deveria ter se atentado em resolver.

Segundo que, embora as chuvas tenham sido muito além do normal, tendo sido citado, inclusive, a passagem de um ciclone pela região (p. 1388-1392), não se justifica tal fato, para a instalação indevida de um cano oculto que jorrava água da propriedade da empresa ré, sem qualquer tipo de tratamento, à lago vizinho que, por sua vez, desembocava, como consequência, em Rio que, em que pese seja poluído, vem passando, ao longo dos anos, por tentativa de reparação ambiental.

Dessa forma, embora tente justificar, inclusive com a oitiva de informante o qual foi o responsável pelos projetos das bacias para tratamento da água (arquivo audiovisual de p. 1381-1382), sendo salientado que o Rio já é poluído e que não se pode precisar se por apenas atividade da ré, sabe-se que sua soma à toda poluição já lançada contribui e muito para a inviabilidade da regeneração, tendo em que vista que, inclusive, restou condenada a reparar os danos provenientes da atividade criminosa praticada, nos autos da Ação Civil Pública de nº 5017096-22.2014.404.7204 (TRF4), sendo que sua atividade contribui, ao longo dos anos em que explora as minas, à infertilidade tanto do solo, quanto o manancial de água que aqui se analisa.

Importante mencionar, nesse ponto, que houve condenação criminal da ré nos autos de nº 50000025-68.2014.4.04.7216, na Justiça Federal de Santa Catarina, com relação aos fatos apurados em dezembro de 2011, com trânsito em julgado em 26/10/2016, tendo sido condenada a pena de prestação de serviços à comunidade, consistente em contribuição a entidade ambiental fixada em R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) e ao pagamento de 10 dias-multa, à razão de 2 salários mínimos vigentes à época dos fatos (12/2011) e que, ao que tudo indica, não surtiu os efeitos almejados, considerando que, desde à época da instauração do inquérito citado, a empresa já foi notificada

diversas vezes em virtude de irregularidades apresentadas quanto à danos ambientais perpetrados, devendo, pois, os critérios de fixação serem mais rígidos com vistas a coibir as inúmeras ocorrências registradas.

Sobre o evento danoso provocado pela acusada, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO MEDIANTE O LANÇAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS E LÍQUIDOS (ART. 54, § 2º, INCISO V, DA LEI N. 9.605/98). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA PLENAMENTE EVIDENCIADAS. RELATO TESTEMUNHAL, FOTOGRAFIAS E OUTROS DOCUMENTOS QUE COMPROVAM A PRÁTICA DO CRIME. PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA QUE ATESTE O DANO AMBIENTAL. INFRAÇÃO DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO. OFENSA AO BEM JURÍDICO PRESUMIDA PELO TIPO PENAL. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...] 1. **Existindo conjunto probatório hábil a comprovar a prática do crime tipificado no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei n. 9.605/98, a condenação dos acusados é medida imperativa. 2. O delito descrito no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei n. 9.605/98, segundo entendimento deste Tribunal, independe da ocorrência de dano para a sua configuração. O risco inerente à conduta é presumido pelo tipo penal, de modo que não se exige, para a caracterização do delito, realização da prova pericial para atestar o dano ao meio ambiente ou à saúde humana.** [...] (TJSC, Apelação n. 0019203-64.2008.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 09-08-2016) grifei.

Portanto, **comprovadas a materialidade e a autoria, bem como o dolo da empresa ré** na prática do crime ambiental em análise, e não se verificando qualquer causa excludente de antijuridicidade, tipicidade ou culpabilidade, impõe-se a condenação da ré Carbonífera Belluno Ltda às penas previstas no art. 54, §2º, V, c/c o art. 3º, ambos da Lei nº 9.605/98.

Passo à dosimetria da pena.

Aplicação da pena

Quanto à **dosimetria trifásica do crime do art. 54, §2º, V, da Lei n.º 9.605/98**, na primeira fase de aplicação da pena, observo em relação às circunstâncias judiciais que a culpabilidade se encontra evidentemente exacerbada, tendo em vista a elevada lesividade e reprovabilidade dos atos perpetrados pela ré na prática de crime ambiental, haja vista que restou comprovado que o crime fora cometido em razão de inobservância a procedimento de segurança interna, conforme apontam os documentos técnicos aqui analisados.

Outrossim, eleva a culpabilidade da ré Carbonífera Belluno Ltda o fato de que o lançamento de água ácida se deu por atuação da própria empresa, considerando a instalação de canalização clandestina destinada ao transbordo de água imprópria ao uso humano e animal em lagoa que desemboca diretamente em Rio, no qual vem sendo realizado projeto de revitalização de suas águas, ou seja, além do evento desligamento proposital de uma das bombas que levam as águas para

tratamento na ETE houve, por parte dos responsáveis, instalação criminosa de dreno que escoava água sem tratamento a manancial de água fora da propriedade da acusada, em desacordo com as determinações do CONAMA e DNPM.

Os motivos e circunstâncias do crime, embora graves, foram os normais da espécie.

Já as consequências devem ser consideradas negativamente, em razão do grande volume de água ácida lançada sem o devido tratamento que, embora não possa ser verificado, pelo lapso que se passou do evento, até a tomada de medidas paliativas por parte da empresa, causou/ajudou a somar a contaminação não só do Rio Mãe Luzia, mas de lagoa pertencente a propriedade vizinha que também desemboca no Rio em análise, inviabilizando, por si só, a vida marinha do local onde lançada, conforme relatórios de vistoria analisados, com risco potencial à saúde humana.

Não há que se falar em comportamento das vítimas. A ré registra antecedentes criminais, na medida em que possui condenação nos autos de nº 5000025-68.2014.4.04.7216, os quais tramitaram na Justiça Federal de Santa Catarina (TRF4), tendo como data do fato dezembro de 2011 e trânsito em julgado 26/10/2016, tendo sido condenada “*a pena de prestação de serviços à comunidade, consistente na contribuição a entidade ambiental fixada em R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 02 (dois) salários mínimos vigentes à época dos fatos (12/2011)*”, utilizando-se esta na primeira fase, ante a impossibilidade de se considerar a ré como reincidente.

Não há nos autos, elementos por meio dos quais se possa valorar sua conduta social e personalidade.

Portanto, tratando-se da incidência do inciso V (“*ocorrer lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos*”), bem como havendo 3 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, consequências do crime e antecedentes criminais) e, ainda, tomando-se em consideração o montante de pena fixado ao crime, em atenção do princípio da proporcionalidade e para que seja fixado o parâmetro necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, ou seja, 3/6 acima do mínimo legal.

Na segunda fase de aplicação da pena, ausentes as circunstâncias atenuantes e agravantes da reprimenda, razão pela qual mantenho a mesma no patamar já fixado.

Na derradeira etapa, ausentes as causas especiais de aumento e diminuição, razão pela qual torno a pena definitivamente fixada em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

As circunstâncias judiciais permitem que o regime de cumprimento da pena seja fixado no aberto, a teor do art. 33, §2º, “c”, do Código Penal, tendo em vista que o montante da pena fixado é inferior a 4 (quatro) anos.

Tratando-se a ré de pessoa jurídica, na aplicação da pena, observa-se estarem presentes os requisitos previstos nos incisos I a III do art. 44 do Código Penal, tratando-se de crime praticado

sem violência ou grave ameaça, ré tecnicamente primária em crime doloso (trânsito em julgado da condenação federal se deu apenas em 26/12/2016) e por entender ser suficiente à prevenção e repressão do crime praticado, incidindo em razão a pena aplicada em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, bem como nos termos do art. 21, I e III, da Lei nº 9.605/98, substituo a pena privativa de liberdade aplicada por prestação de serviços à comunidade e multa (isoladas e cumulativas), nos termos do art. 3º da Lei 9.605/98, nos seguintes termos:

A) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (inciso I), obras de recuperação das áreas degradadas (inciso II) e manutenção de espaço público (inciso III), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias nas áreas banhadas pelo Rio Mãe Luzia que sofreram contaminação em razão do crime ambiental praticado pela ré, as quais tiveram sua água classificada como imprópria ao desenvolvimento de vida marinha, impedindo a regeneração natural da vida no local por contribuição da ré, sob risco potencial à saúde humana, conforme relatório da MPF e DNPM, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela empresa e subsequente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação dos órgãos ambientais competentes;

B) MULTA, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, parágrafo único, e art. 60, caput, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (multa), consistente no **pagamento da importância de R\$ 78.800,00 (setenta e oito mil e oitocentos reais), referente a quantia de 100 salários mínimos vigentes à época do crime (2015 – R\$ 788,00)**, que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subsequente deliberação e destinação a órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes na localidade em que ocorreu o crime ambiental, que tiveram a sua aferição e classificação tidas como inviáveis a manutenção de vida marinha, impedindo o uso público das águas do rio em comento pelo lançamento de substâncias em suas águas e sob risco potencial à saúde humana, conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente pelo juízo em sede de execução penal. Com efeito, o elevado valor da multa aplicada se justifica na medida em que observados os parâmetros legais do Código Penal (art. 45, § 3º, art. 60, ambos do Código Penal e, ainda, da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98, art. 6º, (“Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista... suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;... III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.”)), considerada a condição econômica da ré Carbonífera Belluno Ltda, pessoa jurídica em atividade econômica há muitos anos na localidade das Minas Morosini, que evidentemente alcança lucros expressivos em sua atividade de extração de carvão mineral (nos termos do contrato social de p. 314) e, considerando que desde 2011 a mesma empresa vem sendo investigada, inclusive com condenação transitada em julgado por crimes ambientais praticados na localidade de extração, entendo como adequado o valor aqui fixado à título de reparação ambiental local e, ainda, como forma de desestimular a continuidade da prática delitiva por parte da ré que, em que pese tenha encerrado as atividades no local objeto da fiscalização, permanece com diversos outros pontos de extração mineral na localidade de Treviso e Siderópolis, ambas em Santa Catarina.

Justifica-se o valor da multa, ainda, levando-se em consideração as graves e catastróficas consequências do lançamento de água ácida no local, inviabilizando a regeneração de localidade que, há muito, sofre com o lançamento indevido de desejos nas águas do Rio Mãe Luzia. Soma-se a este fato, também, a informação de que canalização instalada de forma sorrateira dentro de uma das bacias que deveria servir ao tratamento da água vinha lançando de maneira criminosa água sem o devido tratamento em lagoa não pertencente à propriedade da ré que, por via de consequência e por proximidade, desembocava no rio em questão. Por fim, ante a comprovação das consequências danosas causadas e, senão mais importante, a ausência de viabilidade de qualquer vida em ambiente com pH medido de 3,0 (característico de água extremamente ácida – parecer técnico nº016/2015 – MPF/SC, p. 28-43).

Portanto, sobreditos critérios, em conjunto, justificam e sustentam o arbitramento da multa penal em valor substancial e compatível com os parâmetros previstos na legislação penal (Código Penal e Lei nº 9.605/98 – Crimes Ambientais), a saber: montante do prejuízo causado, situação econômica do réu, gravidade do fato e consequências para a saúde pública e para o meio ambiente, bem como as peculiaridades do caso concreto.

Por derradeiro, merece ainda destaque o histórico preocupante do lançamentos de água ácida realizados pela ré ao longo dos anos, somado à inércia da empresa ré que, embora ciente desde o ano de 2013 sobre o lançamento indevido de água sem tratamento e que, embora realizadas benfeitorias paliativas com o intuito de se adequar às recomendações expedidas pelos Órgãos Federais não surtiu o efeito desejado, permanecendo a incidência em crime ambiental, fatores que, em última análise, atendem ao critério repressivo e pedagógico da multa penal.

Inviável a suspensão condicional da pena, em virtude da substituição promovida.

3.0 - DISPOSITIVO

Do exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a pretensão acusatória exposta na denúncia (art. 387 do CPP), para **CONDENAR** a ré **CARBONÍFERA BELLUNO LTDA**, já qualificada, pela prática do crime descrito no **art. 54, §2º, V, c/c art. 3º, ambos da Lei nº 9.605/98** ao cumprimento ao cumprimento da **pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão em regime inicialmente aberto**, em relação ao qual, conforme art. 44, I a III e §2º, do Código Penal e da Lei 9.605/98, **substituída por duas restritivas, quais sejam: prestação de serviços à comunidade e multa no valor de R\$ 78.800,00 (setenta e oito mil e oitocentos reais) à título de reparação ambiental, ambas nos termos da fundamentação.**

Condeno-a, ainda, ao pagamento das custas processuais.

Substituída a pena nos termos da fundamentação.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado: **a)** insira-se o nome da ré no rol dos culpados; **b)** comunique-se a Justiça Eleitoral, para os fins do art. 15, III, da CRFB, e a Corregedoria- Geral da Justiça, para

atualização da estatística judiciária; **c)** comunique-se a Justiça Federal, para fins de conhecimento; **d)** proceda-se à comunicação junto ao Instituto Nacional de Identificação (INI), caso aplicáveis a pessoas jurídicas; **e)** remetam-se os autos à Contadoria para cálculo das custas e de eventual multa e, após, proceda-se ao respectivo recolhimento, conforme arts. 323 a 324 e 381 a 383 do CNCGJ; **f)** formem-se os autos de execução.

Cumpridas todas as determinações, arquivem-se.

Criciúma, 02 de julho de 2019.

Fabiano Antunes da Silva
Juiz de Direito

Autos nº 0311664-81.2016.8.24.0023

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível/PROC

Autor: Letícia Rego Duarte

Réu: Maglioca-comercio e Eventos Ltda. ME

Vistos, etc.

LETICIA REGO DUARTE move ação contra MAGLIOCA COMERCIO E EVENTOS LTDA.-ME, afirmando, em suma, que em 25 de julho de 2015, contratou com a ré a prestação de serviços de cerimonialista para seu casamento em 12 de setembro/2015. A expectativa era a cerimonialista Rose, porém, a ré escolheu Cleo, “e fez um adendo ao contrato. Conta que “Antes da cerimônia, conforme previsto em contrato, foi preenchido um questionário pela Autora (questionário anexo) para que ali constassem os dizeres, mensagens, homenagens, enfim, tudo aquilo que os noivos gostariam que fosse falado neste momento especial e único, perante seus amigos e familiares, o que, infelizmente, não ocorreu no dia da cerimônia. A cerimonialista indicada pela Ré, falou por aproximadamente 35 minutos ao realizar a cerimônia (áudio anexo), apresentando inúmeros erros de português, mencionando Deus com uma energia, sendo a família da Autora extremamente católica e, ainda, enfatizando defeitos do casal, totalmente ao contrário do que havia sido solicitado e informado pela Autora através do questionário respondido à pedido da própria Ré e, agindo assim, induziu o casal de que tudo seria dito conforme as informações pelo casal fornecidas.” E alude que a cerimonialista pronuncia “Carta aos *Corinthians*”, “*agradecer os convidado*”, ainda “pessoas que gostam do bege *são sensíveis e sonhadora*”, “dividir *as alegria*”; equivocadamente esquece o nome do noivo, e menciona a cidade natal da noiva “**Lemis**”, ainda fala em **duas “paixão**”; cita defeitos do noivo e da noiva, e dizendo que o número 5 faz parte da vida dos noivos, de que podem jogar no bicho, também conceitua de forma errada o conceito de Deus dos noivos. E finaliza afirmando que a cerimonialista a constrangeu ao homenagear os avôs falecidos, como dera uma “lição de moral” aos noivos: “Escrevam essas palavras nos pilares do seu lar e vocês vão estar juntos para sempre. Por que Casamento é isso, né?! Não implicar com as 5 camisas, não implicar com as 5 trocas de roupas, você entendeu?! Aí vai dar tudo certo.” Afirma que se viu constrangida em razão de “um relato que não correspondia à verdade do que todos sentiam, nem mesmo a verdade dos fatos quanto ao casal e as famílias.” Conta que respondeu um processo na Comarca de São Paulo promovido pela ré porque criticou os serviços prestados pela mesma (no “Reclame Aqui”), julgado improcedente, mas tivera gastos aproximados de R\$ 5.000,00 (pelas idas às duas audiências em São Paulo). Faz pedido de restituição dos valores pagos, e ressarcimento por danos materiais e morais. Com documentos.

A ré contestou, fls. 78/82, com resistência à pretensão, enfim.

Audiência sem composição, fl. 104, se insurgindo a autora à constestação.

Importado aos autos o áudio da cerimônia, fl. 124.

Inquirição de testemunhas via carta precatória.

Decido.

O contrato firmado entre as partes é fato incontroverso, fls. 12/14, que data de 25/07/2015, sobrevindo o aditivo em 31.07.2015, com acerto do valor da contratação e ainda com alteração da cerimonialista – não mais Rose, agora Cléo, fl. 15. Trata-se de ato jurídico consagrado no tempo, originário de composição entre as partes, e sem qualquer vício de consentimento para o tornar sem efeito. E até porque o contrato de fl. 13, cláusula 6ª, já previa da possibilidade de mudança do mestre de cerimônia, expressando que a celebrante seria Rose, mas “podendo ser substituído por outro profissional a ser convocado pela contratada e previamente informado ao contratante.”

O aditivo apenas convalidou a alteração, e sem vício ou qualquer expediente ardiloso pela requerida. Vale dizer, a autora aderiu aos termos complementares da contratação, fl. 15 – o aditivo. Sem indicativo de que fora a autora induzida a erro ou envolvida em articulação ilícita. Sem prova contrária, de que não há que se cogitar de vício de consentimento capaz de eivar de nulidade a contratação, e com o registro de que a autora aderiu ao contrato de forma espontânea e porque lhe era também conveniente.

Com efeito, antes da cerimônia, conforme previsto em contrato, a ré recebeu, via questionário formulado por si própria, informações prestadas pelos noivos para que fossem pronunciadas pela cerimonialista na ocasião do casamento.

A ré, todavia, afirma que a autora “não enviou o questionário até a data limite, enviando somente no dia 20/08/15”, fl. 80, ainda sustentando que o “questionário continha várias informações complicadas, equivocadas, difíceis de compreender, e questões sem preenchimento, o que gerou um e-mail enviado pela RÉ no mesmo dia 20 a afim de garantir o entendimento sobre tudo que foi passado no questionário.”

Frise-se, em tempo, a autora encaminhou à ré as informações que reputava relevante para que a cerimonialista pudesse compor a sua programação, e embora tivesse orientado à requerente que o questionário fosse preenchido até o dia 18.08.15, fl. 38, porém, penso, o encaminhamento somente no dia 20 de agosto, concretamente (dois dias após esse termo inicial – 18.08.2015), por si só, não gerou qualquer contratempo ou empeco à ré, notadamente porque a cerimonia estava marcada somente para 12 de setembro de 2015. Havia tempo suficiente, mais do que suficiente, para, com base nessas informações, elaborar o *script* e cronograma da cerimônia. Os dados e informações sobre a vida dos noivos estavam disponíveis à ré, fls. 51/56, todos os dizeres lá encerrados, precisamente. E basta ler a documentação, repita-se, fls. 51/56.

As testemunhas, fl. 159, pontuam que a cerimonialista incidiu em erros de português e ainda focou em defeitos dos noivos, grosso modo, e sem detalhamentos, porém.

Registre-se, contudo, que o descumprimento contratual consistente em danos ao contratante, configura a falha na prestação dos serviços, nos termos do art. 14, caput, do CDC, e enseja a reparação mais ampla possível, sobretudo se sem culpa do consumidor ou de terceiro, como se sabe, e aqui ocorrente.

Desponta como prova substancial o áudio da cerimônia, fl. 124.

Registre-se, os noivos esperavam com o presente contrato a ocorrência dum serviço de cerimonial para melhor impressão à celebração do casamento e ainda encantar os convidados, pessoas íntimas, familiares ou não. E esse contrato de cerimonial de casamento, com efeito, garante à contratante os direitos e deveres dos noivos. **Evidente que o serviço de cerimonial, uma vez da contratação, é fundamental no casamento, e dele se espera, pelo senso comum, e até porque remunerado, segurança e profissionalismo, e que possa impressionar os convidados, positivamente. Do contrário, é melhor nem mesmo contratar!**

Com efeito, este juízo escutou o áudio, e bem se vê que a cerimonialista falou “Carta aos **Corinthians**”, quando o correto seria “Carta aos Coríntios”, e ao invés de mencionar “agradecer aos convidados”, falou “agradecer **os convidado**” (no singular), ainda cometendo equívoco de concordância verbal com o sujeito (elas) quando aludiu que “pessoas que gostam do bege **são sensíveis e sonhadora**” (singular), quando o correto seria “são sensíveis e sonhadoras”, no plural, também cometendo equívoco ao pronunciar “dividir **as alegria**”, ao invés de “dividir as alegrias” (no plural), assim como trocou “paixões” por “**paixão**”. Também de forma errada mencionou a cidade natal da autora como “**Lemis**”, quando o certo seria Leme-SP.

A requerida, todavia, fl. 80, nesse quadro, afirmou que “todos estamos sujeitos a erros de português.” Nesse particular, embora dos equívocos registrados – incontestáveis -, não há elementos probatórios para uma indenização por danos morais, dado que os referidos erros o foram *en passant*, circunstancialmente, e sem expressividade no contexto das frases mencionadas pela cerimonialista, que se valeu de uma linguagem mais simples, porém, sem vulgaridade. Foi simples e clara, e à falta de rigor nos cânones da gramática e concordância, por si, não tem o condão da compensação econômica, embora de certa falta de profissionalismo. Tais frases até podem desagradar a todos, porque sobretudo se espera de uma cerimonialista uma forma de comunicação com a linguagem falada mais acertada, e não a do dia a dia. Faltou melhor competência nesses itens, mas sem relevância ao dano moral, nem para desconsiderar a contratação.

Quanto à homenagem às avós e aos avôs, tenho que a cerimonialista nesse particular não incidiu em gravidade, porque fez um registro a essas pessoas embora de que falecidos os avôs (homens) de ambos os noivos, e essa ocorrência não fere, a rigor, o contrato, fl. 56, ainda que a orientação da homenagem se limitasse às “avós”, apenas a elas e aos pais. Nisso, sem qualquer possibilidade de ofensa moral.

Também sem motivo à indenização por danos morais a interpretação dada pela autora, a de que a cerimonialista registrou, aos noivos, “uma lição de moral”, já no encerramento. Penso de forma diversa, porque ela fez apenas um registro de que a convivência exige mútuo respeito, amor, lealdade, esta “a mais difícil de todas as disciplinas”, também a de tolerar os defeitos um do outro, e apenas exemplificando, pelas informações prestadas pela autora, da importância de que resultaria positivo ao casamento a não implicância mútua entre os noivos pela troca diária de roupas. Apenas um exemplo sem maldade, que serviu a todos, e muito útil mesmo. Sem constrangimento ou aborrecimento nessa ocorrência.

Ademais, na linha da petição inicial, a cerimonialista definiu Deus como “Energia”, o que seria de ofensivo à autora porque deixou de mencionar as informações que foram encaminhadas à ré, e esse conceito de Deus não “correspondia ao sentido do enlace, à expressão de seus sentimentos e de seus familiares”, faltando com a verdade ou fidedignidade, enfim.

Nesse particular, a cerimonialista disse que costuma perguntar aos noivos o que é Deus, e eles lhe responderam que é “energia”, porém, a rigor, não foi o que a autora respondeu no questionário de fl. 56, e não era tal conceito esperado por ela, e na forma da contratação. Disse a autora, no questionário, que **“Definir Deus é uma coisa muito difícil. Respeitamos todas as religiões e crenças, e não somos praticantes de nenhuma religião específica (fomos os dois batizados na igreja católica e já frequentamos, nossos pais e avós são católicos). Mas acredito que a fé, em qualquer tipo de Deus, em qualquer religião, é o mais importante. A fé atrai coisas boas, energias positivas e dá às pessoas esperança e motivação, ingredientes essenciais para que o desejado aconteça.”**

Nesse particular, pelo tipo de contratação – cerimonial de casamento –, a cerimonialista absolutamente destoou e divergiu das prévias informações a que possuía para falar na cerimônia, sobretudo em ponto relevante e pontuado no questionário elaborado pela ré e de interesse da autora. Quando a cerimonialista definiu Deus como “energia” – **e aqui não interessa o conceito de Deus e tudo que o cerca** –, importa que a ré, na falta de profissionalismo e desconsiderando o contrato e àquelas informações prévias de que dispunha, fl. 56, **usou de um vocabulário ou de um jargão popular compreensível mas não esperado pela contratante, e nada contextualizado com a própria cerimônia, e precisamente não respeitando o destinatário da mensagem (noivos e convidados), e em especial frustrando a autora.**

Sim, mais encantador seria ter dito o esperado pela requerente e noivos, pelo princípio da confiança e boa-fé contratual, porém, a cerimonialista se valeu de uma linguagem lacônica. Veja a diferença e daria outro brilho ainda que fosse resumido: **“Definir Deus é uma coisa muito difícil. Respeitamos todas as religiões e crenças, e não somos praticantes de nenhuma religião específica (fomos os dois batizados na igreja católica e já frequentamos, nossos pais e avós são católicos). Mas acredito que a fé, em qualquer tipo de Deus, em qualquer religião, é o mais importante. A fé atrai coisas boas, energias positivas e dá às pessoas esperança e motivação, ingredientes essenciais para que o desejado aconteça.”** Deus é “energia”, dito pela cerimonialista, que reduziu e deixou rasa a mensagem.

