

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

2021
141

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 2020 – N. 141 – Florianópolis – SC – 2021

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.....	127
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	161
PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA.....	162
SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA.....	177
TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA.....	194
CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS	207
CONSELHO DA MAGISTRATURA.....	238
ÓRGÃO ESPECIAL.....	257
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL.....	296
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	362
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	388
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	409
QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	425
QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	454
SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....	469
SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL	491
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL.....	517
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....	545
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....	574
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....	592
QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....	609
QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....	662
GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO.....	717
PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	755

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	776
TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	792
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	822
QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....	846
PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL.....	871
SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL.....	897
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL.....	918
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL.....	944
TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL.....	1001
QUARTA CÂMARA CRIMINAL.....	1049
QUINTA CÂMARA CRIMINAL.....	1071
PRIMEIRO GRAU.....	1096
PUBLICAÇÕES.....	1205
DISCURSOS.....	1255
RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....	1269
ÍNDICE NUMÉRICO.....	1290
ÍNDICE POR ASSUNTO.....	1297
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	1308



COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(janeiro de 2021)

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

JUIZA 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 José Orofino da Luz 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 Meneguzzi de Carvalho

CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS

Desembargador João Henrique Blasi - Presidente

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 Ricardo José Roesler – Presidente

Desembargador Salim Schead dos Santos

Desembargador João Henrique Blasi

Desembargadora Soraya Nunes Lins

Desembargador Volnei Celso Tomazini

Desembargador Dinart Francisco Machado

Desembargador Roberto Lucas Pacheco

Desembargador Carlos Adilson Silva

Desembargador Odson Cardoso Filho

Desembargador Hélio do Valle Pereira

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

Desembargador José Agenor Dde 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

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

RECDO.(A/S): ODAIR JOSÉ PINTO

ADV.(A/S): JOSÉ JURACY DOS SANTOS

RECDO.(A/S): CRISTIANO JERRY ANTUNES

ADV.(A/S): ALVADÍ MANTOVANI

INTDO.(A/S): IDAVENIR BARDINI DE SOUZA

ADV.(A/S): MAYCK WILHAN FAGUNDES

AM. CURIAE.: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE.: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

EMENTA: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES AINDA QUE AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TENHAM OCORRIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. PARCIAL PROVIMENTO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal só considera maus antecedentes condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência. Trata-se, portanto, de institutos distintos, com finalidade diversa na aplicação da pena criminal.

2. Por esse motivo, não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência (art. 64, I, do RE 593818 / SC Código Penal).

3. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente, para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

4. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, mantida a decisão recorrida por outros fundamentos, fixada a seguinte tese: *Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, apreciando o Tema 150 da repercussão geral, em dar parcial provimento ao recurso extraordinário e fixar a seguinte tese: “Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal” nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (Presidente). Não participou deste julgamento o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 07 a 17 de agosto de 2020.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

RECDO.(A/S): ODAIR JOSÉ PINTO

ADV.(A/S): JOSÉ JURACY DOS SANTOS

RECDO.(A/S): CRISTIANO JERRY ANTUNES

ADV.(A/S): ALVADÍ MANTOVANI

INTDO.(A/S): IDAVENIR BARDINI DE SOUZA

ADV.(A/S): MAYCK WILHAN FAGUNDES

AM. CURIAE.: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE.: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição da República, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que não considerou como maus antecedentes condenações cujas penas foram extintas há mais de 05 (cinco) anos.

2. O acórdão recorrido assentou o entendimento de que *“os efeitos da pena não podem ser eternos.”* E concluiu que *“findam no prazo de 5 (cinco) anos, consoante o art. 64, I do Código Penal. Desta forma, em virtude do princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CF), não registra antecedentes.”*

3. O Recorrente sustenta que o acórdão do Tribunal de Justiça contrariou o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, já que *“resulta evidente que a consideração de outra sentença penal condenatória, ainda que com o trânsito em julgado operado há mais de 5 (cinco) anos, para fins de avaliação dos maus antecedentes do réu, não viola o postulado da ‘presunção de inocência’, posto que, nessas circunstâncias, evidentemente não há a consideração da culpa caracterizadora da condenação a ensejar o reconhecimento da reincidência, mas tão somente a avaliação de uma circunstância que efetivamente diz respeito à vida ante acta do agente e, por essa razão, não poderia passar despercebida na álgebra penal, aí sim em prejuízo ao princípio da igualdade”*

4. O recorrido, Odair José Pinto, defende que *“o Juiz, no exercício do seu poder judicante, limitado pelos parâmetros temporais das penas cominadas ao tipo penal, rompa com tal arbítrio e busque, inclusive com auxílio de seus próprios movimentos de consciência, aproximar a reprimenda o mais possível do necessário, para que o condenado sinta e entenda o rigor da justiça e não o confunda com simples vingança promovida pelo estado.”* Sustenta, ainda, *“que ao fixar a pena compete ao juiz determinar, a influência que os eventuais maus antecedentes e a própria reincidência, terá na fixação da quantidade ou da qualidade da pena.”*

5. Em 26.02.2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do recurso em acórdão assim ementado:

“MATÉRIA PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO- CULPABILIDADE. MANIFESTAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL PARA APRECIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.”

6. A Procuradoria-Geral da República se manifestou pelo provimento do recurso. Afirmou que, observada *“a expressa distinção que a própria legislação penal faz entre reincidência e maus*

antecedentes, [considera] correta a aferição de todos os incidentes relevantes da vida pregressa do réu que com a reincidência não se confundam para fins de individualização da pena, o que não resvala para a indevida aplicação de um direito penal de autor, tão combatido na contemporaneidade, nem sequer para a inobservância do princípio da presunção de inocência, até porque deverão tais incidentes ser sopesados pelo magistrado sentenciante sob o prisma da proporcionalidade”.

7. É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Prezado Ministro Marco Aurélio, é sempre um prazer ser presidido por Vossa Excelência.

A hipótese aqui, Presidente, é de uma condenação por tráfico de drogas e corrupção de menores conduzida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Na dosimetria da pena, o Tribunal assentou não ser possível considerar, para a fixação da pena-base, condenações criminais extintas há mais de cinco anos, por não poderem ser tidas como maus antecedentes.

Aliás, eu me permito, desde logo, cumprimentar todas as instituições e os ilustres representantes que estiveram na tribuna: o Senhor Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, os ilustres Defensores Públicos e a Doutora Raquel Dodge, com a proficiência de sempre.

A questão aqui discutida é a possibilidade de que sentenças condenatórias transitadas há mais de cinco anos possam configurar maus antecedentes, para fins de fixação de pena-base, em juízos de condenação. Uma dificuldade inicial que se tem aqui, que foi destacada da tribuna, é que a legislação conceitua reincidência, mas não define o que sejam maus antecedentes. Esse é um trabalho que ficou relegado à doutrina e à jurisprudência.

A jurisprudência do Supremo para essa matéria específica atravessou fases diferentes: em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que configurava maus antecedentes a existência de inquéritos policiais, de ações penais em curso e também condenações com o trânsito em julgado. Demonstrando esse argumento, cito precedentes dos eminentes Ministros Ilmar Galvão; Moreira Alves - felizmente, ainda vivos -; e do falecido e saudoso Ministro Paulo Brossard.

Depois, em um segundo momento, o Supremo promoveu uma mudança nessa orientação, capitaneada pelos Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que passaram a entender que não era fundamento idôneo para caracterizar maus antecedentes a simples existência de processos em curso. Portanto, esse, o segundo momento na jurisprudência.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, na linha do que fixara o Supremo, estabeleceu a Súmula nº 444, de maio de 2010, com a seguinte dicção:

“Súmula 444 - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. “

Nessa linha, aliás, também aqui no Supremo, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, decidiu-se o Recurso Extraordinário 591.054, em que Sua Excelência destacou que, para efeito de aumento de pena-base, somente podem ser consideradas, na categoria de maus antecedentes, as decisões transitadas em julgado. Portanto, assim foi a evolução do Supremo nessa matéria, até que nós chegássemos a essa discussão de hoje.

Existem, claramente, duas posições nessa matéria que foram expostas com grande brilhantismo da tribuna: uma pelo senhor Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, o Doutor Gianpaolo Poggio Smanio; e a outra pela Doutora Tatiana Melo Aragão; pelo Doutor Rafael Rafaele; e pelo Doutor Rafael Monnerat. E ainda trouxeram a bela imagem de “Os Miseráveis” e do episódio envolvendo Jean Valjean. Apenas lembrando que, naquele caso, foi uma condenação injusta por furto famélico e, aqui, o quadro é um pouco menos romântico, digamos assim, porque envolve o tráfico de drogas e, sobretudo, corrupção de menores. Mas o que é importante destacar é que existem essas duas posições na matéria.

A primeira dessas posições tem um precedente importante aqui do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Carlos Mário Velloso - estimado Ministro, felizmente ainda vivo e entre nós -, em que Sua Excelência sustentou o seguinte: A existência de condenações penais anteriores irrecorríveis, mesmo revelando-se inaplicável a circunstância agravante da reincidência, não inibe o Poder Judiciário de considerá-las no processo de dosimetria da pena, como elementos caracterizadores de maus antecedentes judiciais e sociais do acusado. Portanto, o Supremo tem precedente que, expressamente, permite que se levem em conta, como maus antecedentes, condenações criminais transitadas em julgado há mais de cinco anos.

A outra posição - também bem defendida da tribuna - é bastante razoável e se move pela seguinte lógica: se o legislador excluiu a reincidência se passados mais de cinco anos, com mais razão, por interpretação, deve-se excluir também os maus antecedentes, porque, em rigor, seria menos do que reincidência.

Eu acho que a segunda tese é engenhosa e foi muito bem defendida, porém, pedindo vênias a quem pensa diferentemente, estou-me filiando à primeira corrente e assim eu faço por três razões.

A primeira é porque acho que, claramente, no sistema normativo brasileiro, reincidência não se confunde com maus antecedentes. É o próprio legislador que faz essa distinção. Como nós sabemos, o sistema de dosimetria é regido pelo art. 68 do Código Penal, que prevê três fases na determinação da pena. O art. 68 tem a seguinte dicção:

“A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código” - que são as circunstâncias judiciais, primeira fase: pena-base -; “em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

Os maus antecedentes, de acordo com a legislação, figuram entre as circunstâncias judiciais do art. 59. Portanto, você afere a existência de maus antecedentes na primeira fase da dosimetria. A reincidência é aferida na segunda fase da dosimetria, ou seja, após a fixação da pena-base e, portanto, após ter-se levado em consideração a eventual existência de maus antecedentes. E aí, na segunda fase, diz o legislador, no art. 61:

“Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
I - a reincidência;
(...)”

A reincidência é aferida na segunda fase da dosimetria. O legislador, expressamente, no art. 64, I, excluiu a possibilidade de se considerar a reincidência se já houvesse decorrido mais de cinco anos. Poderia ter acrescentado o mesmo para maus antecedentes, mas não o fez.

A meu ver e com todas as vênias, há aqui uma clara opção legislativa que deve ser respeitada. Pode-se gostar mais ou menos dela, mas não me parece incompatível com a Constituição a opção de o legislador excluir apenas a reincidência após os cinco anos, e não os maus antecedentes.

Ainda há um outro ponto que considero importante. Os maus antecedentes podem ser levados em conta pelo juiz no momento da fixação da pena-base, ou não. Esta é uma competência discricionária, ao passo que a aplicação da reincidência é uma obrigação do juiz, porque há uma norma do Código Penal vinculante que determina consequências expressas no caso de se tratar de reincidência, como, por exemplo, a impossibilidade de concessão de regime mais benéfico para o reincidente ou a possibilidade de substituição da pena. Há vedações expressas no Código Penal.

O tratamento da reincidência é um tratamento vinculante, ao passo que o tratamento dos maus antecedentes é uma faculdade do juiz, é uma discricionariedade deste. Assim, a primeira razão pela qual não estou acatando a bem sustentada tese de que se estenderia aos maus antecedentes a mesma limitação que vale para a reincidência é porque, a meu ver, claramente, o sistema normativo trata uma coisa como uma coisa e a outra coisa como outra coisa.

No segundo fundamento - e aqui penso que, nesse ponto, não andou tão bem o acórdão -, eu não acho que haja nenhuma discussão de presunção de não culpabilidade ou de presunção de inocência, pela singela razão de que os maus antecedentes não são utilizados para a formação da culpa. Uma vez caracterizada a culpa e, conseqüentemente a necessidade da condenação, aí, sim, os maus antecedentes poderão ser ou não levados em conta. Não consigo imaginar uma discussão sobre presunção de inocência após o momento em que esta presunção já foi quebrada por um juízo condenatório.

Considero, por fim, Presidente, nesse voto breve - porque os argumentos são esses que eu estou expondo, as pessoas podem escolher um ou outro, mas não se foge muito de um universo limitado -, que impedir a utilização dos maus antecedentes, mesmo depois de cinco anos, impede

que o juiz, ao formular o juízo condenatório, aplique dois princípios constitucionais que considero importantes, que são o da isonomia e o da individualização da pena.

Aliás, a importante jurisprudência do Supremo em matéria de Direito Penal, talvez o capítulo em que a jurisprudência seja mais importante, tem sido o da individualização da pena para impedir que juízos prévios abstratos impeçam, por exemplo, ou progressão de regime ou, eventualmente, liberdade condicional. Portanto, dizer que o juiz não pode considerar os maus antecedentes depois de cinco anos significa que ele não pode levar em conta situações específicas daquele réu.

Por exemplo, se o juiz que estiver julgando um caso em que um dos autores do delito praticou dez estelionatos há seis anos, e o outro coautor do delito é réu primário e de bons antecedentes, se ele não puder levar em conta maus antecedentes, vai ter de condenar essas duas pessoas à mesma pena, o que acho que viola tanto o critério da isonomia quanto o critério da individualização da pena.

Portanto, Presidente, considero que impedir o juiz de valorar, se entender que é o caso, os maus antecedentes é impedir que ele cumpra, de maneira constitucionalmente adequada, o seu papel de individualizar a pena, sempre lembrando que, diferentemente do que se passa na reincidência, na hipótese dos maus antecedentes, o juiz pode ou não os considerar, pois é uma faculdade exercida de maneira discricionária.

Neste caso concreto, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina excluiu sumariamente a possibilidade de se levar em conta os maus antecedentes por aplicar extensivamente o art. 64, I, que, a meu ver, só vale para a reincidência. E, por via de consequência, estou votando para derrubar esse fundamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Porém, examinando os autos, a mim me parece que não seja o caso mesmo de se aplicar maus antecedentes nesta situação, até porque ele é condenado por dois crimes e, num deles, já se considerou a reincidência, e os crimes anteriores realmente já estão distanciados no tempo.

Portanto, usando da minha faculdade discricionária, entendo que não é o caso aqui de se aplicar maus antecedentes. Logo, estou julgando procedente em parte o pedido por discordar da tese de julgamento e vou substituí-la por outra. Mas não estou agravando a pena do réu por entender que este não é o caso aqui.

Então, Presidente, leio só a ementa do meu voto em conclusão, para que fique claro:

A jurisprudência do Supremo só considera maus antecedentes condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência.

Trata-se, portanto, de institutos distintos com finalidade diversa na aplicação da pena criminal. De modo que estou retirando a jurisprudência que considero pré-existente no Supremo. Por esse motivo, não se aplica aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição previsto para a reincidência. É o art. 64, I, do Código Penal. Não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

Recurso extraordinário ao qual se dá parcial provimento, mantida a decisão recorrida por outros fundamentos, com a fixação da seguinte tese: Não se aplica, para o reconhecimento dos maus antecedentes, o prazo quinquenal de prescrição da reincidência previsto no art. 64, I, do Código Penal.

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

I. BREVE SÍNTESE DOS FATOS.

1. O juízo de origem absolveu o recorrido, Odair José Pinto, pela prática dos crimes de corrupção de menores (art. 1º da Lei 2.254/54), receptação (art. 180, *caput*, do Código Penal), e de petrechos para o tráfico de drogas, previsto no art. 13 da Lei 6.368/76, e o condenou à pena de 3 anos e 8 meses, pelo delito de tráfico de drogas (art. 12, *caput*, da Lei 6.368/76).