Por último, sustenta a autora que “a cerimonialista começa a citar os defeitos da noiva, depois retorna para os defeitos do noivo, querendo ainda fazer uma associação das reclamações realizadas pelo casal e debocha dessa questão, dizendo para os convidados que a noiva nunca está satisfeita e que: **como vocês ouviram, o número 5 faz parte da vida deles. São 5 camisetas todo dia, são 5 cestos de roupa no fim de semana, e são 5 provas de roupa pra sair. Pode jogar no bicho que vai dar.”**

Disse a cerimonialista que Gustavo “é uma pessoa tranquila, gentil, carinhoso, está sempre de bom humor. Difícil mesmo é tirá-lo do sério. Eu tenho certeza que ele está adorando esta cerimônia ao ar livre, neste lugar bonito...Gustavo é uma pessoa bonita por dentro e por fora. Só tem um problema: ele é um pouquinho bagunceiro. **Ele consegue trocar cinco camisetas por dia. No final de semana, são cinco cestos de roupas sujas só dele.** Também é pouquinho dorminhoco”. Já a autora Letícia, “(...) ela é uma pessoa emotiva...Ela consegue envolver todo mundo com o seu

carisma, com o seu amor, com a sua beleza e com seu jeitinho moleque. Em termos de mania, a escolha da roupa é um eterno duelo (todas as mulheres quase são assim, diz a cerimonialista ainda); **isso para qualquer ocasião, pelo menos cinco provas para sair, e ao final ela não gosta da roupa que escolheu (...)**

Ainda disse a cerimonialista: **“Como vocês ouviram, o número cinco faz parte da vida deles, são cinco camisetas todos os dias, são cinco cestos de roupas no final de semana e são cinco provas de roupa para sair. Podem jogar no bicho que vai dar. Imagine uma viagem então. Ela nunca está satisfeita com a mala pronta. Está sempre, sempre, faltando alguma coisa”**

A autora, nessa questão, fl. 54, escreveu à ré, afirmando que Gustavo - no que interessa - “é um pouquiiiiiiiiinho bagunceiro, ele fala de mim mas usa 5 camisetas por dia, e no fim da semana são 5 cestos de roupas só dele pra lavar. Adora tirar uma soneca.” Gustavo, a sua vez, fl. 55, disse que “Em termos de mania, podemos citar a escolha de roupas, ah isso é um duelo eterno! Para qualquer ocasião, ao menos 5 provas de roupas são testadas e no final ela não gosta muito escolhida mas vai mesmo assim, pois já estamos atrasados, é impressionante. Agora imagina quando ela faz viagem. Eu nunca ví ela contente com alguma mala que já fez, sempre, mas sempre, falta alguma peça.”

Ora, nesse ponto particular, a cerimonialista foi muito inconveniente e inadequada, sem profissionalismo esperado, apresentando uma comunicação desagradável, frisando, no contexto da personalidade de cada um dos noivos, registre-se, a coincidência dos defeitos quanto àquelas peças de roupas, cinco cada qual. E a cerimonialista fez gracejo dessa coincidência com tom que pudesse ser interpretado como de zombaria, promovendo uma brincadeira sem a menor conveniência, um certo desdenho. E isso porque, de arremate, expressou que **“Podem jogar no bicho que vai dar”**, surpreendendo a todos pela assertiva deselegante, sem senso de adequação com a circunstância cerimonial do casamento; frase absolutamente destoante da contratação e do encadeamento das informações prestadas pela autora à ré, fls. 51/56.

Nesse particular, com relação aos dois últimos itens acima expostos, tenho que o constrangimento e a decepção leva, sim, à indenização por danos morais. E embora embora dessas duas situações (Deus e jogar no bicho) constrangedoras no campo moral, tenho que o serviço contratado foi cumprido a contento, ocorrendo a cerimônia satisfatoriamente, não se justificando a rescisão do contrato nem a restituição dos valores pagos, quaisquer. O serviço foi prestado a contento, havendo certo protocolo que culminou no casamento, embora dessas duas ocorrências vulgares e atrapalhadas, as quais produzem reflexo apenas no campo moral da requerente, pelo consequente constrangimento causado pelo cenário negativo de uma situação na qual era esperada uma impressão mais agradável.

Não se trata, pela natureza da contratação, de mero aborrecimento ou incômodo normal e sem repercussão na esfera moral da contratante.

Segundo colhido da Apelação Cível n. 0073391575, TJRS, que ilustrativo: “Conforme lição de SERGIO CAVALIERI FILHO, a Constituição Federal de 1988, deu ao instituto do dano moral *‘uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos*

os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos, e, 'Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória'. Ainda nas palavras do doutrinador, a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em expressão econômica, o homem é titular de um valor maior, atinente à própria natureza humana, que são os direitos da personalidade, que ocupam posição supraestatal, 'tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana.' E, 'dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação enfim, dor da alma.' PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, ao tratar do dano extrapatrimonial, ressalta a 'nobreza do instituto, cuja aceitação da indenizabilidade, no Brasil e no estrangeiro, é fruto de lenta conquista da comunidade jurídica, devendo-se reservá-lo, por isso, para situações efetivamente graves e evitando-se a banalização de sua utilização para meros desconfortos e aborrecimentos, comuns na vida em sociedade, que, embora inequivocamente desagradáveis, devem obter uma resposta por outros instrumentos jurídicos.' Destarte, os danos que prejudicam interesses inerentes aos direitos da personalidade, que extrapolam meros desconfortos e aborrecimentos, geram o dever de indenizar, pelo abalo moral. No caso, o episódio em discussão extrapolou meros desconfortos e aborrecimentos, gerando o dever de indenizar."

Nessa linha, fixo a indenização por danos morais no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com correção monetária a contar desta decisão, e juros de mora da data do cerimonial do casamento, pelos índices legais. Tal quantia, tenho, abranda esse constrangimento à autora, não a enriquece, e, de outro lado, de ensinamento à ré. E mantenho a contratação originária e sem ressarcimento material nesse particular.

No mais, afasto o pedido de ressarcimento pelas despesas (R\$ 5.000,00) decorrentes de viagens, porquanto não se acham relacionadas com o presente caso, e sim originárias de processo distinto e sem prova de que a ré, autora naquele processo, tivesse obrado com a má-fé ou se valido de expediente ardiloso qualquer. A improcedência daquele pedido, por si, não implica de que devesse ressarcir a autora dessas despesas de deslocamento. Aqui, todavia, a requerida é responsável apenas pela indenização por danos morais. A despesas contraídas não podem ser objeto de pedido ressarcitório, porque, precisamente com relação a elas, inexistente ato ilícito capaz de gerar dano indenizável. E no Juizado Especial Civil sem custas e verba honorária.

Julgo procedente, em parte, o pedido formulado por LETICIA REGO DUARTE contra MAGLIOCA COMERCIO E EVENTOS LTDA.-ME, para, apenas, condená-la ao pagamento da indenização por danos morais no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com correção monetária a contar desta decisão, e juros de mora da data do cerimonial do casamento, pelos índices legais. Sem custas e verba honorária, e defiro a gratuidade da justiça à autora.

Florianópolis (SC), 19 de setembro de 2019.

Flavio André Paz de Brum
Juiz de Direito



ARTIGOS

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

THE PROVISIONAL EXECUTION OF THE PENALTY UNDER THE VIEW OF JUDICIAL ACTIVISM

Lívia Bortolotto Cardoso⁶

Bruno Makowiecky Salles⁷

Resumo: O presente artigo trata da execução provisória da pena sob a vertente do ativismo judicial, especialmente em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP. O tema é abordado sob o prisma doutrinário e jurisprudencial, haja vista a divergência acerca da possibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O método utilizado na pesquisa é o indutivo-dedutivo, sendo discorrido, primeiramente, acerca da garantia processual penal da presunção de inocência, em seguida sobre os principais motivos expostos no *Habeas Corpus* 126.292/SP e, ao final, sobre o possível ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento do referido remédio constitucional. O estudo é concluído com ponderações a respeito da ressignificação do princípio da presunção de inocência sob a ótica do ativismo judicial.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Habeas corpus 126.292/SP. Supremo Tribunal Federal. Execução provisória da pena. Ativismo judicial.

Abstract: This article deals with the provisional execution of the sentence under judicial activism, especially in view of the decision handed down by the Federal Supreme Court in the judgment of Habeas Corpus 126,292/SP. The subject is approached from the perspective of doctrine and jurisprudence, given the divergence about the possibility of provisional execution of the sentence before the final decision of the conviction. The method used in the research is the inductive-deductive, being discussed, first, about the criminal procedural guarantee of the presumption of innocence, then on the main reasons set out in Habeas Corpus 126.292-SP and, finally, on the possible judicial activism of the Supreme Federal Court in the judgment of said constitutional remedy. The study is concluded with considerations regarding the re-signification of the principle of presumption of innocence from the point of view of judicial activism.

Keywords: Presumption of Innocence. Habeas Corpus 126.292-SP. Federal Court of Justice. Provisional Execution of the Penalty. Judicial Activism.

6 Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc). PósGraduada em Direito Penal e Processo Penal pela Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Pós-Graduada em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Residente Judicial na 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma. E-mail: liviabc@tjsc.jus.br

7 Orientador, Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), em regime de dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia (UNIPG), Itália. Juiz de Direito em Santa Catarina. CV: <http://lattes.cnpq.br/7479543022697803>. E-mail: brunomakosalles@terra.com.br

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa objetiva analisar as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, decidiu alterar o seu entendimento até então consolidado, delimitando nova linha de interpretação ao princípio da presunção de inocência, que está positivado no art. 5º, LVII, da Constituição da República. A referida decisão passou a permitir o cumprimento provisório da pena após a prolação de decisão condenatória em segunda instância, ou seja, antes do trânsito em julgado, marco temporal exigido de modo expresso pelo texto constitucional.

A pertinência do tema é evidente, especialmente no que toca à possibilidade de cumprimento imediato da prisão, ocasionando considerável repercussão na estrutura do sistema prisional. Além disso, a execução provisória da pena teria o condão de evitar a prescrição da pretensão punitiva e executória, visto que o último marco interruptivo do prazo prescricional, antes do início do cumprimento daquela, é a publicação de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (art. 117, inciso IV do Código Penal).

Para melhor análise da matéria, o estudo foi dividido em três capítulos. No primeiro se abordará a extensão do postulado da presunção de inocência como garantia processual penal, mormente diante da sua compatibilidade com as prisões de natureza penal e cautelar. No segundo, o exame ficará adstrito aos motivos que levaram o Supremo à mudança de paradigma. Por fim, no terceiro, a abordagem recairá sobre o possível ativismo judicial diante do novo posicionamento da Corte Superior.

2. A GARANTIA PROCESSUAL PENAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência foi proclamada pela primeira vez no Brasil, de modo expresso, na Constituição de 1988, a qual prevê, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Anteriormente, esse postulado existia no ordenamento pátrio de modo implícito como corolário do princípio do devido processo legal (LIMA, 2017, p. 43).

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe que: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” no processo penal (BRASIL, 1992).

Igualmente conhecido como princípio da não-culpabilidade-de ou da não-culpa, o postulado em estudo anuncia que não é presumida a culpa do indivíduo até que ocorra o trânsito em julgado da decisão que o condenou ou até que tal culpa seja formada de acordo com as normas do devido processo legal, a depender da redação dos marcos normativos. Do princípio em questão, verificam-se três consequências: a) somente é cabível a restrição da liberdade do acusado após o esgotamento de todos os recursos previstos, ou seja, quando ocorrer, conforme o caso, a sua condenação definitiva ou a formação da culpa dentro do devido processo legal; b) é ônus da acusação o dever de comprovar

a culpa do réu; c) a condenação exige um juízo de certeza, pois a dúvida deve ser interpretada em favor do acusado (*in dubio pro reo*) (CUNHA; PINTO, 2008, p. 21).

Desse modo, observa-se que a presunção de inocência interfere de modo direto na carga probatória, recaindo sobre o órgão acusador o ônus de comprovar a culpa do acusado; além de servir como limitação à publicidade abusiva – que poderia ocasionar a estigmatização precoce do sujeito passivo. E, por fim, impede o uso arbitrário das prisões cautelares (LOPES, 2014, p. 220). Portanto, atua como regra probatória e de tratamento, visto que obsta a antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 61).

Questão que já foi amplamente debatida, após a consagração da presunção de inocência, consistia na possibilidade de decretação das várias modalidades de prisões cautelares, tais como: a temporária, a em flagrante, a preventiva, a decorrente da pronúncia – nos casos afetos ao Júri – bem como aquela resultante de sentença condenatória sem trânsito em julgado (TAVARES, 2009, p. 687). Isso porque:

Dado o grau de restrição que potencialmente gera ao direito fundamental à liberdade de locomoção, que é basilar para o livre e adequado desenvolvimento da pessoa humana, o direito fundamental/bem coletivo constitucional a que a norma penal incriminadora visa proteger deve carecer da resposta penal como sua *ultima ratio* de proteção, apenas se justificando a restrição na estrita medida do que for imprescindível para a proteção almejada (SILVA, 2007, p. 59-60).

Convém esclarecer que, a partir da reforma realizada no Código de Processo Penal pelas Leis n. 11.698/2008 e n. 11.719/2008, as quais revogaram os arts. 406, parágrafo primeiro, e 594, ao menos, em tese, não mais se admite a prisão automática decorrente de sentença condenatória recorrível, bem como da decisão de pronúncia. Portanto, a única prisão que poderá ser decretada ao acusado pronunciado ou ainda não condenado definitivamente é a preventiva, respeitados, por óbvio, os seus requisitos deflagradores e caso não sejam cabíveis medidas alternativas à prisão (AVENA, 2015). Porém, conforme se verá adiante, o Supremo Tribunal Federal decidiu, recentemente, pela possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário.

Diversamente da prisão de natureza penal, as custódias cautelares ou processuais, por sua vez, não visam à punição propriamente, pois constituem instrumentos para a efetivação do processo ou para a garantia do seu resultado (GRI-NOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 280). Contudo, apesar do seu caráter excepcional, frequentemente, tais custódias se mostram necessárias para “assegurar a correta apuração do fato criminoso, a futura execução da sanção que se espera venha a ser aplicada ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2007, p. 332).

Atualmente, é tema pacífico a constitucionalidade das segregações cautelares, sendo estas compatíveis com o postulado da presunção de inocência, quando observados os seus pressupostos

autorizadores, quais sejam o *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) e o *fumus boni iuris* (ou *fumus comissi delicti*). O primeiro consiste no risco que a liberdade do réu representa à segurança social, à eficácia das investigações ou do processo, assim como à eventual execução de sentença condenatória definitiva. O segundo, por seu turno, consubstancia-se nos indícios de autoria e na prova da materialidade do crime (AVENA, 2015).

A respeito, leciona Alexandre de Moraes (2014, p. 123):

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continuam sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não culpabilidade dos réus, pode validamente incidir, sobre seu *status libertatis*.

No presente estudo, porém, a controvérsia reside na possibilidade de execução antecipada da prisão pena após decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, haja vista que a Constituição Federal, diferentemente da Convenção Americana de Direitos Humanos, estabeleceu o trânsito em julgado como marco temporal para o início do cumprimento da pena.

Pois bem, o Pacto de São José da Costa Rica foi incorporado ao ordenamento jurídico com *status* supralegal, nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 349.703, tendo em vista que não foi submetido ao processo legislativo determinado pelo art. 5º, § 3º da Constituição Federal. Entretanto, seu caráter supralegal, ainda que inferior à Carta Política, tem o condão de sustar a legislação infraconstitucional que com ele for conflitante, conforme se extrai da ementa do referido recurso:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO--NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento

jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (BRASIL, 2008).

É de se destacar que parcela minoritária da doutrina defende que a convenção não tem *status* meramente supralegal, mas sim constitucional. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho (2007, p. 88), mesmo em edição posterior à introdução do § 3º do art. 5º da Constituição, observam que “todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior”.

Em que pese o entendimento doutrinário acima exposto, no vigente estudo, adotar-se-á o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Com relação ao momento de verificação da culpa, podem-se citar dois sistemas: a) o sistema do trânsito em julgado final; e b) o sistema do duplo grau de jurisdição, veja-se:

No primeiro sistema, somente depois de esgotados ‘todos os recursos’ (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra. (GOMES, 2016).

Adotando o sistema do duplo grau de jurisdição, o Supremo Tribunal Federal em 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, proferiu a decisão no *Habeas Corpus* 126.292/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, firmando o entendimento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, apesar de sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

Assim, não obstante o caráter infraconstitucional da Convenção Americana, a qual afasta a presunção de inocência após a comprovação da culpa, esse é o atual posicionamento da Corte Superior, que por meio de uma interpretação sistêmica entendeu ser possível a execução antecipada da pena após o exercício do duplo grau de jurisdição, apesar da Constituição exigir expressamente o trânsito em julgado.

No próximo capítulo, serão analisados os principais motivos expostos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP.

3. A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA NOS TERMOS DA DECISÃO PROFERIDA NO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

O julgamento paradigmático proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (7 a 4), foi de encontro ao posicionamento até então adotado pela Corte, prevalecendo, dentre outras razões sustentadas, o princípio da efetividade da função jurisdicional do Estado, de modo a permitir o imediato cumprimento da pena, após ser assentada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. A ementa do *Habeas Corpus* assim dispõe:

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. (BRASIL, 2016a).

O relator do acórdão, Ministro Teori Zavascki, elencou que, de fato, antes da prolação de sentença penal condenatória em primeiro grau de jurisdição, a presunção de inocência não pode ser afastada em razão de um juízo prévio de culpabilidade – especialmente no que toca ao ônus da prova da acusação. Contudo, superada essa fase, ao menos para o magistrado sentenciante, fica afastada a presunção de não-culpabilidade, visto que a certeza da culpa é pressuposto indissociável da condenação, apesar de tal decisão ainda estar sujeita a recurso. Todavia, é justamente no julgamento da apelação que o duplo grau de jurisdição efetiva-se em seu grau máximo, pois ainda se permite a discussão fático-probatória, mediante a devolução de toda matéria ao Tribunal de hierarquia superior.

Dessa forma, assentou o Ministro que é no âmbito das instâncias ordinárias que se esgota a análise de fatos e provas e, por conseguinte, o exame acerca da culpabilidade do acusado. Isso porque os recursos de cunho extraordinário não caracterizam prolongamento do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que não são dotados de ampla devolutividade. Diante desse cenário, entendeu ser perfeitamente justificável a mitigação do princípio da presunção de inocência.

Para tanto, argumentou que não haveria mácula ao núcleo essencial da presunção de inocência mediante a execução da pena antes mesmo do exaurimento de recursos de natureza extraordinária, haja vista que o acusado foi tratado como inocente durante todo o curso da persecução penal, daí porque não se mostra incompatível com o postulado constitucional a produção dos efeitos da condenação proferida pelas instâncias ordinárias.

Na mesma perspectiva, citou a Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), a qual consagrou a possibilidade de inelegibilidade do candidato condenado pelos crimes nela previstos, após a confirmação do decreto condenatório por órgão colegiado. Ademais, ressaltou o entendimento prolatado pela Ministra Ellen Gracie no julgamento do *Habeas Corpus* 85.886, no sentido de que: “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”, veja-se a seguir a ementa do citado remédio constitucional:

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. 1. A sentença condenatória, mantida em segundo grau de jurisdição, sujeita-se à execução provisória (CPP, art. 637), independentemente do trânsito em julgado, porque os recursos eventualmente cabíveis – especial e extraordinário – não têm efeito suspensivo. 2. HC indeferido. (BRASIL, 2005).

Asseverou, novamente, que os recursos de natureza extraordinária possuem a finalidade de manutenção da higidez do sistema normativo, de modo que, com a edição da EC n. 45/2004, estes ficam submetidos ao filtro da repercussão jurídica da matéria a ser debatida. Ou seja, apenas serão conhecidos os recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo ônus desta a comprovação da relevância jurídica, política, social ou econômica da questão recorrida. Ainda assim, malgrado as restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, têm se mostrado raras as hipóteses de sucesso do insurgente. Com efeito, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não visam à rediscussão a respeito da culpa e, por essa razão, somente em casos excepcionais teriam a aptidão para transformar a situação do recorrente.

O Ministro pontuou, ainda, que a jurisprudência tem fomentado a interposição de recursos de natureza extraordinária com nítido propósito protelatório, à medida em que nega a execução de qualquer condenação enquanto não esgotadas definitivamente as esferas recursais, aplicando, sem ressalvas, o postulado da presunção de inocência. Além disso, destacou não ser incomum a ocorrência da prescrição punitiva ou executória, haja vista que o último marco interruptivo do prazo prescricional, antes do início do cumprimento da pena, é a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (art. 117, inciso IV do Código Penal). Assim, acaba-se desvirtuando a real finalidade e essência dos recursos extraordinários, porquanto, não raras vezes, são utilizados como óbice à efetividade da jurisdição penal, ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do acusado.

Diante desse quadro, afirmou competir ao Poder Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal assegurar a efetivação do *jus puniendi* estatal, que ocorre por meio do processo, de modo a harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. De qualquer forma, alegou não desconsiderar que possam ocorrer equívocos nos decretos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Contudo, para essas exceções, têm-se, se necessário for, outros mecanismos que podem ser utilizados, tais como as

medidas cautelares que conferem efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, bem como o remédio constitucional do *habeas corpus*.

Finalizando as razões do voto, sugeriu a mudança de entendimento mediante a fixação da seguinte tese: “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”.

Os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Dias Toffoli seguiram o entendimento do relator, dissentindo, apenas, os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber.

Convém ressaltar que foram opostos embargos de declaração em face da decisão proferida no referido *Habeas Corpus*. Contudo, a Corte Superior rejeitou os aclaratórios e confirmou o entendimento fixado, sem efetuar a modulação dos seus efeitos. A Ministra Rosa Weber, porém, ressaltou o seu posicionamento contrário e o Ministro Celso de Mello foi voto vencido.

Na mesma perspectiva, o Supremo Tribunal Federal indeferiu as medidas cautelares propostas na Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, de modo a permitir a execução antecipada da pena após acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição, veja-se:

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “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. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito

paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida. (BRASIL, 2016b).

Contudo, resta, ainda, o julgamento definitivo das referidas ações. De todo modo, tal posicionamento foi ratificado, posteriormente, pela Corte no julgamento Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246, conforme se observa:

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (BRASIL, 2016c).

O referido recurso teve a repercussão geral reconhecida, corroborando a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, apesar de sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

4. PONDERAÇÕES SOBRE O POSSÍVEL ATIVISMO JUDICIAL NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 126.292/SP

A expansão institucional do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal deu abertura à discussão sobre o ativismo judicial no Brasil. O tema ganhou maior importância desde os últimos anos do século XX, bem como do começo deste século e, no Brasil, está aliado à promulgação da Constituição de 1988 (CAMPOS, 2014, p. 210).

Ativismo judicial pode ser conceituado como um proceder mais enfático e proativo do Poder Judiciário, impondo preferências judiciais a pretexto de interpretar as normas ou adentrando, em

algumas situações, no âmbito de atuação dos demais Poderes do Estado (Legislativo e Executivo), mas que, não raras vezes, mostra-se legítimo em virtude de eventuais e relevantes omissões destes (RAUPP, 2016, p. 61).

A referida expansão abriu espaço para o ativismo judicial, bem como para uma crescente judicialização da vida. Nas palavras de Luís Roberto Barroso “[...] judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário” (2014, p. 39).

Dentre o conjunto de motivos que explicam a ascensão do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, e sem a pretensão de exaurir o tema e as causas que ocasionaram o movimento da judicialização, pode-se citar, primeiramente, o de ordem institucional. Este decorreu da edição de emendas constitucionais, sobretudo a EC n. 45/2004, assim como de leis ordinárias, principalmente as Leis n. 9.868/1999 e n. 9.882/1999, momento no qual foram sendo traçadas novas perspectivas, que consolidaram a jurisdição e expandiram o acesso ao Supremo. Desse modo, não ocorreu apenas uma alteração expressiva na estrutura do controle de constitucionalidade, mais do que isso, houve mudança na estrutura de oportunidades, representando nova maneira de interpretação constitucional e de construção da ordem jurídica. Portanto, tais perspectivas permitiram o acesso de novos sujeitos políticos e sociais ao processo de configuração da ordem jurídica, bem como de construção de significados, por meio de ações impetradas diretamente na Corte Superior (CAMPOS, 2014, p. 258).

O segundo motivo se relaciona com a parcial descrença na política tradicional, haja vista a crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos de modo generalizado. E, por fim, o terceiro consiste no fato de que, frequentemente, figuras políticas preferem que assuntos delicados sejam decididos pelo Poder Judiciário, a fim de evitar o seu próprio desgaste com a sociedade. Em virtude disso, o ativismo adquiriu relevância cada vez maior, porquanto constitucionalizar é, em última análise, afastar a matéria da discussão política e transporta-la para o âmbito das pretensões judicializáveis, dado que, por meio das ações diretas, é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal, mormente em razão do atual sistema de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2015, p. 439).

Ainda, de acordo com Elival da Silva Ramos, o ativismo também pode ocorrer no campo de fiscalização de atos legislativos ou administrativos normativos, assim como em sede de controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais conferidos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado. Isso porque a análise do ativismo judicial de natureza constitucional não deve se restringir ao controle de constitucionalidade, ou seja, à jurisdição constitucional em sentido estrito, haja vista que a essência do ativismo repousa na mitigação das regras que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais (2015, p. 143).

No caso em análise, infere-se, por meio dos tópicos anteriores, certa postura ativista do Supremo Tribunal Federal manifestada a partir de nova linha de interpretação do princípio da presunção de inocência, favorecendo a efetividade do *jus puniendi* estatal e relativizando o texto normativo da Constituição Federal.

Por mais que a decisão emblemática tenha se baseado na previsão feita pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se pode olvidar que o texto constitucional não parece abrir margem para interpretação diversa ao determinar expressamente o trânsito em julgado como marco temporal para verificação da culpa.