2. Da sentença, apelou o Ministério Público do Estado de Santa Catarina. O Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso para condenar Odair José também pelo crime de corrupção de menores. E assentou não ser possível considerar, para a fixação da pena-base, condenações criminais extintas há mais de 5 (cinco) anos. O acórdão restou assim ementado:

“PROCESSUAL E PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – AUTORIA COMPROVADA – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS

– INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS CONVINCENTES – CONDENAÇÃO MANTIDA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO PARÁGRAFO 4º DO ARTIGO 33 DA LEI DE DROGAS (LEI 11.343/06) – AGENTE QUE SE DEDICAVA AO VIL COMÉRCIO – INAPLICABILIDADE – DOSIMETRIA DA PENA – ADEQUAÇÃO – CORRUPÇÃO DE MENORES – CRIME FORMAL – PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.”

3. De se ressaltar que, quanto à dosimetria, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado Santa Catarina expressamente consignou: (i) que, no caso concreto, as condenações passadas estavam de há muito distanciadas no tempo e que, por esta razão, não deveriam ensejar o incremento da pena-base; e (ii) que de todo modo não era possível considerar qualquer condenação anterior com mais de 5 (cinco) anos para fins de configurar maus antecedentes.

II. A QUESTÃO DISCUTIDA NOS AUTOS.

4. O presente recurso extraordinário discute a possibilidade de que sentenças condenatórias transitadas em julgado há mais de cinco anos configurem maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.

5. A questão se torna mais complexa na medida em que, ao contrário da reincidência, o legislador não conceituou o que seriam maus antecedentes. Coube então à doutrina e à jurisprudência construir a ideia de que maus antecedentes seriam condenações transitadas em julgado não aptas a configurar reincidência, estabelecendo, portanto, uma clara distinção entre os institutos.

6. O que agora se investiga é saber quais destas condenações não aptas a gerar reincidência podem efetivamente ser consideradas pelo julgador como uma das circunstâncias judiciais de que cuida o artigo 59, do Código Penal.

II.1. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO AOS MAUS ANTECEDENTES.

7. Em um primeiro momento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entendia que configuravam maus antecedentes: inquéritos policiais, ações penais em curso e condenações com trânsito em julgado há mais de 5 (cinco) anos (cf. HC 72.093, Rel. Min. Ilmar Galvão, HC 73.394, Rel. Min. Moreira Alves, HC 70.871, Rel. Min. Paulo Brossard).

8. Em momento posterior, os Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio promoveram uma mudança de orientação do Tribunal, entendendo não mais ser fundamento idôneo a configurar maus antecedentes a menção a processos em curso.

9. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça editou, em maio de 2010, a Súmula nº 444, com a seguinte redação: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.” E, nessa linha, foi decidido o RE 591.054, sob relatoria do Min. Marco Aurélio, que destacou que, para efeito de aumento da pena-base, somente podem ser valoradas como maus antecedentes decisões transitadas em julgado, sendo imprestáveis para esse fim investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que em grau de recurso. Assim, concluiu o Tribunal que os maus antecedentes são, tão somente, as condenações criminais transitadas em julgado.

10. Do que se viu até aqui, pode-se sintetizar a evolução do entendimento sobre os maus antecedentes da seguinte forma: o primeiro momento foi o de conceituá-lo, oportunidade em que se consideravam maus antecedentes quaisquer registros no histórico criminal do indivíduo, aí incluídas anotações policiais e inquéritos em curso. O segundo momento foi o de limitar o alcance do conceito às condenações, o que se fez, sobretudo, com amparo na jurisprudência. O terceiro momento, que revela a jurisprudência atual, é o de estabelecer quais condenações criminais passadas se prestam à configuração dos maus antecedentes.

II.2 A POSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR COMO MAUS ANTECEDENTES CONDENAÇÕES ANTERIORES COM MAIS DE 5 ANOS DECORRIDOS.

11. Feito este breve histórico, analiso agora o cerne da questão, que é estabelecer se há mais um critério objetivo limitador de quais circunstâncias podem ser consideradas como maus antecedentes, ou seja, se a prescrição quinquenal prevista para a reincidência (art. 64, I, do Código Penal), aplica-se também a todas as condenações passadas, o que alcançaria as condenações que serviriam para a configuração dos maus antecedentes.

12. Neste tema, há duas posições: uma primeira que entende não aplicável o disposto no art. 64, I, do CP, às condenações que podem configurar maus antecedentes, já que “a existência de condenações penais anteriores irrecorríveis - mesmo revelando-se inaplicável a circunstância agravante da reincidência, ante o que dispõe o art. 64, I, do CP - não inibe o Poder Judiciário de considerá-las, no processo de dosimetria da pena, como elementos caracterizadores de maus antecedentes judiciário-sociais do acusado.” (HC 86.415, Rel. Min. Carlos Velloso)

13. Este posicionamento possui algum respaldo na doutrina:

“Apesar de desaparecer a condição de reincidente, o agente não readquire a condição de primário, que é como um estado de virgem, que, violado, não se refaz. A reincidência é como o pecado original: desaparece, mas deixa sua mancha, servindo, por exemplo, como antecedente criminal (art. 59, *caput*)” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238).

14. A segunda entende que se a mácula pretérita mais grave na vida social do agente - que é a condenação para fins de reincidência -, desaparece em cinco anos, não produzindo qualquer efeito em eventual e futura condenação penal, com muito mais razão deve desaparecer, no mesmo espaço de tempo, qualquer traço indicativo de conduta criminal que possa ser aferida como maus antecedentes.

15. Com todo respeito a quem pense de modo contrário, filio-me à primeira posição: a que não considera aplicável aos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal.

16. Chego a esta conclusão por três fundamentos: (i) os maus antecedentes não se confundem com a reincidência, e se destinam a finalidades distintas na fixação da pena; (ii) os maus antecedentes não são utilizados para a formação da culpa criminal, mas para a dosagem da pena quando já formada a culpa; e (iii) a consideração dos maus antecedentes na dosagem da pena concretiza os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

II.3 OS MAUS ANTECEDENTES NÃO SE CONFUNDEM COM A REINCIDÊNCIA.

17. Quanto ao primeiro fundamento, a distinção entre maus antecedentes e reincidência, tem-se que os dois institutos objetivam oferecer ao julgador critérios distintos para a dosagem da pena, considerada a situação pessoal do indivíduo e a necessidade de uma resposta penal mais intensa para quem reitera na prática criminosa. Trata-se, como se disse, de dois critérios distintos, com

finalidades distintas e efeitos distintos, nada obstante se refiram à prática, pelo agente, de condutas criminosas no passado.

18. Quem estabelece a distinção é o próprio legislador penal ao determinar que a reincidência seja aferida na segunda etapa do sistema trifásico de dosagem da pena, previsto no artigo 68 do Código Penal, estabelecendo, ainda, que a reincidência “sempre” agravará a pena, enquanto os maus antecedentes podem ser discricionariamente considerados pelo juiz, na fixação da pena-base, que corresponde à primeira fase do mesmo sistema trifásico. É nesta primeira fase que o julgador mais livremente afere as circunstâncias pessoais do agente, e, portanto, a quantidade de pena que, nos exatos termos da lei “*seja necessária [a] e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*”.

19. O legislador também estabelece que, para efeito de reincidência, não se considera condenação anterior se, entre a data desta e a da condenação atual, haja decorrido mais de 5 (cinco) anos, óbice que não estabelece para a consideração de condenações pretéritas para fins de configuração dos maus antecedentes.

20. Os antecedentes ainda se distinguem da reincidência porque se prestam, na sistemática do Código, a informar a escolha discricionária do julgador quanto: (i) à pena aplicável, entre as previstas para o crime; (ii) ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; e (iii) à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tudo, como se disse, com o objetivo de estabelecer a resposta penal que *seja necessária e suficiente “para a reprovação e prevenção do crime”*.

21. Na aplicação da pena e na fixação do regime inicial, verifica-se que a reincidência opera de forma obrigatória e restritiva, impossibilitando peremptoriamente a concessão de regime mais benéfico, ou a substituição da pena, valendo-se o legislador, nestes casos, das fórmulas “*quando o réu não for reincidente em crime doloso*” e “*o condenado não reincidente*”.

II.4 OS MAUS ANTECEDENTES NÃO SÃO UTILIZADOS PARA A FORMAÇÃO DA CULPA CRIMINAL, MAS PARA A DOSAGEM DA PENA.

22. Quanto ao momento de consideração dos maus antecedentes, é absolutamente necessário afirmar que estes jamais serão utilizados para a formação da culpa do acusado, ou seja, para que o julgador forme sua convicção sobre a prova produzida ou sobre a conduta do réu. Os maus antecedentes só são considerados quando já formada a culpa, ou seja: quando já condenado o réu. Eles se prestam, como também já se disse, para subsidiar a discricionariedade do julgador quanto: (i) à escolha da pena aplicável, entre as legalmente previstas; (ii) ao regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, entre os estabelecidos pelo legislador; e (iii) à eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Neste momento, o julgador já valorou a prova dos autos e já está convencido de que o acusado efetivamente praticou a conduta, e isso sem que incida causa de exclusão da ilicitude ou seja a conduta alcançada por uma dirimente a afastar o juízo de reprovação penal. Ou seja: no momento da aferição dos maus antecedentes, o acusado já está condenado.

23. Esta situação se verifica até mesmo topograficamente na estrutura da decisão judicial. Estabelecida no dispositivo a procedência da pretensão punitiva estatal, aí, e só aí, o julgador passará à dosagem da pena, oportunidade em que considerará os antecedentes, cuja natureza jurídica é a de circunstâncias judiciais, referentes à discricionariedade com que autorizado a se movimentar, como o próprio nome do instituto está a revelar. Após a fixação da pena-base, verifica então a presença de agravantes ou atenuantes genéricas, e, entre as agravantes, a reincidência, para, ao final, examinar a ocorrência de causas de aumento ou diminuição de pena.

24. Com isto se quer dizer que os antecedentes não informam uma pré-compreensão do julgador sobre o acusado, razão pela qual não influenciam na formação da culpa. Nesta medida, os antecedentes não são uma pecha que acompanha e prejudica a vida do agente, a menos que ele, voltando a delinquir, venha a ser efetivamente condenado pela nova prática delituosa. Em outras palavras: ninguém será condenado porque já delinuiu, mas pode ter sua pena dosada à luz desta circunstância individual.

II.5 A CONSIDERAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES CONCRETIZA OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

25. É esta premissa - a de que a pessoa, voltando a delinquir, terá a eventual pena aplicada dosada à luz de suas circunstâncias pessoais -, que constitui o terceiro fundamento de meu voto e que permite a conclusão de que os maus antecedentes concretizam os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

26. O ordenamento constitucional estabelece que as pessoas recebam igual tratamento, o que compreende, na conhecida fórmula, a consideração de suas desigualdades. Estabelece, ainda, que a resposta penal seja aplicada de forma individualizada, o que significa que as circunstâncias pessoais de cada indivíduo devem ser consideradas na quantidade, na espécie e no modo de cumprimento das penas.

27. De tudo que se viu, a impossibilidade de consideração de condenações pretéritas para fins de configuração de maus antecedentes, implica não diferenciar o que é distinto. Figure-se o seguinte exemplo: alguém pratica 10 estelionatos, e, seis anos após a última condenação volta a praticar crime da mesma espécie em concurso com pessoa que jamais praticara qualquer crime. Deve o julgador, na fixação da pena-base, partir do mesmíssimo patamar para iniciar o processo de dosagem da pena dos dois? Se estas condenações, transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, já não mais se prestam a configurar reincidência, pode o julgador encontrar para quem praticara no passado 10 estelionatos, a mesma pena que encontrou para quem nunca cometera qualquer crime? É a isto que se refere o Professor Cezar Roberto Bittencourt, acima citado, ao afirmar que: *“Apesar de desaparecer a condição de reincidente, o agente não readquire a condição de primário, que é como um estado de virgem, que, violado, não se refaz. A reincidência é como o pecado original: desaparece, mas deixa sua mancha, servindo, por exemplo, como antecedente criminal”*.

28. Assim, se as penas do criminoso contumaz, e as de quem jamais se envolvera em atividade

criminosa serão as mesmas, porque impossível a consideração dos maus antecedentes do primeiro, transcorridos 5 (cinco) anos, esvazia-se a função de prevenção geral do direito penal e se deixam de observar os princípios da isonomia, porque haverá evidente tratamento discrepante, e da individualização da pena, porque medidas situações absolutamente distintas com a mesmíssima régua.

29. Por fim, necessário insistir em que a consideração dos maus antecedentes se dá de forma discricionária pelo julgador, que os valora em conjunto com as demais circunstâncias judiciais, nomeadamente: conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime, tudo informado pela finalidade de encontrar uma resposta penal individual que seja necessária e suficiente à prevenção e à reprovação do crime, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base, por condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59, do Código Penal.

30. Neste sentido o voto vencido da Ministra Carmen Lúcia, no HC 126.315, julgado em 15.09.2015, na linha de segura jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (RHC 116.070; RHC 106.814; HC 98.803; HC 83.547; HC 69.001), para quem:

“A situação fática retratada revela não se submeter o direito penal a fórmulas hermeticamente cerradas. Sua aplicação deverá observar o caso concreto, tendo em vista a individualidade do ser humano e dos atos por ele praticados, os quais são submetidos à apreciação do Poder Judiciário, tornando inviável efetuar cortes lineares para a incidência das normas jurídico-penais (...)

O reconhecimento da possibilidade de utilização de condenações anteriores como maus antecedentes não configura a alegada pena perpétua, mas a consideração fática da vida do Paciente, com reflexo na dosimetria penal”

III. CONCLUSÃO.

31. Assim, e em conclusão, entendo que o Tribunal não deve retirar do julgador a possibilidade de considerar o que o legislador penal expressamente o autorizou a considerar na concretização dos postulados da isonomia e da individualização da pena.

32. Por outro lado, a consideração dos maus antecedentes é tema afeto à discricionariedade na aplicação da pena, razão pela qual o sentenciante não estará obrigado a sempre majorá-la, quando verificados os antecedentes penais, mas poderá fazê-lo ou não, fundamentadamente, quando entender, no caso concreto, que tal providência é necessária e suficiente “*para a reprovação e prevenção do crime*”.

33. No caso concreto, considerado que a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do

Estado Santa Catarina expressamente considerou que as condenações passadas estavam há muito distanciadas no tempo e que, também por esta razão, não deveriam ensejar o incremento da pena-base, mantenho a decisão, dela decotando, contudo o fundamento expresso da impossibilidade de consideração de condenação anterior com mais de 5 (cinco) anos para fins de configurar maus antecedentes.

34. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso extraordinário para fixar a tese, em sede de repercussão geral, de que *“não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”*.

35. É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 102, inciso “III”, alínea “a”, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça que não considerou condenações, cujas penas foram extintas há mais de cinco anos, como maus antecedentes.

No apelo extremo, o órgão ministerial asseverou que:

“A definição da questão constitucional debatida neste recurso, consubstanciada na correta exegese do artigo 5º, LVII, da Constituição da República, encontra relevância jurídica suficiente para permitir o seu conhecimento, especialmente considerando-se que eventual pronunciamento desse Supremo Tribunal invariavelmente trará repercussões futuras quanto a sua aplicação, particularmente porque a presunção de não- culpabilidade é uma garantia constitucional fundamental que tem lugar na instrução penal e não na dosimetria da pena, exercendo forte influência no momento final da prestação jurisdicional penal.

Com efeito, parte dos doutrinadores e da jurisprudência tem entendido que a existência de condenações penais anteriores, mesmo relevando-se inaplicável a circunstância agravante da reincidência sobre o que dispõe o artigo 64, I, do Código Penal, ou seja, aquelas condenações com trânsito em julgado há mais de 5 (cinco) anos, não podem ser considerados como maus antecedentes, porque violaria a presunção de inocência.

Não parece, no entanto, que a garantia constitucional da presunção de inocência ou de não culpabilidade, projeta-se a essa dimensão.

Todos os dados da vida pregressa do acusado (bons ou maus) são importantes à individualização da pena, de modo que condenações pretéritas, ou seja, aquelas com trânsito em julgado há mais de 5 (cinco) anos, não podem passar despercebidas no momento da fixação da pena, porque injustificável a não diferenciação de um cidadão sem qualquer registro criminal com outro possuidor de um ou mais processos criminais.

Entendimento contrário estará concedendo benesse não prevista em lei, trazendo instabilidade à aplicação

da lei penal e descrença no sistema repressor estatal perante a sociedade.

Ressalta evidente, assim, a repercussão geral da questão constitucional discutida no presente não usar – visto que incorreta a aplicação da garantia constitucional -, sendo necessária a adequada interpretação do artigo 5º, LVII, da Constituição da República por seu guardião, esse Tribunal, particular circunstância que autoriza o conhecimento e a análise do mérito do presente recurso”.

O Tribunal de origem admitiu o apelo extremo.

Em 5 de fevereiro de 2009, esta CORTE reconheceu a existência da repercussão geral da matéria, em acórdão assim ementado:

“MATÉRIA PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO- CULPABILIDADE. MANIFESTAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO REQUISITO DA REPERCUSSÃO GERAL PARA APRECIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Instado a se manifestar, o órgão ministerial opinou pelo provimento do recurso extraordinário. Constou do parecer:

“Em que pesem as formulações em sentido contrário, temos que, antes de constituir afronta ao princípio da presunção de inocência, a consideração das circunstâncias judiciais do réu, inclusos aí os antecedentes penais, tornam possível ao Estado, no exercício do jus puniendi, a imposição de pena adequada e suficiente.

O desprezo de tais elementos no momento da fixação da reprimenda implicaria, inevitavelmente, ofensa aos princípios da individualização da pena e da isonomia, posto que conferiria tratamento igual a réus que se encontram em situações diversas.

(...)

Levando em conta a expressão distinta que a própria legislação penal faz entre reincidência e maus antecedentes, consideramos correta a aferição de todos os incidentes relevantes da vida pregressa do réu que com a reincidência não se confundam para fins de individualização da pena, o que não resvala para a indevida aplicação de um direito penal de autor, tão combatido na contemporaneidade, nem sequer para a inobservância do princípio da presunção de inocência, até porque deverão tais incidentes ser sopesados pelo magistrado sentenciante sob o prisma da proporcionalidade”.

É o relato do essencial.

Entendo não ser possível unificar duas hipóteses legislativas com consequências diversas, como **reincidência e maus antecedentes**. A legislação penal é muito clara em diferenciar os referidos institutos. Não se pode, com todo o respeito às posições em contrário, simplesmente, acabar com um dos requisitos valorativos da fixação da pena - maus antecedentes, transformando o que está previsto expressamente no Código Penal.

Com efeito, os vetores do art. 59 devem ser analisados na primeira fase de aplicação da pena, enquanto a reincidência é aplicada na segunda fase, por se tratar de uma das circunstâncias agravantes do art. 61.

Veja-se que, no art. 64, o Código Penal afasta os efeitos da reincidência, e não a reincidência no prazo de cinco anos. Ora, entendo eu, afasta os efeitos da reincidência para fins da circunstância agravante do art. 61, I; e não para a fixação da pena-base do art. 59, que trata dos antecedentes - os bons ou maus antecedentes. Quando o Código Penal retira, após cinco anos, os efeitos da reincidência, significa apenas que ele suprimiu um gravame para algumas situações, como, por exemplo, a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Não se pretende induzir ao raciocínio de que a pessoa que já sofreu condenação penal terá maus antecedentes pelo resto da vida, mas que, havendo reiteração delitiva, a depender do caso concreto, o juiz poderá avaliar essa condenação anterior, que não se enquadra no conceito de reincidência, como mau antecedente.

No mesmo sentido é o magistério de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, conforme se depreende do seguinte excerto:

5-A. Caducidade dos maus antecedentes: diversamente da reincidência, os maus antecedentes não caducam. O período depurador relativo à reincidência (art. 64, I, CP), de cinco anos, justifica-se porque essa circunstância acarreta vários gravames ao acusado/condenado (...). Eis o motivo pelo qual há um prazo pra caducar. Os antecedentes criminais, para fins penais, só têm um efeito, figurando como circunstância judicial (art. 59, CP), visando a mensurar a pena-base. Por outro lado, comprovada a reincidência, deve o juiz aplicar a agravante (art. 61, I, CP), que pode gerar uma elevação da pena, na segunda fase da fixação de pena, de um sexto ou mais. Quanto aos antecedentes, a sua aplicação depende do critério do julgador, sendo de consideração facultativa. Ademais, os maus antecedentes devem ser avaliados pelo magistrado no caso concreto, justamente para que apresentem alguma conexão com o crime cometido pelo agente. (Código Penal Comentado . 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 455.)

Por fim, esta CORTE já decidiu ser viável, para fins de maus antecedentes, a consideração de condenação por fato anterior quando o seu trânsito em julgado tiver ocorrido no curso da ação penal em exame, diferentemente do que se exige para a configuração da reincidência. Precedentes:

DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÃO CUJO TRÂNSITO EM JULGADO OCORREU NO CURSO DA AÇÃO A QUE ORA RESPONDE O PACIENTE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

I - Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, uma vez que o trânsito em julgado da condenação por fatos anteriores ocorreu no curso da ação a que ora responde, tal fato caracteriza maus antecedentes e permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

II - Recurso desprovido

(RE 608.718-AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe 11/4/2011).

(...) 3. Sentença condenatória com trânsito em julgado posterior ao fato delituoso de que o paciente é acusado neste writ, que, embora não possa ser considerada para o efeito de reincidência, configura maus antecedentes.

(HC 82.202/RJ, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJe 19/12/2002)

Ilustrativos desse entendimento, destacam-se, ainda, os seguintes julgados: HC 122.181/BA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30/9/2014 e HC 95.585/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 19/12/2008. Este último assim ementado:

(...) Não há que confundir as noções de maus antecedentes com reincidência. Os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência (CP, art. 63).

Em sede doutrinária, CELSO DELMATO ensinou que:

Condenação por fato anterior, transitada em julgado após o novo fato: embora não gere reincidência, sendo o acusado, como se costuma dizer de forma imprópria, tecnicamente primário, pode ser considerado como mau antecedente. (Código Penal Comentado . 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254.)

Na mesma esteira, a doutrina balizada discorre sobre o tema:

Condenações anteriores, a habitualidade no crime e mesmo outros fatos desabonadores comprovados, porém, indicam maus antecedentes do acusado. Mesmo a condenação anterior já atingida pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP, ainda que não gere reincidência, deve ser considerada como mau antecedente". (MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 2013, p. 326).

"Por antecedentes se devem entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade com os imperativos ético-jurídicos. A finalidade desse modulador, como os demais constantes do art. 59, é simplesmente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 298).

"Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal" (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado, Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 193)

Análise do caso dos autos:

No caso concreto, o recorrido foi absolvido pelo Juízo de origem pela prática dos crimes de corrupção de menores, receptação e de posse de material destinado ao tráfico de drogas (art. 13 da Lei 6.368/1976). Foi condenado à pena de 3 anos e 8 meses, pelo delito de tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/1976).

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o recurso de apelação em 1º/11/2007, deu parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o recorrido também pelo crime de corrupção de menores, assentando não ser possível considerar, para a fixação da pena-base, condenações criminais extintas há mais de 5 (cinco) anos.

No caso em tela, o recorrido possuía – à época dos fatos - uma condenação por uso de substância entorpecente (art. 16 da Lei 6.368/1976), cuja pena foi extinta em 17/8/1999 (vol. 1, fl. 92).

Verifico, portanto, que a reprimenda ali aplicada não foi suficiente para a prevenção do novo delito, havendo reiteração delitativa. Todavia, considerando que a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina expressamente considerou outras circunstâncias desfavoráveis na primeira fase da dosimetria da pena e fixou-a acima do mínimo legal (4 anos), o que parece razoável no caso concreto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, apenas para afastar a impossibilidade de considerar, para fixação de pena-base, condenações criminais extintas há mais de 5 anos.

É como voto.

(Proposta de tese: *O prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, não impede o reconhecimento de maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena.*)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, Ministro Marco Aurélio, eminentes Pares, eminente Ministro-Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, que vem de ser acompanhado, no voto e na conclusão, pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes. Também saúdo as sustentações orais, reiterando os cumprimentos.

Vou fazer uma breve síntese, Presidente, eis que irei juntar declaração de voto sobre esta matéria. Nesta breve síntese, permito-me salientar dois aspectos que foram suscitados da tribuna e se mostram, ao meu ver, relevantes.

O primeiro deles é que o caso concreto é um desses casos em que efetivamente se evidencia uma inequívoca seletividade da aplicação do Direito Penal no Brasil. Aqui, e esse é um segundo

aspecto, estamos novamente diante de uma questão atinente a drogas, que suscita, como já tive a oportunidade de dizer desta tribuna, muito mais um debate sobre políticas públicas do que sobre respostas repressivas exclusivamente fundadas numa posição do Estado que, ao invés de mais escolas, toma caminhos diversos para responder a esses desafios. Portanto, subscrevo essas duas percepções, que foram postas da tribuna, especialmente pela vocalização da Defensoria Pública.

Um outro aspecto, Senhor Presidente, que está na declaração de voto que irei trazer à colação, reproduz trecho do voto vencedor no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que se assentou exatamente o cerne do que aqui está em debate. Lá, consta expressamente do acórdão que o réu não registra maus antecedentes visto que há apenas uma condenação transitada em julgado, que será considerada somente para fins de reincidência, sob pena de *bis in idem*. Importa salientar que não há outras sentenças condenatórias transitadas em julgado em desfavor do apelante nos cinco anos anteriores ao delito em questão.

Portanto, à luz do inc. LVII do art. 5º da Constituição, o Tribunal de Justiça do Estado Santa Catarina não se utilizou do conceito de maus antecedentes e, sim, apenas do conceito de reincidência, entendendo que há um óbice de índole constitucional para a utilização das circunstâncias judiciais que estão no *caput* do art. 59 do Código Penal quando se refere a antecedentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Vossa

Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Então, não teria passado o período de cinco anos? Porque, se o Tribunal de Justiça considerou a reincidência...

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu acabei não lendo o restante. Há uma condenação transitada em julgado que será considerada para fins de reincidência - que está assentado. E se considerasse esta condenação para maus antecedentes configuraria *bis in idem*, mas outras há que ultrapassaram o lapso temporal de cinco anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Está bem. Está esclarecido.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - E é exatamente neste ponto que o Tribunal foi em outra direção.

Portanto - feita essa breve introdução, Senhor Presidente, não quero obviamente me alongar -, a posição que tenho sobre essa matéria já a defendia perante a Primeira Turma, quando tive o prazer e a honra de integrar aquele Colegiado; também a defendi perante a Segunda Turma, mas neste Colegiado restei vencido.

Mas, em homenagem ao princípio da colegialidade, nos julgamentos no âmbito da Segunda Turma, ressaltando o meu posicionamento pessoal, segui a compreensão que lá se assentou em diversos e numerosos julgamentos - nesta declaração de voto cito mais de uma dezena de julgamentos

-nos quais a compreensão majoritária na Segunda Turma é no sentido de que, decorridos mais de cinco anos, desde a extinção da pena da condenação anterior, não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o conhecimento dos maus antecedentes. Essa compreensão também conta com o beneplácito de ilustres integrantes da Primeira Turma. Na Segunda Turma é a compreensão majoritária, que acompanhei em diversos julgamentos, precisamente em homenagem à colegialidade que lá se assentou.

Nada obstante, estamos no Plenário maior do Tribunal no qual esses temas se recolocam. E estou, portanto, aqui, subscrevendo a compreensão de que o prazo previsto no art. 64, inc. I, do Código Penal não impede ao magistrado, ao realizar a dosimetria da pena, de considerar, como configuradora de maus antecedentes, condenações em relação às quais tenha decorrido período de tempo superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a data da infração penal em julgamento.

Esta é a compreensão, como disse, que subscrevi desde que adentrei aqui neste Tribunal, para minha honra, perante a Primeira Turma, e, na Segunda Turma compreensão majoritária em sentido diverso. E no julgamento, como disse, lá, acompanho o Colegiado, mas tenho ressaltado a posição.

Aqui no Plenário me permito, obviamente, não ressaltar e, sim, trazer à colação a posição originária que tenho, que vai ao encontro da proposta do eminente Ministro-Relator, Ministro Luís Roberto Barroso.

Estou ciente dos sólidos argumentos sobre a permanência da consideração dos maus antecedentes se levados em conta reiteradamente, o que poderia, eventualmente, encontrar óbice na vedação constitucional de penas de caráter perpétuo.

Nada obstante, em julgamento perante a Segunda Turma, a eminente Ministra Cármen Lúcia, em voto vencido, rebateu esse argumento - e eu subscrevo o que consta do voto de Sua Excelência no *Habeas Corpus* 130.613 - quando assentou:

“A situação fática retratada revela não se submeter ao Direito Penal a balizas ou fórmulas hermeticamente cerradas. Sua aplicação deverá observar o caso concreto, considerando-se a individualidade do ser humano e dos atos por ele praticados os quais são submetidos à prestação do Poder Judiciário, tornando inviável eventuais cortes lineares para a incidência das normas jurídico-penais. O reconhecimento da possibilidade de utilização da condenação anterior como maus antecedentes não configura alegada pena perpétua, mas a consideração de situação fática da vida do paciente com reflexo na dosimetria penal.”

É o entendimento que eu estou a subscrever.

E arremato, Senhor Presidente, firmando a compreensão de que a leitura constitucional, nos limites do sentido e do texto da Constituição, em meu modo de ver, não passa pela deslegitimação da resposta punitiva no Estado Democrático de Direito quando assim se apresenta. E também não passa pela hipertrofia do Direito Penal como resposta *prima facie* a todas as questões e malferimentos da ordem jurídica.

Esse equilíbrio, em meu ver, leva-me a acompanhar a proposição e o voto do eminente Ministro-Relator. E reitero os cumprimentos às sustentações orais da sempre briosa Defensoria Pública, e, também, do ilustre Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo Doutor Smano, que nos deu a honra e o prazer de estar aqui proferindo a sua sustentação oral, sustentações que foram encerradas com a sempre ilustre e sensível manifestação da Procuradora-Geral da República, Doutora Raquel Dodge.

É como voto, Senhor Presidente, acompanho o Relator.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Senhor Presidente, tenho a honra de acompanhar, em sua totalidade, o voto do eminente Relator. Assim como Sua Excelência, compreendo que o prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal não impede o magistrado, durante a realização da dosimetria da pena, de considerar como configuradoras de maus antecedentes as condenações em relação as quais tenha decorrido período de tempo superior a 05 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a data da infração penal em julgamento.

Consigno, apenas a título de registro, que essa sempre foi a minha compreensão sobre a matéria, tal como me manifestava quando integrava a Primeira Turma do STF, assim como quando já integrante da Segunda Turma, sendo que nessa, pelo princípio da colegialidade, ressaltava o meu posicionamento pessoal e acompanhava a maioria na adoção do entendimento contrário.

Com efeito, não se desconhece a existência de precedentes que amparariam a corrente que sustenta a impossibilidade de ser considerada como maus antecedentes uma condenação transitada em julgado cuja extinção da pena tenha sido atingida pelo período depurador dos 05 (cinco) anos, com respaldo no art. 64, I, do CP: “*Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes*” (HC 126.315, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 07.12.2015). E ainda: HC 110.191, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 03.05.2013 e HC 119.200, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 12.03.2014.

Observo, todavia, que também há julgados em sentido contrário nesta Corte, com os quais perfilho do mesmo entendimento, com a devida vênica de quem entenda de forma diversa:

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA. IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO IMPEDE A FORMAÇÃO DA COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE *HABEAS*

CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS COMO MAUS ANTECEDENTES. 1. [...] 2. As condenações criminais transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes do Recorrente para fins de exacerbação da pena-base. 3. Recurso a que se nega provimento.” (RHC 116.070, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 13.06.2014, grifei).