De todo modo, não se desconsidera a necessidade de maior equilíbrio entre o postulado da presunção de inocência e o da eficiência da justiça penal. Contudo, melhor caminho, talvez, fosse disciplinar a matéria por meio de emenda constitucional. Isso porque os direitos e garantias individuais protegidos pelo art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição, no qual está inserido a presunção de inocência, apesar de constituírem cláusulas pétreas, são intangíveis apenas com relação ao seu núcleo fundamental. Assim, apesar de haver divergência quanto à matéria, em tese, não haveria óbice à sua revisão, desde que utilizados parâmetros compatíveis com a essência do texto constitucional. Nesse sentido, leciona José Joaquim Gomes Canotilho (2012, p. 122-123):

Algumas vezes, como é sobejamente conhecido, as constituições procuram garantir a sua identidade através de cláusulas de intangibilidade, ou, como sugestivamente se diz aqui no Brasil, cláusulas pétreas. Não iremos discutir agora a “bondade” ou “maldade” de tais cláusulas nem o delicado problema de saber se elas estão subtraídas ao poder de revisão. Sempre se adiantarão dois pontos importantes para a inteligibilidade do nosso discurso: 1. As cláusulas de irreversibilidade garantem apenas a intocabilidade dos regimes materiais, mas não preceitos constitucionais concretos respeitantes a determinadas matérias;

2. As cláusulas materiais expressas de irreversibilidade só devem considerar-se como respeitantes ao núcleo de identidade quando tiverem correspondência no próprio texto da constituição e disserem inequivocamente respeito à própria “essência” da constituição.

Como exemplo de mudança legislativa, conquanto de natureza infraconstitucional, pode-se citar o *Código Procesal Penal* de 2004 do Peru, que admite em seus arts. 402 e 412 a *ejecución provisional* da pena logo após a condenação, *aunque se interponga recurso*, dispensando-se a existência de uma *sentencia condenatoria firme*, a qual constitui pressuposto, apenas, para a formação do *status* jurídico de culpado (PERU, 2004).

Assim, possivelmente, solução mais acertada seria “uma mudança legislativa – e não jurisprudencial, como feita pelo STF – para que seja antecipado o momento do trânsito em julgado de acórdãos condenatórios proferidos pelos Tribunais de 2ª instância” (LIMA, 2017, p. 50). No Brasil, a chamada PEC dos recursos objetiva a transformação dos recursos de natureza extraordinária em ações rescisórias, porém, até os dias atuais a referida proposta de emenda à constituição aguarda deliberação em Plenário.

Pode-se deduzir, então, que a expansão do ativismo no Supremo Tribunal Federal se deve, em parte, às omissões dos demais Poderes – particularmente, no caso em análise, do Legislativo – de modo que a problemática primordial não estaria apenas no excesso de judicialização, mas também na carência de boa política. Diante desse contexto, não se deve presumir que melhor saída esteja em

mitigar, como regra de conduta ou pauta genérica de atuação, o papel do Judiciário. Em verdade, precisa-se afastar o descrédito da sociedade na atual política, especialmente em relação ao Legislativo. Todavia, enquanto não ocorrer a reforma política necessária, caberá ao Supremo Tribunal Federal, com cuidados para não incorrer em excesso de ativismo judicial, a delicada função de exercer, de modo equilibrado, os dois papéis que o encaminharam até aqui: a) o contramajoritário, que consiste em determinar limites às maiorias e b) o representativo, o qual importa em satisfazer às necessidades sociais não atendidas pelas instâncias políticas habituais (BARROSO, 2014, p. 42).

Portanto, é possível inferir que a decisão tomada pela Corte Suprema, no sentido de privilegiar a efetividade da justiça penal em detrimento do texto constitucional, orientou-se por argumentos em parte jurídicos, mas também marcadamente políticos, na expectativa de socorrer a reivindicações sociais, que protestam por mudança. Contudo, vale esclarecer que a finalidade da presente pesquisa não reside no exame acerca do acerto ou desacerto da decisão em estudo, mas sim do contexto em que ocorreu a ressignificação do postulado da presunção de inocência.

5. CONCLUSÃO

A partir do presente estudo é possível identificar certa postura ativista do Supremo Tribunal Federal ao ressignificar o princípio da presunção de inocência, de modo a permitir o imediato cumprimento da pena após decisão condenatória de segunda instância, não obstante o texto constitucional exigir expressamente o trânsito em julgado. As razões para o referido ativismo decorrem, em grande parte, de omissões dos demais Poderes, em especial do Legislativo, em atender às novas demandas sociais que clamam por mudança. No entanto, talvez, mais acertado fosse disciplinar a matéria por meio de emenda à constituição, sobretudo porque o Judiciário carece da representatividade democrática necessária para tal alteração. E, ainda que pudesse sobrevir alguma controvérsia a respeito da possibilidade de mudança pelo caminho da reforma legislativa, esta última desfrutaria de maior legitimidade democrática do que a realizada judicialmente.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. E-book. Disponível em Minha Biblioteca: <https://integrada.mi-nhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6718/cfi/6/34!/4/742/4@0:0>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Decreto n. 678 (1992). **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade n. 43, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 05 out. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 85.886/RJ – Rio de Janeiro, Relator: Min. Ellen Gracie. **Pesquisa de jurisprudência.** Acórdãos, 06 out. 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2293564>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292/SP – São Paulo, Relator: Ministro Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?nume=-ro126292=&classe=HC&codigoClasse0=&origem-JUR&recurso=0&tipoJulgamen-to=M>. Acesso em: 14 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349.703- RS – Rio Grande do Sul. Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 03 dez. 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28349703%2ENUME%2E+OU=-349703+2%EACMS2%E29%&base=baseAcordaos&url-http://tinyurl.com/zk5e7et>. Acesso em: 06 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246, Relator: Min. Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência.** Acórdãos, 10 nov. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379>. Acesso em: 14 nov. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal:** doutrina e prática. Juspodivm, Bahia, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo.** Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>. Acesso em: 14 nov. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PERU. **Código procesal penal**. Decreto legislativo n. 957. Disponível em: http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf. Acesso em: 21 nov. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo judicial**: características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **A prisão em flagrante na constituição**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2014.

CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE ÔNUS DA PROVA

PROCEDURAL AGREEMENT ABOUT BURDEN OF PROOF

Leandro Ernani Freitag⁸

Resumo: O presente artigo trata sobre o tema do ônus da prova e sua distribuição por meio de convenções processuais. Primeiramente, definem-se os conceitos de prova, dever e ônus. Traça-se uma evolução histórica, explanando a evolução do pensamento jurídico pátrio no que atine ao ônus da prova e à parte sobre quem deve recair, bem como a respeito de que fatos deve versar. Apresenta-se a teoria dinâmica do ônus da prova, com as consequências práticas de sua aplicação, cotejando-se o Código de Processo Civil de 1973 com o de 2015, atualmente vigente. Assim, objetiva-se situar o tema e compreender a interpretação que se dá à distribuição do ônus da prova. Após, estuda-se a convenção processual, com ênfase àquela relativa à distribuição do encargo probatório. Nesse ponto, o texto especifica os requisitos de validade da convenção processual sobre o ônus da prova, bem ainda, as consequências advindas do reconhecimento, pelo juiz, de sua invalidade.

Palavras-chave: Ônus da prova. Teoria dinâmica. Convenção processual.

Abstract: This work deals with the burden of proof theme and its distribution through procedural conventions. First it is defined the precepts of evidence, duty and burden. A historical evolution is traced, expounding the evolution of native juridical thought, regarding the burden of proof and to whom it may affect, as well as regarded to the facts it must relate to. It is presented the dynamic theory of the probationary burden of proof along with the practical consequences of its application. Comparing the Civil Procedure Code from 1973 to the Code of 2015 currently in force. This way the objective is to situate the theme and understand the interpretation given to the distribution of the burden of proof. The procedural convention is studied emphasizing that related to the distribution of probationary encumbrance. At this point the text specifies the requirements of procedural convention validation over the burden of proof. As well as the consequences stemming from the recognition of the judge in its invalidation.

Keywords: Burden of Proof. Dynamic Theory. Procedural Agreement.

8 Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (TJSC), lotado na 19ª Circunscrição (Rio do Sul). Graduado em Direito pela Unoesc (2008). Especialista em Direito Constitucional (Uniderp – 2011); Direito Público e Privado: Material e Processual (Unoesc/Esmesc – 2013); Direito Penal e Processual Penal (UGF – 2013); Direito Civil (UGF – 2013); Direito Administrativo (UGF – 2013); Direito Tributário (AVM – 2015); Direito Processual Civil (Unyleya – 2017). E-mail: lefreitag@tjsc.jus.br.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se a analisar a aplicabilidade e validade da convenção processual que versa sobre a distribuição do ônus da prova.

O encargo relacionado à produção da prova, tradicionalmente, era distribuído de modo prévio e abstrato, de modo genérico, a quem fizesse a alegação; ou seja, quem alega deve provar.

Contudo, o avanço da sociedade e o conseqüente incremento do grau de complexidade das causas discutidas judicialmente revelaram, paulatinamente, que tal critério de distribuição do ônus probatório se mostrava insuficiente ou inadequado para uma resolução criteriosa de um número cada vez maior de situações, cenário no qual surgiu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pela qual é possível que o julgador distribua de modo diverso do tradicional o encargo de produzir a prova.

Por outro lado, a convenção processual (ou negócio jurídico processual), espécie de acordo entre as partes que, não versando sobre o mérito da demanda, trata sobre aspectos procedimentais da ação proposta em juízo, ganhou força e relevância com o Código de Processo Civil de 2015 – que alterou a visão tradicional, de protagonismo do julgador, para uma concepção mais moderna, de solidariedade e cooperação entre partes e juiz. E uma de suas possibilidades – conquanto já timidamente permitida pela legislação anterior – é convencionarem as partes, a seu critério, distribuir o ônus da prova a um deles, vinculando, com isso – ao menos em tese –, o Estado-juiz, responsável por dizer o direito no caso concreto.

Assim, o estudo ora apresentado procura responder a seguinte indagação: quais são os requisitos de aplicabilidade e validade do negócio jurídico processual sobre distribuição do ônus probatório, e quais as conseqüências da invalidade de tal convenção?

A pesquisa far-se-á pela forma qualitativa, utilizando-se análise e interpretação de dados e de fontes bibliográficas, com o objetivo de compreender a questão posta e apresentar uma solução para o problema. O método pelo qual se desenvolve a pesquisa é o dialético, de modo que são expostas e debatidas as argumentações e contra argumentações a respeito da questão, a fim de se atingir uma síntese do assunto.

2. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Passa-se, inicialmente, a efetuar algumas definições e distinções necessárias ao desenvolvimento do presente estudo. O vocábulo **prova** vem do latim *probatio*, que significa verificação, exame, inspeção; juridicamente, o termo assume múltiplas significações. Como anota Rangel (apud PAOLINELLI, 2014, p. 40-41), o termo pode significar:

- a) a prova como actividade probatória (ou instrutória) é a actividade (actos processuais) dirigida aos fins próprios da instrução; b) a prova como resultado (resultado probatório) é a demonstração efectiva (segundo

a convicção do juiz da realidade dum facto), da veracidade da correspondente afirmação, designando ainda os dados fornecidos pela actividade probatória, mesmo que não conduzam à efectiva demonstração dos fatos visados; nesta visão fala-se, também de material probatório (Beweis-Toff); c) a prova como motivo ou argumento probatório, (Beweisgrund) representa qualquer elemento (do material probatório) que tenha produzido a convicção do juiz, qualquer razão determinante dessa convicção.

No primeiro conceito acima (**prova como atividade**), tem-se a ideia de procedimento probatório, o qual corresponde aos atos efetivados pelas partes ou pelo órgão jurisdicional, relativamente à produção da prova. No segundo (**prova como resultado**), a prova é entendida como o resultado final do procedimento probatório, como fator de influência para a prolação da decisão judicial. Já no terceiro (**prova como meio**), fala-se da forma pela qual os fatos são provados em juízo, ou melhor, da maneira que, no caso concreto, a parte utiliza para comprovar a ocorrência dos fatos: prova testemunhal, pericial etc.

Mais especificamente no que se refere ao comportamento das partes em relação ao processo, tem-se os conceitos de ônus e dever. Conquanto as duas ideias digam respeito a uma determinada atitude da parte, pode-se diferenciá-las quanto ao interesse em jogo e quanto à consequência do descumprimento.

Assim, o ônus é um imperativo do interesse da própria parte a que se refere, e seu descumprimento não gera, por si só, um direito à contraparte. Isto é, o ônus é um “peso” que se impõe sobre uma parte para que ela possa se desincumbir dele, “[...] transmitindo uma ideia relacionada a situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, referindo-se ao aproveitamento de uma possibilidade que beneficiará a parte diligente” (LOURENÇO, 2015, p. 27).

Ou seja, o ônus não gera uma obrigação, pois não há sujeição da parte; ela pode decidir entre se desincumbir ou não do ônus e, optando pela negativa, deverá arcar com as consequências. Por isso é que, por exemplo, contestar ou produzir provas são ônus: são atividades ligadas à esfera de interesse da própria parte, que não pode ser obrigada a tanto. Entretanto, deixar de contestar ou de provar pode redundar em prejuízo – como a revelia ou o julgamento em sentido contrário, respectivamente.

O **dever**, por outro lado, está umbilicalmente conectado à sujeição do indivíduo a interesse alheio; descumprido, gera para ela o direito de exigir uma determinada conduta – por exemplo, o desfazimento ou reparação do dano. Nesse sentido, v.g., todo aquele que participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé (art. 5º, CPC/2015); tal dever geral de conduta, se descumprido, poderá acarretar penalização do infrator (arts. 80 e 81, CPC/2015). Nessa hipótese, ao contrário do ônus, a conduta de quem infringe um dever processual acarreta dano à outra parte; portanto, ela pode ser obrigada a comportar-se de modo diverso, existindo, pois, uma situação de sujeição de interesses.

Por isso, é possível visualizar que o encargo de provar não é, em verdade, um dever, já que a parte não é obrigada a instrumentalizar a produção de provas. Sujeita-se, contudo, aos riscos de tal inércia, especialmente os relativos ao resultado do julgamento, pelo que constitui, de fato, um ônus processual.

2.1. A importância da definição do ônus da prova

Não é dada ao Estado-juiz a possibilidade de se escusar do poder-dever de decidir; isto é, ainda que a parte que deveria ter produzido a prova não consiga satisfatoriamente fazê-lo, não poderá o julgador deixar aplicar o direito alegando falta de clareza (vedação ao *non liquet*), ou mesmo ausência de norma legal a reger o caso em específico – nesse sentido determinam os artigos 126 e 1240 dos anteriores Códigos de Processo Civil (BRASIL, 1973; BRASIL, 2015). Ademais, como observa Lourenço (2015, p. 30), o *non liquet* nem poderia ser uma opção, pois a Lei Maior determina a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

Conseqüentemente, há necessidade de se estabelecerem critérios para a solução de casos em que a parte não se desincumba da responsabilidade de produzir provas idôneas a formar o convencimento do juiz.

Dessarte, quanto à questão fática controvertida, o critério previsto na legislação é justamente o do ônus da prova. Sintetizando, pode-se afirmar que, se a prova produzida não é firme e robusta a ponto de servir para lastrear a convicção do julgador, a decisão será então proferida de modo contrário aos interesses de quem tinha o ônus de provar. E é exatamente nesse ponto que reside a importância de a lei estabelecer parâmetros para a distribuição do ônus probatório, despontando a teoria estática e a teoria dinâmica, como se verá a seguir.

2.2. A teoria estática do ônus da prova e suas consequências

Tradicionalmente, o sistema jurídico brasileiro albergava apenas a **teoria estática** da distribuição do ônus probatório, o que significa dizer que a lei processual definia a quem cabia o encargo de provar, sem possibilidade de alteração pelo órgão jurisdicional. No Código de Processo Civil anterior (BRASIL, 1973), o tema era assim tratado:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

- I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
 - II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
- Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
- I – recair sobre direito indisponível da parte;
 - II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Assim, o ônus probatório era definido de modo prévio e abstrato, seguindo a regra geral “a prova incumbe a quem afirma” (*affirmanti incumbit probatio*), ligada ao princípio dispositivo, que confere principalmente às partes a iniciativa e responsabilidade na produção de provas. Dessa maneira, o autor, alegando seu direito, deveria provar os fatos constitutivos; o réu, por sua vez, ao alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, deveria prová-los. O parágrafo único do dispositivo, lado outro, já permitia a distribuição diversa, por convenção das partes.

Portanto, o CPC de 1973 distribuía o ônus da prova com base na natureza dos fatos probandos e na posição das partes em juízo, abraçando, assim, como ensina Pacífico (2011, p. 106), posição sustentada por Chiovenda, Cernelutti e Betti, possuindo nítida influência do Código Civil Napoleônico. Dessa forma, a posição da parte (autor X réu) e a espécie de fato alegado (constitutivo X impeditivo, modificativo ou extintivo) é que determinam, no âmbito de aplicação de tal teoria, a quem incumbe o ônus probatório, inexistindo hipótese de alteração pelo juiz. Entretanto, tal vertente da teoria estática não resistiu ao passar do tempo, e paulatinamente passou a ser não substituída, mas complementada, por outra teoria.

2.3. A teoria dinâmica do ônus da prova

O incremento da complexidade da vida em uma sociedade globalizada e, conseqüentemente, dos casos a serem decididos judicialmente, revelaram que a teoria estática da distribuição do ônus da prova não mais era capaz de adequadamente solver toda a gama de conflitos existentes.

Em verdade, a doutrina não poupa críticas à teoria estática: diz-se, por exemplo, que ela está muito mais preocupada com a decisão judicial do que com a tutela do direito substancial lesado ou ameaçado de lesão (CAMBI, 2016, p. 249). Afirma-se, ainda, que a distribuição rígida do ônus da prova atrofia o sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos (DIDIER JUNIOR *et al. apud* BAZZANEZE, 2012, p. 63). A distribuição estática encerra potencial e relevante risco de produção de decisões injustas, tendo em vista que, muitas vezes, a parte que alega não possui as melhores ou mais propícias condições técnicas ou fáticas para produzir determinada prova.

Assim, no sistema jurídico brasileiro, houve relevante alteração quanto ao tema do encargo de provar com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o qual, em dois dispositivos, alterou a regra prevista na lei geral. Com efeito, o art. 6º, VIII, permite a **inversão do ônus** em favor do consumidor, “[...] quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (BRASIL, 1990); e o art. 38, por sua vez, especificamente no pertinente à publicidade, determina que o ônus da prova, nesse particular, cabe a quem a patrocina.

Em continuidade à evolução do pensamento jurídico nessa seara, interpretou-se que a inversão do ônus probatório prevista no Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicável a outras temáticas. Isso porque diferentes leis não se excluem, por pertencerem a ramos jurídicos distintos, mas sim se complementam, em especial quando possuem campos de aplicação comuns ou convergentes.

Assim, de acordo com a **teoria do diálogo das fontes**, existe verdadeira interação entre diversos diplomas legislativos, dentro do chamado “microsistema processual coletivo”, permitindo a interpretação no sentido de que todas essas leis fazem parte de um mesmo microsistema, e devem ser interpretadas harmônica e conjuntamente; nesse passo, o art. 21 da Lei n. 7.347/85 expressamente determina que “aplicam-se a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”, enquanto que o art. 90 do CDC prevê que “aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições” (BRASIL, 1990), em verdadeiras “normas de reenvio”, ou seja, determinando a aplicação de mais de uma lei concomitantemente.

Como consequência, entende-se, por exemplo, que a inversão do ônus probatório prevista no CDC aplica-se também à seara **ambiental**, espécie de direito difuso por excelência, de maneira que não é preciso ao autor provar o dano, mas sim ficando a cargo do poluidor comprovar que sua atividade não resulta em danos para o meio ambiente – em interpretação que privilegia, ainda, o princípio da precaução, cujo intuito é maximizar a proteção do ambiente, ainda que o dano concreto seja incerto ou desconhecido. A respeito:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – ACAPO CIVIL PUBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – Matéria PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUCAO. [...]3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o onus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. 4. Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp 972.902/ RS, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 25/8/2009).

Toda essa evolução doutrinária e jurisprudencial, de certa forma, “preparou o terreno” para uma mudança ainda mais radical no esquema de distribuição do ônus probatório. Primeiramente, na história jurídica pátria, ele foi estático, distribuído *a priori*, sem possibilidade de alteração pelo julgador; depois, passou a admitir inversão, no caso de questões consumeristas; e em seguida, permitiu, por meio da teoria do diálogo das fontes, a aplicação da regra para casos inicialmente não por ela previstos expressamente (como, por exemplo, no Direito Ambiental, para proteger de modo mais efetivo o meio ambiente); a temática do ônus da prova atinge o ápice com a **teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**.

O termo **dinâmica** é empregado justamente para demonstrar que, nessa visão, a questão de a quem incumbe o ônus da prova não está definida de modo pronto e acabado pela lei, mas sim comporta possibilidade de alteração (ainda que excepcional), pelo Estado-juiz, de acordo com certos requisitos legais.

Portanto, em suma, para tal teoria, permite-se o deslocamento do ônus de provar, pelo julgador, conforme as circunstâncias do caso concreto, onerando a parte que possuir melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzir a prova de um determinado fato. Ou seja, não mais importa a posição processual da parte (como autor ou réu na demanda) ou ainda a modalidade de fato (constitutivo, para o autor, ou impeditivo, modificativo ou extintivo de direitos, para o réu), mas sim as nuances do caso em específico.

Como afirma Silveira (2016, p. 215 e 219), a distribuição dinâmica, em última análise, é, assim, mais consentânea ao Processo Civil no Estado Constitucional; possui fundamento maior no princípio do devido processo legal, e encontra raízes no acesso à justiça, no direito à prova, no direito à igualdade e nos deveres de cooperação.

Muito embora tenha sido com o advento do Código de Processo Civil de 2015 que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tenha sido prevista, ela já vinha sendo aplicada há relevante lapso de tempo antes de sua vigência, como se pode ver, v.g., do seguinte julgado, do ano de 2013:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS. PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. LIMITES DE INCIDÊNCIA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I E II, 339, 355, 358, 359, 460 E 512 DO CPC; E 1.531 DO CC/16 (940 DO CC/02). [...] 6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. 7. **Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC**, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à **aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. [...] (STJ, REsp 1286704/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 22/10/2013, grifo nosso).

Por conseguinte, o mérito do CPC/2015, muito embora não resida em propriamente inaugurar a aplicação da teoria em solo pátrio, consiste em fixar balizas seguras para sua aplicação, bem como em extirpar qualquer dúvida que ainda pudesse residir acerca de seu cabimento no sistema jurídico brasileiro.

O tema é regulamentado pelo atual diploma processual civil do seguinte modo:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...]

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; [...]

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

[...]

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo (BRASIL, 2015).

De acordo com Silveira (2016, p. 228), o ponto apresenta cinco principais características: a) regra geral; b) momento processual adequado; c) a quem e quando deve ser modificado o ônus probatório; d) prova diabólica reversa como obstáculo; e e) papel da hipossuficiência econômica na distribuição do ônus.

Quanto à existência de uma **regra geral**, é de se frisar que, como o objetivo da técnica é trazer aos autos uma prova relevante para o julgamento da lide, que, pela regra geral (teoria estática), provavelmente não teria sido produzida, a modificação do ônus probatório somente deve se dar em casos excepcionais. Ou seja, “não se deve pretender transformar a modificação do ônus em regra, afastando a aplicação da regra geral, que é a distribuição legal e não pelo juiz” (SILVEIRA, 2016, p. 215). Portanto, somente nos casos extremos, em que as peculiaridades do caso revelam que não seria a questão resolvida a contento com a regra geral, tem lugar a teoria dinâmica.

O **momento processual adequado** para eventual redistribuição do ônus deve ser, conforme art. 357, III, do CPC/2015 c/c art. 373, § 1º, parte final, a decisão de saneamento do processo; ou, ao menos, em momento que possibilite à parte se desincumbir do ônus, o que impede que o magistrado faça a modificação apenas na sentença, corrente que prevaleceu na doutrina e jurisprudência (v.g., STJ, AgRg no REsp 1450473/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 23/9/2014), interpretando-se a alteração como regra de saneamento – e não de julgamento – , por uma questão de lealdade processual e para evitar que a parte seja surpreendida com a modificação apenas na sentença.

Acerca de a **quem e quando** o ônus deve ser modificado, são critérios: (1) a previsão legal (como no caso do CDC); (2) a extrema dificuldade ou impossibilidade na produção da prova pela parte que originariamente teria o ônus; e (3) as melhores condições da parte adversa na produção da prova. A situação de dificuldade ou impossibilidade, contudo, deve ser real e séria, a ponto de prejudicar consideravelmente a parte, ou de fato impedir que ela consiga produzir a prova. Como afirma Silveira (2016, p. 215), “para que se autorize a modificação do ônus da prova não

se pode estar de simples dificuldade, mas uma dificuldade grave, real, que possa ser caracterizada como violadora do direito à prova constitucionalmente garantido”, o que deverá ser verificado pelo julgador caso a caso.

O conceito de **prova diabólica** está ligado a afirmações impossíveis de serem provadas, por inexistirem meios de se comprovar a alegação – geralmente, fatos negativos indefinidos. Por exemplo, é impossível provar que certa pessoa nunca esteve no Estado de Santa Catarina. Contudo, se for fato negativo definido, pode ser provado por via indireta (uma pessoa pode provar que não estava no Rio de Janeiro em certo dia e hora porque, naquele momento, encontrava-se em Brasília). Nesse contexto, a dinamização do ônus probatório não pode redundar em prova diabólica **reversa**, ou seja, não se pode retirar o ônus da prova de uma parte para atribuí-la a outra se esta, por sua vez, também não terá meios de produzir tal prova. Por conseguinte, a prova diabólica reversa funciona como limite da dinamização no caso concreto, somente devendo ocorrer a modificação se a parte a quem se atribui o ônus realmente tem maior facilidade ou possibilidade de produzir a prova pertinente.