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES EXTINTAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. I - Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, em razão do decurso do prazo de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores caracteriza maus antecedentes e demonstra a sua reprovável conduta social, o que permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. II - Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.” (RHC 106.814, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe 24.02.2011, grifei)

“PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NÃO-PREENCHIMENTO DE UM DOS SEUS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade de a extinção dos efeitos da reincidência (art. 64, I, do Código Penal) eliminar os efeitos de maus antecedentes para fins de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/07. 2. O § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 trouxe uma causa especial de diminuição de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), concedida ao agente que cumpre os seguintes requisitos cumulativamente: ser primário, ter bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. 3. Não há que se falar em aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, se o juízo de 1º grau reconheceu que o paciente registra maus antecedentes, fato este ainda confirmado em sede de recurso de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. 4. Esta Corte tem orientação pacífica de que condenação criminal não considerada para efeito de reincidência - em razão de decurso de prazo previsto no artigo 64, I, do Código Penal - pode vir a sê-lo para efeito de maus antecedentes quando da análise das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena. 5. Com base no disposto no art. 33, § 4º, da Nova Lei de Drogas, a não- utilização da causa de diminuição de pena deve-se ao fato da existência de maus antecedentes criminais (CP, art. 59). 6. *Habeas corpus* denegado.” (HC 98803, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, grifei)

Acerca do tema, igualmente a doutrina não é uníssona na leitura do embate que ora se trava. É cediço que mesmo entre os estudiosos do Direito Penal, o tema não é pacífico, de forma que a divisão que se verifica nos precedentes desta Corte se espraia também para a seara da dogmática penal.

Contudo, considerando a posição que ora reputo adequada e condizente com o princípio constitucional da individualização da pena, colho escólio de Guilherme de Souza Nucci, que conceitua antecedentes como *“tudo o que ocorreu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal. Antes da Reforma de 1984, os antecedentes do réu abrangiam todo o passado do réu, desde as condenações porventura existentes até o seu relacionamento na família, no trabalho e em outros lugares. Atualmente, no entanto, destacando-se a conduta social do contexto dos antecedentes, terminou sendo esvaziado este último requisito, merecendo circunscrever sua abrangência à folha de antecedentes”* (IN **Individualização da Pena**, 7ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 162).

Nesse diapasão, à luz dos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena, é papel do Poder Judiciário, por meio do magistrado atuante no caso concreto, quando da realização da primeira etapa da dosimetria da pena, a apuração e valoração das peculiaridades que envolvem cada condenado, a fim de determinar qual a pena melhor veste o figurino daquele específico réu.

Sobre o tema, Eugênio Pacelli e André Callegari, ao discorrer sobre os vetores que norteiam a fixação da pena-base, trazem o seguinte ensinamento:

“O outro vetor essencial na determinação da pena, e diríamos que ele, em verdade, abrange todas as demais circunstâncias previstas no art. 59, CP, diz respeito à culpabilidade do agente e às necessidades de prevenção previstas no mencionado dispositivo legal. E aqui então haverá de se renovar, mais uma e última vez, a discussão acerca da finalidade e das funções da pena pública, já agora com o objetivo de concretizar qual a pena deverá ser imposta a um específico autor.

A primeira fase da concretização da pena, portanto, se inicia pelo exame da pena cominada ao tipo, simples ou qualificado, e das circunstâncias subjetivas e objetivas com as quais *o juiz deverá sopesar a medida da culpabilidade do agente e a necessidade de pena para fins de prevenção do crime.*” (IN Manual de direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 488, grifei).

Em igual sentido, sustenta Guilherme de Souza Nucci:

“(...) julgar não é tarefa de matemáticos nem de computadores, sendo deplorável a (nem sempre incomum) pena-padrão, que elimina as evidentes diversidades entre os réus, seres humanos diferentes por natureza no cotidiano. Igualar os acusados artificialmente, no momento da punição, não poucas vezes por indiferença dos julgadores, por desconhecimento da importância das circunstâncias e condições pessoais ou por mera comodidade é inaceitável, mormente se confrontarmos esse resultado com o princípio constitucional da individualização da pena.” (Op. cit., p. 160, grifei)

Portanto, justamente tendo como norte a premissa de que condenados primários tem direito a tratamento diverso e menos gravoso do que aqueles que já foram condenados anteriormente, ainda que a extinção dessa pena tenha ocorrido quando já superado o lapso temporal previsto no art. 64, I, do CP, entendo plenamente compatível, para não dizer, devidamente coerente com a ordem constitucional vigente, que sentenciados com condenações pretéritas transitadas em julgado e que não sirvam para efeitos de reincidência **possam** ter a pena-base exasperada pelo reconhecimento desfavorável da vetorial dos *maus antecedentes*.

De todo modo, como já bem esmiuçado pelo eminente Relator, trata-se aqui de uma **possibilidade** conferida ao juiz sentenciante, e não de uma imposição, tal qual a que opera com a constatação de eventual reincidência. Em outras palavras, pode o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, e desde que de forma fundamentada, avaliar negativamente a

circunstância judicial dos maus antecedentes, assim como a ele é plenamente legítimo afastá-la, ainda que constatada a existência de condenação transitada em julgado que não sirva para efeitos de reincidência, caso entenda que tal registro não justifica, no caso concreto, o aumento da reprimenda penal na primeira etapa da dosimetria.

No mesmo sentido, ênfase relevante assertiva formulada pela eminente Ministra Cármen Lúcia, quando de seu voto no HC 130.613, de relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli, julgado em 24.11.2015 na Segunda Turma, embora tenha restado vencida na ocasião:

“A situação fática retratada revela não se submeter o direito penal a balizas ou fórmulas hermeticamente cerradas. Sua aplicação deverá observar o caso concreto, considerando-se a individualidade do ser humano e dos atos por ele praticados, os quais são submetidos à apreciação do Poder Judiciário, tornando inviável efetuar cortes lineares para a incidência das normas jurídico-penais.

(...)

O reconhecimento da possibilidade de utilização da condenação anterior como maus antecedentes não configura a alegada pena perpétua, mas a consideração de situação fática da vida do Paciente, com reflexo na dosimetria penal.”

Ante o exposto, **acompanho o eminente Relator. É como voto.**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eminentes pares, começo cumprimentando os que assomaram a tribuna com belas sustentações orais, e parabênico, em especial, o eminente Relator que, com a clareza e profundidade de sempre, enfrentou a matéria.

Eu, observando a metodologia, Senhor Presidente, de otimizar os nossos trabalhos quando os fundamentos esgrimidos já apreciaram a lide, do meu ponto de vista, na sua inteireza, eu digo a Vossa Excelência – e tenho declaração escrita de voto que juntarei aos autos -, que já apreciei o tema em mais de uma oportunidade na Primeira Turma, acompanhando a posição do eminente Ministro Luís Roberto Barroso e também a do Ministro Edson Fachin, especificamente no ARE 925.136, este sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, julgamento em 19 de setembro de 2016; e no HC 107.456/RS, relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, publicação em 4 de agosto de 2014.

É verdade, foi referido da tribuna pelo eminente Dr. Rafael Rafaeli, que, no processo de relatoria de Vossa Excelência, tivemos decisão unânime, em função daquelas peculiaridades, Ministro Luís

Roberto e eu na oportunidade resguardamos a possibilidade de continuar a refletir sobre o tema. Como diz Vossa Excelência, às vezes evoluímos, às vezes, involuímos.

Eu, no caso específico, voltei à minha posição primeira, atenta ao princípio da isonomia, princípio da individualização da pena. Por quê? No caso, entendo que, em se tratando de dosimetria, prevalece a discricionariedade do julgador, à luz do art. 59, do Código Penal.

E o julgador poderá justamente - eu parto dos exemplos trazidos pelo eminente Relator - ponderando as circunstâncias do caso, considerar ou não aquelas condenações impostas há mais de cinco anos como maus antecedentes. Ele não deverá necessariamente utilizá-las, considerá-las ou reputá-las como maus antecedentes, mas poderá, na sua discricionariedade...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Na Turma, prevaleceu a óptica segundo a qual o primário não tem maus antecedentes. Fica difícil conciliar a primariedade com maus antecedentes.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Ministro Marco Aurélio, na Turma, o Ministro Luís Roberto e eu ressalvamos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Ressalvaram.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Exatamente. Ressalvamos, e foi lembrado aqui, o reexame e um refletir melhor sobre o tema. Eu volto à posição que havia defendido, por isso referi os dois antecedentes expressamente, um de 2014 e outro de 2016, ambos da Primeira Turma.

Ministro Marco Aurélio, a beleza do Direito - Vossa Excelência sempre anota - é a beleza do colegiado. São posições diferentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Por isso é um colegiado.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Olhares que levam a conclusões diferentes, sem prejuízo, naturalmente, da respeitabilidade dos argumentos contrários aos meus.

Subscrevo, na íntegra, o voto do eminente Relator, a quem novamente parablenizo. Acompanho-o na tese proposta.

No caso concreto, Vossa Excelência está propondo a negativa de provimento?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Estou mantendo a dosimetria tal como veio, sem alterá-la.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Seria o provimento parcial.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Provimento parcial, porque mudei a tese, mas mantive a dosimetria.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Acompanho o eminente Relator.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA**VOTO**

A Senhora Ministra Rosa Weber: 1. Senhor Presidente, trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, especificamente no ponto em que deixou de valorar, como maus antecedentes, condenações criminais cujas penas foram extintas há mais de 5 (cinco) anos.

2. Na hipótese, o Tribunal a quo assentou a compreensão de que a consideração, como maus antecedentes, de condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 (cinco) anos de que trata o artigo 64, inciso I, do Código Penal, afrontaria o **princípio da presunção de inocência** (artigo 5º, LVII, CRFB).

3. Neste recurso extraordinário, o Recorrente aduz contrariedade do entendimento emanado da Corte Estadual à norma do artigo 5º, inciso LVII, da CF/88. Argumenta que a consideração, como maus antecedentes, de condenações alcançadas pelo período depurador de cinco anos (CP, art. 64, inc. I) não viola o princípio da presunção de inocência, pois *“nessas circunstâncias, evidentemente não há a consideração da culpa caracterizadora da condenação a ensejar o reconhecimento da reincidência, mas tão somente a avaliação de uma circunstância que efetivamente diz respeito à vida ‘ante acta’ do agente e, por essa razão, não poderia passar despercebida na álgebra penal”*. Defende, ao contrário, que a desconsideração da aludida circunstância judicial violaria o **princípio da igualdade**.

4. O recorrido Odair José Pinto, por seu turno, sustenta que o juiz, por ocasião da dosimetria da pena, estaria limitado pelos parâmetros temporais dos preceitos secundários previstos nos tipos penais. Assevera não ser admissível que o julgador *“rompa com tal arbítrio e busque, inclusive com auxílio de seus próprio movimentos de consciência, aproximar a reprimenda o mais possível do necessário, para que o condenado sinta e entenda o rigor da justiça e não confunda com simples vingança promovida pela estado”*.

5. Reconhecida a repercussão geral do recurso, em julgamento datado de 26 de fevereiro de 2009 (tema 150).

6. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, manifestou-se pelo provimento do recurso.

7. Feito este breve relato, assento que o dispositivo constitucional invocado pela Corte Estadual para afastar os maus antecedentes, na hipótese, é talhado na Constituição Federal com o seguinte enunciado normativo: “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (CF/88, art. 5º, LVII).

Como se observa, o preceito constitucional materializa garantia que, na ambiência do processo penal, traduz-se em limitações que contemplam uma *regra de tratamento* e uma *regra probatória*. O aludido regime jurídico garantidor “*impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário*” (HC 96.095, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe-048 13.3.2009).

De todo modo, os signos linguísticos empregados no enunciado indicam o âmbito de incidência da norma. Ao prever que ninguém será considerado culpado até o **trânsito em julgado da sentença penal condenatória**, a Constituição da República **afastou os efeitos** da aludida garantia aos réus que possuam contra si **condenações transitadas em julgado**.

Disso decorre que a invocação da presunção de inocência para o afastamento da incidência de condenações **transitadas em julgado**, no apenamento de novo crime cometido pelo acusado, **não tem suporte do texto normativo**. Afinal, **não se presume** inocente aquele que tem contra si condenação judicial **transitada em julgado**.

Entendo, assim, que o princípio da presunção de inocência **não tem o condão de obstar** a influência de condenações **transitadas em julgado** na dosimetria da pena aplicada em razão da prática, em tese, de **fatos posteriores** àquela condenação.

8. Acresço, ainda, que a unificação do tratamento relativo ao período depurador, de que trata o artigo 64, inciso I, do Código Penal, tanto à reincidência como aos maus antecedentes, implicaria a equalização dos regimes jurídicos de dois institutos de Direito Penal que, por opção de política criminal, receberam regramento distinto. Com efeito, transcrevo os exatos termos em que reproduzida no texto legal a norma que regula a matéria (sublinhei):

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

Das regras de hermenêutica advém a lição de que o texto normativo **não contém palavras inúteis**, devendo todos os signos linguísticos nele lançados serem interpretados **sistematicamente** e em conjunção com os demais, a fim de que tenham precisamente delimitados sua extensão e seu alcance.

É possível observar que o legislador estabeleceu, com destacada clareza, que os efeitos da “*neutralização*” da condenação anterior produzem-se em relação especificamente à reincidência, cujo regime jurídico não se confunde com o dos maus antecedentes. A previsão corresponde à concretização, no plano infraconstitucional, do **princípio da individualização da pena**, estatuído no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal.

9. Finalmente, analiso a constitucionalidade do acórdão sob o espectro da vedação de imposição de penas de caráter perpétuo (artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, CRFB) e do **princípio da isonomia** (artigo 5º, *caput*, CRFB).

Também aqui não vislumbro inconstitucionalidade na interpretação da norma legal que restrinja - *tal como pretendeu o legislador* - **os efeitos da norma neutralizante** do artigo 64, inciso I, do Código Penal, ao regime jurídico da **reincidência penal**.

Entendo que a **vedação constitucional de perpetuidade da pena** alcança tanto a **pena corporal** como os **efeitos da condenação**, mormente aqueles relativos às inabilitações e às proibições de exercício de atividades, tal como já decidido, inclusive, por esta Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário 154.134, Rel. Min. *Sydney Sanches*, Primeira Turma, DJ de 29.10.1999.

Reputo que o entendimento em apreço preserva a higidez da norma constitucional de garantia do cidadão, que proscreve a perpetuidade da pena aplicada ao condenado.

Entretanto, a **limitação temporal da imposição de penas** e a **consideração da vida pregressa do condenado** que, posteriormente à condenação, vem a cometer **novo delito**, configuram **questões jurídicas distintas**.

Dito de outro modo, a opção de “*neutralização*” de passagens da vida pregressa do condenado, para efeito de reincidência, **nada tem a ver** com o impedimento de perpetuidade das penas, tratando-se de **opção política do legislador** para, dentro de sua margem de conformação, **minimizar gradualmente** as repercussões dos registros criminais do condenado, depois de transcorrido certo período de tempo desde a extinção de sua pena pretérita.

Porém, a **completa neutralização da vida pregressa do condenado**, pela via da interpretação ampliativa do texto legal, de modo a fazer incidir o período depurador para além do instituto da reincidência, acaba por malferir o **princípio da igualdade**, ao promover tratamento igualitário ao réu primário e àquele que já teve contra si condenação criminal transitada em julgado, bem como o **da individualização da pena**.

10. Em arremate, registro ser nesse mesmo sentido que venho me posicionando nos julgamentos proferidos no âmbito da Primeira Turma desta Suprema Corte, para assentar a compreensão de que “*condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo decurso do prazo de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes*” (ARE 925.136-Agr/DF, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJe 19.9.2016 e HC 107.456/RS, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 4.8.2014).

11. Acresço a esse entendimento apenas o registro de que, diante da **discricionariedade** que envolve a aplicação da pena pelo magistrado sentenciante, **não está ele obrigado** a sempre considerar as condenações pretéritas extintas há mais de cinco anos como maus antecedentes. **Poderá não o fazer** quando observar ser esta a solução mais justa no caso concreto, “*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*” (artigo 59, CP).

12. Com tais considerações, **acompanho o eminente Relator**, a quem parabeno pelo voto, saudando ainda os que assomaram à tribuna com substanciosas sustentações orais.

É como voto.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, inicio cumprimentando o Tribunal por ter trazido esta matéria ao Plenário, uma vez termos algumas divergências a serem assentadas; também o voto, sempre claríssimo e profundo, do Ministro-Relator; as sustentações orais dos Senhores Advogados, Defensores, Membros do Ministério Público, da Procuradoria-Geral, que, sempre e sempre, nos esclarecem e dão mais profundidade nos argumentos apresentados no contraditório.

Presidente, para mim - reconheço -, não há pena perpétua. Eu sempre me preocupei - ressalvei nos votos proferidos, especialmente nos últimos tempos - com os efeitos perpétuos que poderiam se ter da pena. Eu teria alguma dificuldade quanto a essa compreensão.