Por fim, quanto à **hipossuficiência econômica** da parte como parâmetro relevante para a dinamização, tem-se que, ao menos em tese, tal fator não deve servir para dinamizar o ônus probatório. Isso porque a lei processual já prevê meios próprios para possibilitar o acesso à justiça para os hipossuficientes, como a gratuidade da justiça (art. 98), a qual engloba, por exemplo, honorários periciais (art. 98, § 1º, VI). A situação econômica da parte, assim, não impede nem dificulta a produção da prova, que será, ao fim e ao cabo, produzida da mesma forma⁹. No mesmo sentido, Macêdo e Peixoto (2016, p. 206) afirmam que “a forma adequada para resolver o problema dos custos das provas não é a dinamização do ônus da prova. Ela não tem essa função” – justamente porque é à justiça gratuita a quem incumbe tal papel. Não se pode deixar de registrar, entretanto, que há corrente doutrinária em sentido divergente, para quem razões econômicas justificariam a dinamização do ônus da prova (CREMASCO, 2012, p. 86 *apud* SILVEIRA, 2016, p. 245).

Assim, após a análise da aplicabilidade da dinamização do ônus probatório, passa-se, na sequência, a estudar a questão da sua regulamentação pelas partes, seus requisitos, bem ainda, as consequências da invalidade da convenção.

⁹ Registre-se que o enunciado n. 26 da Súmula do Tribunal de Justiça de Santa Catarina dispõe que: “Nas demandas de competência civil-consumerista, sendo o autor beneficiário da justiça gratuita, deve o réu arcar com o pagamento prévio de metade do valor dos honorários periciais nas hipóteses em que a produção da prova técnica for requerida por ambos os litigantes ou exclusivamente pelo autor, ou, ainda, determinada de ofício pelo juiz”. No entanto, o enunciado data de 2014 – ou seja, é anterior ao Código de Processo Civil de 2015, que possui regramento específico sobre o ponto (art. 95, § 3º). De mais a mais, posteriormente, em território catarinense, a Lei Complementar Estadual n. 188/1999, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 730/2018, determinou a utilização de verbas do Fundo de Reparçamento da Justiça para custeio dos honorários periciais devidos pelos beneficiários de justiça gratuita, o que foi regulamentado pelo Tribunal de Justiça através da Resolução CM 5/2019. Assim, em suma, a hipótese não mais transparece necessidade de que a parte ré arque com metade do valor da perícia quando apenas o autor a pleiteou, mas tão somente demanda aplicação da citada normatização – que determina o pagamento dos honorários periciais mediante requisição ao Fundo, sem olvidar a possibilidade de ulterior ressarcimento pela Fazenda Pública (art. 95, § 4º, CPC).

3. CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O processo é uma sequência de atos destinada a um objetivo determinado e, especificamente com relação ao processo judicial, sua finalidade é a sentença. De fato, em última análise, o fim é a pacificação social justa atingida, ao menos em tese, com a sentença.

Dessarte, se, por um lado, é certo que o Estado possui interesse no processo – pois é através dele que é dito o direito aplicável no caso concreto, solucionando em definitivo a lide entre as partes –, não se pode deixar de lado que os maiores interessados no processo são as partes: afinal, é o direito delas que é debatido e, ao final, decidido nos autos.

Desde a concepção inicial das normas sobre processo, como observam Ponte e Romão (2015), entendeu-se que sua natureza jurídica é de direito público, pois tratam sobre uma relação jurídica existente entre o Estado e os particulares. Isso fez com que fossem vistas como cogentes, não permitindo ingerência das partes sobre sua aplicação. Assim, tradicionalmente, eram praticamente inexistentes as possibilidades que as partes tinham de modificar a incidência das normas processuais, podendo-se destacar, do CPC de 1973, a alteração de prazos dilatatórios (art. 181), o adiamento de audiência (art. 453, I), a suspensão do processo (art. 265, II), a eleição de foro (art. 111), e, também, a modificação da distribuição do ônus probatório (art. 333, parágrafo único, *a contrario sensu*).

O Código de Processo Civil de 2015, entretanto, apresenta um avanço dessa visão restrita. Com efeito, se antes o protagonista era o juiz, que julgava e administrava os interesses das partes, agora, com a preocupação do legislador em positivar o princípio da cooperação (art. 6º), todos assumem o protagonismo, devendo atuar juntos – cada qual, por certo, com sua visão e sem abandonar seu papel, mas todos para o mesmo fim.

De forma consentânea com essa nova percepção do processo judicial, ganha relevo a autonomia privada, vista historicamente como uma “intrusa” no Processo Civil, mas agora assumindo papel de relevância; com o CPC/2015 e a previsão explícita das negociações processuais, “[...] dá-se um imenso passo para que efetivamente se reconheça a existência de um princípio do respeito ao autor regramento da vontade” (GODINHO, 2015, p. 114).

Sendo assim, em respeito, portanto, ao interesse das partes, e reconhecendo sua possibilidade de ajustarem determinados aspectos da marcha processual, o novel diploma processual civil expressamente prevê as **convenções processuais** (também denominadas **negócios jurídicos processuais**), as quais podem ser entendidas como sendo:

[...] todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes. O que caracteriza as convenções processuais ou a sede do ato – ato integrante da relação processual, praticado no processo –, ou a sua finalidade de produzir efeitos em determinado processo, presente ou futuro (GRECO, 2007).

Faz-se mister frisar que a convenção processual não se confunde com os atos das partes que versem sobre o mérito do processo (como transação, renúncia ou reconhecimento jurídico do pedido, por exemplo), justamente porque não tratam sobre o direito discutido, mas sim sobre a dinâmica da tramitação processual.

Quanto à abrangência dessa cláusula geral de flexibilização procedimental, poderão ser alvo de negociação, conforme Ponte e Romão (2015): (1) os atos processuais praticados pelas partes; (2) a forma revestida pelos atos, englobando o local e o momento de sua realização; (3) a conveniência e a oportunidade dos comportamentos dos sujeitos processuais;

(4) a ordem das fases e dos atos processuais; e (5) a espécie de procedimento a ser adotada.

Nessa esteira, tanto o CPC de 2015, quanto o anterior, privilegiando a possibilidade de autorregramento processual pelas próprias partes, admitem a convenção processual sobre a distribuição do ônus probatório, obedecidos determinados parâmetros.

3.1. Requisitos de validade da convenção sobre distribuição do ônus da prova

Há, ao longo do CPC/2015, previsões específicas acerca de possíveis convenções processuais das partes – como, por exemplo, escolha de perito (art. 471), suspensão do processo (art. 313, II), eleição de foro (art. 63) e calendarização de atos (art. 191). Em seus termos gerais, todavia, o ponto é regulamentado pelo diploma processual civil atualmente vigente da seguinte forma:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

[...]

Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais (BRASIL, 2015).

A distribuição do ônus probatório por negócio jurídico processual revela um ato típico, ante a previsão legal expressa, e pode se dar de modo unilateral – mediante manifestação de vontade de apenas uma das partes, suficiente para assunção do ônus da prova, com as consequências respectivas –, ou bilateral – por meio da manifestação das vontades de ambas, de forma convergente, recíproca e concordante sobre o ponto em questão. Pode, ainda, ocorrer em sede judicial ou extrajudicial, mas sempre observando a boa-fé objetiva, “[...] visando a evitar o comportamento contraditório da parte a quem beneficie a inversão do ônus da prova” (MOUZALAS; ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 403).

A liberdade, como se vê dos dispositivos legais citados, é limitada; não pode o Estado permitir que as partes tenham poderes irrestritos e disponham, em absoluto, sobre a forma pela qual deve tramitar o processo judicial – até porque a presença estatal, com a necessidade de aparelhamento adequado e funcionamento de acordo com o interesse público, não permite uma amplitude total da regulação do processo, como, em tese, ocorreria em uma celebração negocial típica de direito privado; “dizer que a liberdade é limitada, no entanto, não equivale a negá-la” (MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 119).

Portanto, aos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral (conforme art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei), somam-se outros específicos. Para Greco (2007), a definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente ligada a três fatores: a) disponibilidade do direito material posto em juízo; b) equilíbrio entre as partes e paridade de armas; e c) observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

O primeiro requisito para validade de qualquer convenção processual, desta feita, é ter sido firmado em hipótese na qual se debate sobre direito que admite autocomposição. A lei é taxativa, e em uma interpretação literal, não resta espaço para convenções processuais quando se trata de direitos que não admitem autocomposição (ou direitos indisponíveis), os quais se configuram, conforme Bastos (*apud* MOUZALAS; ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 409), quando “o seu titular não puder se privar dele por simples ato de vontade”, seja por determinação legal, seja porque sua natureza o torna inalienável.

Há opiniões, todavia, em sentido contrário. Afirma Greco (2007), por exemplo, que os titulares de direitos indisponíveis não estão impedidos de firmar tal negócio processual com a parte adversa, “mas apenas que não podem praticar os [atos] que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos”.

Em posicionamento intermediário e mais moderado, Macêdo e Peixoto (2016, p. 123) aduzem que não é vedada a inversão convencional em processos que versam sobre direitos indisponíveis, “[...] mas tão-somente a inversão nesses casos contra o titular do direito em questão”. Ou seja, as partes podem convencionar sobre a distribuição do ônus probatório mesmo debatendo sobre direito indisponível, desde que em favor do titular de tal direito, caso em que não haverá nulidade.

O segundo requisito é relativo ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas; a convenção exige consentimento, o qual exige, conforme Godinho (*apud* QUEIROZ, 2014), capacidade, voluntariedade e informação. Em suma, como aduz Greco (2007), o ato deve ser livre, por não resultar de coação ou intimidação, e consciente, implicando ciência e entendimento de que o ato poderá redundar em prejuízo processual futuro, cabendo a ele aquilatar os prós e contras de tal decisão. A convenção processual exige, ainda, um equilíbrio real e concreto entre as partes, e não apenas formal, especialmente quando há relação de dependência de uma parte em relação à outra ou inferioridade econômica que possa criar uma desigualdade irrazoável.

O terceiro requisito, por fim, é referente à observância dos princípios processuais e garantias fundamentais. Para Macêdo e Peixoto (2016, p. 120-121), a conveniência do Judiciário deve ser levada em conta, a fim de evitar que as partes optem por um procedimento atípico e custoso, desarrazoado ou incompatível com o volume de trabalho do órgão jurisdicional. Além disso, o juiz não pode admitir acordo processual que afaste a boa-fé processual ou o dever de cooperação, expressões indisponíveis do devido processo legal. A respeito, dispõe o Enunciado n. 407 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”.

Nessa linha, para Greco (2007), são expressões de princípios indisponíveis e, por consequência, características inafastáveis por meio de convenções processuais: independência, a imparcialidade e competência absoluta do juiz¹⁰; capacidade das partes; liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; concorrência das condições da ação; delimitação do objeto litigioso; respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; conservação do conteúdo dos atos processuais; possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis; controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação; celeridade do processo, especialmente à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988; e garantia de uma cognição adequada pelo juiz, um dos objetivos essenciais da atividade processual.

Além de tais requisitos, especificamente com relação à convenção processual sobre distribuição do ônus probatório, dispõe o art. 373, § 3º, do CPC/2015, anteriormente citado, acerca de mais duas restrições para a validade da convenção processual sobre distribuição do ônus probatório: o acordo não pode “recair sobre direito indisponível da parte” (inciso I) – previsão legal em que, na verdade, repete, com outras palavras, a restrição já constante no *caput* do art. 190 – ; e também não pode o negócio processual “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” (inciso II), hipótese que está relacionada ao equilíbrio entre as partes e à necessidade de respeito ao princípio do devido processo legal e às garantias constitucionalmente previstas relacionadas ao processo judicial, antes comentados.

Por fim, no caso específico em que a demanda envolve Direito consumerista, revela-se impossível a convenção processual que inverter o ônus da prova em desfavor do consumidor, em face da especial previsão do art. 51, VI, do CDC, no sentido de que cláusula com tal previsão é “nula de pleno direito”.

Quanto à hipótese de invalidade da avença, é indubitável que ao magistrado incumbe zelar pela correção do acordo e negar-lhe aplicação quando não preencher os requisitos legais. Macêdo e Peixoto (2016, p. 127) afirmam que o autorregramento só é possível em relação a situações que

¹⁰ Reza o Enunciado n. 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância”.

se encontram no âmbito de disposição das partes; por isso é que elas não podem dispor sobre os poderes (ou deveres) do magistrado. Inadmissível, assim, hipoteticamente, um negócio processual que, a pretexto de regulamentar a distribuição do ônus probatório, impeça o magistrado de conhecer determinada espécie de prova, ou tente limitar a análise judicial à determinada prova em específico.

Assim, se, por um lado, como afirmam Mouzalas e Ataíde Júnior (2015, p. 415), a convenção sobre ônus probatório possui basicamente duas consequências (quais sejam, a alteração da atuação probatória das partes e a modificação de quem arcará com os riscos de não se desincumbir do ônus da prova), por outro lado, a invalidação do negócio jurídico processual acarretará o retorno do ônus a quem deve ele pertencer – seja distribuído conforme a teoria estática, ou conforme a teoria dinâmica.

Isso significa que, se o juiz conhece acerca da convenção e define que ela não obedeceu aos requisitos legais, será necessário que seja estabelecido sobre quem recairá o ônus probatório como se o acordo não existisse; e, para isso, o julgador necessariamente revisitará a teoria estática (como regra geral do sistema processual) ou a teoria dinâmica (se o caso concreto recomendar sua incidência). Em qualquer caso, todavia, há de ser respeitada o contraditório, de modo a possibilitar que a parte a quem inicialmente não recairia o ônus tenha a oportunidade processual de dele se desincumbir.

4. CONCLUSÃO

O cerne do trabalho ora apresentado é a análise da possibilidade de as partes de um processo judicial, mediante convenção processual, regulamentarem a distribuição do ônus probatório, especificando sobre quem ele recairá e que aspectos da prova a negociação abrange.

Após o estudo, é possível verificar que o legislador, ao inserir na nova lei processual o instituto da teoria dinâmica do ônus probatório de modo subsidiário – ou seja, estabelecendo a teoria estática como regra geral, mas permitindo que o juiz, no caso concreto, faça recair sobre a outra parte tal ônus, desde que presentes certos requisitos legais – atendeu anseios da doutrina, de longa data. Isso porque a natural evolução da sociedade já não mais se adequava a uma regra estanque e inalterável sobre o ponto em questão.

Assim, embora já possível, no regramento processual anterior, que as partes convencionassem sobre a distribuição, entre si, do ônus probatório, tal instituto era praticamente inexistente na vida prática, relegando-se a uma previsão legal de uso meramente teórico. Por outro lado, com o atual diploma processual civil, o ponto ganhou novos contornos, seja pela nova regulamentação da convenção processual em geral, seja pela previsão legal da distribuição dinâmica do ônus da prova, seja ainda pelo princípio da cooperação, que orienta todo o Processo Civil.

Concluindo, infere-se que há possibilidade de incremento da utilização da convenção processual sobre o ônus da prova, pelo que o juiz deverá, inicialmente, estar atento aos requisitos legais de validade da negociação, especialmente verificando se o direito material discutido no processo

admite a convenção, bem como, se encontram-se presentes todos os requisitos legalmente exigidos. E, no caso de verificar sua falta, declarar, desde logo, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, sua invalidade, adequando, em seguida, a distribuição do ônus probatório, conforme a regra geral (teoria estática) ou excepcional (teoria dinâmica), de acordo com as nuances do caso concreto e as balizas legais.

REFERÊNCIAS

BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 55-88, mar. 2012.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor (1990)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. **Código de processo civil (1973)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. **Código de processo civil (2015)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 7.347 (1985)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo no Recurso Especial n. 1.450.473/SC**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 23/9/2014, DJe 30/9/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 972.902/RS**. Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 25/8/2009, DJe14/9/2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.286.704/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 22/10/2013, DJe 28/10/2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova): exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC. *In*: DIDIER JR, Fredie (coord.). **Direito probatório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do fórum permanente de processualistas civis**. DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). Vitória, 2015. Disponível em: <http://civilemobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 8 maio. 2019.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>. Acesso em: 8 maio 2019.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. São Paulo: Método, 2015.

MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *In: Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 40, n. 240, p. 399-423, fev. 2015.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista no direito processual civil. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 16, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19968>. Acesso em: 8 maio 2019.

QUEIROZ, Pedro Gomes de. Convenções disciplinadoras do processo judicial. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, jan./ jun. 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11931/9343>. Acesso em: 8 maio 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Resolução do Conselho da Magistratura n. 5, de 8 de abril de 2019**. Institui o Sistema Eletrônico de Assistência Judiciária Gratuita e estabelece os valores de honorários de peritos, tradutores, intérpretes e defensores dativos no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Diário da Justiça Eletrônico n. 3036, 9 abr. 2019, p. 13-14.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Súmula n. 26**. Diário da Justiça Eletrônico n. 1953, 9 set. 2014, p. 1.

SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. **A inversão do ônus da prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Bruno Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. *In*: DIDIER JR, Fredie (coord.). **Direito probatório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CONCEPÇÕES DE ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: A PREMÊNIA DE UMA CONCEPÇÃO SOCIOAMBIENTAL

*Pedro Manoel Abreu*¹¹

*Weber Luiz de Oliveira*¹²

RESUMO

O presente artigo expõe as concepções de Estado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, objetivando demonstrar o predomínio de uma concepção de Estado Socioambiental. Propõe categorias formais e materiais dessa Instituição Política. As primeiras, republicana, democrática e de direito, são as que dão forma e estrutura ao Estado. Refletem como os órgãos estatais atuam e como a Sociedade é gerida, dirigida e dirigente. As segundas, concernentes às concepções social, econômica e ambiental de Estado, reproduzem o modo de ser e de conviver do Estado e da Sociedade. Nessa perspectiva material de Estado, delimita-se a questão de qual a efetiva concepção do Estado Brasileiro, de modo a esclarecer o dever predominante e a urgência da atuação estatal com o desiderato de implementá-la.

SUMÁRIO

Introdução – 1. Estado na Constituição do Brasil – 2. Concepções formais; 2.1 Estado Federal; 2.2 Estado Republicano; 2.3 Estado Democrático; 2.4 Estado de Direito – 3. Concepções Materiais; 3.1 Estado Social; 2.2 Estado Econômico; 3.3 Estado Ambiental – 4. Considerações Finais - Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto as concepções de Estado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

11 Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Pós-doutor pela Universidade de Lisboa; Professor do Curso de Pós-graduação nos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, na linha de pesquisa: Princiologia Constitucional e Política do Direito; e Professor da Academia Judicial em Cursos de formação inicial e continuada de magistrados do Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Professor convidado do Curso de Mestrado Profissional em Direito da UFSC. Lattes: CV:0<http://lattes.cnpq.br/520896419390738>.

12 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali/SC), com dupla titulação com a Universidade de Alicante, Espanha, na área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, na linha de pesquisa: Princiologia Constitucional e Política do Direito. Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul/LFG. Membro de Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil - IBDP. Professor de Direito Processual Civil, graduação e pós-graduação *lato sensu*. Procurador do Estado de Santa Catarina, com atuação nos Tribunais Superiores. Lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/0265753096355749>.

O seu objetivo é demonstrar que, das várias Categorias que podem ser objeto de descrição o Estado Brasileiro na sua Constituição, há predomínio, contemporaneamente, do Estado Socioambiental.

Para tanto, o artigo está dividido em três seções. A primeira trata do Estado na Constituição do Brasil, conceituando essa Instituição Política.

Na segunda é tratada as formas com que se entende existentes o Estado brasileiro: o Estado Federal, o Estado Republicano, o Estado Democrático e o Estado de Direito.

Na terceira é tratada sobre as concepções materiais de Estado no texto constitucional: o Estado Social, o Estado Econômico e o Estado Ambiental.

O artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados sobre as concepções do Estado na Constituição da República Federativa do Brasil, convergindo-se, contemporaneamente, na concepção de Estado Socioambiental.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, as Considerações Finais expressas no presente artigo são compostas na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica¹³.

1 ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

O Estado Brasileiro é denominado por sua Constituição por “República Federativa do Brasil”, sendo “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, constituindo-se, ainda, “em Estado Democrático de Direito”, consoante disposição do art. 1º.

Extraem-se, apenas de tal dispositivo constitucional, quatro concepções de Estado¹⁴: o Estado Republicano, o Estado Federal, o Estado Democrático e o Estado de Direito.

Importa, igualmente perquirir, sobre outras formas de Estado estatuídas no texto constitucional: o Estado Social, o Estado Econômico e o Estado Ambiental.

Ciente da dificuldade, complexidade, campos de investigação científica e divergências conceituais sobre o Estado¹⁵, pode-se afirmar, genericamente - excluída, portanto, uma concepção

¹³ Toda a metodologia e técnicas de pesquisa utilizadas foram baseadas em PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática, 14. ed., Florianópolis: Editora Empório Modara, 2018.

¹⁴ É importante esclarecer, desde logo, que o presente texto expõe as “concepções” de Estado, não utilizando, estritamente, a concepção de Estado Republicano com a forma de Governo República, nem tampouco a concepção de Estado Democrático com o conceito estrito de Regime Político Democracia, conforme será exposto nos itens específicos.

¹⁵ A respeito: VILANOVA, Lourival. O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado, *In*, **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, vol. 1, São Paulo: Editora Axis Mundi, 2003, p. 114). DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 43.

filosófica (de valor) ou histórica -, que Estado é “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”¹⁶.

Sociologicamente, elemento específico para formação e manutenção da Instituição Política Estado é afirmado por Max Weber, no sentido de inclusão do monopólio da coação física legítima¹⁷. Ou seja, o Estado decorre e se mantém em razão do Poder exercido em determinado espaço.

Dentro do elemento do Estado “território”, é correto afirmar, com Lourival Vilanova, que um

Estado o é não só por exigência interna da comunidade; um Estado consolida-se em face de outros Estados [...]. Historicamente, podemos dizer que um Estado não existe senão por referência a outros Estados¹⁸.

Em tal contexto, se faz necessária uma pesquisa acerca da tipologia estatal nacional normatizada na Constituição (republicana, federativa, jurídica, democrática, social, econômica e ambiental) para demonstrar e concluir sobre a que Estado está vocacionada a Nação Brasileira para o fim de se desincumbir de suas obrigações constitucionais de concretização do bem-estar de sua População.

Afinal, como sustenta Hermann Heller, impõe “conceber-se, pois, o Estado partindo da totalidade da realidade social”¹⁹. Assim, a estruturação do Estado e a sua normação devem ser analisadas e concretizadas em uma totalidade das situações e setores sociais.

Assenta-se, não obstante e prefacialmente, que o objeto da pesquisa se refere apenas ao Estado, não abrangendo o Governo, categorias substancialmente diferentes, como demonstrado por Clóvis de Souto Goulart²⁰.

De fato, não se pode confundir Estado com Governo ou, inversamente, Governo com Estado. Estado é criação da Sociedade para sua organização e concretização de seus ideais de convivência harmoniosa; Governo é forma com que se efetivarão, por atos de Estado, aqueles ideais, que se realiza através de órgãos e instituições com competências estabelecidas pelo Direito.

16 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 44. Esclarecedor, igualmente, é o conceito de Clóvis de Souto Goulart: “O Estado, afinal, em síntese, é isto: a organização de uma sociedade, em uma base territorial, sob a orientação de um ente representativo da vontade e dos anseios dos indivíduos que a integram. Nas expressões: sociedade, base territorial e ente representativo está a significação dos elementos do Estado, na forma divulgada pelos compêndios de Ciência Política: - população, território e governo”. **Formas e Sistemas de Governo**. Porto Alegre/Fpolis: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995, p. 119.

17 **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. téc. de Gabriel Cohn, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, 2009 (reimpressão), p. 525-526.

18 O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado, *In*, **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, vol. 1, São Paulo: Editora Axix undi, 2003, p. 102.

19 **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original : *Staatslehre*, p. 135.

20 **Formas e Sistemas de Governo**. Porto Alegre/Fpolis: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995, p. 35-36.

2 CONCEPÇÕES FORMAIS

2.1 estado federal

A Federação, entendida como a união de unidades políticas, foi a forma de Estado mantida pelo Constituinte brasileiro de 1988²¹, que incluiu, além da União e dos Estados, os Municípios e o Distrito Federal, conforme se vê nos artigos 1º e 18 da Constituição Federal.

Estado Federal diverge de Estado Unitário, porquanto esse congrega um centro de Poder Político e, aquele, divide o Poder Político em tantas quantas forem suas unidades. Descentraliza-se, assim, o Poder.

No Estado Federal as competências, materiais e legislativas, para cada ente federativo são delimitadas no texto constitucional, conforme se nota na Constituição Federal nos artigos 21 a 24 e 30. No Brasil, em tal cenário normativo, há tanto a descentralização administrativa, em que os serviços são prestados regional e localmente, como a descentralização política, consistente “na atribuição de funções políticas aos órgãos regionais ou locais, com o intuito de dar maior participação aos cidadãos nos poderes estatais”²², corroborando um dos traços fundamentais do regime federativo, a possibilidade jurídico-constitucional-material de auto-organização e autogoverno dos Estados-Membros²³.

Na Federação Brasileira a União é o ente federativo que possui e exerce a Soberania; os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem autonomia²⁴.

Conforme a Constituição Federal, tal união federativa é também indissolúvel (art. 1º), caracterizando-se como um dos denominados princípios sensíveis ou cláusulas pétreas do texto constitucional, que não podem ser objeto nem mesmo de deliberação por emenda para sua abolição (art. 60, § 4º, I). Significa dizer, somente com uma nova ordem constitucional, com outra ruptura normativa-constitucional e a elaboração de uma nova Constituição poderá ser dada diferente forma ao Estado brasileiro.