Foi dito da tribuna sobre a estigmatização, a qual segue e persegue aquele que tenha sofrido alguma apenação um dia, mesmo superado o prazo de cinco anos que o levaria à reincidência. Mas, nesse caso, estamos tratando especificamente do aproveitamento, ou não, de um título que uma antecedência criminal poderia levar quando não se dá a reincidência, ou seja, dentro daquele prazo de cinco anos.

Concordo integralmente quando dizem que reincidência é um instituto delineado, onde há a vinculação do juiz. A apuração das condições de maus antecedentes, em cada caso, deve ser feita com o exame profundo do juiz, o qual dará as consequências. Claro que, em face disso, o princípio da igualdade, para mim, não pode ser considerado cumprido pois, há vinte anos, alguém cometeu uma determinada infração penal, uma condenação a qual já pagou, e, vinte anos depois, em uma outra situação, isso será também automaticamente aproveitado.

Por isso, concordo, enfatizando o afirmado aqui, em especial no voto do Ministro-Relator, o juiz haverá de verificar se é a hipótese de se considerar aquela condenação anterior - fora do prazo, para além do prazo de cinco anos -, como mau antecedente, ou não, para os efeitos da dosimetria que precisa ser individualizada.

Também considero que a igualdade impõe não a discricionariedade. Essa é a palavra que eu não utilizaria e foi proferida pelo Ministro-Relator. Penso que o juiz tem sempre uma vinculação

com o que Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF se contém nos autos. E, no exemplo dado pelo Ministro Alexandre de Moraes, duas pessoas que tenham sido corréus nos mesmos fatos e nas mesmas condições, mas um tenha feito do ilícito um meio de vida, mesmo que com o prazo de mais de 5 anos de condenações devidamente ultrapassado, e o outro que, pela primeira vez, por companheirismo ou algum outro motivo, tenha se associado e tenha praticado, não pode automaticamente ser considerada a situação nem para o efeito de desconsiderar aquele que teve essa passagem reiterada de ilícitos, nem este que nunca cometeu nenhum tipo de infração. É preciso que se distingam as situações e o direito penal é isso. Mais talvez do que em todos os ramos do Direito, cada situação haverá de ser considerada e punida rigorosamente nos termos apresentados.

Isso me leva, então, a que, pelo princípio da igualdade, que precisa de ser tido de uma forma muito especial no processo penal, e pelo princípio da individualização da pena, que é definido constitucionalmente como obrigatório, tenho que a condenação que não possa ser considerada como reincidência, mas que tenha de alguma forma sido marcada e remarcada na situação jurídica do réu, possa ser levada em consideração pelo juiz. E aí, neste caso, não é um dever, nem há automaticidade. Muito pelo contrário, é preciso que se considere a situação, se fundamente, se objective de maneira formal e como causa de validade até mesmo da própria fundamentação e da decisão proferida, mas que isso possa ser levado em consideração.

Por isso, Senhor Presidente, estou adotando também a tese que foi aqui perfilhada pelo Ministro-Relator e, na esteira de julgados que cito no voto que farei juntada, acompanhar a compreensão até aqui aproveitada em todos os votos e considerar a possibilidade - reitero, é possibilidade - jurídica de serem aproveitadas condenações com mais de 5 anos de extinção como um critério, um dado a ser considerado na dosimetria da pena. Considerando, no entanto, o que foi afirmado, estou julgando no sentido de dar provimento parcial, mas com a tese no sentido apresentado pelo Ministro-Relator.

É como voto, Senhor Presidente.

Publicado sem revisão Art. 95 do RISTF

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, a essas alturas, acho que minhas palavras serão verbo lançado ao vento. Mas temos que cumprir a nossa função e quem sabe servirmos como testemunho para a história.

Eu queria dizer, que o mundo como um todo, e o Brasil em particular, está passando por um momento em que se vê um preocupante aumento do autoritarismo e do punitivismo justificados por um pretenso combate à criminalidade.

Em nosso País mesmo, várias reformas da legislação penal estão sendo gestadas, mas sempre no sentido de aumentar as penas, especialmente as corporais, de recrudescer os regimes prisionais e de transformar um número cada vez maior de delitos, até de delitos comuns, em crimes hediondos.

Jamais se prendeu tanto em nosso País, sem que houvesse uma diminuição dos índices de criminalidade. Segundo os dados do CNJ, dados evidentemente coletados com rigor científico - esses dados também são os mesmos que foram apurados pelo Ministério da Justiça -, nós temos hoje um recorde de mais de 700 mil presos no Brasil, dos quais 40% são presos provisórios. Nós estamos hoje na vergonhosa posição de sermos o terceiro País que mais encarcera no mundo.

O grande advogado criminalista, ex-secretário da Justiça de São Paulo, ex-bâtonnier da Ordem dos Advogados de São Paulo, o grande e combativo Advogado Mariz de Oliveira, em artigo recente publicado no jornal O Estado de São Paulo, diz que a população carcerária, nos últimos 26 anos, cresceu assustadores 575%, sem que houvesse diminuição nos índices de criminalidade. Ao contrário, a própria prisão virou o incremento maior de criminalidade, especialmente a organizada, que é a mais perigosa, como também mostram os dados colhidos por uma série de institutos, inclusive de caráter acadêmico.

Eu recordo, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, no voto proferido na ADPF 347, levou o Plenário a reconhecer que o nosso sistema carcerário está em um estado inconstitucional de coisas. E a prisão, segundo a criminologia moderna, não representa a solução para o combate à criminalidade.

Eu vejo, com muita preocupação, que essa tendência se alastra para os Tribunais, inclusive para o nosso Supremo Tribunal Federal. Lamento dizer - e essa minha posição já foi veiculada várias vezes aqui em Plenário e até em artigos escritos - que nós estamos retrocedendo em matéria de direitos e garantias do cidadão, especialmente daquele que se encontra sob a custódia do Estado-Juiz.

Um exemplo recente é o retrocesso, a meu ver, *data venia*, que se operou aqui no Supremo Tribunal Federal - e espero que, ainda, provisoriamente - no sentido de acabar com aquela cláusula aparentemente pétrea, que é exatamente a presunção de inocência, que veda o encarceramento do cidadão antes do trânsito em julgado, salvo aquelas hipóteses excepcionais da prisão preventiva ou da prisão cautelar. Nós estamos retrocedendo com relação à jurisprudência que, pensava eu, estaria consolidada de ambas as Turmas desta Corte.

Eu recordo que o saudoso e operoso Juiz o Ministro Teori Zavascki, no HC 128.153, de São Paulo, já assentava que:

“Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes”.

Ninguém aqui imagina que o Ministro Teori Zavascki era um juiz leniente. Pelo contrário, era extremamente rigoroso; mas interpretou, a meu ver, com muita exaço, a legislação penal, processual e a própria Constituição no que diz respeito ao tema.

Eu recorro, nessa linha, que a jurisprudência sempre foi absolutamente pacífica, em ambas as Turmas, nesse sentido. Recorro aqui o HC 126.315, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que Sua Excelência assentava o seguinte:

“(...) o agravamento da pena-base, com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia in malam partem, método de integração vedado no ordenamento jurídico”.

E continuava o Ministro Gilmar:

“É que, em verdade, assiste ao indivíduo o ‘direito ao esquecimento’, ou ‘direito de ser deixado em paz’, alcunhado, no direito norte-americano de *the right to be let alone*”.

A direção que este Plenário está tomando - e me parece que já temos um pronunciamento majoritário -, lembra-me um pouco daquela sanção que vem da antiguidade, passa pela Idade Média e, inclusive, avança pela Idade Moderna, sendo apenas superada com o Iluminismo, especialmente com Cesare de Beccaria, correspondente àquela marca de ferro em brasa no rosto do criminoso, para que a sociedade jamais esquecesse de que ele, num determinado momento de sua vida, cometeu um crime.

Não é possível, sob a nossa Constituição cidadã, neste século XXI, que, depois de Guerras Mundiais, da Guerra Fria, dos genocídios do século passado - que, infelizmente, ainda se perpetuam neste novo milênio -, nós tivéssemos retrocessos, como se vê cada vez mais em nosso País e no mundo, com relação à trajetória da humanidade em direção à civilização.

A nossa Constituição veda, expressamente, que as sanções tenham caráter perpétuo. Isso está estampado com todas as letras no art. 5º, XLVII, b, da Carta Magna e há vários e vários precedentes - que eu até me furto aqui de veicular, de trazer à baila, porque já foram trazidos pelos oradores que se revezaram na tribuna - contrários à tese que ora se fixa.

Então, com o devido acatamento, pela maioria que já se formou, voto no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, reafirmando a jurisprudência firme das duas Turmas deste colendo Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, permita-me só uma observação. Eu iria fazê-la na manifestação anterior de Vossa Excelência, mas aproveito o gancho aqui do eminente Ministro Lewandowski.

A jurisprudência da Primeira Turma é firme no sentido de que os cinco anos não afastam os maus antecedentes, pelo menos desde que eu assumi na Primeira Turma. E cito aqui vários. E é sempre a votação por quatro votos a um, o Ministro Marco Aurélio sempre vota em contrário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Vossa Excelência só confirma exatamente isso: que a jurisprudência era firme nesse sentido. Nós estamos vendo, realmente, e eu lamento isso, um movimento do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário como um todo, no sentido do endurecimento da hermenêutica no que diz respeito exatamente à aplicação da lei penal e da lei processual penal.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mediante a interposição do recurso extraordinário nº 593.818, relator o ministro Luís Roberto Barroso, submetido à sistemática da repercussão geral – Tema nº 150 –, busca-se a reforma de acórdão no qual o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, interpretando o inciso I do artigo 64 do Código Penal, concluiu que as condenações cujas sanções estejam extintas há mais de 5 anos não repercutem para efeito de fixação da pena, considerada a básica, estendendo o preceito legal alusivo à reincidência a ponto de abranger as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

No extraordinário, o Ministério Público estadual aponta violado o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Aduz que as condenações abrangidas pelo artigo 64, inciso I, do Código Penal, em virtude de não revelarem a reincidência, devem ser levadas em conta na apreciação dos antecedentes do apenado. Conforme assevera, entendimento contrário vai de encontro ao princípio da isonomia em relação a condenados não possuidores de registro criminal anterior. Cita precedentes do Supremo no sentido da possibilidade de valoração, a título de maus antecedentes, das condenações que não se prestam a gerar a reincidência.

Iniciado o julgamento, o Relator, ministro Luís Roberto Barroso, proferiu voto dando parcial provimento ao recurso. Propôs tese segundo a qual “não se aplica, para o reconhecimento dos maus

anteriores, o prazo quinquenal de prescrição da reincidência previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal”, no que foi acompanhado pelos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber e Cármen Lúcia, tendo o ministro Ricardo Lewandowski inaugurado a divergência.

A par da relevância dos argumentos lançados, pedi vista do processo ante o fato de, na sessão realizada, apenas 7 das 11 cadeiras estarem ocupadas – quórum insuficiente ao adequado deslinde da controvérsia, cuja análise, no Colegiado Maior, apresenta traços de ineditismo. No mais, especialmente em razão do escore já alcançado – 5 a 1 –, surge real a possibilidade de ter-se placitado entendimento jamais pacificado pelas Turmas do Tribunal, circunstância a reclamar exame vertical da problemática posta.

No tocante à admissibilidade do extraordinário, a pressupor transgressão ao texto constitucional, observem inexistir, na Lei Maior, preceito a direcionar à consideração dos maus antecedentes mesmo se transcorrido o período de 5 anos após o cumprimento ou extinção da pena. Fixados os contornos da matéria, tem-se simples definição a respeito do alcance da norma veiculada no artigo 64, inciso I, do Código Penal – saber se, decorrido o lapso de tempo ali previsto, condenação anterior pode ser levada em conta como reveladora de maus antecedentes.

A circunstância de o Supremo haver reconhecido, no dito Plenário Virtual, a repercussão maior da questão não o compele a tratar do tema de fundo do recurso, cabendo o não conhecimento em função de qualquer defeito, inclusive ausência de atendimento a permissivo constitucional legal. Nada obstante, cuida-se de temática ainda não enfrentada no Colegiado Maior, mas somente nos órgãos fracionários do Tribunal, já tendo sido iniciado o julgamento de mérito no verdadeiro Plenário, presencial – circunstância a recomendar seja aberto o embrulho com a apreciação definitiva da matéria pelo Órgão de cúpula do Judiciário, última trincheira da cidadania.

No âmbito da Segunda Turma, inúmeros são os precedentes a traduzirem compreensão majoritária segundo a qual, constatado o decurso de 5 anos do cumprimento ou extinção da pena, condenações pretéritas não podem ser tidas como maus antecedentes, na forma do artigo 64, inciso I, do Código Penal. Confirmam as seguintes ementas:

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida.

(*Habeas corpus* nº 126.315, relator o ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de dezembro de 2015.)

Habeas corpus. Penal. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenação transitada em julgado há mais de 5 (cinco) anos. Aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Possibilidade. Precedentes. Constrangimento ilegal configurado. Ordem

concedida.

1. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. 2. Ordem concedida.

(*Habeas corpus* nº 130.500, relator o ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, com acórdão veiculado no Diário da Justiça do dia 18 de dezembro de 2015.)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA.

I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, a existência de condenações pretéritas não podem ser adas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes.

II – Ordem concedida, para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente da ação como maus antecedentes de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do CP.

(*Habeas corpus* nº 138.805, relator o ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de maio de 2017.)

Sob essa óptica, vale reproduzir, ante o caráter didático, as precisas palavras do saudoso ministro Teori Zavascki, proferidas no julgamento, na sessão da Segunda Turma de 10 de maio de 2016, do *habeas corpus* nº 128.153, articulando com a jurisprudência dominante do Órgão julgador: “quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes”.

Não foi outra a conclusão da Primeira Turma ao examinar, em 11 de fevereiro de 2014, o *habeas* de nº 119.200, relator o ministro Dias Toffoli, quando, nos termos empregados por Sua Excelência, proclamou que “eventuais deslizos na vida pregressa do sentenciado que não tenha, há mais de cinco anos, contados da extinção de pena anterior que lhe tenha sido imposta, voltado a delinquir, não podem mais ser validamente sopesados como circunstâncias judiciais desfavoráveis”.

Cumprir mencionar, porém, que, em assentadas posteriores, modificada a composição, o referido Colegiado deixou de implementar a ordem em ações reveladoras de controvérsia análoga. De acordo com a sempre ilustrada maioria, encontrando-se o tema submetido ao regime da repercussão geral e ausente pronunciamento definitivo do Plenário, surgiria inviável ter-se como ilegal ou abusiva decisão mediante a qual valoradas, como maus antecedentes, condenações anteriores, ainda que passados 5 anos desde o cumprimento ou extinção da pena. É de transcrever, a propósito, para fim de documentação, a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ- LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE

SEGUIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. CONTROVÉRSIA SUBMETIDA À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida.
2. O afastamento dos maus antecedentes na hipótese em que ultrapassado o prazo para reconhecimento da reincidência penal é tema pendente de julgamento, sob a sistemática da repercussão geral, nesta Corte (Tema 150, RE 593.818, Rel. Min. Roberto Barroso).
3. Diante da existência de precedentes em ambos os sentidos, e forte na ausência de definição da matéria pelo Plenário da Corte, a decisão que opta por uma das correntes não se qualifica como ilegal ou abusiva, âmbito normativo destinado à concessão de *habeas corpus* de ofício.
4. Agravo regimental desprovido.

(Agravo regimental no *habeas corpus* nº 132.120, relator o ministro Luiz Edson Fachin, Primeira Turma, com acórdão veiculado no Diário da Justiça do dia 6 de março de 2017.)

A despeito da pendência de análise deste extraordinário no Pleno, observa-se haver a Primeira Turma, em julgamentos recentes, decidido pela apreciação do mérito da questão, assentando, por maioria, que “condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo decurso do prazo de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes”. A título exemplificativo, cito: agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* nº 158.506, relator o ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de dezembro de 2019; e agravo regimental no recurso extraordinário nº 1.242.441, relator o ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, com acórdão veiculado no Diário da Justiça do dia 19 de dezembro de 2019.