2.2 ESTADO REPUBLICANO

O Estado estabelecido na Constituição Brasileira é Republicano, no sentido de disciplinar, dentre outras situações, a participação popular na escolha de seus Governantes (art. 1º, parágrafo único), na elaboração de suas normas (art. 61, *caput* e § 2º) e, ainda, na possibilidade de participação na elaboração de políticas públicas (art. 204, II).

21 José Afonso da Silva, a propósito dessa manutenção da forma do Estado brasileiro, assim se pronuncia: “O Brasil [...] assumiu a *forma de Estado federal*, em 1889, com a proclamação da República, o que foi mantido nas constituições posteriores, embora o federalismo da Constituição de 1967 e de sua Emenda 1/69 tenha sido apenas *nominal*. A Constituição de 1988 recebeu-a da evolução histórica do ordenamento jurídico. Ela não instituiu a federação. Manteve-a mediante declaração, constante no art. 1º, que configura o Brasil como uma *República Federativa*”. (**Curso de Direito Constitucional Positivo**, 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 101).

22 AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, 25. ed., Rio de Janeiro: Editora Globo, 1986, p. 365.

23 AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, 25. ed., Rio de Janeiro: Editora Globo, 1986, p. 376.

24 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 102.

Ou seja, o texto constitucional brasileiro garante que a coisa pública (*res publica*) seja, ao menos normativamente, gerenciado, direta ou indiretamente, pelo Povo pertencente ao Estado Republicano²⁵. Inexiste, por conseguinte, o exercício do Poder apenas por um (Monarquia) ou por alguns (Aristocracia), nos termos historicamente expostos por Aristóteles²⁶.

A concepção de Estado Republicano defendida no texto, não se confunde, totalmente, com a forma de Governo, mas sim com uma ideia de Estado em que existe a efetiva participação das pessoas nos seus destinos. Como salientado por José Afonso da Silva, “Talvez fosse melhor até considerar República e Monarquia não simples formas de governo, mas *formas institucionais do Estado*”²⁷. De igual pensamento Hans Kelsen, ao expor que sendo a classificação de governos o problema central da teoria política, “o problema também pode ser apresentado como a distinção entre diferentes formas de Estado”²⁸.

Desse modo, dispondo o Povo brasileiro, em seu território, de um Poder de mando e comando das diretrizes políticas e administrativas - direta ou indiretamente -, conseqüência é a conclusão que esse Estado se caracteriza por Republicano. Destacada participação não se restringe tão-somente às funções estatais executivas e legislativas, mas, igualmente, na função jurisdicional.

Com efeito, conquanto o ingresso na atividade judicativa não se dê pelo sufrágio, é certo que se efetiva mediante concurso de provas e títulos ou por processo de escolha do chefe do Poder Executivo, modos de ingresso abertos a todos aqueles que preencham os requisitos constitucionais, à exceção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal²⁹. Vale dizer, há participação popular na função jurisdicional ao ser possível a todo cidadão que preencha os requisitos do cargo de alcançá-lo. Inexiste restrição desarrazoada ou discriminatória.

Dalmo de Abreu Dallari, a propósito, após enumerar diversas formas de ingresso na magistratura, discorre da seguinte maneira:

25 A respeito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Pelo controle amplo das *políticas públicas*, sob aspectos político, administrativo e judicial, notadamente de seus *resultados*, seja diretamente, seja pela atuação das funções essenciais à justiça, a sociedade se sentirá cada vez mais responsável e, por isso, mais participante das ações de Estado e mais consciente dos valores republicanos”. **Poder, direito e Estado**: o direito administrativo em tempos de globalização - *in memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 70. Grifos no original.

26 **A Política**, *In*, Aristóteles, tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Brandão, Coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, p. 224.

27 **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997, p. 104. Grifos no original.

28 **Teoria Geral do Direito e do Estado**, tradução Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p. 405.

29 Em relação à escolha dos Juizes do Supremo Tribunal Federal, não se mostra presente um Estado Republicano como defendido no texto, considerando que o processo de escolha é unilateral, feito exclusivamente pelo Presidente da República. A posterior “sabatina” pelo Senado Federal não retifica aquele vício inicial de escolha unipessoal, sem a participação prévia da comunidade, ao menos a jurídica. Faltam-lhes, portanto, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, legitimidade republicana.

[...] não há dúvidas de que, na sociedade moderna, o melhor modo de seleção de juízes é o concurso público, aberto, em igualdade de condições, a todos os candidatos que preencham certos requisitos fixados em lei, excluída qualquer espécie de privilégio ou discriminação. Desde que a Constituição preveja esse modo de escolha e uma vez que os juízes, regularmente selecionados, atuem no limite de sua competência legal, não há como pôr em dúvida sua legitimidade. Esta decorre da Constituição e não é menor do que a resultante do processo eleitoral³⁰.

Nesse contexto, o Estado Republicano se constitui e se exerce com a influência e cooperação de todos quantos queiram assim viver politicamente.

A forma Republicana do Estado brasileiro não é, como o Estado Federal, imune à sua alteração ou extinção por emenda constitucional, porquanto não está dentre os princípios sensíveis ou cláusulas pétreas elencados no art. 60, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO

Democracia, como regime político, caracteriza-se pelo exercício do Poder através de representantes eleitos pelo Povo.

A concepção do Estado Democrático ora tratada, refere-se, similarmente, a um Estado em que, nos termos constitucionais, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único).

O Estado Democrático da Constituição Brasileira é permanente, porquanto uma das cláusulas pétreas elencadas no art. 60, § 4º, que descreve que não poderá ser objeto de deliberação por emenda a proposta que objetiva abolir “o voto direto, secreto, universal e periódico”.

Um Estado Democrático possibilita, além da permanente substituição de seus governantes, uma evolução e aperfeiçoamento de seus fundamentos e Instituições, considerando que as forças e ideias contrapostas na Sociedade, ao alcançarem o Poder representativo do Povo, buscará, ao menos em tese, exercer da melhor maneira tal Poder para implementação de seus ideais.

Essa possível participação deve ser, como ocorre na Constituição brasileira, para todos os Cidadãos assim definidos, sem exclusão ou elitização de parcela da Sociedade para a escolha de seus governantes.

Destarte, com Goulart³¹ se pode afirmar que na medida em que deve o Estado refletir a vontade de sua população e, de igual modo, concretizar o bem-estar nos termos diretivos da Sociedade, não se pode aristocratizar o Estado, limitando a participação do Povo nos governos e no direcionamento dos atos estatais. Esse proceder afastará o Criador da Criatura; dividirá o Povo até que não mais se tenha a vontade geral daquele Criador, adstrita que ficará pela visão de apenas uma parcela da Sociedade, que se vê como a melhor parte de suas partes; e, essa elitização, ao invés de amalgamar os interesses conflitantes existentes em toda organização social, levará, ao contrário, à maximização dos conflitos entre as partes do todo social.

30 **O poder dos juízes**, 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 26-27.

31 **Formas e Sistemas de Governo**. Porto Alegre/Fpolis: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995, p. 50.

A Democracia possibilita, e assim o Estado Democrático, o exercício da Liberdade e da Igualdade na Sociedade, sendo instrumento de participação na direção do Estado e dos caminhos de convivência eleitos por essa Sociedade, perfectibilizados no texto constitucional e que devem ser seguidos pelos governos constituídos. A participação do Povo, através de um processo democrático, orienta e direciona o Governo para o desiderato de efetivar a Justiça e o Direito. O quanto for a intensidade dessa participação, quanto mais intensa, conseqüentemente, é a realização da Liberdade e da Igualdade.

2.4 ESTADO DE DIREITO

Estado de Direito é o Estado em que as condutas nele realizadas, públicas ou privadas, são regidas por normas. O modo de agir da Sociedade e do Governo se pauta e se baliza por uma Ordem juridicamente estabelecida.

A República Federativa do Brasil, em sua Constituição, assim dispõe, preceituando que se “constitui em Estado Democrático de Direito” (art. 1º).

De igual modo, normatizam-se, constitucionalmente, dentre outros, direitos para um bem viver e para uma boa organização política e social, destacando-se os Direitos e Garantias Individuais e Coletivos (art. 5º), os Direitos Sociais (art. 6º), os Direitos Políticos (art. 14), a Organização Político-administrativa do Estado (art. 18) e a disciplina das funções estatais (arts. 44 a 126). Afinal, como sustenta Norberto Bobbio:

Nossa vida desenvolve-se em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na verdade estamos envoltos numa densa rede de regras de conduta, que desde o nascimento até a morte dirigem nossas ações nesta ou naquela direção³².

O Estado de Direito possibilita a existência do próprio Estado, porquanto “é possível um Estado sem feitura constitucional, todavia não é possível Estado sem um complexo de normas jurídicas, de organização, que, em sentido material, são normas jurídicas”³³. Assim também Heller, para quem “o direito é a forma de manifestação eticamente necessária do Estado”³⁴.

Por fim, vistas as concepções de Estado Democrático e Estado de Direito, ressalta esclarecer o conjunto “Estado Democrático de Direito”, o que se faz nos termos descritos por Pedro Manoel de Abreu, fundado em José Afonso da Silva, no sentido de se ter um novo conceito, que superaria os anteriores, vale dizer, “o democrático qualifica o Estado e não o direito, irradiando os valores da

32 **Teoria geral do direito**, tradução de Denise Agostinetti, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007, p. 3.

33 O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado, *In*, **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, vol. 1, São Paulo: Editora Axix Mundi, 2003, p. 105-106.

34 **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original : *Staatslehre*, p. 232.

democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado” e, o Direito “nesse viés, imanta-se por esses valores, enriquecendo-se do sentimento popular e ajusta-se ao interesse coletivo”³⁵.

Há, aí, mais um amalgamento das concepções formais de Estado, fundindo os ideais de participação coletiva da Sociedade no seu modo de ser e no seu modo de viver e conviver.

3. CONCEPÇÕES MATERIAIS DE ESTADO

Além das concepções anteriormente referidas como *formais*, sobreleva descrever outra perspectiva de se visualizar o Estado. Trata-se de concepções ora denominadas de *materiais*, no sentido de estabelecerem não apenas uma moldura para o Estado, mas sim, por relevante, o próprio conteúdo que emerge da disciplina constitucional do modo como é, ou deve ser o Estado, reflexo de sua Sociedade. Afinal,

la constitución del “Estado constitucional” no supone sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales (el “principio dinámico del sistema jurídicopolítico”), sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho³⁶.

A importância de se destacar as concepções materiais de Estado reside na demonstração de que as ideias e ideais da Sociedade - prévios, fundantes e estabelecadores do Estado -, se concretizarão se efetivamente se entender tais concepções, seus direcionamentos e aplicações. Em outras palavras, a inteligência de qual a efetiva concepção do Estado Brasileiro, em uma perspectiva material, esclarece um dever de atuação estatal com o desiderato de implementá-la.

Esse conhecimento possibilita, enfim, não apenas a tomada de posição e decisão dos Poderes instituídos, mas, igualmente, uma exigência de cumprimento dos deveres do Estado (criatura) perante a Sociedade (criador), mediante o implemento de Políticas Públicas que sejam consonantes com a concepção material de Estado prevalente no texto constitucional.

3.1 ESTADO SOCIAL

O Estado Social é concebido com o objetivo de cumprir os desejos e escolhas políticas da Sociedade. Nesse sentido, o Estado existe para concretizar os anseios sociais.

Adere-se, assim, a uma característica inafastável do Estado, concebida por Cesar Luiz Pasold, que é a sua Função Social, “expressa no compromisso (dever de agir) e na atuação (agir) em favor

35 **Processo e democracia:** o processo como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrática de direito, São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 136.

36 ATIENZA, Manuel. Argumentación Jurídica y Estado Constitucional, *In*, **Revista Novos Estudos Jurídicos** - v. 9 - n. 1, jan./abr. 2004, p. 12. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/354>. Acesso em 06 out. 2019.

de toda a Sociedade”³⁷. Com efeito, significativa contribuição para o estudo do Estado tem o que o referido autor estabelece como a Função Social do Estado Contemporâneo, na medida em que delimita o seu sujeito, seu objeto e seus objetivos, para que se efetivem direitos fundamentais e, de igual modo, direitos sociais eleitos pela Sociedade, a mantenedora que se serve do instrumento por ela criado, o Estado.

Nesse contexto, relevante as concepções de Função Social em sentido abstrato, concreto, dinâmico e, se se pode assim denominar, relacional³⁸.

A concepção abstrata é instrumental para que o Estado Contemporâneo assegure e efetive o Bem Comum e a Dignidade Humana; a concepção concreta demonstra que a Função Social deve ter facticidade, vale dizer, a realidade do Estado deve ter consonância com a realidade de cada Sociedade; a função dinâmica estabelece a participação interativa dos membros da Sociedade para efetivação da Função Social; e, por fim, a função relacional clarifica que as posições antagônicas da Sociedade - iniciativa privada, regulatória e social - tenham conhecimento da Função Social e administrem os interesses contrapostos com o objetivo de se atingir o Bem Comum.

Paulo Bonavides, a propósito, dá “valoração máxima e essencial” ao Estado Social, por ser “aquele que busca realmente, como Estado de coordenação e colaboração, amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a justiça social, a paz econômica”³⁹.

Essa é a concepção de Estado extraída do texto constitucional brasileiro, ao anunciar, no rol dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º), o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III) e de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV), além de disciplinar, em capítulo próprio, os Direitos Sociais, elencando-os como sendo a “educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (art. 6º, *caput*).

Assim, destaca-se que esses objetivos “valem como base de prestações positivas tendentes a concretizar a democracia econômica, social e cultural, visando a efetivar, na prática, o princípio da dignidade da pessoa humana”⁴⁰.

Um Estado somente poderá cumprir o seu desiderato de possibilitar e concretizar o bem-estar de sua população, somente efetivará os objetivos e Direitos Sociais constitucionalizados, se estiver umbilicalmente interligado com os anseios emergentes de sua Sociedade.

37 **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. *ebook* <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>, p. 10. Acesso em 06 out. 2019.

38 **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. *ebook* <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>, p. 52. Acesso em 06 out. 2019.

39 **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 8. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 187.

40 **Processo e democracia**: o processo como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrática de direito, São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 139.

3.2 ESTADO ECONÔMICO

O Estado Econômico presente na Constituição da República Federativa do Brasil se caracteriza por juridicizar uma atividade que pretende ter uma livre competição, contudo, paradoxalmente, objetiva também uma regulamentação, mas que seja a favor de seus interesses mercantis.

Nesse contexto se vê a disposição do art. 174 da Constituição de 1988⁴¹.

Com Eros Roberto Grau se pode afirmar que o Direito é necessário para o adequado e regular funcionamento do Mercado, concebido, com a sua juridicização, como um projeto político e princípio de organização social que reclama, para sua funcionalização, a atuação do Estado para dar segurança e certeza jurídicas em suas operações e, ao mesmo tempo, o afastamento do Estado, para dar liberdade às suas competições. O papel do Direito, nesse aspecto do Mercado, é dar previsibilidade e calculabilidade comportamentais, tanto em relação aos atos do próprio Estado, quanto em relação aos atos de outros agentes econômicos, possibilitando a dupla garantia anunciada por Grau, a do liberalismo político, ou seja, garantia contra o Estado, e a do liberalismo econômico, vale dizer, garantia em favor do Mercado⁴².

Essa constatação paradoxal se extrai do texto constitucional (art. 170, *caput*), ao preceituar que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa, contudo, também “conforme os ditames da justiça social”.

Aparentes contradições assim se mostram os princípios da ordem econômica constitucional brasileira, descritos no art. 173, destacando-se os da propriedade privada e livre concorrência em contraposição com os da função social da propriedade e da redução das desigualdades regionais e locais.

A Constituição do Brasil, portanto, objetiva amalgamar tais interesses contrapostos do Estado Econômico⁴³, com vistas a concretizar o já referido Estado Social, demonstrando que existe forte caráter intervencionista na atividade econômica brasileira.

Pode-se afirmar, em conclusão ao item, que o Direito, ao constitucionalizar a ordem econômica (mundo do ser), transforma e instrumentaliza essa ordem, agora também como ordem jurídica (mundo do dever-ser), transformando, a Constituição do Brasil pelo art. 170, a ordem econômica liberal em ordem econômica intervencionista. Nesse cenário transformador, se impõe,

41 “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil e 1988. **Portal do Senado Federal: Legislação**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/CON1988.asp. Acesso em 06 out. 2019.

42 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 34-38.

43 Para Alexandre Morais da Rosa, o Estado é o garantidor do Mercado. O sistema jurídico é acessório e subsidiário. (Crítica ao Discurso da *Law and Economics*: a Exceção Econômica no Direito. In: ROSA, Alexandre Morais da e LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com Law & Economics**. p. 102-103). A propósito, importante a doutrina de Edgar Morin e Anne Grigitte Kern: **Terra Pátria**. Tradução Paulo Neves da Silva, Porto Alegre: Editora Sulina, 2011, p. 33-36.

constitucionalmente (Constituição diretiva ou dirigente), a implementação de Políticas Públicas⁴⁴, ou seja, a efetivação de um Estado Social.

3.3 ESTADO AMBIENTAL

O Meio Ambiente na Constituição da República Federativa do Brasil se insere dentre os Direitos da Ordem Social (art. 225)⁴⁵.

Tomado de assombro com os acontecimentos da ruptura da barragem da empresa Vale no município de Brumadinho, Estado de Minas Gerais, em 25 de janeiro de 2019, que cominou com a morte de centenas de pessoas e animais, além da imensa e catastrófica degradação ambiental e patrimonial⁴⁶, é necessário reafirmar que o “Estado Ambiental é um Estado que incentiva uma sociedade mais participativa, conhecedora dos seus direitos e deveres, que se preocupa com a qualidade de vida, e deixa de ser essencialmente mercantilista”⁴⁷.

Daí que o Estado Ambiental é superior, em grau de importância para a convivência sustentável da Sociedade, ao Estado Econômico. Sem tal concepção de Estado não se realiza, à totalidade, quaisquer das outras concepções estatais, porquanto o Estado de Direito Ambiental, conforme sustentado por Maria Cláudia Antunes de Souza⁴⁸, decorre do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do conhecimento da degradação ambiental em uma Sociedade de Risco e da Ecologização do Direito.

Para efetivação de tal modelo estatal se faz necessária a conscientização da crise ambiental, da limitação da natureza e da participação dos cidadãos no debate e tomada de ações ecológicas. Nesse sentido, impõe-se, igualmente, a participação da Sociedade Civil e também Transnacional - essa caracterizada como perpassante dos Estados Nacionais, com atuação em âmbitos difusos, como nas questões ambiental, de Paz e de Direitos Humanos⁴⁹ - com vistas a proteção de todo o

44 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed.rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2015, p. 70-74.

45 “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”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil e 1988. **Portal do Senado Federal: Legislação**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/CON1988.asp. Acesso em 06 out. 2019.

46 Uma contextualização sobre esse trágico acidente, com destaques de matérias jornalísticas de vários veículos de informação, nacionais e internacionais, é visualizado em: “Rompimento da barragem em Brumadinho”. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Rompimento_de_barragem_em_Brumadinho. Acesso em 06 out. 2019.

47 SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. Por um novo Modelo de Estado de Direito Ambiental. In: ESPIRITO SANTO, Davi et PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) . **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013, p. 142.

48 Por um novo Modelo de Estado de Direito Ambiental. In: ESPIRITO SANTO, Davi et PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) . **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

49 OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos de Direito Transnacional, In, **Direito Global**: [recurso eletrônico] transnacionalidade e globalização jurídica. Orgs. Alexandre Moraes da Rosa... [et. al.], Itajaí: UNIVALI, 2013, *ebook*: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20DIREITO%20GLOBAL%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O%20JUR%C3%8DDICA.pdf>, p. 38. Acesso em 06 out. 2019.

planeta, mormente em razão de uma nova visão da Soberania e dos princípios da Solidariedade e Cooperação, de modo a concretizar uma Sustentabilidade em diversas dimensões, quais sejam, econômica, social e ambiental.

Nesse cenário, as lições de Edgar Morin e Anne Brigitte Kern são oportunas:

A tomada de consciência da comunidade de destino terrestre deve ser o acontecimento chave do novo milênio: somos solidários desse planeta, nossa vida está ligada à sua vida. Devemos arrumá-lo ou morrer. Assumir a cidadania terrestre é assumir nossa comunidade de destino⁵⁰.

Destarte, existe uma via dupla de proteção, ou seja, ao tempo que se protege o ser humano se protege a Natureza e, quando se protege a Natureza, se protege, consecutivamente, o ser humano. Inexiste, portanto, separação entre o humano e a Natureza⁵¹. Cediço que, para tanto, de grande relevo foram a edição e adesão brasileira à tratados internacionais. Em outras palavras, ressalta-se “a importância do processo de internacionalização de dois direitos essenciais à pessoa humana, os quais estão intimamente interrelacionados: direitos humanos e proteção ambiental”⁵².

Portanto, uma Sociedade somente poderá se desenvolver, possibilitando e concretizando o Bem-Comum de sua população, se conceber os Direitos Sociais e os Direitos Ambientais, prementemente, como pressupostos e razão de ser do próprio Estado, daí emergindo, enfim, um Estado Socioambiental.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo objetivou demonstrar as várias formas com que pode ser objeto de descrição o Estado Brasileiro na sua Constituição.

As concepções formais dizem respeito à estrutura e formalização do Estado, quais sejam, Estado Federal, o Estado Republicano, o Estado Democrático e o Estado de Direito. Dessas concepções se conclui que o Brasil é estruturado para possibilitar a união e reunião de espaços regionais e locais, com interesses particulares em convivência harmoniosa pela Federação, que as pessoas têm o Poder de participar, direta ou indiretamente, das escolhas políticas e que todas essas relações, públicas e privadas, são regulamentadas constitucional e legalmente, direcionando as condutas realizadas no território estatal.

Das concepções materiais de Estado, Estado Social, Estado Econômico e Estado Ambiental, se

50 **Terra Pátria**. Tradução de Paulo Neves da Silva. Porto Alegre, Editora Sulina, 2011, p. 178.

51 SARLET, Ingo Wolfgang *et* FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. Constituição. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 5.ed.rev.atual.amp.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 48-51.

52 FERRER, Gabriel Real; DANTAS, Marcelo Busaglo; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. O processo de internacionalização da proteção ambiental e dos direitos humanos, *In*, **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 4 - Edição Especial 2014, p. 1361.

extraí o predomínio, contemporaneamente, do Estado Socioambiental, que objetiva a conjugação dos ideais da tutela social do Estado e da preservação ambiental, objetivando, em conclusão, uma vida digna e saudável na República Federativa do Brasil.

Para tanto, o predomínio da concepção Socioambiental do Estado brasileiro impõe, necessária e prementemente, que os Poderes instituídos tenham atuação eficiente para a sua plena e real implantação, além de possibilitar e, igualmente impor, à Sociedade, que reivindique, por diversos meios e instrumentos democráticos e republicanos, inclusive através de Organizações e Tribunais internacionais, a concretização dessa concepção estatal.

Em conclusão, as concepções formais de Estado sustentam e alicerçam o exercício e realização das concepções materiais e, no cenário exposto nessa pesquisa, do Estado Socioambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrática de direito, São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ARISTÓTELES. **A Política**, *In*, Aristóteles, tradução Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Brandão, Coleção Os Pensadores, São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

ATIENZA, Manuel. Argumentación Jurídica y Estado Constitucional, *In*, **Revista Novos Estudos Jurídicos** - v. 9 - n. 1 - p.09-22, jan./abr. 2004. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/354>. Acesso em 06 out. 2019.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, 25. ed., Rio de Janeiro: Editora Globo, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**, tradução Denise Agostinetti, revisão da tradução Silvana Cobucci Leite, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 8. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil e 1988. **Portal do Senado Federal**: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/CON1988.asp. Acesso em 06 out. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

_____. **O poder dos juízes**, 3. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FERRER, Gabriel Real; BUSAGLO DANTAS, Marcelo; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. O processo de internacionalização da proteção ambiental e dos direitos humanos, *In*, **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 4 -, p. 1340-1363, Edição Especial 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6708>. Acesso em 06 out. 2019.

GOULART, Clóvis de Souto. **Formas e Sistemas de Governo**. Porto Alegre/Fpolis: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original : *Staatslehre*.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, tradução de Luís Carlos Borges, 3. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização - in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra Pátria**, tradução Paulo Neves da Silva. Porto Alegre, Editora Sulina, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. *ebook* <http://siaiap28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em 06 out. 2019.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**, 14. ed., Florianópolis: Editora Empório Modara, 2018.

ROMPIMENTO DE BARRAGEM EM BRUMADINHO. *In*: **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Rompimento_de_barragem_em_Brumadinho&oldid=54264604>. Acesso em 06 out. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao Discurso da *Law and Economics*: a Exceção Econômica no Direito. *In*: ROSA, Alexandre Morais da e LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com Law & Economics**.

SARLET, Ingo Wolfgang *et* FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. Constituição. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 5.ed.rev.atual.amp.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 13. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. Por um novo Modelo de Estado de Direito Ambiental. *In*: ESPIRITO SANTO, Davi *et* PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) . **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Editora Insular, 2013.

VILANOVA, Lourival. **O Problema do Objeto da Teoria Geral do Estado**, *In*, Escritos Jurídicos e Filosóficos, vol. 1, São Paulo: Editora Axis Mundi, 2003.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. téc. Gabriel Cohn, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, 2009 (reimpressão).



DISCURSOS

DISCURSO DE APOSENTADORIA - JUÍZA DENISE HELENA SCHILD DE OLIVEIRA

Boa tarde a todos!

Saúdo respeitosamente todas as Autoridades já nominadas pelo cerimonial e que compõem a mesa de trabalhos, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, a quem peço licença para proceder à leitura do discurso em nome da homenageada Denise Helena Schild de Oliveira.

Cumprimento especial, ainda, aos Desembargadores e Desembargadoras, Juízes e Juízas, membros do Ministério Público, demais Autoridades, Advogados, Servidores, familiares, convidados e amigos que muito nos honram com suas presenças.

Senhoras e senhores,

Foram 21 anos de trabalho árduo e dedicação exclusiva à magistratura catarinense, desde 17 de fevereiro de 1998, quando jurei cumprir fielmente as funções do cargo.

E cumpri, apesar das dificuldades e das falhas cometidas, segui com firmeza e determinação sem me desviar das obrigações e das metas.

Tudo começou na comarca de bom retiro, onde advoguei durante 10 anos, sonhando sempre com a magistratura, um ideal que cultivei por longos anos.

Enquanto magistrada, busquei sempre a verdade real em cada decisão, sem olhar a quem, sempre norteada pelos princípios do direito e pelos ditames da lei.

Deixei minha família e fui cumprir o ideal de fazer justiça.

Percorri muitas comarcas desta linda Santa Catarina, onde fiz amigos e conheci a realidade de cada região, observando o propósito dos seres humanos que buscavam a prestação jurisdicional.

Vivi o dia-a-dia das unidades prisionais, os anseios dos presos e o sofrimento das vítimas.

Procurei amenizar conflitos, conciliar disputas e encorajar projetos, sempre em prol do direito e do justo.

Se fui compreendida, não sei, mas tenho a consciência do dever cumprido e a certeza de que tal qual a balança de Osiris, em que acreditavam os antigos egípcios, que os pecados dos homens eram medidos pelo peso de seu coração, que deveria ser o de uma pena de avestruz, no juízo final procedido pela deusa “maat” da verdade e da justiça.

Contudo, isto não significa que eu não tenha cometido injustiças e equívocos ao longo da carreira.

Hoje é difícil, para mim, fechar a porta, encerrar o ciclo de 21 anos de magistratura, pelas fatalidades que me fizeram retornar ao lar antecipadamente, sem que eu tenha tido sequer pensado ser esta a minha vontade.

Mas a vida é feita de surpresas e contratemplos nem todos agradáveis e para os quais não estamos preparados.

É difícil aceitar as vicissitudes e as derrotas.

Ventos que sopram a nosso favor às vezes nos derrubam de forma abrupta e inesperada.

Cada um de nós cumpre o destino que lhe foi traçado.

Retornei ao ninho familiar, onde aguardo novos ciclos de vida para seguir adiante, porém, não esqueço as lides forenses que movimentaram os meus dias de labor, nem as pessoas que me auxiliaram e me apoiaram no desempenho das tarefas cotidianas como magistrada.

Muitos foram os amigos conquistados, os quais guardarei para sempre:

Os colegas magistrados, os promotores de justiça, os assessores, os servidores, os estagiários, os advogados e os defensores públicos, que compartilharam comigo satisfações e dificuldades.

Muitas são as lembranças que hoje me fazem acreditar que a vida é feita de momentos, tal qual colcha de retalhos que tecemos a cada etapa de nossa existência.

A recompensa por tantos anos de dedicação ao poder judiciário catarinense veio para mim através desta homenagem ímpar e inesquecível na vida profissional.

Só tenho a agradecer pela vivência como magistrada.

Apesar da grande perda que eu e minha família sofremos, tentei prosseguir, mas outras fatalidades acabaram por me afastar definitivamente do trabalho.

Entretanto, agradeço ao divino mestre pelo tempo que me concedeu para cumprir o meu papel social.

Aos demais que caminharam comigo, cada um sabe o que significou para mim, e todos tem a minha gratidão.

Agradeço ao tribunal de justiça de Santa Catarina, na pessoa de seu presidente, por este momento tão solene e especial que me proporcionou a oportunidade de me despedir pessoalmente desses tantos amigos que aqui se encontram, o que me faz mais feliz e certa de que tive o mérito de conquistar tantas pessoas.

Não gostaria de falar em despedida pelo conteúdo emocional da palavra, porém, é inevitável em se tratando de aposentadoria.

Mas todos caminhamos para isso, seja hoje ou amanhã.

Impossível evitar-se a despedida, pois a vida passa e o tempo é inexorável. Nada é para sempre neste mundo em que vivemos.

Tudo começa e tudo termina e se renova. É a lei do criador. Não somos eternos a não ser em nossa essência.

Aos nobres desembargadores **Joel Dias Figueira Júnior e Ronaldo Moritz Martins da Silva**, ora também aposentados, desejo sucesso nas novas atividades que provavelmente irão desempenhar.

Agradeço, por fim, à junta médica oficial do poder judiciário por ter acolhido meu pedido de aposentadoria por invalidez, bem como ao excelentíssimo desembargador José Carlos Carstensz Köller, relator do processo administrativo, pelas palavras carinhosas rogando pela minha saúde, e pelo voto favorável que levou ao deferimento do pedido pela presidência desta corte, a quem também manifesto minha gratidão.

Obrigada a todos os presentes, em especial àqueles que atenciosamente atenderam ao convite para participar desta solenidade.

DENISE HELENA SCHILD DE OLIVEIRA

DISCURSO DE POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR

DES. LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA – FLORIANÓPOLIS, 23 DE AGOSTO DE 2019

Saúdo respeitosamente todas as Autoridades antes nominadas pelo cerimonial e que compõem a mesa de trabalhos, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço.

Cumprimento especial, ainda, aos Desembargadores e Desembargadoras, Juízes e Juízas, membros do Ministério Público, demais Autoridades, Advogados, Servidores, familiares, convidados e amigos que muito me honram com suas presenças nesta noite.

Ao Desembargador recém aposentado Joel Dias Figueira Júnior, magistrado de reconhecido saber jurídico, autor de obras científicas na área do Direito com ampla difusão nacional, Professor e Palestrante, cuja cadeira nesta Casa da Justiça tenho a honra de suceder, reafirmo o compromisso de atuar com dignidade, decoro, retidão, muito trabalho e comprometimento com a causa da Justiça.

Aliás, e porque todos que por aqui passaram deixaram seu legado de dedicação, labor e esforço, registro que aquela cadeira momentaneamente vazia, para meu orgulho, também teve como antecessor o ilustre Des. Alcides dos Santos Aguiar, homem de reconhecida retidão, competência e postura ética, e, antes dele, o Des. Francisco May Filho, ex-Presidente desta Corte que, por coincidência ou destino, foi meu Professor na primeira fase do Curso de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, no distante ano de 1986. Disse-nos ele, no contato inaugural com seus neófitos, para não nos assustarmos se alguém afirmasse já estar o mercado saturado de profissionais do Direito, porque os muito bons se contavam nos dedos. Advertiu-nos então: não se contentem em ser apenas mais um neste curso, procurem ser os melhores. Estas palavras jamais se apagaram em minha memória e serviram de permanente motivação. Não imaginava um dia suceder o lugar ocupado pelo Mestre e Desembargador. Se acaso ou destino não sei, mas como gosto de pesquisar, me surpreendeu descobrir que a posse do Des. May Filho nesta Corte se deu em 05 de janeiro, para mim uma data especial, posto que coincidente com o dia e o mês do nascimento da minha primogênita Priscilla. Encontros da vida. Passado e presente que se entrelaçam na construção do futuro e, por essa razão, em nome de todos aqueles que tiveram a honra de vestir a toga e integrar esta Casa da Justiça, homenageio a memória, agora também eterna, do Desembargador Alberto Luiz da Costa, recentemente elevado a outro plano para transmitir sua luz e sabedoria aos graus mais sublimes da existência.

Valho-me das palavras de Ariano Suassuna, em seu discurso de posse na Cadeira 32 da Academia Brasileira de Letras, para justificar a reverência aos nossos antecessores: “eis a força da tradição verdadeira, aquela na qual não nos limitamos a ‘cultuar as cinzas dos antepassados’, mas tentamos, sim, ‘levar adiante a chama imortal que os animava’”.

Este o propósito mais sublime do resgate histórico que ora se faz. Precisamos manter permanentemente acesa a chama imortal que anima nossos espíritos e se renova a cada ciclo, a cada geração, pois nela estão contidos os valores e virtudes, o vigor e a energia fundamentais para iluminar o titular daquela cadeira inerte, e transformá-la em instrumento de preservação da força viva da Constituição, expressão tão bem cunhada pelo jurista alemão Konrad Hesse.

Boa noite a todos.

Devidamente saudados o presente e o passado, início com os versos do músico e poeta Renato Russo, verdadeiro hino dos anos 80, que marcaram indelevelmente a minha juventude: “Mas é claro que o sol vai voltar amanhã, mais uma vez, eu sei. Escuridão já vi pior, de endoidecer gente sã, espera que o sol já vem. Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena acreditar no sonho que se tem, ou que seus planos nunca vão dar certo, ou que você nunca vai ser alguém [...]” (canção “Mais uma Vez”).

Essa breve citação, tão repleta de significado, me estimula a contar uma rápida história, retrato da vida real, vivida e experimentada a cada instante, trespassada pelos momentos bons e ruins, frios e quentes, claros e escuros, tão diferente daquela que hoje se dissemina em páginas virtuais, redes sociais, consumida vorazmente por meio de aparelhos móveis que nos roubam o tempo, um bem tão precioso e não renovável nessa “modernidade líquida” apontada pelo sociólogo e filósofo Zigmunt Baumann.

Aliás, vida virtual repleta de uma felicidade plena e permanente, por vezes até “irritantemente feliz”, como se viver não acarretasse a velhice e seus traços, não nos causasse cansaço, tampouco preocupação com as coisas mundanas. Postagens de uma sucessão de viagens para locais paradisíacos, como se fossem lugares comuns para todos os finais de semana e acessíveis a qualquer mortal, dotados de uma natureza exuberante e protegida. Cenários irreais, verdadeiros véus a encobrir a fauna e a flora ameaçadas por uma sociedade de risco repleta de graves problemas de sustentabilidade, globalizada com seus reflexos econômicos e sociais, como sinalizou Ullrich Beck.

E, quase esqueço, as fotos(!), sempre elas, em sua abundância infinita graças ao sistema digital, a revelar rostos de uma simetria milimétrica, deveras duvidosa, sorrisos eternamente jovens e brilhantes, dentes perfeitos, inteligência em todos os ângulos. *Posts, likes, dislikes* e quejandos. Geração de baixa tolerância às frustrações. Tempos modernos, talvez não tão belos...

Pois bem. A história real a que me proponho contar é a de um garoto cujo pai, com coragem, resolveu sair da complexa e estafante vida em um grande centro urbano para se fixar com a família (esposa e três filhos) em uma linda cidade ao sul do mundo, com belas praias e um ambiente tranquilo, e recomeçar a sua trajetória profissional. Trazia no coração a certeza de que seu empenho o levaria ao sonho de poder ali se firmar e prosperar.

Não sabia ele, naquela época, o quanto serviu de referência para seus três pequenos rebentos, em especial o filho mais velho, porque naqueles tempos já conseguia compreender o grau das dificuldades que se apresentavam, do alto dos seus nove anos de idade.

Em um ambiente totalmente novo, nosso pequeno garoto teve que enfrentar a escola desconhecida, conquistar amizades, se fazer respeitar, até ser compreendido como um igual, um “manezinho”, especialmente porque naqueles tempos a capital, cidade escolhida, ainda mantinha forte os laços de reconhecimento mútuo entre as famílias tradicionais, e, um gaúcho e gremista, por certo, não era lá muito próximo do padrão local.

Decidido a fazer amigos, nosso menino forasteiro seguiu sua marcha, e, em um lampejo de sabedoria, tornou-se torcedor do “Leão da Ilha”, juntamente com o pai e irmãos.

A mãe, uma imigrante alemã nascida em Berlim, sempre presente e incentivadora na caminhada, ensinava não ser a vida algo que podemos desperdiçar, pois ao mesmo tempo encarna uma oportunidade e um compromisso, a exigir o nosso melhor para cumprirmos a missão a que nos propusemos ao descermos nessa terra abençoada. Você pode ser o que quiser, dizia ela, basta querer e se dedicar.

E assim o tempo voou. O menino cresceu, as brincadeiras continuaram e a alegria não desapareceu, graças à vocação para o esporte e a competição, que o ensinaram a ganhar e a perder, a dominar as frustrações e a impotência diante do adversário mais forte, e, sobretudo, a compreender que mudar a estratégia por vezes é necessário, escondendo-se nos erros as maiores lições para que possamos avançar.

Nessa jornada, a família esteve sempre presente em todos os momentos. Pais e irmãos atravessaram as desventuras unidos, inclusive quando as forças da natureza resolviam mostrar quem comandava o tempo, lançando sobre a cidade chuvas de verão torrenciais que faziam lembrar o dilúvio bíblico, provocando enchentes que por mais de uma vez não pouparam as madrugadas do nosso protagonista, lançando-o ao trabalho sob a tormenta e depois ao desabrigo diante da casa inundada, transformada em lamaçal excruciante até para os mais fortes. Lições duras da vida, ensinaram ser mais fácil construir do que reconstruir, e que guardamos dentro de nós a força motriz necessária para suplantar qualquer desafio – basta procurar e acreditar.

Vida que segue. Muito estudo, vestibular concorrido e uma única chance – a Universidade Federal, porque uma instituição privada estava fora de cogitação.

Primeira conquista alcançada.

O menino-moço agora trabalhava durante o dia e cursava a Faculdade de Direito à noite. Jornada pesada, mas a vida fez seus ombros largos para suportarem as intempéries, e, de outra ponta, colocou em seu caminho um talismã, uma joia, um verdadeiro portal de energia e inspiração que jamais o abandonou. A vida tem dessas coisas. Para alguns, mera coincidência, para outros o destino. Mas a coincidência ou o destino não surtem o efeito certo se o destinatário fechar os olhos, estiver desatento, não escutar o coração. E, porque sempre alerta o gajo, no dia da formatura pode ver a luz que dela brilhava na plateia enquanto atenta assistia à sua colação de grau.

Pronto. Formado. Agora jovem Advogado, trabalhou com afinco na defesa daqueles que buscavam socorro, mas, acima de tudo, sua preocupação era com a Justiça. Ao conviver com dois

Advogados experientes, de irretocável conduta ética, pode aprender e perceber a importância da Advocacia na concretização do Direito.

Vivenciar diariamente a constante luta e muitas vezes a dificuldade de provar a razão do cliente, as deficiências do serviço judiciário e a injustiça que um processo judicial mal instruído ou malconduzido pode provocar, reforçaram os questionamentos sobre a Justiça ideal, a Justiça que queremos e merecemos e o desejo de contribuir para o aperfeiçoamento desse complicado sistema.

Com o passar do tempo, a continuidade dos estudos o fez sonhar em atuar como Juiz. A preparação na Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina foi fundamental, e, para concluir essa etapa, uma vez mais, contou com o apoio incondicional do seu talismã, agora elevada à insubstituível condição de noiva.

Não faltaram vozes, ao anunciar seu intento, a duvidar da capacidade do moço ou mesmo classificar a decisão como “pretensão temerária”. Dele não duvidou, entretanto, a sua grande família, naquele momento ampliada pelo carinho e amor que recebida dos futuros sogros, verdadeiros segundos pais, e também da cunhada e cunhado, novos irmãos.

Determinação, persistência, renúncia à vida social, recolhimento para estudos nos finais de semana e feriados, estas e algumas outras estratégias foram severas, mas compatíveis com a envergadura da empreitada no inefável jogo da vida. O desafio só não foi mais penoso porque além do carinho e amor da família ainda teve o apoio e o incentivo de inesquecíveis Magistrados Professores (Des. Norberto Ulysséa Ungaretti, Des. Francisco José de Oliveira Filho, Des. Alcides dos Santos Aguiar, Des. Napoleão Xavier do Amarante, Des. João de Borba, Des. Ivo Sell, Des. Anselmo Cerello, Des. Jaime Luiz Vicari, Des. Nilton João de Macedo Machado), estes que nunca lhe recusaram uma palavra de conforto e segurança quando os céus se tornavam cinzentos e a vontade de desistir sobrevoava seus pensamentos.

Em janeiro de 1993, enfim, depois de superada a verdadeira batalha dos aflitos de 1992 (concurso público), o jovem Juiz assumiu o cargo com aquele juramento que até hoje ressoa em seus ouvidos e o faz lembrar das inúmeras vezes em que, do interior de um ônibus de linha, ao passar ao largo deste Egrégio Tribunal rumo à Faculdade, olhava para o prédio imponente e sonhava um dia entrar pela porta frontal como um de seus membros, para fazer valer a Justiça de forma igual para todos, pobres ou ricos, de todas raças, idades, religiões, gêneros, orientações partidárias, sem tergiversar com os vícios que corrompem a alma humana e que tanto mal já fizeram à humanidade.

No dia da posse, lá estava seu talismã novamente, “promovida por merecimento” ao cargo (ou fardo?) de esposa, e convidada, por imposição legal, a resistir e a assistir às inúmeras dificuldades que a Magistratura impõe aos seus membros, desde as constantes mudanças de cidades, com as adaptações e custos pessoais, familiares e financeiros daí decorrentes, até as pressões e incompreensões das mais variadas, os riscos, as noites insones sobre processos de alta complexidade, a angústia de querer fazer o máximo e o melhor, mas ser vencido pelo irrefreável volume crescente de processos, conflitos e dramas de uma sociedade polimórfica, desigual e cada vez mais vigilante e ávida por serviços públicos de qualidade.

Nos vinte e seis anos que se seguiram o jovem Juiz amadureceu (mas ainda não envelheceu!). Audiências, despachos e sentenças, Turma Recursal, Justiça Eleitoral, Substituições no Tribunal, muito trabalho e dedicação.

Na Academia, buscou o permanente aperfeiçoamento profissional com o Mestrado e o Doutorado, lecionou em Faculdades de Direito, escreveu artigos científicos, publicou obras jurídicas e literárias, sempre com o propósito de se manter tecnicamente preparado e à altura das responsabilidades que a Sociedade catarinense e brasileira lhe outorgaram: servir bem e melhor à causa da Justiça.

Ei-lo aqui, agora, nesta tribuna, o nosso personagem. Os óculos para leitura denunciam o tempo e a realidade da história. Abre-se um novo capítulo.

Para a minha alegria, na plateia novamente posso divisar o talismã, com ainda maior brilho do que outrora, porque ladeada por duas pedras preciosas, frutos do amor mais puro e pleno, pedaços do céu com os quais o Grande Arquiteto do Universo permitiu fosse completada a minha família, a minha vida.

Família, palavra mágica, raiz de tudo, começo e fim, princípio e destino, motivação e beneficiária de todos os nossos esforços para edificar uma Sociedade virtuosa, justa, ética, fraterna, livre e solidária.

Os compromissos do jovem estudante, do jovem Advogado e do jovem Juiz se unem e renovam neste momento, ao ser guindado ao cargo de Desembargador.

Sabedor das enormes e atuais dificuldades e desafios atravessados pelo país e em especial o Poder Judiciário, com seus mais de 100.000.000 (cem milhões de processos), mantenho no íntimo a crença de que a força do conjunto é muito superior aos problemas noticiados à exaustão. A energia dos homens e das mulheres de bem, daqueles que trabalham com afinco, com perseverança, comprometidos em fazerem o seu máximo, independente do cargo, função, emprego, posição social ou salário e seja qual for a cor do governo que está no poder, revela-se combustível abundante na Sociedade brasileira, ainda que disperso e a reclamar melhor direção, foco e coordenação para produzir os resultados positivos esperados. Temos que nos manter otimistas, agir nesse sentido, não podemos esmorecer.

Por esse rumo, acredito que uma nação sem bons profissionais, uma Sociedade miserável de cidadãos de bem para fazer girar equilibradamente a máquina social estará fadada ao colapso, ao insucesso, ao caos, ainda que organizada sob a forma de Estado e dotada de instituições políticas e jurídicas, porque a riqueza maior de uma nação está nas pessoas, no ser humano que encarna toda e qualquer função e executa do mais simples ao mais belo e complexo ato no teatro da vida.

A história da humanidade está repleta de civilizações que saíram do apogeu para a barbárie, por obra da corrosão dos valores sociais que devem presidir as relações humanas; mas, ao mesmo tempo, também nos mostra o exemplo de países que, arrasados pela 2ª Guerra Mundial, se reergueram e se transformaram em grandes potências em pouco mais de uma década, graças à força e à capacidade de seu povo.

Assim, se há um caminho para construirmos um mundo melhor, com pessoas melhores, com uma Justiça jurídica e social plena, essa estrada haverá de ser construída e pavimentada inelutavelmente com a disponibilização de iguais oportunidades, fortalecimento das famílias e oferta de educação de qualidade para cada cidadão desta pátria, desde os primeiros passos até a formação profissional.

O resultado final dessa equação (famílias fortes + educação + iguais oportunidades) será uma verdadeira mudança de perspectiva na Sociedade brasileira, na medida em que o sucesso passará a ser proporcional ao mérito e ao esforço individuais ao longo da jornada da vida, e não o fruto do simples fato de se ter nascido em berço afortunado.

Por essas razões, neste ato, rendo a minha homenagem a todos os perseverantes e bons Educadores do meu Estado e país, aqui representados pelo Professor aposentado Newton Alves de Carvalho, este que, durante décadas de docência na Universidade Federal de Santa Catarina, com uma dedicação e obstinação singulares pela perfeição e retidão, ajudou a formar milhares de alunos, dentre eles bons médicos e odontólogos, o que o faz reconhecido até hoje pelos seus aprendizes.

Acrescento ainda as pessoas dos Professores Doutores César Luiz Pasold, Paulo Márcio Cruz e Marcelo Busaglo Dantas, exemplos de pesquisadores no meio Acadêmico e que tanto têm contribuído para o aperfeiçoamento dos magistrados catarinenses.

Os Professores são ferramentas indispensáveis se pretendemos alterar os rumos e prumos sociais, a quem todos devemos o nosso melhor respeito, consideração e reverência.

Finalizo. A história do jovem menino não se encerra aqui, pois a escada que ascende à perfeição ainda precisa ser vencida, degrau a degrau, agora como Desembargador desta respeitada e secular Corte de Justiça.

O livro de registros dessa etapa que se inaugura está em branco e suas linhas na expectativa das primeiras anotações.

Serão elas, neste momento, os agradecimentos que não podem deixar de ser registrados, pois que ninguém alcança seus objetivos sozinho, sem a contribuição e o engajamento de muitos rostos e mãos a amparar e auxiliar na transposição dos obstáculos.

Recebam, pois, a justa homenagem.

Desde logo, e em especial, à minha esposa Cristiane e às minhas filhas – Priscilla e Ana Luiza – o meu amor eterno. Conheci Cristiane quanto tínhamos quatorze anos de idade e dela não mais me afastei. Crescemos juntos. São trinta e oito anos de cumplicidade, na alegria e na tristeza, na saúde e na doença. Sou um homem de sorte por tê-la encontrado tão cedo, e ela uma mulher sábia ao aceitar meu convite para compartilharmos essa existência no amor sincero e verdadeiro. A beleza da sua alma resplandece no brilho dos seus olhos de cristal azul, e a grandeza do seu caráter lhe faz forte para suportar qualquer trabalho, executar qualquer tarefa com inteligência e perfeição. Admiro sua sinceridade, autenticidade e generosidade. Diz a lenda que nos pequenos frascos estão

os piores venenos. Pois informo que nesse pequeno e bem ornado frasco está o mais doce perfume; mas, adverte-se: a depender da ocasião, também pode deixar algumas notas fortes de pimenta no apreciador. Obrigado, minha pequena e grande “Cristi”.

Às minhas eternas princesas, Priscilla e Ana Luiza, só posso dizer que fui abençoado por poder viver com vocês até hoje, aprender, ensinar e assistir cada uma se tornar um ser cheio de luz, capazes de transformar a noite em um dia de verão, o inverno frio e gelado em calor de brasa acesa, a lágrima em um sorriso aberto. Não há distância capaz de quebrar os laços que nos unem. Estarei perto sempre minhas filhas, tenham absoluta certeza, pois, para o amor, o longe não existe. E, se o Criador me deixasse escolher uma forma de por vocês ser lembrado, não olvidaria jamais, seja lá onde estiver, quando o barqueiro vier, e pelo tempo até então vivido, escutar de seus corações, ter sido eu um pai querido.

Também sou grato à Deus e aos meus sempre amados pais Ronaldo (aqui presente) e Brigitte (*in memoriam*), pela ventura de uma vida feliz desde a infância, juntamente com meus irmãos Luiz Gustavo e Luiz Marcelo, e, ao depois, com as cunhadas Thereza Cristina e Louise, e os queridos sobrinhos Guilherme, Murilo e Mariana.

Guardo com carinho as lembranças de uma família que se formou e cresceu no amor, no respeito e liberdade. Com eles aprendi a não desistir nunca, perseverar sempre, mesmo quando as dificuldades pareciam superar nossas forças, pois apenas pareciam.

Aos meus queridos sogros Newton e Sueli (também presentes), o meu carinho imorredouro, porque me receberam como filho, desde os tempos da Faculdade (a sogra muito antes, porque namorava Cristiane sem o sogro saber). Apoio em todas as lutas e em todas as situações. Incentivo e confiança nas vitórias. Solidariedade nos percalços. Generosidade e amor sem medida que, igualmente, me entregaram os cunhados Newton (Juliana e o sobrinho Gabriel) e Letícia, esta que acompanhei desde o nascimento e tenho como a irmã que Deus me havia esquecido de dar, e que agora vejo na contingência de dividir com o marido Daniel, mais um amigo/irmão, completados com a pequena Helena, fruto dessa bela união, alegria de criança que renova as nossas esperanças.