A matéria é sensível, sobretudo tendo em vista a atual divergência instaurada entre os Órgãos fracionários do Supremo, dissenso instintivo a levar ao descrédito do próprio Judiciário – refletindo, por sua vez, renitente controvérsia em termos de doutrina, considerada a existência de respeitáveis correntes a trilharem caminhos diametralmente opostos.

De um lado, há quem sustente tese segundo a qual, “na hipótese de prescrição da reincidência, a condenação que caducou para esse fim continua válida para gerar maus antecedentes” (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. v. I, Parte Geral, p. 490); de outro, balizada doutrina revela ser “indispensável que se respeite a limitação temporal dos efeitos dos ‘maus antecedentes’, adotando-se o parâmetro previsto para os ‘efeitos da reincidência’, fixado no art. 64 do CP em cinco anos, por autorizada analogia” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 297).

Ao apreciar, na sessão da Segunda Turma de 23 de junho de 1998, o *habeas corpus* nº 76.665, de minha relatoria, fiz ver, filiando-me à primeira corrente, que, “uma vez verificado o transcurso dos 5 anos previstos no inciso I do artigo 64 do Código Penal, possível é tomar-se a condenação como indicadora de maus antecedentes, para o efeito previsto no artigo 59 do diploma referido”.

Por ocasião do julgamento, em 17 de dezembro de 2014, do extraordinário de nº 591.054, de minha relatoria, quando o Supremo assentou, sob o ângulo da repercussão maior – Tema nº 129 –, a neutralidade, à guisa de maus antecedentes, de inquérito e ações penais ausente o trânsito em julgado do título condenatório, voltei a pronunciar-me, em caráter meramente argumentativo, a respeito da legitimidade de serem valoradas, como antecedentes negativos, condenações alcançadas pela preclusão maior, mesmo se transcorrido o prazo alusivo ao citado artigo 64, inciso I, do Código Penal.

Venho repetindo ao longo de mais de 40 anos de judicatura: devemos evoluir tão logo convencidos de assistir maior razão à tese inicialmente repudiada, mesmo porque, lembrando Nietzsche, apenas os mortos não evoluem.

Toda vez que são implementadas regras de hermenêutica, de interpretação, e se chega a posição que implica incongruência, cabe recuar e proceder a nova interpretação para afastá-la, porquanto diplomas legais não visam à incoerência, ao absurdo.

Atentem para a organicidade do Direito. Conforme ensinamento de Jacob Bazarrian, “quando não se respeitam as leis ou princípios lógicos, o pensamento perde sua precisão, sua coerência e consequência, e torna-se incoerente e contraditório” (O problema da verdade. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1985. p. 117). Daí a importância, aponta o acadêmico turco radicado no Brasil na década de 1920, de recorrer-se aos princípios lógicos formais consagrados desde Aristóteles, em especial do terceiro excluído – a demonstrar que uma coisa é ou não é, não havendo espaço para o meio termo (“A é B ou A não é B”); e da não contradição – segundo o qual uma coisa não pode ser e não ser ela mesma, ao mesmo tempo e do mesmo ponto de vista (“A não é não-A”).

Em relação ao primeiro, prevendo o artigo 64, inciso I, do Código Penal a insubsistência da condenação verificada, passados os 5 anos nele aludidos, tomada, como termo inicial, a data do cumprimento ou da extinção da pena, tem-se a impossibilidade de considerá-la no exame dos antecedentes.

No que concerne ao segundo, não se pode, a um só tempo, asseverar a insubsistência da condenação pretérita para efeito de reincidência e levá-la em conta visando definir a existência ou não de antecedentes negativos. É dizer: se o decurso de 5 anos, contados do término da reprimenda, afasta a reincidência, agravante de envergadura maior, atinge, também, os maus antecedentes, circunstância judicial de reprovabilidade menor. Insubsistente o mais, não resiste o menos.

A esse respeito, precisa é a observação de Paulo Queiroz, a professar que, cessada a reincidência em virtude do decurso do prazo assinado no referido dispositivo do Código Penal, mostra-se inadequado aproveitá-la como a revelar maus antecedentes:

[...] autores há que entendem que, retomando a condição de primária, em razão do decurso do prazo de cinco [anos] sem praticar novo delito, poder-se-á, não obstante, usar tal condenação como maus antecedentes. Também aqui, no entanto, há clara ofensa ao princípio da legalidade, pois se, com o decurso

do prazo, cessa a reincidência, principal forma de maus antecedentes, ela não pode ser aproveitada para outros fins, frustrando a finalidade da lei, até porque o acessório (maus antecedentes) deve seguir a sorte do principal (a reincidência). Mais: os maus antecedentes acabariam assumindo caráter perpétuo. (Direito Penal: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 342.)

Do contrário, ter-se-iam subvertidos os limites semânticos próprios ao conceito de primariedade, no que guarda relação de antonímia com o de reincidência, por sua vez afastada, ante expressa determinação legal, passados 5 anos do cumprimento ou da extinção da pena.

Daí por que, desde o exame, já na Primeira Turma, do *habeas corpus* nº 115.304, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 26 de abril de 2016, evolui para, sob enfoque diverso do por mim adotado desde os idos da década de 1990, concluir pelo não reconhecimento de maus antecedentes quando insubsistente a reincidência, havendo sido acompanhado, a uma só voz, pelos integrantes do Colegiado:

ANTECEDENTES – CONFIGURAÇÃO. Decorridos mais de cinco anos desde o cumprimento da pena, o afastamento da reincidência inviabiliza o reconhecimento dos maus antecedentes.

A partir de então, em incontáveis *habeas corpus*, ação constitucional de envergadura maior, no que voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão, tenho, mediante decisão individual, implementado tutela de urgência, liminar, ressaltando que o versado no artigo 64, inciso I, do Código Penal alcança não só a reincidência mas também os antecedentes.

Por dever de coerência, veiculei a mesma óptica no citado Órgão fracionário, ao apreciar os *habeas* de nº 128.923 e 135.400, respectivamente, em 18 de abril e 6 de junho de 2017, indicando, nesse último, a mudança do entendimento anteriormente adotado:

[...]

Da mesma forma, evoluo, como fiz em outro caso, observada a regra do artigo 64, inciso I, do Código Penal. Vê-se que a cabeça do artigo alude ao efeito de condenação anterior, decorrido período de 5 anos, presente o cumprimento ou extinção da pena, à reincidência. Interpretação integrativa do preceito sinaliza no sentido de ter-se como apagada a condenação enquadrável no citado inciso. O princípio lógico racional do terceiro excluído leva a essa conclusão, sob pena de verdadeira incongruência: ocorre a suplantação do evento passados os 5 anos, mas, mesmo assim, é considerado sob o ângulo de circunstância negativa.

A não se concluir assim, proclamar-se-á que o cidadão permanecerá indefinidamente com a “espada de Dâmocles sobre a cabeça”, afastando-se, em última análise, a esperança, elemento indispensável à evolução, à ressocialização do homem.

Apesar do silêncio legal acerca do conceito de maus antecedentes, o delineamento deste não pode afastar-se das balizas legais, em observância ao princípio da legalidade penal estrita. Resgata-se a primariedade decorridos 5 anos desde o cumprimento da pena, à luz do preceito do artigo 64, inciso I, do Código Penal. A reabilitação pode ser postulada depois de 2 anos, contados, igualmente, do encerramento da sanção – artigo 94 do citado diploma. E, após o fenômeno, é vedada, nas certidões criminais, alusão à condenação, salvo ante requisição judicial, nos termos do artigo 202 da Lei de Execução Penal.

Análise sistemática da legislação de regência não abre margem a dúvidas: é nítida a preocupação do legislador em limitar, temporalmente, os efeitos da condenação, em sintonia com a proibição de penas perpétuas contida no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal.

Mostra-se inadequado submeter o cidadão à eterna penalização considerados erros passados, em razão dos quais já tenha sido condenado com o conseqüente cumprimento da reprimenda, observada a ordem natural do processo-crime, no que direciona a apurar para, selada a culpa, executar a pena.

Não é demais lembrar as palavras do saudoso ministro Evandro Lins e Silva, ele próprio vítima direta do arbítrio do regime de exceção inaugurado em 1964 e agravado mediante a edição, em 1º de fevereiro de 1969, do Ato Institucional nº 5: “o cativo das cadeias perpetua-se, ante a insensibilidade da maioria, como forma ancestral de castigo”.

Firme nessa premissa, a interpretação do arcabouço normativo há de fazer-se evitando, tanto quanto possível, a perpetuação das sanções, sob o risco de ter-se verdadeiro retrocesso constitucional, civilizatório em sentido maior.

Dirijo do Relator para negar provimento ao extraordinário, assentando que, transcorridos mais de 5 anos desde o cumprimento da pena, o afastamento da reincidência inviabiliza o reconhecimento dos maus antecedentes.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

RECDO.(A/S): ODAIR JOSÉ PINTO

ADV.(A/S): JOSÉ JURACY DOS SANTOS

RECDO.(A/S): CRISTIANO JERRY ANTUNES

ADV.(A/S): ALVADÍ MANTOVANI

INTDO.(A/S): IDAVENIR BARDINI DE SOUZA

ADV.(A/S): MAYCK WILHAN FAGUNDES

AM. CURIAE.: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE.: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

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

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

1. **QUESTÃO:** Diante da vedação de penas perpétuas, das finalidades da pena criminal e da dignidade da pessoa humana, pode-se valorar negativamente antecedentes sem limites temporais? Assim, o prazo depurador de 5 anos (art. 64, I, do CP) aplica-se aos maus antecedentes na primeira fase da dosimetria (art. 59, CP)?

2. **PREMISSAS:** O controle recursal sobre a dosimetria da pena é essencial para a definição dos critérios legítimos a serem considerados para agravar a situação do condenado com a exasperação de sua sanção penal. Todas as etapas da dosimetria da pena estão submetidas aos limites constitucionalmente previstos.

Desse modo, levando em conta a proibição constitucional às penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF) e o devido respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), é indispensável a fixação de limites temporais também para a consideração de maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena.

3. **FINALIDADES DA PENA:** A inexistência de limites temporais à consideração de maus antecedentes viola a finalidade de prevenção especial positiva da sanção penal, qual seja, ressocializar o apenado (art. 5.6 da CADH). Além disso, desvirtua-se a função de limitação ao poder punitivo estatal, essencial ao Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

4. **PRAZO DEPURADOR:** Em atenção à doutrina e à jurisprudência consolidada neste Tribunal, inexistente prazo distinto fixado pelo legislador, deve-se adotar aos “maus antecedentes” o limite temporal fixado no art. 64, I, do CP. Nesse sentido, há precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (HC 110.191/RJ, de minha relatoria; HC 125.586/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 133.077/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 138.802/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC-MC 157.548/RJ, Rel. Min. Celso de Mello; HC 128.153/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; HC 115.304, Rel. Min. Marco Aurélio).

5. **DISTINÇÕES:** Não se pode sustentar a tese de que ocorreria um esvaziamento quanto à distinção entre “antecedentes” e “reincidência” por dois motivos: (a) esse não é o problema central aqui analisado, ao passo que a conformidade constitucional sobrepõe-se à pretensão de manutenção de dois institutos

infraconstitucionalmente previstos; (b) ainda que se fixe idêntico limite temporal aos maus antecedentes, haverá situações em que será possível a sua consideração na dosimetria.

6. CONCLUSÃO E TESE: Respeitosamente, dirijo do eminente relator. Nego provimento ao recurso extraordinário, a fim de manter o acórdão recorrido, que afastou o aumento relativo aos maus antecedentes na aplicação da pena-base, por tratar-se de condenação cuja pena havia sido extinta há mais de cinco anos.

Assim, proponho a seguinte tese: “Nos termos do art. 64, I, do Código Penal, aplica-se o prazo depurador de 5 anos como limite temporal à consideração de maus antecedentes, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e à vedação de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF)”.

1. Objeto e questão constitucional

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo MPSC, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição da República, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do TJSC que não considerou como maus antecedentes condenações cujas penas foram extintas há mais de 5 (cinco) anos. Assim, questionam-se os seguintes dispositivos do Código Penal:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)”

“Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (...)”

No acórdão impugnado, o TJSC **assevera**:

“Não registra maus antecedentes (fls. 83 e 86), visto que há apenas uma condenação transitada em julgado, que será considerada para fins de reincidência, sob pena de bis in idem.

Importa salientar que não há outras sentenças condenatórias transitadas em julgado em desfavor do apelante nos 5 (cinco) anos anteriores ao delito em questão. Verifico condenação cuja pena foi extinta no dia 17.8.1999 (autos n. 014.97.001529-5), porém os efeitos da pena não podem ser eternos. Na verdade, findam no prazo de 5 (cinco) anos, consoante o art. 64, I, do Código Penal. Desta forma, em virtude do princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CF), não registra antecedentes”.

Conforme o eminente Relator, a reincidência e os antecedentes são institutos diferentes e possuem finalidades diversas no ordenamento brasileiro. Então, considerando que o Supremo Tribunal Federal define como maus antecedentes as condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência, dá-se provimento ao RE e conclui-se que o prazo quinquenal depurador não se aplica aos maus antecedentes, de modo que não haveria limitação temporal para a sua consideração.

Assim, sustenta-se que “*não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena*”.

A importância da temática sobressai quando, na doutrina, afirma-se que “*é dito frequentemente que a teoria da aplicação da pena é um ramo cientificamente subdesenvolvido no âmbito das ciências penais, e que não raro elementos irracionais, preconceitos arraigados, são os verdadeiros fatores que conduzem o juiz na tarefa de determinação da pena concreta*”. (TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**. Marcial Pons, 2015. p. 21)

Fundamental, portanto, a análise da questão em debate neste Recurso Extraordinário.

2. Premissas para análise da questão

Embora tenha reconhecido a constitucionalidade da reincidência (RE 453.000, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 4.4.2013), o Supremo Tribunal Federal assentou importantes precedentes para resguardar direitos fundamentais em matéria de dosimetria da sanção penal. Por exemplo, em respeito à presunção de inocência, assentou que inquéritos policiais e processos em andamento (antes do trânsito em julgado) não podem ser valorados negativamente (HC 97.665/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 4.5.2010).

Também existem diversos julgados que consolidam a proteção à vedação do *bis in idem*, ou seja, o imputado não pode ter sua situação agravada mais de uma vez pelo mesmo motivo. Por exemplo, não é possível considerar uma mesma situação fática em mais de uma das fases da dosimetria, tampouco ampliar a sanção em razão de motivos que já são elementares do tipo penal em questão.

Assim, o controle recursal sobre a dosimetria da pena é essencial para a definição dos critérios legítimos a serem considerados para agravar a situação do condenado com a exasperação de sua sanção penal. Trata-se de função primordial dos Tribunais Superiores, no sentido de limitar os espaços interpretativos para o juízo em âmbito criminal.

Diante disso, neste Recurso Extraordinário, discute-se a necessidade de fixação de limites temporais para a consideração de maus antecedentes. **A dosimetria da pena** no sistema brasileiro adota sistema trifásico.

Na primeira etapa, observam-se as circunstâncias judiciais (art. 59, CP), entre as quais está elencado o critério dos “antecedentes” do imputado. Posteriormente, na segunda fase, elencam-se agravantes (arts. 61-64) e atenuantes (arts. 65 e 66). Aqui, há a possibilidade de agravamento da pena pela “reincidência”, pois, nos termos do art. 63 do CP: “*Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”.

E é aqui que se coloca o **problema** em análise neste Recurso Extraordinário: enquanto a configuração de “reincidência” possui limitação temporal expressamente mencionada no art. 64, I,

do CP (5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior), nenhuma restrição é apontada à consideração de “antecedentes” na primeira fase da dosimetria.

Todas as etapas da dosimetria da pena, por óbvio, estão submetidas aos limites constitucionalmente previstos. Desse modo, levando em conta a proibição constitucional às penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF) e o devido respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), não é possível admitir que “*o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinalado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo*”. (ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. RT, 2015. p. 700)

Além disso, “*carece de sentido que o decurso do tempo faça desaparecer a reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos de causa legal de menor expressão jurídica, no caso, os antecedentes*”. (BOSCHI, José A. P. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2ª ed. Livraria do Advogado, 2002. p. 201)

Portanto, conclui-se ser indispensável a fixação de limites temporais também para a consideração de maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena.