Agradeço a acolhida que recebi de Salete, com quem meu pai formou uma nova família após a prematura partida de minha mãe, e o carinho de seus filhos, Luciano, Maria Luiza e Renato, porque sempre me dispensaram um tratamento de irmão.

Aos queridos familiares, tios, tias, primos e primas dessa grande família Schuch, expresso minha gratidão pelo carinho com o qual sempre fui recebido e tratado, mesmo quando a distância impossibilitava um convívio mais próximo.

Meu reconhecimento e gratidão aos colegas Juízes e Juízas que lutaram e lutam comigo o bom combate, sempre, que não desistem de buscar a construção de uma Justiça melhor, mais efetiva, rápida e com qualidade, e que resistem na defesa da Magistratura brasileira, por vezes atacada e aviltada injusta e indevidamente por oportunistas de plantão, tão só por exercerem com firmeza sua missão constitucional sem medo, com coragem e ciosos da responsabilidade do cargo frente

à expectativa social. O momento exige unidade e seriedade na defesa da Democracia brasileira, e tenho certeza de que os Juízes não se furtarão ao seu papel de guardiões da Constituição.

Minha homenagem também aos eminentes e dignos pares aqui presentes, e o faço nas pessoas dos Desembargadores aposentados José Trindade dos Santos e João Eduardo Souza Varella (*in memoriam*), exemplos de probidade, retidão, firmeza e equilíbrio ao longo de suas exitosas carreiras como julgadores e ex-Presidentes desta Corte de Justiça, com os quais tive a honra de conviver intensamente entre os anos de 2009 e 2012, quando os assessoriei nas suas profícuas gestões na Presidência deste Tribunal.

Aos estimados alunos e ex-alunos, aos amigos e irmãos de antes e de agora, muitos deles integrantes de nobres e relevantes instituições como o Ministério Público, a Advocacia, a Procuradoria do Estado, o Magistério Superior, as Polícias Civil e Militar e a Imprensa, agradeço a amizade sincera e os homenageio nas pessoas dos Advogados Dr. André Luiz Mendes Meditsch e Dr. Valdemiro Borini, profissionais exemplares com os quais iniciei efetivamente nas lides jurídicas e que me ensinaram valiosas lições extraídas da prática forense, dentre elas, que a ética profissional e a verdade são armas poderosas contra a injustiça.

Saúdo ainda os competentes servidores do Poder Judiciário catarinense, em especial aqueles das comarcas nas quais atuei e desta Corte, dedicados parceiros de tantas adversidades, sempre superadas e transformadas em motivação para avançarmos ainda mais. Minha carreira, se foi produtiva até aqui, muito tem do esforço de cada um de vocês. Sou eternamente grato pela lealdade, paciência e dedicação. Em nome de todos destaco o Secretário Jurídico do meu Gabinete, Luiz Gustavo Latocheski, os Assessores Márcio Leandro Carvalho De Cesaro e Douglas Antunes Pacheco, as Assessoras Aline Fontana, Manuela Ávila Búrigo, Camila Dal Comuni Augusto e Isadora Meurer Wisintainer, e os Estagiários Christian, Erilayne, Rafaela e a colaboradora Beatriz Zapelini, exemplos de comprometimento e dedicação. Destaco ainda o incomparável Jurandir Schroeder, Diretor da Coordenadoria de Magistrados, amigo leal, competente e que muito me auxiliou quando ocupei a função de Coordenador de Magistrados da Presidência do Tribunal. Ser humano sensível e íntegro, verdadeira unanimidade na Magistratura catarinense.

Enfim, porque me alonguei demais, defeito grave para um orador, mas que o momento pede que se perdoe pela emoção e natureza da solenidade, encerro como iniciei, com uma bela mensagem de Renato Russo, lapidada a partir da sabedoria popular: “Se você quiser alguém em quem confiar, confie em si mesmo. Quem acredita sempre alcança”.

Deus ilumine nosso caminho.

Muito obrigado pela presença de todos.

DISCURSO DE DESPEDIDA DA MAGISTRATURA CATARINENSE⁵³

Joel Dias Figueira Jr.

Saudação ao Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Des. Rodrigo Collaço, em nome de quem cumprimento as demais Autoridades componentes da Mesa.

Peço vênica para saudar o todos os Membros deste Tribunal em nome do Des. Ricardo Roesler, estimado amigo de longas datas, figura ímpar da Magistratura Catarinense, recentemente eleito para dirigir o Judiciário Catarinense – biênio 2020/22 e desejar-lhe os mais efusivos votos de muito sucesso, extensivo aos demais Membros que integrarão a nova gestão.

Minhas senhoras e meus senhores.

Em data de 3 de julho do corrente ano enderecei uma *Carta Aberta* aos estimados e mui dignos magistrados de meu Estado... creio que aquelas palavras hão de reverberar, com algumas modulações, neste instante tão especial de minha vida... pois se trata de uma espécie - quase surreal - de “despedida sem dizer adeus”.

Nada mais certo e necessário do que compreendermos a dimensão do tempo em nossas vidas... de fato, “tudo tem seu tempo” (cf. Eclesiastes Cap. 3: v. 1-8) e, com ele, os seus ciclos que se completam com o passar dos segundos, das horas, dos dias e dos anos. A verdade é que, queiramos ou não, tudo tem o seu momento, o início, o meio e o fim.

Pois bem: em 27 de dezembro de 1984, concretizava-se o maior e o mais sonhado dos meus sonhos – aos 25 anos de idade, tomava posse como Juiz Substituto em meu Estado natal, ao lado de outros nove jovens e brilhantes colegas (Rogério Mariano Nascimento, Mara Chechi, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Cesar Abreu, Elmo Fiegenbaum, Soraya Nunes Lins, Vicente Cargnin e os saudosos Victor José Sebem Ferreira e Manuel Cardoso Green,) em uma solenidade simples, sem pompas (como era o costume da época), mas repleta de muita esperança, entusiasmo e calor humano.

Tudo se passava no gabinete da Presidência, sob a batuta firme do saudoso Desembargador Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz, que aproveitou o ensejo para repassar-nos algumas lições dos Mestres italianos (Carnelutti e Calamandrei) e lembrar-nos da importância do estudo da doutrina para bem julgar, somados aos aconselhamentos precisos e oportunos de quem sempre soube ser um bom juiz.

Era 2 de janeiro de 1985 (seis dias após tomarmos posse), um dia escaldante ensolarado de verão, quando iniciava o exercício da judicatura na 9ª Circunscrição, com sede em Timbó; cheguei então ao Fórum, conduzindo um chevette e trajando um terno novo de linho branco para substituir, por 30 dias, os juízes Gildo Kütne e Eládio Torret Rocha – Des Raulino era na época Promotor na Comarca)... Naquele dia, então, eu não apenas soube, mas também senti e pratiquei o verdadeiro

⁵³ Discurso proferido na solenidade de homenagem em razão de aposentadoria, em Plenário do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, às 14h do dia 18 de dezembro de 2019.

significado do substantivo *realização*... e, o mais importante, é que este sentir fez-se presente durante todos os dias de minha longa carreira, sentimento que se manteve vivo até o último momento em que estive julgador. A bem da verdade, fui um juiz plenamente realizado.

Passados quase 35 anos de efetivo exercício da judicatura - dos quais 14 anos integrando este colendo Tribunal de Justiça, ininterruptamente em Câmara Cível - (somados a aproximadamente 4 anos de trabalho em iniciativa privada e dois anos como servidor desta Casa, no cargo de Secretário Jurídico do saudoso Des, Ernani Palma Ribeiro) percebi que o grande ciclo haveria de ser concluído para descortinar-se uma nova etapa em minha vida pessoal e profissional.

Confesso ter sido a mais difícil decisão por mim já tomada, fruto amadurecido de reflexões constantes por dois anos, pois sempre fui sabedor de que, ao tomar a decisão, eu mesmo estaria sendo o juiz, o executor, o protagonista do cumprimento de minha própria “sentença”, sem volta, porquanto tomada em pleno exercício do *livre arbítrio* que me foi confiado.

Registro que durante todos esses 35 anos de Magistratura, tive a grata satisfação de judicar em dezenas de comarcas, oportunidade de conviver com o povo alegre, honesto e trabalhador do meu Estado, de servi-lo e de conhecê-lo em suas múltiplas facetas, e, em especial, de desfrutar do convívio dos estimados colegas Magistrados, membros do Ministério Público, Advogados e Serventuários, muitos deles amigos queridos que foram angariados ao longo desses anos e cuja companhia tenho a ventura de desfrutar até os dias atuais. Gostaria de nominá-los, um a um ... mas não são poucos e o tempo que me foi concedido para falar nesta solenidade é curto ...

Portanto, as palavras, neste momento, hão de ser breves e precisas; parece-me que *gratidão*, *respeito* e *admiração* possam sintetizar os meus elevados sentimentos voltados aos Magistrados, Advogados, membros do Ministério Público e Serventuários da Justiça do Estado de Santa Catarina.

Lembrei-me o que Miguel de Cervantes escreveu em seu clássico *Dom Quixote*, ao assentar que a “verdadeira nobreza consiste na virtude”; e, diga-se de passagem: o que não falta à centenária Corte Catarinense é nobreza, porquanto virtuosa em dignidade, em retidão moral de seus Membros além de sempre reconhecida, nacionalmente, pela elevada qualidade de seus julgados.

Oportuno também trazer o pensamento do eterno mestre Piero Calamandrei - nascido na capital do Renascimento, em 1889 - em seu memorável *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* quando se refere aos magistrados - disse Ele: “*Não conheço outro ofício que exija mais do que aquele dos juízes, o exercício forte do sentido de viril dignidade: o senso que impõe de buscar na própria consciência, muito mais do que em outros comandos, a justificação do seu próprio agir e de assumir em plenitude, de face aberta, a responsabilidade*” (trad. livre. Milano: Ponte alle Grazie srl, ed. 2011, p. 342).

Ao despedir-me não posso deixar de registrar o quanto me orgulho de ter envergado com elevada honra a toga que, ainda muito jovem, um dia sonhei trajar, assim como reconhecer o legado que a Magistratura concedeu-me no campo da moral, da ética, da dedicação, da luta comprometida pela superação, da arte de exercitar o bem, da prática do equo e do justo, na diuturna e difícil missão de distribuir justiça “dar a cada um o que lhe é devido”.

Agradeço também a esta Corte pela confiança que sempre depositou em meus estudos, autorizando-me ainda muito jovem (com 28 anos de idade), nos idos de 1988, a realizar pós-graduação no exterior (fui o segundo magistrado na história do Judiciário Catarinense a sair do Brasil para estudar - Especialização em Direito Civil e Processual Civil na Universidade de Milão e, mais recentemente, Pós-doutorado na Universidade de Florença, em 2011), além de Mestrado e Doutorado na PUC-SP.

Em contrapartida, procurei retribuir ao Judiciário e aos jurisdicionados com dedicação diuturna aos meus processos e com a qualidade de meus julgados, além da publicação de centenas de artigos, diversos livros, assim como sempre atendi prontamente aos convites que me foram dirigidos pela Academia Judicial e Escola Superior da Magistratura... e poderão continuar sempre contando com a minha colaboração científica.

Contudo, como disse ao iniciar este pronunciamento, não se trata de uma despedida propriamente dita, mas um aceno de “até breve”, pois enquanto Deus conceder-me força e lucidez, estarei presente no mundo do Direito, pois a ciência jurídica passou a ser parte entranhada em minha essência, razão pela qual continuarei prestando a minha modesta, porém sincera, firme e dedicada colaboração forense e acadêmica a todos aqueles que dela necessitarem.

Minha gratidão à Deus, que me concedeu a oportunidade de desempenhar com saúde este elevado mister no plano terreno - a difícil missão de julgar os meus semelhantes, sem perder de vista a dimensão humana e a certeza de que um dia por Ele serei julgado.

Não posso deixar de registrar meus agradecimentos a todos os serventuários colaboradores de meu gabinete, corresponsáveis pela produção e qualidade dos meus votos proferidos durante esses 14 anos; um agradecimento especial à Dra. Cristina Azevedo (que durante 10 anos foi minha Oficial de Gabinete) bem como às três incansáveis e brilhantes colaboradoras: Dras. Caroline Ross, Thalita Zott e Bianca Zanellatto que permaneceram ao meu lado durante anos, até o último dia de cumprimento das minhas funções nesta Corte.

Por fim, minha gratidão aos meus familiares e amigos mais próximos, que acompanharam a trajetória deste juiz que ora se despede e que souberam me apoiar, incentivar e não me deixar esmorecer quando as adversidades da vida e as dificuldades da carreira bateram às portas... provas de verdadeira amizade não faltaram.

Gratidão especial ao meu Pai – Joel Dias Figueira (que neste ato solene se faz presente em plena força e forma invejável aos seus 80 anos), e que sempre esteve ao meu lado; e mais: ensinou-me lições valiosas de vida, a encontrar alegria nas coisas simples – como aprender a soltar pipas -, a ver o mundo colorido através de suas belíssimas telas impressionistas, e, o que é mais importante, ensinou-me a conquistar a dignidade e o respeito através do trabalho honesto; a minha Mãe Jaimira Peluso Cardoso Figueira, que se faz presente no plano da espiritualidade, ela que foi a minha primeira professora, minha cúmplice, minha eterna amiga. Agradeço também a minha querida Tatiane Michles, meu porto seguro de amor e de carinho, advogada de escol, ser humano admirável.

Em arremate, gratidão à minha amada filha Beatriz, primeiramente por ter-me escolhido ser o seu Pai nesta existência, por presentear-me a cada dia com o seu lindo sorriso, com o seu olhar terno e profundo, pelo seu carinho e pelo seu amor incondicional e, sem saber, por ter-me ensinado a andar sem precisar colocar os pés no chão.

Prezados: concluo esta fala emocionada lembrando um dos ensinamentos que Charles Chaplin nos legou quando escreveu o ensaio intitulado “Tua caminhada”:

“Não faças do amanhã o sinônimo de nunca,

Nem o ontem te seja o mesmo que nunca mais.

Teus passos ficaram ... olhes para trás ...

Mas vá em frente

Pois há muitos que precisam que chegues para poderem seguir-te. ”

Muito obrigado a todos.



RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz

Av. Padre João Smedt, 1667 – Centro

CEP: 89830-000 – Abelardo Luz

Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta

Av. Anchieta, 722 – Centro

CEP: 89970-000 – Anchieta

Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n – Centro

CEP: 88590-000 – Anita Garibaldi

Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 – Centro

CEP: 89245-000 – Araquari

Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá

Rua Cel. João Fernandes, 195 – Centro

CEP: 88900-000 – Araranguá

Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém

Rua Luiz Gonzaga Westrupp, 85 – Centro

CEP: 88740-000 – Armazém

Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra

Rua Benjamin Constant, 1097 – Centro

CEP: 89138-000 – Ascurra

Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú

Av. das Flores, s/n – Bairro dos Estados

CEP: 88339-900 – Balneário Camboriú

Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Balneário Piçarras

Rua Eulálio da Trindade, 26 – Centro

CEP: 88380-000 – Balneário Piçarras

Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1003 – Centro

CEP: 88390-000 – Barra Velha

Telefone: (47) 3446-7501

Fórum da Comarca de Biguaçu

Rua Rio Branco, 29 – Centro

CEP: 88160-000 – Biguaçu

Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau

Rua Zenaide Santos de Souza, 363 – Bairro da Velha

CEP: 89036-260 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-9200

Fórum Universitário da Comarca de Blumenau

Praça Victor Konder, 01 – Centro

CEP: 89010-150 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-7217

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 – Centro

CEP: 88680-000 – Bom Retiro

Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Praça Padre Roer, 118 – Centro

CEP: 88750-000 – Braço do Norte

Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, 55 – Centro

CEP: 88350-051 – Brusque

Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador

Rua Conselheiro Mafra, 790 – Centro

CEP: 89500-000 – Caçador

Telefone: (49) 3561-2540

Fórum da Comarca de Camboriú

Rua São Paulo, 1271 – Areias

CEP: 88345-662 – Camboriú

Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul

Rua Major Teodósio Furtado, 30 – Centro

CEP: 88580-000 – Campo Belo do Sul

Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê

Rua Maranhão, 865 – Centro

CEP: 89980-000 – Campo Erê

Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos

Praça Lauro Müller, 121 – Centro

CEP: 89620-000 – Campos Novos

Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas

Rua Vidal Ramos, 650 – Centro

CEP: 89460-000 – Canoinhas

Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal

Rua Carmelo Zoccoli, 133 – Centro

CEP: 89665-000 – Capinzal

Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Foro Central)

Av. Governador Gustavo Richard, 434 – Centro

CEP: 88010-290 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6500

Fórum Bancário da Comarca da Capital

Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira – Centro

CEP: 88020-120 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5700

Fórum Desembargador Eduardo Luz

Rua José da Costa Moellmann, 197 – Centro

CEP: 88020-170 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6900

Fórum Distrital do Continente

Rua São José, 300 – Balneário/Estreito

CEP: 88075-310 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5100

Fórum Distrital do Norte da Ilha

Rua Desembargador Vitor Lima, 183 – UFSC

CEP: 88040-400 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5000

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 – Centro

CEP: 88745-000 – Capivari de Baixo

Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas

Rua Almirante Tamandaré, 2776 – Centro

CEP: 89670-000 – Catanduvas

Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D – Passo dos Fortes

CEP: 89805-900 – Chapecó

Telefone: (49) 3321-4000

Fórum da Comarca de Concórdia

Rua Travessa Silvio Roman, 45 – Nossa Senhora da Salette

CEP: 89700-316 – Concórdia

Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas

Rua Minas Gerais, 586 – Centro

CEP: 89840-000 – Coronel Freitas

Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto

Av. Vitória Régia, 254 – Pro-Flor

CEP: 88535-000 – Correia Pinto

Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma

Av. Santos Dumont, s/n – Milanesi

CEP: 88804-578 – Criciúma

Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porã

Rua Benjamin Constant, 832 – Centro

CEP: 89890-000 – Cunha Porã

Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitiba

Rua Antônio Rossa, 241 – Centro

CEP: 89520-000 – Curitiba

Telefone: (49) 3245-4500

Fórum da Comarca de Descanso

Rua Thomaz Koproski, 615 – Centro

CEP: 89910-000 – Descanso

Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira

Av. Washington Luís, 670 – Centro

CEP: 89950-000 – Dionísio Cerqueira

Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rua Ivo Manoel Menezzi, 44 – Centro

CEP: 88850-000 – Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitiba, 375 – Centro

CEP: 89580-000 – Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba

Rua Santa Rita, 100 – Centro

CEP: 88495-000 – Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva

Av. Celso Ramos, 1226 – Rio da Onça

CEP: 89248-000 – Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n – Sete de Setembro

CEP: 89110-000 – Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim

Rua João Sotter Correa, 300 – Amizade

CEP: 89270-000 – Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval d'Oeste

Rua Nereu Ramos, 388 – Centro

CEP: 89610-000 – Herval d'Oeste

Telefone: (49) 3551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama

Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 – Centro

CEP: 89140-000 – Ibirama

Telefone: (47) 3357-8000

Fórum da Comarca de Içara

Rua Salete Scotti dos Santos, 150 – Jardim Elizabete

CEP: 88820-000 – Içara

Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí

Av. Governador Celso Ramos, 388 – Centro

CEP: 88770-000 – Imaruí

Telefone: (48) 3643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba

Rua Ernani Contrin, 643 – Centro

CEP: 88780-000 – Imbituba

Telefone: (48) 3355-8000

Fórum da Comarca de Indaial

Rua Tiradentes, 111 – Centro

CEP: 89130-000 – Indaial

Telefone: (47) 3281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim

Rua Bento Gonçalves, 143 – Centro

CEP: 89790-000 – Ipumirim

Telefone: (49) 3438-3300

Fórum da Comarca de Itá

Rua 11, Q. 13-A, Praça dos Expedicionários, 500 – Pioneiros

CEP: 89760-000 – Itá

Telefone: (49) 3458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis

Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 – Centro

CEP: 89340-000 – Itaiópolis

Telefone: (47) 3652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí

Rua Uruguai, 222 – Centro

CEP: 88302-200 – Itajaí

Telefone: (47) 3341-9300

Fórum da Comarca de Itapema

Rua 700, 270 – Casa Branca

CEP: 88220-000 – Itapema

Telefone: (47) 3268-8800

Fórum da Comarca de Itapiranga

Rua São José, 10 – Centro

CEP: 89896-000 – Itapiranga

Telefone: (49) 3678-8400

Fórum da Comarca de Itapoá

Rua Mariana Michels Borges, 776 – Paese

CEP: 89249-000 – Itapoá

Telefone: (47) 3443-8000

Fórum da Comarca de Ituporanga

Rua Vereador Joaquim Boing, s/n – Centro

CEP: 88400-000 – Ituporanga

Telefone: (47) 3533-8100

Fórum da Comarca de Jaguaruna

Rua Nestor Horácio Luiz, s/n – Cristo Rei

CEP: 88715-000 – Jaguaruna

Telefone: (48) 3624-8000

Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 – Vila Nova

CEP: 89259-300 – Jaraguá do Sul

Telefone: (47) 3275-7200

Fórum da Comarca de Joaçaba

Rua Salgado Filho, 160 – Centro

CEP: 89600-000 – Joaçaba

Telefone: (49) 3551-4100

Fórum da Comarca de Joinville

Rua Hermann August Lepper, 980 – Saguazu

CEP: 89221-902 – Joinville

Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages

Rua Belisário Ramos, 3650 – Sagrado Coração de Jesus

CEP: 88502-905 – Lages

Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna

Rua Arcângelo Bianchini, 69 – Progresso

CEP: 88790-000 – Laguna

Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller

Rua Pedro Raimundo, 15 – Centro

CEP: 88880-000 – Lauro Müller

Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis

Rua Valdir Ortiga, 45 – Centro

CEP: 89515-000 – Lebon Régis

Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra

Av. Cel. José Severiano Maia, 863 – Buenos Aires

CEP: 89300-000 – Mafra

Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha

Av. Anita Garibaldi, 1181 – Centro

CEP: 89874-000 – Maravilha

Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Meleiro

Rua José Mezari, 281 – Jardim Itália

CEP: 88920-000 – Meleiro

Telefone: (48) 3537-8300

Fórum da Comarca de Modelo

Rua Presidente Vargas, 20 – Centro

CEP: 89872-000 – Modelo

Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaí

Rua Waldemar Ernesto Glufke, 71 – Centro

CEP: 89893-000 – Mondaí

Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 – Centro

CEP: 88370-112 – Navegantes

Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans

Rua Rui Barbosa, 320 – Centro

CEP: 88870-000 – Orleans

Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa

Rua Balduíno Westphal, 444 – Poco Rico

CEP: 88540-000 – Otacílio Costa

Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça

Rua Hilza Terezinha Pagani, 409 – Pagani

CEP: 88132-256 – Palhoça

Telefone: (48) 3287-5500

Fórum da Comarca de Palmitos

Rua Padre Manoel da Nóbrega, 67 – Centro

CEP: 89887-000 – Palmitos

Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 – Centro

CEP: 89370-000 – Papanduva

Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho

Av. Recife, 1700 – Santo Antônio

CEP: 89870-000 – Pinhalzinho

Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode

Rua XV de Novembro, 700 – Centro

CEP: 89107-000 – Pomerode

Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Ponte Serrada

Rua 3 de Maio, 460 – Centro

CEP: 89683-000 – Ponte Serrada

Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo

Rua Maurílio Manoel da Silva, 252 – Perequê

CEP: 88210-000 – Porto Belo

Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União

Rua Voluntários da Pátria, 365 – Centro

CEP: 89400-000 – Porto União

Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio

Rua Curt Hering, 19 – Centro

CEP: 89150-000 – Presidente Getúlio

Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo

Rua Presidente Juscelino, 703 – Centro

CEP: 89850-000 – Quilombo

Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo

Rua 29 de Dezembro, 70 – Centro

CEP: 89198-000 – Rio do Campo

Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste

Rua XV de Novembro, 1570 – Centro

CEP: 89180-000 – Rio do Oeste

Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul

Rua Dom Bosco, 820 – Jardim América

CEP: 89160-000 – Rio do Sul

Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho

Rua Carlos Hantschel, 425 – Bela Vista

CEP: 89295-000 – Rio Negrinho

Telefone: (47) 3646-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília

Avenida XV de Novembro, s/n – Centro

CEP: 89540-000 – Santa Cecília

Telefone: (49) 3244-6505

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul

Rua Raul José dos Santos, 120 – Centro

CEP: 88965-000 – Santa Rosa do Sul

Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz

Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 – Centro

CEP: 88140-000 – Santo Amaro da Imperatriz

Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul

Av. São Bento, 401 – Rio Negro

CEP: 89290-000 – São Bento do Sul

Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos

Rua La Salle, 243 – Centro

CEP: 89885-000 – São Carlos

Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos

Rua Brasil, 285 – Centro

CEP: 89835-000 – São Domingos

Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul

Rua Coronel Oliveira, 289 – Centro

CEP: 89240-000 – São Francisco do Sul

Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista

Rua Otaviano Dadam, 201 – Centro

CEP: 88240-000 – São João Batista

Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim

Rua Domingos Martorano, 302 – Centro

CEP: 88600-000 – São Joaquim

Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José

Rua Domingos André Zanini, 380 – Barreiros

CEP: 88117-905 – São José

Telefone: (48) 3287-5200

Fórum da Comarca de São José do Cedro

Rua Padre Aurélio, 235 – Centro

CEP: 89930-000 – São José do Cedro

Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste

Rua Rui Barbosa, 446 – Perpétuo Socorro

CEP: 89990-000 – São Lourenço do Oeste

Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste

Rua Marcílio Dias, 2070 – Centro

CEP: 89900-000 – São Miguel do Oeste

Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara

Rua do Comércio, 171 – Centro

CEP: 89770-000 – Seara

Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio

Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 – Centro

CEP: 88960-000 – Sombrio

Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió

Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 – Centro

CEP: 89190-000 – Taió

Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará

Rua Luís Menoncin, 10 – Centro

CEP: 89642-000 – Tangará

Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas

Rua Florianópolis, 130 – Centro

CEP: 88200-000 – Tijucas

Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó

Av. Getúlio Vargas, 736 – Centro

CEP: 89120-000 – Timbó

Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central

Rua Emílio Graubner, 300 – Vila Nova

CEP: 89176-000 – Trombudo Central

Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão

Rua Wenceslau Braz, 560 – Vila Moema

CEP: 88705-069 – Tubarão

Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo

Rua Nereu Ramos, 609 – Centro

CEP: 88930-000 – Turvo

Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici

Rua Nereu Ramos, 200 – Centro

CEP: 88650-000 – Urubici

Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga

Rua Barão do Rio Branco, 115 – Centro

CEP: 88840-000 – Urussanga

Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira

Av. Manoel Roque, 268 – Alvorada

CEP: 89560-000 – Videira

Telefone: (49) 3533-4700

Fórum da Comarca de Xanxerê

Rua Victor Konder, 898 – Centro

CEP: 89820-000 – Xanxerê

Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim

Rua Rui Barbosa, 385 – Centro

CEP: 89825-000 – Xaxim

Telefone: (49) 3353-9600



ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

4034353-28.2018.8.24.0000, Tribunal de Justiça	
9071234-02.2007.8.24.0000, Capital.....	165
4024671-15.2019.8.24.0000, Tribunal de Justiça	
9172760-02.2013.8.24.0000, Santo Amaro da Imperatriz.....	169
5.003, (STF), Santa Catarina.....	35

AÇÕES RESCISÓRIAS

4030472-43.2018.8.24.0000, São Miguel do Oeste.....	216
0132124-79.2015.8.24.0000, Braço do Norte.....	236
4014247-61.2018.8.24.0900, Joinville.....	613
4034740-43.2018.8.24.0000, Capital.....	460
0011568-14.2016.8.24.0000, Criciúma.....	479

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

4031184-33.2018.8.24.0000, Rio do Sul	
4018605-19.2019.8.24.0000, Capital.....	712
4030734-56.2019.8.24.0000, Joinville.....	572
5000548-33.2019.8.24.0000, Capital.....	310
4027338-71.2019.8.24.0000, Urubici.....	640
4034498-84.2018.8.24.0000, Jaguaruna.....	391
4028957-86.2018.8.24.0900, Mafra.....	405
4009160-74.2019.8.24.0000, Brusque.....	517
0157153-34.2015.8.24.0000, Itajaí.....	529
4031381-85.8.24.0000, Criciúma.....	607
4021226-23.2018.8.24.0000, São Miguel do Oeste.....	339
4016478-11.2019.8.24.0000, Chapecó.....	539

AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL

0003201-27.2019.8.24.0022, Curitibaanos.....	932
0003049-47.2019.8.24.0064, São José.....	917

0010783-90.2019.8.24.0018, Chapecó.....	913
0002476-59.2019.8.24.0015, Canoinhas.....	940

AGRAVOS INTERNOS

0503018-21.2013.8.24.0018/50001, Chapecó.....	124
0075651-83.2009.8.24.0000/50001, Criciúma.....	453
034498-84.2018.8.24.0000/5000, Jaguaruna.....	391

AGRAVOS REGIMENTAIS

522.090 - SC (2019/0209536-9), Santa Catarina.....	44
172.933, Santa Catarina.....	29
1.216.018, Santa Catarina.....	31

APELAÇÕES CÍVEIS

0000979-35.2007.8.24.0078, Urussanga.....	430
0302631-59.2015.8.24.0037, Joaçaba.....	764
0300508-68.2018.8.24.0139, Porto Belo.....	743
0300428-17.2018.8.24.0071, Tangará.....	425
0013589-53.2010.8.24.0038, Joinville.....	552
0300951-67.2017.8.24.0005, Balneário Camboriú.....	558
0301396-53.2015.8.24.0006, Barra Velha.....	443
0301915-65.2014.8.24.0005, Balneário Camboriú.....	511
0003174-66.2013.8.24.0018, Chapecó.....	417
0823188-23.2013.8.24.0023, Capital.....	304
0009027-02.1999.8.24.0033, Itajaí.....	259
0008597-28.2018.8.24.0045, Palhoça.....	286
0302234-85.2016.8.24.0062, São João Batista.....	298
0007965-24.2013.8.24.0036, Jaraguá do Sul.....	326
0308702-71.2014.8.24.0018, Chapecó.....	396
0800393-54.2013.8.24.0045, Palhoça.....	381
0309412-30.2018.8.24.0090, Capital.....	686

0302630-74.2014.8.24.0113, Camboriú.....	667
0001047-60.2008.8.24.0074, Trombudo Central.....	758
0060338-23.2003.8.24.0023, Capital.....	767
0301115-29.2017.8.24.0103, Araquari.....	409
0004177-72.2010.8.24.0079, Videira.....	348
0004545-17.2007.8.24.0005 e 0002889-54.2009.8.24.0005, Balneário Camboriú..	368
0327319-64.2014.8.24.0023, Capital.....	344
0302646-89.2017.8.24.0091, Capital.....	335
0030404-28.2010.8.24.0038, Joinville.....	522
0500321-96.2009.8.24.0008, Blumenau.....	585
0048913-36.2012.8.24.0038, Joinville.....	547
0082881-44.2008.8.24.0023, Capital.....	750
090005-90.2018.8.24.0076, Turvo.....	658
0900055-95.2016.8.24.0041, Mafra.....	652
0300128-58.2019.8.24.0091, Capital.....	677
0017742-39.2016.8.24.0000, Urussanga.....	643
0003101-40.2012.8.24.0015, Canoinhas.....	693
0056027-17.1998.8.24.0038, Joinville.....	702
0082881-44.2008.8.24.0023, Capital.....	750
0307190-22.2016.8.24.0038, Joinville.....	246
0302206-27.2016.8.24.0092, Capital.....	295
0131574-17.2013.8.24.0045, Palhoça.....	576
APELAÇÕES CRIMINAIS	
0001014-79.2017.8.24.0066, São Lourenço do Oeste.....	872
00190018-93.2013.8.24.0038, Joinville.....	945
0001224-22.2016.8.24.0081, Xaxim.....	863
0003322-95.2018.8.24.0020, Criciúma.....	829
0003943-63.2016.8.24.0020, Criciúma.....	905
0023249-61.2016.8.24.0038, Joinville.....	839

0019018-93.2013.8.24.0038, Joinville.....	945
0003489-98.2016.8.24.0015, Canoinhas.....	923

ARTIGOS

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL.....	1034
CONCEPÇÕES DE ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: a premência de uma concepção socioambiental.....	1065
CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE ÔNUS DA PROVA.....	1048

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

0002854-60.2019.8.24.0000, Balneário Camboriú.....	120
0002638-02.2019.8.24.0000, Itajaí.....	133
0001412-59.2019.8.24.0000, Araranguá.....	582
0001971-16.2019.8.24.0000, Capital.....	673

DISCURSOS

DISCURSO DE APOSENTADORIA – JUÍZA DENISE HELENA SCHILD DE OLIVEIRA.....	1081
DISCURSO DE DESPEDIDA DA MAGISTRATURA CATARINENSE – DESEMBARGADOR JOEL DIAS FIGUEIRA JR.....	1092
DISCURSO PROFERIDO NA POSSE DO DESEMBARGADOR DES. LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH.....	1083

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

4023555-71.2019.8.24.0000/5000, Joaçaba.....	599
--	-----

HABEAS CORPUS

4025019-33.2019.8.24.0000, Barra Velha.....	855
---	-----

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

4002717-78.2017.8.24.0000, Tubarão.....	196
0904380-86.2014.8.24.0008/50000, Blumenau.....	226

MANDADO DE SEGURANÇA

4015965-43.2019.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....634

PETIÇÕES

0002939-46.2019.8.24.0000, Capital.....91

0001962-54.2019.8.24.0000, Guaramirim.....96

REEXAME NECESSÁRIO

0001391-69.2010.8.24.0042, Maravilha.....720

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

0069298-79.2019.8.24.0710 (2019.900011-0), Navegantes.....138

2018.900052-4, Araranguá.....151

0020409-94.2019.8.24.0710, Palhoça.....157

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0000586-80.2017.8.24.0007, Biguaçu.....935

RECURSOS ESPECIAIS

0001258-94.2014.8.24.0039/50001, Lages.....100

0011698-15.2009.8.24.0011/50002, Brusque.....104

0305029-39.2016.8.24.0038/5000, Joinville.....116

1.656.322, STJ, Santa Catarina.....61

0003460-16.2009.8.24.0008/50000, Blumenau.....114

0301498-88.2017.8.24.0076/50000, Turvo.....110

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

0009841-82.2015.8.24.0023/50001, Capital.....108

REVISÕES CRIMINAIS

0001197-69.2012.8.24.0084, Descanso.....984

4010011-16.2019.8.24.0000, São Bento do Sul.....818

4022215-92.2019.8.24.0000, Chapecó.....822

4015882-27.2019.8.24.0000, Chapecó.....	793
4007300-38.2019.8.24.0000, Itajaí.....	799
4023562-63.2019.8.24.0000, Tijucas.....	784
4030107-52.2019.8.24.0000, Tijucas.....	805

SENTENÇAS

0300506-62.2016.8.24.0012, Capital.....	997
0012623-71.2015.8.24.0020, Criciúma.....	1009
0311664-81.2016.8.24.0023, Capital.....	1027

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

4028305-19.2019.8.24.0000, Capital.....	89
---	----



ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

ASSOCIAÇÃO DE MINERADORES DA AREIA DA BACIA DO CUBATÃO (AMABC). LEI MUNICIPAL N. 2.273/2013, QUE PROÍBE A UTILIZAÇÃO DE DESAGREGADORES (MARACAS) NA BASE TERRITORIAL DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ.....	169
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N° 349 DE 2006.....	165
DIREITO CONSTITUCIONAL. HIPÓTESE DE RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR NÃO CONTIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	35

AÇÕES RESCISÓRIAS

AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO E ABONO ÚNICO.....	216
DEMANDANTE QUE FULCRA SEU PLEITO NAS ALEGAÇÕES DE QUE O ACÓRDÃO RESCINDENDO VIOLOU MANIFESTAMENTE NORMA JURÍDICA.....	460
DOLO E ERRO DE FATO. ART. 485, III E IX, DO CPC/73.....	236
OFENSA MANIFESTA A NORMA JURÍDICA. FALSIDADE DA PROVA.....	613
PROPOSITURA SOB A ÉGIDE DO REVOGADO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. “ACTIO” DE COBRANÇA.....	479

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AÇÃO COMINATÓRIA. PLANO DE SAÚDE. TUTELA DE URGÊNCIA. ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL. AME. MEDICAÇÃO DE ALTO CUSTO.....	310
AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. PESSOA JURÍDICA (O MEDIADOR. NET EIRELI ME).....	539
AÇÃO DE REVISÃO DE TAXA DE JUROS C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES.....	572
AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. MEDIDA LIMINAR PARA QUE O RÉU SE ABSTENHA DE PRATICAR ATOS QUE VIOLEM O EXERCÍCIO POSSESSÓRIO DOS AUTORES.....	391
AÇÃO REVISIONAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO.....	517
AÇÃO DE USUCAPIÃO. TERRENO URBANO.....	405

COBRANÇA DE SEGURO. PENHORA.....339

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. FRACIONAMENTO, INDIVIDUALIZADO POR ASSOCIADO EXEQUENTE.....712

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. DEFERIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....607

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL.....640

AGRAVOS INTERNOS

REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO.....124

AÇÃO DE COBRANÇA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. EXERCÍCIO COMERCIAL EM ÁREA DE ATUAÇÃO DE CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS.....453

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO. IRRESIGNAÇÃO DE UM DOS CREDORES.....529

AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL

PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. APENADO DIAGNOSTICADO COM QUADRO DEPRESSIVO SEVERO E “NEUROPATIA CENTRAL.....940

SAÍDA TEMPORÁRIA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. ALEGAÇÃO DE QUE O APENADO POSSUI BOM COMPORTAMENTO..... 913

PLEITO DE AUTORIZAÇÃO. TRABALHO EXTERNO.....932

SOMA DE PENAS PELO CONCURSO MATERIAL. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA.....917

AGRAVOS REGIMENTAIS

REMISSÃO EM RAZÃO DE APROVAÇÃO EM EXAME PARA CERTIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIAS DE JOVENSES ADULTOS. ENCEJA.....44

CRIME AMBIENTAL DE PESCA ILEGAL. ERRO DE PROIBIÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE DE SE IDENTIFICAR A ESPÉCIE DE DOS PEIXES PELOS APARELHOS...29

INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS..31

APELAÇÕES CÍVEIS

AÇÃO CIVIL PORATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA CONSTRUÇÃO DE MORADIAS SOCIAIS.....	693
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIGILÂNCIA SANITÁRIA E EPIDEMIOLOGICA. COMERCIALIZAÇÃO, SEM REGISTRO, DE BANDEJAS DE CAMARÃO EMPANADO, BANDEJAS DE ISCAS DE PEIXE, BANDEJAS DE MAÇAMBEQUE (DONAX HANLEYANUS), E MARISCOS DA PEDRA.....	658
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	652
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIGILÂNCIA EPIDEMIOLOGICA.....	658
AÇÃO DE ADOÇÃO. DEMANDA PROPOSTA PELOS TIOS MATERNOS APÓS O FALECIMENTO DA GENITORA.....	335
AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL PARA DEFESA DOS CONSUMIDORES CONTRA A CELESC S.A.....	767
AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE C/C PERDAS E DANOS. ÁREA DE TERRAS POSSUÍDA PELO AUTOR DA HERANÇA.....	286
ACIDENTE DE TRABALHO. ALEGADA REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA.....	764
AÇÃO DE COBRANÇA.....	304
AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATOS BANCÁRIOS.....	511
AÇÃO COMINATÓRIA, CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....	558
AÇÃO DECLARATÓRIA DE INVALIDADE DE CÁLCULO SOBRE FRETE. PEDIDO LIMINAR DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRANSPORTE DE CARGA.....	522
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE TRÂNSITO. COLISÃO COM SEMOVENTE. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E INSPEÇÃO DA VIA.....	246
AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE EM FAIXA DE SEGURANÇA.....	381
AÇÃO DECLARATÓRIA E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CUMULADA COM TUTELA ESPECÍFICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E PEDIDO LIMINAR. CANCELAMENTO DE LIMITE DE CRÉDITO.....	576

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. LOCATÁRIOS DE UNIDADE ATINGIDA POR INCÊNDIO. IMÓVEL LOCALIZADO ABAIXO DA UNIDADE ALUGADA.....	326
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. LOTEAMENTO APROVADO PELO MUNICÍPIO DE JOINVILLE. MOVIMENTAÇÃO DO TERRENO.....	702
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.....	743
AÇÃO INDENIZATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL ERIGIDO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	750
AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	643
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUPOSTA COBRANÇA DE DÍVIDA NO AMBIENTE LABORATIVO.....	425
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO....	259
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CARGO DE MOTORISTA.....	667
AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO E NEGLIGÊNCIA DO HOSPITAL. ABORTO RETIDO.....	348
AÇÃO INDENIZATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL ERIGIDO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.....	750
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE EM TOBOÁGUA.....	417
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABORDAGEM POLICIAL EXCESSIVA. PRÁTICA DE TORTURA EM SUSPEITO DE TER ASSASSINADO A PRÓPRIA ESPOSA.....	758
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CANCELAMENTO DE VOO.....	298
AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE C/C PERDAS E DANOS.....	286
AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM COBRANÇA. DIREITO AUTURAL.....	443
AÇÃO REVISIONAL DE DOIS CONTRATOS BANCÁRIOS.....	495

AÇÃO REIVINDICATÓRIA CONEXA COM AÇÃO DE USUCAPIÃO URBANO EXTRAORDINÁRIO.....	368
AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS.....	396
BOMBEIRO MILITAR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO.....	686
COBRANÇA DA SEGURO ASSOCIATIVO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA.....	409
POLICIAL MILITAR PROMOVIDO AO POSTO DE 3º SARGENTO PELO QUADRO ESPECIAL.....	677
RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO COM COBRANÇA DE HAVERES.....	585
PENHORAS REALIZADAS SOBRE VALORES DEPOSITADOS.....	552
PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO – PEDIDO DE FORNECIMENTO DE PRÓTESE TERAPÊUTICA PARA AUXILIAR NA DEAMBULAÇÃO E PREVENÇÃO DE NOVAS LESÕES DECORRENTES DE CIRURGIA DE AMPUTAÇÃO PARCIAL DE MEMBRO.....	344
RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGADO ERRO MÉDICO NO DIAGNÓSTICO..	430
TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. COMPRA E VENDA DE ROTAS COMERCIAIS.....	547

APELAÇÕES CRIMINAIS

CRIME AMBIENTAL DE DESTRUIÇÃO DE VEGETAÇÃO EM ESTÁGIO MÉDIO DE REGENERAÇÃO (LEI N. 9.605/98, ART 38-A, “CAPUT”, C/C ART. 53, II, “C”).....	923
CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO.....	839
CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA.....	945
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, RECEPÇÃO, FALSA IDENTIDADE E CORRUPÇÃO DE MENORES.....	829
DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB O EFEITO DE ÁLCOOL.....	863
DUPLICATA SIMULADA (CP, ART. 172, CAPUT, POR 13 VEZES).....	905

HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.....	984
ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E PORTE DE ARMAS DE FOGO DE USO RESTRITO E ARTEFATOS EXPLOSIVOS.....	960
TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADA PELO MOTIVO FÚTIL E TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES.....	872

ARTIGOS

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL, Livia Bortolotto Cardoso, Bruno Makowiecky Salles.....	1034
CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE ÔNUS DA PROVA, Leandro Ernani Freitag..	1048
CONCEPÇÕES DE ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL: a premência de uma concepção socioambiental, Pedro Manoel Abreu e Weber Luiz de Oliveira.....	1065

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

INCIDENTE SUSCITADO PELO JUÍZO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL EM FACE DO JUÍZO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL.....	673
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS DE ENSINO SUPERIOR..	133
SUPOSTO ATO ILÍCITO. SUPOSTA ARBITRARIEDADE NA RETIRADA DE MÁQUINA DE CARTÃO DE CRÉDITO.....	120
REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO.....	582

DISCURSOS

DISCURSO DE POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR – DES. LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH.....	1083
DISCURSO DE DESPEDIDA DA MAGISTRATURA CATARINENSE – DESEMBARGADOR JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR.....	1092
DISCURSO DE APOSENTADORIA DA JUÍZA DENISE HELENA SCHILD DE OLIVEIRA.....	1081

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....599

HABEAS CORPUS

PACIENTE PRESO EM FLAGRANTE E DENUNCIADO PELA PRÁTICA, EM TESE, DE TRÁFICO DE DROGAS.....855

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR...226

INSTAURAÇÃO REQUERIDA PELO MUNICÍPIO DE TUBARÃO QUE PRETENDE FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA NO SENTIDO DA EXIGÊNCIA DE PROPOSTURA DE AÇÕES DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO.....196

MANDADO DE SEGURANÇA

CONCURSO PÚBLICO. PLEITO DE INSCRIÇÃO NA CONDIÇÃO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....634

PETIÇÕES

AÇÃO DE REGULARIZAÇÃO DE PROPRIEDADE DE PLANO ESTADUAL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA.....96

AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. CESUSC. PAGAMENTO DE MENSALIDADES CONTRATUAIS DECORRENTES DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS.....91

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

REGISTRO DE IMÓVEIS DE ARARANGUÁ. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL.....151

REGISTRO DE IMÓVEIS.....138

RECURSO ADMINISTRATIVO. INSURGÊNCIA QUE OBJETIVA O RECONHECIMENTO DA OBRIGAÇÃO DAS PARTES REQUERIDAS EM PRESTAR INFORMAÇÕES ACERCA DA LOCALIDADE DE IMÓVEL.....157

REEXAMES NECESSÁRIOS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE, COM DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO.....720

PENSÃO POR MORTE DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA REMUNERADA E ÓBITO POSTERIORES À EC 41/2003.....625

RECURSOS ESPECIAIS

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO EM VIRTUDE DA ATRIBUIÇÃO DE DÍVIDA POR FRAUDE PRATICADA POR TERCEIRO.....116

ESTATUTO DA OAB. DEFENSOR DATIVO.....61

POSSIBILIDADE DA EXPRESSA CAPITALIZAÇÃO DE JUROS INDEPENDENTEMENTE DA PREVISÃO CONTRATUAL.....114

RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, “a” e “c” DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMPREGO DE ARMA BRANCA.....100

SEGURO DE MERCADORIAS. CLÁUSULAS DO CONTRATO DE SEGURO DE TRANSPORTE DE CARGAS. REEXAME DE DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS.....110

VERIFICAÇÃO DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. IMPEDIMENTO DO DESEMBARGADOR PROLATOR DA DECISÃO QUE TENHA PARTICIPADO DO JULGAMENTO DE RECURSO ANTERIOR. DIREITO CONSTITUCIONAL.....104

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

INCIDENTE DE FALSIDADE DOCUMENTAL.....935

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....108

REVISÕES CRIMINAIS

CRIMES DE LATROCÍNIO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO.....805

CRIME DE TENTATIVA DE FURTO.....784

REQUERENTE CONDENADO PELO CRIME DE LATROCÍNIO.....	799
HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO..	818
HOMICÍDIO SIMPLES CONSUMADO E HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO..	822
HOMICÍDIO SIMPLES.....	793

SENTENÇAS

LANÇAMENTO DE EFLUENTE. LÍQUIDO DE MINERAÇÃO (ÁGUA ÁCIDA). DESACORDO COM A RESOLUÇÃO DO CONAMA.....	1009
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CERIMONIAL DE CASAMENTO. CONSTRANGIMENTO.....	1027
PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	997

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

AFASTAMENTO PARA EXERCER O CARGO DE PRESIDENTE DO CRM/SC.....	89
---	----



ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandred'Ivanenko.....	935
Altamiro de Oliveira.....	116, 124, 114, 110
André Luiz Dacol.....	417
Antônio Zoldan da Veiga.....	793, 984
Arthur Jenichen Filho.....	758
Ariovaldo Rogério da Silva.....	829
Bettina Maria Maresch de Moura.....	855
Bruno Makowiecky Salles.....	1034
Carlos Adilson Silva.....	100, 104, 108
Carlos Alberto Civinski.....	839
Carlos Roberto da Silva.....	443
Cinthia Beatriz Bittencour Schaefer.....	945, 805
Claudia Lambert de Faria.....	396, 391
Denise de Souza Luiz Francoski.....	767
Denise Volpato.....	409
Dinart Francisco Machado.....	539
Ernani Guetten de Almeida.....	913
Fabiano Antunes da Silva.....	1009
Fernando Carioni.....	339, 335
Flávio André de Paz Brum.....	1027
Francisco de Oliveira Neto.....	673
Getúlio Corrêa.....	923
Gilberto Gomes de Oliveira.....	547
Gilmar Mendes.....	29, 31
Guilherme Nunes Born.....	511
Haidée Denise Grin.....	430

Helio David Vieira Figueira dos Santos.....	236, 344
Hélio do Valle Pereira.....	764
Jânio Machado.....	599
Janice Ubialli.....	582
Jaime Ramos.....	613, 196, 712
Jairo Fernandes Gonçalves.....	216, 226
Jorge Luis Costa Beber.....	304, 310, 286
José Carlos Cartens Kohler.....	572
João Henrique Blasi.....	686
José Everaldo Silva.....	940
Júlio César M. Ferreira de Melo.....	165, 169
Júlio César Knoll.....	702
Leandro Ernani Freitag.....	1048
Lívia Bortolotto Cardoso.....	1034
Leopoldo Augusto Bruggemann	917
Luiz Fernando Boller.....	667, 658, 652, 643
Luiz Felipe Schuch.....	368, 348
Luiz Fux.....	35
Luiz Neri Oliveira de Souza.....	157, 784, 960
Luiz Zanelato.....	495
Marcus Túlio Sartorato.....	326
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	91, 89, 120, 133, 96
Monteiro Rocha.....	585
Nefi Cordeiro.....	44
Newton Varella Júnior.....	529
Odson Cardoso Filho.....	743

Osmar Nunes Júnior.....	425
Paulo Roberto Sartorato.....	799
Paulo Ricardo Bruschi.....	246
Pedro Manoel Abreu.....	640, 634, 1065
Rafael de Araújo Rios Schmitt.....	997
Rejane Andersen.....	460, 522
Robson Luz Varella.....	479
Rogério Schietti Cruz.....	61
Roberto Lucas Pacheco.....	151, 138
Rosane Portella Wolff.....	259, 298
Ricardo Fontes.....	381
Ricardo Roesler.....	693
Salette Silva Sommariva.....	863
Salim Schead dos Santos.....	517
Sérgio Rizelo.....	872, 905
Sérgio Izidoro Heil.....	576
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	677
Sônia Maria Schmitz.....	750
Soraya Nunes Lins.....	607
Stanley Braga.....	405
Túlio Pinheiro.....	453, 552, 558
Vera Copetti.....	720
Volnei Celso Tomazini.....	822
Weber Luiz de Oliveira.....	1065
Zanini Fornerolli.....	818, 932

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Comissão Permanente de Jurisprudência

Seleção e definição de conteúdo

1ª Vice-Presidência

Formatação de conteúdo e formulação de índices

Diretoria de Documentação e Informações

Revisão gramatical e gerenciamento

Assessoria de Artes Visuais - Núcleo de Comunicação Institucional

Projeto gráfico e editoração eletrônica