3. Limitação temporal aos antecedentes e finalidades da pena

Ademais, a lógica dos maus antecedentes deve ser compreendida em cotejo com o princípio da humanidade das penas e com as finalidades da sanção criminal. Ora, se, por um lado, há o interesse público na persecução penal, exigindo-se que os efeitos dos maus antecedentes de fato recaiam sobre determinada pessoa; por outro, há que se resguardar o valor intrínseco de cada ser humano e as suas aspirações ao longo da vida, sob pena de estarmos construindo um sistema penal monstruoso, que subjuga o indivíduo indefinida e ilimitadamente.

Na doutrina, afirma-se que o princípio da humanidade das penas “*concretiza os níveis de afetação pessoal que não devem ser superados em nenhum caso por meio da sanção penal*”. Por seu turno, mediante o princípio teleológico, “*determinam-se os efeitos sociopessoais que se consideram eticamente aceitáveis lograr com a sanção penal*”. (DÍEZ RIPOLLÉS, José L. *La racionalidad de las leyes penales*, p. 158-159, tradução livre)

Assim, é preciso que nos perguntemos: quais são os objetivos e o que estamos dispostos a sacrificar em prol da aplicação perene dos maus antecedentes? Entre várias respostas, destaco uma: ao possibilitarmos que se atribuam efeitos perenes aos maus antecedentes, estamos abrindo mão da ressocialização.

É óbvio que dar caráter definitivo aos maus antecedentes e seus efeitos não contribui em nada para a ruptura com a lógica punitivista perversa que temos perpetrado, não apenas pelas fragilidades sistêmicas da nossa legislação penal e processual penal, mas acima de tudo pela ostensiva ineficiência de políticas públicas educacionais e de redução de desigualdades. Todos nós sabemos que, sem um sistema efetivo de ressocialização, a sociedade entra em um círculo vicioso em que o crime é um caminho sem volta.

Assim, **a inexistência de limites temporais à consideração de maus antecedentes desvirtua a finalidade de prevenção especial positiva da sanção penal, qual seja, ressocializar o apenado.** Viola-se, portanto, o art. 5.6 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual assenta: “*As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*”.

Por outro lado, além da ideal finalidade ressocializadora da sanção criminal, considerando-se a faticidade do sistema penal, a doutrina consolida o Direito Penal, em essência, como **um instrumento de limitação do poder punitivo estatal.** (CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** 2ª ed. Saraiva, 2015. p. 147-153)

A partir de percepções aportadas por conhecimentos da criminologia crítica (como as ideias de seletividade, etiquetamento e criminalização secundária), percebe-se uma tendência à consolidação de um ciclo vicioso no sistema penal, em que o encarceramento acaba por ampliar as indesejadas violência e criminalidade da sociedade.

Como há muito apontado pela doutrina, “*a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais*”. (ZAFFARONI, Eugenio R. **Em busca das penas perdidas.** Revan, 2014. p. 15)

A dogmática penal e a interpretação das leis penais devem ser realizadas e construídas pelos pesquisadores e aplicadores do Direito tendo em vista a necessidade de redução de danos, com a limitação do poder punitivo estatal. Portanto, **a inexistência de limites temporais à consideração de maus antecedentes desvirtua a função de limitação ao poder punitivo estatal,** essencial ao Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

4. Critério para a limitação temporal dos maus antecedentes

Assentada a premissa de que também deve haver limite temporal para a consideração de maus antecedentes, impõe-se **a verificação do quantum de tal prazo depurador.**

Certamente, caberia ao legislador definir um limite temporal distinto, talvez mais amplo, do que aquele fixado para a reincidência.

Contudo, ausente previsão de tal prazo no Código Penal, ao Judiciário cabe buscar critério já existente na legislação infraconstitucional.

Na doutrina, sustenta-se que “*sendo imperativo delimitar temporalmente os efeitos dos antecedentes em decorrência do comando constitucional e havendo na legislação penal nacional previsão expressa em relação a instituto da mesma natureza, entende-se possível estender aos antecedentes o prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal*”. (CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** 2ª ed. Saraiva, 2015. p. 361)

Ademais, afirma-se que “*por similitude lógica, o decurso do período de cinco anos, considerado*

como dies a quo a data de cumprimento ou da extinção da pena, que, segundo o artigo 64 do CP, faz desaparecer os efeitos da reincidência, deve propiciar a recuperação da primariedade e dos bons antecedentes”. (BOSCHI, José A. P. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2ª ed. Livraria do Advogado, 2002. p. 200-201)

No Supremo Tribunal Federal, há farta jurisprudência adotando tal orientação. Conforme assentado pelo eminente Ministro Celso de Mello, “**decorrido o período de 05 (cinco) anos referido pelo art. 64, I, do Código Penal, não há como reconhecer nem como admitir que continuem a subsistir, residualmente, contra o réu, os efeitos negativos resultantes de condenações anteriores. Em face disso, mostrar-se-á ilegal qualquer valoração desfavorável, em relação ao acusado, que repercute, de modo gravoso, na operação de dosimetria penal, tal como sucedeu no caso ora em exame**”. (HC-MC 164.028, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2018)

Diversos são os precedentes que adotam tal orientação na **Segunda Turma deste Tribunal**: HC 110.191/RJ, de minha relatoria; HC 125.586/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 133.077/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 138.802/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC-MC 157.548/RJ, Rel. Min. Celso de Mello; HC 128.153/SP, Rel. Min. Teori Zavascki.

Transcrevo a ementa de **julgado da Segunda Turma, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia**:

“**HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.** 1. Condenação transitada em julgado há mais de cinco anos utilizada nas instâncias antecedentes para consideração da circunstância judicial dos antecedentes como desfavorável e majoração da pena-base. Impossibilidade. Precedentes. 2. Ordem concedida. (HC 133.077, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 29.3.2016)

Há, inclusive, julgados da Primeira Turma, em que se decidiu, de forma unânime:

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Interposição contra julgado em que colegiado do Superior Tribunal de Justiça não conheceu da impetração, ao fundamento de ser substitutivo de recurso ordinário cabível. Constrangimento ilegal não evidenciado. Entendimento que encampa a jurisprudência da Primeira Turma da Corte. Precedente. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos. (...) 2. **Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes.** 3. No caso as condenações anteriores consideradas pelas instâncias ordinárias para fins de valoração negativa dos antecedentes criminais do ora paciente ainda não se encontram extintas. 4. Recurso não provido”. (RHC 118.977, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 18.3.2014)

“**RECURSO ESPECIAL – REDISCUSSÃO FÁTICA INADMISSIBILIDADE.** Descabe ao Superior Tribunal de Justiça, na via afunilada do especial, revolver matéria fática. **ANTECEDENTES – CONFIGURAÇÃO.**”

Decorridos mais de cinco anos desde o cumprimento da pena, o afastamento da reincidência inviabiliza o reconhecimento dos maus antecedentes". (HC 115.304, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 26.4.2016)

Portanto, em atenção à doutrina e à jurisprudência consolidada neste Tribunal, inexistente prazo distinto fixado pelo legislador, deve-se adotar também aos "maus antecedentes" o limite temporal previsto no art. 64, I, do CP.

5. Distinções entre antecedentes e reincidência

Assentada a necessidade de definição de limites temporais para a consideração de maus antecedentes e reincidência, não se pode sustentar a tese de que ocorreria um esvaziamento entre a distinção dos institutos por dois motivos: (a) esse não é o problema central aqui analisado, ao passo que a conformidade constitucional sobrepõe-se à pretensão de manutenção de dois institutos infraconstitucionalmente previstos; (b) ainda que se fixe idêntico limite temporal aos maus antecedentes, haverá situações em que será possível a sua consideração na dosimetria.

Primeiramente (a), o núcleo da questão não está na distinção entre maus antecedentes e reincidência, pois isso resulta não só dos dispositivos do Código Penal como também da jurisprudência em torno do tema. **A questão central reside na conformidade constitucional da possibilidade de atribuírem-se a uma sentença penal condenatória efeitos perenes**, mesmo decorrido largo tempo desde a extinção da pena. Ou seja, não se deve dar primazia a uma suposta necessidade de diferenciação dos institutos "antecedentes" e "reincidência" em detrimento do respeito aos limites impostos pela Constituição Federal.

Ademais (b), **não procede a preocupação de que estaremos esvaziando os maus antecedentes ao aplicar a limitação temporal de 5 anos, similar àquela da reincidência**. Por exemplo, ainda será possível reconhecer como mau antecedente a segunda condenação anterior transitada em julgado, tendo em vista que a primeira será utilizada como parâmetro para a reincidência. Também ainda será considerada como mau antecedente a condenação transitada em julgado por fato posterior ao que está em julgamento. Esquemáticamente:

FATO 1 + CONDENAÇÃO TRANSITADA 1 + FATO 2 + CONDENAÇÃO 2 = REINCIDÊNCIA

FATO 1 + FATO 2 + CONDENAÇÃO TRANSITADA 2 + CONDENAÇÃO 1 = MAUS ANTECEDENTES

FATO 1 + CONDENAÇÃO TRANSITADA 1 + FATO 2 + CONDENAÇÃO TRANSITADA 2 + FATO 3 + CONDENAÇÃO 3 = REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES

Portanto, estaremos aplicando a jurisprudência historicamente construída nesta Corte e, ao mesmo tempo, resguardando que a dosimetria da pena seja proporcional aos fatos praticados, respeitando-se os limites constitucionais definidos.

6. Conclusão e tese

Por todo o exposto, divirjo do eminente relator. **Nego provimento ao Recurso Extraordinário**, a fim de manter o acórdão recorrido, que **afastou o aumento relativo aos maus antecedentes na aplicação da pena-base**, por tratar-se de condenação cuja pena havia sido extinta há mais de cinco anos.

Assim, proponho a seguinte tese: “*Nos termos do art. 64, I, do Código Penal, aplica-se o prazo depurador de 5 anos como limite temporal à consideração de maus antecedentes, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e à vedação de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF)*”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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

RECDO.(A/S): ODAIR JOSÉ PINTO

ADV.(A/S): JOSÉ JURACY DOS SANTOS

RECDO.(A/S): CRISTIANO JERRY ANTUNES

ADV.(A/S): ALVADÍ MANTOVANI

INTDO.(A/S): IDAVENIR BARDINI DE SOUZA

ADV.(A/S): MAYCK WILHAN FAGUNDES

AM. CURIAE.: GAETS - GRUPO DE ATUAÇÃO DA ESTRATÉGICA DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADV.(A/S): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE.: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Como bem destacou o Relator em belíssimo voto, o cerne do debate é saber se é possível, para efeito de fixação da pena-base, considerar como maus antecedentes condenações transitadas em julgado cujas penas tenham sido extintas há mais de 5 (cinco) anos.

O art. 64, inciso I, do Código Penal assim dispõe: “Para efeito de reincidência: I- não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.”

Com efeito, a interpretação do dispositivo penal em questão deve ser a de prescreverem, no prazo ali preconizado, **não só a configuração da reincidência mas também qualquer outra valoração negativa de condutas pretéritas praticadas pelo agente.**

Penso que eventuais deslizes cometidos pelo sentenciado há mais de 5 (cinco) anos não podem mais ser validamente sopesados como circunstâncias judiciais desfavoráveis no julgamento de novo delito por ele cometido (CP, art. 59), sob pena de perpetuação de efeitos que a lei não prevê e que não se coadunam com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do caráter socializador da reprimenda penal.

Como adverte **Willis Santiago Guerra Filho**,

“um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na Carta Magna inglesa, de 1215, na qual aparece com toda clareza manifestada a ideia acima referida quando estabelece: ‘o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito’ (**Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais.** In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** São Paulo: RT, 2010. p. 213)”.

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes cometidos no passado, pelos quais ele já tenha sido condenado e tenha cumprido a respectiva reprimenda imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta.

Por isso, delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para a prescrição da configuração da reincidência (CP, art. 64).

Ora, se essas condenações não mais se prestam para efeito de configuração da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para a apuração dos antecedentes criminais, que é o menos.

Dessa feita, com a devida **venia** daqueles que pensam o contrário, tenho, para mim, que deve

ser mantido, por seus próprios fundamentos, o entendimento esposado no acórdão recorrido de que não devem ser consideradas como maus antecedentes condenações cujas penas tenham sido extintas há mais de 5 (cinco) anos.

Em abono a meu ponto de vista, colaciono os seguintes julgados:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II - Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos” (HC nº 142.371/SC, Segunda Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 12/6/17).

“*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. TRANSCURSO DO PRAZO DEPURADOR (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES 1. Revela-se idônea a exasperação da pena-base com fundamento na quantidade da droga apreendida. Precedentes. 2. Não obstante a pendência do julgamento do RE 593.818/SC (Tema 150), é de se aplicar a jurisprudência dominante desta Corte, no sentido de que, ‘quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes’ (HC 130613, DJe de 18-12-2015). 3. Ordem parcialmente concedida” (HC nº 128.153/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 1º/8/16).

“*Habeas corpus*. Penal. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenação transitada em julgado há mais de 5 (cinco) anos. Aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Possibilidade. Precedentes. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida. 1. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. 2. Ordem concedida” (HC nº130.613/RJ, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 18/12/15).

“*Habeas corpus*. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP, refere-se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade. 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz- Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória” (HC nº110.191/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/13).

Destaco, ainda, o voto do Ministro **Marco Aurélio** no julgamento do HC nº 135.400/SP:

“Relativamente aos títulos condenatórios transitados em julgado após a prática delituosa, observem que a sanção é fixada quanto a esta última. Portanto, situação jurídica posterior não pode repercutir na apenação. Em síntese, pune-se ante aspectos existentes na data do crime.

Da mesma forma, evoluo, como fiz em outro caso, observada a regra do artigo 64, inciso I, do Código Penal. Vê-se que a cabeça do artigo alude ao efeito de condenação anterior, decorrido período de 5 anos, presente o cumprimento ou extinção da pena, à reincidência. Interpretação integrativa do preceito sinaliza no sentido de ter-se como apagada a condenação enquadrável no citado inciso. O princípio lógico racional do terceiro excluído leva a essa conclusão, sob pena de verdadeira incongruência: ocorre a suplantação do evento passados os 5 anos, mas, mesmo assim, é considerado sob o ângulo de circunstância negativa“ (Primeira Turma, Relator para o acórdão o Ministro **Alexandre de Moraes**, DJe de 5/9/17).

Vou além para afirmar que as condenações definitivas alcançadas pelo quinquênio depurador (CP, art. 64, I) que não podem ser valoradas negativamente para fins de reincidência também não devem repercutir desfavoravelmente na fixação da pena-base (CP, art. 59) a título de maus antecedentes, **má conduta social** ou **personalidade voltada à prática de crimes**.

Isso porque, o legislador ordinário, dentro de sua liberdade de conformação, estabeleceu que o decurso do prazo de mais de 5 (cinco) anos, contado da data do cumprimento ou extinção da pena, **é suficiente para expiar qualquer consequência negativa da condenação criminal que pudesse repercutir na dosimetria da pena**.

Trata-se, como lembra **Delmanto**¹, de salutar dispositivo cuja intenção é reprimir indevida e perpétua estigmatização daquele que foi condenado, de modo a garantir sua completa reintegração social e a fazer cumprir a Constituição Federal, a qual veda expressamente penas de caráter perpétuo (CF, art. 5º, inciso XLVII, alínea b).

Nesse sentido já me manifestei na Segunda Turma. *In verbis*:

“Se condenações alcançadas pelo quinquênio depurador não geram reincidência, também não podem ser valoradas negativamente na dosimetria da pena a título de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada à prática de crimes. Precedente” (HC nº 125.586/SP, Segunda Turma, de **minha relatoria**, DJe de 15/12/15 – grifos nossos).

Transcrevo, por sua pertinência, trecho do voto condutor desse acórdão, na parte que interessa:

“[O] Tribunal Regional Federal utilizou-se da folha de antecedentes para valorar negativamente a conduta social do paciente.

Manifesto, todavia, o equívoco em que incidiu, uma vez que além do paciente, como já demonstrado, não

registrar maus antecedentes, esses não se confundem com conduta social desfavorável.

Cezar Roberto Bitencourt anota que, na avaliação da conduta social,

‘Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. No entanto, nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu; nessa hipótese, a presunção milita em seu favor’ (Tratado de direito penal. Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1, p. 756-757).

Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 97.400/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJe de 26/3/10,

‘1. AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Conduta social negativa. Passagens pela polícia. Processos penais sem condenação. Não caracterização. A existência de inquéritos ou processos em andamento não constitui circunstância judicial desfavorável.

2. AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Personalidade do agente voltada para o crime. Base empírica. Inexistência. Não caracterização. Desajudada ou carente de base factual, é ilegal a majoração da pena-base pelo reconhecimento da personalidade negativa do agente.

3. AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais. Conseqüências do delito. Elevação da pena- base. Idoneidade. Fixação no acima do dobro do mínimo legal. Abuso do poder discricionário do magistrado. Inteligência do art. 59 do CP. HC concedido, em parte, para redimensionar a pena aplicada ao paciente. É desproporcional o aumento da pena-base acima do dobro do mínimo legal tão-só pelas conseqüências do delito.’

Destaco o seguinte trecho do voto condutor desse acórdão: “(...)

2. A conduta social foi reputada desfavorável pelo fato de o ora paciente ter “diversas passagens pela polícia e respondeu a processos em outras Varas” (fl. 166).

Ora, ainda que o paciente apresentasse condenações anteriores, transitadas em julgado, tais fatos não poderiam repercutir na avaliação da conduta social, circunstância que se refere, antes, à relação do sentenciado com o meio social. Em outras palavras, tais fatos não podem caracterizar conduta social negativa, para efeito do que determina o art. 59 do Código Penal.

Lecionam, a propósito, ALBERTO SILVA FRANCO e JULIANA BELLOQUE:

‘A conduta social deve ser avaliada enquanto o comportamento desenvolvido pelo agente na comunidade em que vive, abrangendo as suas relações familiares e de vizinhança, o seu modo de vida no trabalho e nos espaços comunitários de lazer, as condutas que – de maneira recorrente – apresenta no inter-relacionamento humano e social.’

Isso não significa que eventuais condenações não poderiam ser consideradas pelo juízo sentenciante na fixação da pena-base. O mesmo art. 59 prevê os antecedentes como circunstância judicial diversa,

representando 'apenas um fato menor referente à existência ou não, no momento da consumação do fato delituoso, de precedentes judiciais'.

Tenho, contudo, que a sentença não pode observar a existência de inquéritos ou processos em andamento como justificativa para agravar a condenação, sob pena de afronta direta ao princípio constitucional de presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF). E, no caso, a decisão de primeiro grau refere-se, expressamente, à primariedade do sentenciado (fl. 166).

3. Quanto à *personalidade do agente*, aplica-se idêntico raciocínio. A circunstância foi reputada negativa – “*voltada para o crime*” –, sem que, no entanto, se fizesse qualquer referência a elementos aptos a fundamentar tal conclusão.

Quanto à necessidade de fundamentação efetiva na avaliação das circunstâncias judiciais, cito decisão da lavra do Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**:

’[A] exigência de motivação da individualização da pena - hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) -, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar’ (HC nº 69.419, DJ 28/08/1992).

No caso, a total ausência de base empírica para justificar o diagnóstico do juízo quanto à personalidade do paciente induz à conclusão de que, para tanto, foram considerados tão-somente os inquéritos e ações penais pretéritos, ainda em curso, mas pendentes de trânsito em julgado. Dessa forma, pelas mesmas razões aduzidas no item anterior, o reconhecimento dessa circunstância judicial e o conseqüente aumento de pena devem ser desconsiderados’ (grifo nosso).

Por essas razões, peço vênia ao Relator e aos que o acompanharam para negar provimento ao recurso.

Em caso de prevalência desse entendimento, ousou propor como tese de repercussão geral o seguinte:

“Condenação alcançada pelo quinquênio depurador (CP, art. 64, I), que não gera reincidência, também não pode ser valorada negativamente na dosimetria da pena a título de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada à prática de crimes.”

É como voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.341 SANTA CATARINA

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

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

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 11.392/2000 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. POLÍTICA ESTADUAL DE PREVENÇÃO E CONTROLE ÀS DOENÇAS SEXUALMENTE TRANSMISSÍVEIS – DST E À SÍNDROME DE IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA – AIDS. ADOÇÃO DE MEDIDAS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DE PESSOAS PORTADORAS DO VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA – HIV. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ARTS. 21, XII, “A”, 22, I E IV, 24, XII, 25, § 1º, 61, § 1º, II, “A” E “C”, 84, VI, “A”, 200, I E II, E 220, § 3º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. Ao instituir política estadual de prevenção e controle de doenças sexualmente transmissíveis – DST e da síndrome de imunodeficiência adquirida – AIDS, a Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina veicula normas sobre proteção e defesa da saúde, matérias inseridas na competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, XII, da CF). A adoção de medidas contra a discriminação das pessoas portadoras do vírus da imunodeficiência humana – HIV tem amparo no art. 25, § 1º, da CF, que reserva aos Estados as competências a eles não vedadas.

2. No modelo federativo brasileiro, estabelecida pela União a arquitetura normativa da política nacional de promoção, proteção e recuperação da saúde (Lei nº 8.080/1990, que institui o Sistema Único de Saúde – SUS), aos Estados compete, além da supressão de eventuais lacunas, a previsão de normas destinadas a complementar a norma geral e a atender suas peculiaridades locais, respeitados os critérios (i) da preponderância do interesse local, (ii) do exaurimento dos efeitos dentro dos respectivos limites territoriais – até mesmo para prevenir conflitos entre legislações estaduais potencialmente díspares – e (iii) da vedação da proteção insuficiente. Precedentes: ADI 5312/TO (Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe 11.02.2019), ADI 3470/RJ (Relatora Ministra Rosa Weber, DJe 01.02.2019), ADI 2030/SC (Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe 17.10.2018).

3. A competência do SUS – Sistema Único de Saúde – para controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e executar as ações de vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador (art. 200, I e II, da CF), não obsta iniciativas voltadas à implementação de políticas estaduais de saúde específicas, para atender demandas locais. Precedente.

4. A vedação e o combate a práticas discriminatórias na rede de saúde pública estadual concretiza um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dever a ser ativamente perseguido por todos os entes que compõem a Federação: a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

5. Fruto de iniciativa parlamentar, o art. 4º, caput e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, da Lei nº 11.392/2000 do Estado

de Santa Catarina incorre em vício de iniciativa, por impor obrigações ao Poder Executivo sem observância dos arts. 61, § 1º, II, “a” e “c”, e 84, VI, “a” da CF, além de invadir a competência privativa da União para legislar sobre radiodifusão (arts. 21, XII, “a”, e 22, IV, da CF) e disciplinar as diversões e os espetáculos públicos (art. 220, § 3º, I, da CF). Precedente: ADI 5140/SP (Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe 29.10.2018).

6. Inconstitucionalidade formal dos arts. 11 e 18 da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina, por afronta à reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para deflagrar processo legislativo versando sobre organização, funcionamento e orçamento da Secretaria de Estado da Saúde (arts. 61, § 1º, II, e 84, VI, “a”, da CF).

7. Ao disciplinar regime de confidencialidade e sigilo dos registros e resultados dos testes para detecção do vírus HIV, inclusive para fins de depoimento como testemunha, o art. 8º, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina afasta-se da competência concorrente dos Estados para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF) e invade a competência privativa da União para legislar sobre direito civil e direito processual (art. 22, I, da CF).

8. Inconstitucionalidade formal dos arts. 4º, caput e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, 8º, caput e §§ 1º e 2º, 11 e 18, da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina.

9. Ação direta julgada parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar parcialmente procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 4º, caput e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, 8º, caput e §§ 1º e 2º, 11 e 18, da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto da Relatora e por unanimidade de votos, em sessão virtual do Pleno de 25 de setembro a 2 de outubro de 2020, na conformidade da ata do julgamento.

Brasília, 6 de outubro de 2020.

Ministra Rosa Weber
Relatora

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.341 SANTA CATARINA

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

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

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora):

Trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade**, com pedido de **medida cautelar**, proposta pelo GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA em face da **Lei nº 11.392/2000, do Estado de Santa Catarina**, que “*institui a política estadual de prevenção e controle às Doenças Sexualmente Transmissíveis DST, à Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, dispõe sobre a discriminação aos portadores do Vírus da Imunodeficiência Humana - HIV e adota outras providências*”.

Aprovado pela Assembleia Legislativa, o projeto de lei que resultou no diploma normativo impugnado foi vetado pelo Governador do Estado. O Parlamento estadual rejeitou o veto e, ato contínuo, promulgou a Lei nº 11.392/2000.

O autor aponta ofensa aos **arts. 2º, 21, XII, “a”, 22, I e IV, 24, XII, §§ 1º e 2º, 48, XII, 61, § 1º, II, “e”, 63, I, 84, II e VI, 165, 175, parágrafo único, 197 e 198 da Constituição da República**.

Defende a inconstitucionalidade do diploma normativo impugnado, por contrariar lei geral editada pela União sobre defesa da saúde, usurpar a competência privativa do Poder Executivo para dirigir e organizar a Administração Pública e invadir a competência privativa da União para dispor sobre direito civil, telecomunicações e radiodifusão. Ressalta, ainda, que a lei impugnada impõe sanções civis, adentrando em competência reservada à União para legislar sobre direito civil.

Requer a concessão de medida acauteladora para suspender a eficácia dos preceitos impugnados.

Pugna, ao final, pela procedência da ação a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade dos **arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 11, 13, 14, 15, 16 e 18, da Lei nº 11.392/2.000 do Estado de Santa Catarina**.

Requisitadas informações, segundo rito do **art. 12 da Lei nº 9.868/99, a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina** afirma ter sido regularmente observado o devido processo legislativo e pugna pela improcedência da ação, à alegação de que a lei questionada não afronta a reserva de iniciativa do Poder Executivo, versa matéria de interesse do Estado, possui conteúdo de relevante caráter social e visa melhorar a qualidade de vida dos cidadãos.

Manifestação do **Advogado-Geral da União** pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.

Parecer do **Procurador-Geral da República** pela **procedência parcial** da ação direta.

É o relatório.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.341 SANTA CATARINA

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): 1. Senhor Presidente, como relatado, trata-se de **ação direta de inconstitucionalidade** visando à declaração da inconstitucionalidade dos **arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13, 14, 15, 16 e 18 da Lei nº 11.392/2000, do Estado de Santa Catarina**, que “*institui a política estadual de prevenção e controle às Doenças Sexualmente Transmissíveis DST, à Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, dispõe sobre a discriminação aos portadores do Vírus da Imunodeficiência Humana - HIV e adota outras providências*”.

Decorrente de projeto de origem parlamentar aprovado pela Assembleia Legislativa, a lei impugnada recebeu o veto do Chefe do Poder Executivo Estadual, que veio a ser rejeitado, com a promulgação na íntegra pelo Presidente daquela Casa Legislativa.

A tese defendida na ADI é a da inconstitucionalidade **formal**, a teor dos **arts. 2º, 21, XII, “a”, 22, I e IV, 24, XII, §§ 1º e 2º, 48, XII, 61, § 1º, II, “e”, 63, I, 84, II e VI, 165, 175, parágrafo único, 197 e 198 da Lei Maior**, por versar a lei impugnada sobre direito civil, telecomunicações e radiodifusão, matérias reservadas à competência legislativa privativa da União, contrariar lei geral editada pela União sobre defesa da saúde e usurpar a competência privativa do Poder Executivo para dirigir e organizar a Administração Pública.

2. Reconheço a **legitimidade ativa** do autor, Governador do Estado de Santa Catarina, para impugnar, mediante ação direta de inconstitucionalidade, ato normativo produzido no âmbito dessa unidade da Federação.

3. Atendidos, ainda, os pressupostos formais de admissibilidade, **conheço** da ação direta e passo ao exame do **mérito**.

4. Eis o teor da **Lei nº 11.392/2000, do Estado de Santa Catarina**, diploma normativo impugnado na presente ação direta (dispositivos impugnados em destaque):

“Art. 1º Fica instituída a política estadual de prevenção e controle às Doenças Sexualmente Transmissíveis - DST e à Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS e as medidas contra a discriminação das pessoas portadoras do Vírus da Imunodeficiência Humana - HIV.

Art. 2º A política estadual de prevenção e controle às DST e a AIDS se constituirá de medidas pedagógicas efetivas, nos termos desta Lei.

Art. 3º As medidas pedagógicas terão por objetivo divulgar informações sobre DST e AIDS, indicando para cada uma delas, suas consequências, formas de contágio e métodos de prevenção e controle disponíveis.

Art. 4º As campanhas públicas serão realizadas através de palestras, debates, afixação de cartazes

informativos, vídeos educativos, mensagens em estádios de futebol, ginásios desportivos, cinemas, veiculação em emissoras de rádio e televisão, dentre outros locais de acesso público.

§ 1º Os seminários, palestras e debates serão realizados em estabelecimentos públicos ou privados, com especialistas no assunto, propiciando a participação de organizações não- governamentais que trabalham com prevenção e controle à AIDS.

§ 2º Os cartazes informativos serão afixados:

I- em veículos de transporte coletivo, escolar e individual por táxi, em dimensões, formatos e dizeres compatíveis com cada um, fixados em decreto;

II- nos estabelecimentos públicos estaduais, particularmente os de natureza educacional, saúde e lazer;

III- nos estabelecimentos privados que quiserem aderir à campanha.

§ 3º Será obrigatória, nas salas de cinema do Estado, a exibição de um filme contendo recomendações sobre a prevenção e controle às DST e à AIDS, antes de cada sessão. Os filmes serão gratuitamente colocados à disposição das empresas exibidoras pelo Poder Executivo, que poderá produzir diretamente os filmes, contratar sua produção ou autorizar a exibição de filmes produzidos por outras entidades ou pessoas jurídicas. Ficará a cargo da Comissão Estadual de AIDS a escolha das peças a serem vinculadas.

§ 4º As emissoras de rádio e televisão deverão veicular, durante pelo menos dois minutos por semana, mensagens alusivas às formas de prevenção e controle contra a AIDS e contra a discriminação das pessoas com HIV. As mensagens deverão ser veiculadas dentro da programação normal, pelo rádio entre sete e dezenove horas, e pela televisão entre dezoito e vinte e duas horas. O material a ser divulgado deverá ser oferecido gratuitamente pelo Poder Executivo, através da Comissão Estadual de AIDS, sendo facultado o direito das emissoras de difundir material produzido com exclusividade por elas mesmas, por outras entidades públicas ou privadas, assim como por pessoas que lidam com o tema, sob rigorosa fiscalização do referido Poder. O material produzido deverá veicular conteúdo que ofereça informações claras e rigorosamente científicas na prevenção e controle à AIDS e sobre a não discriminação dos cidadãos soro positivos.

5º As administradoras dos estádios de futebol e ginásios desportivos do Estado ficam obrigadas a anunciar em seus placares eletrônicos, ou locais visíveis, mensagens de prevenção e controle à AIDS e sobre a não discriminação dos cidadãos soro positivos. O material produzido deverá veicular conteúdo que ofereça informações claras e rigorosamente científicas na prevenção e controle à AIDS e sobre a não discriminação dos cidadãos soro positivos. § 6º Fica vedada a divulgação discriminatória, por qualquer meio, de mensagens que vinculem a epidemia de HIV e AIDS a grupos específicos ou com conteúdos que possam real ou potencialmente gerar preconceito e discriminação, a ser avaliado e aprovado pela Comissão Estadual de AIDS.

Art. 5º Os instrumentos de prevenção, preservativos masculinos e femininos serão disponibilizados na rede pública de saúde e outros locais determinados pela Secretaria de Estado da Saúde, ouvida a Comissão Estadual de AIDS.

Art. 6º O acesso ao diagnóstico laboratorial da infecção pelo HIV será facilitado através da implantação de uma rede de aconselhamento pré e pós teste anti-HIV na rede pública de saúde.

Art. 7º Salvo nas hipóteses de doação de sangue, órgãos e esperma, é vedada a testagem obrigatória para a detecção do vírus HIV.

§ 1º Nos bancos de leite todo material coletado deve ser devidamente esterilizado, sendo voluntário o teste anti-HIV.

§ 2º Fica expressamente vedada em toda a rede de saúde pública e privada a realização de teste anti-HIV, sem autorização da pessoa ou do responsável legal, especialmente em estabelecimentos prisionais, em gestantes, para fins de adoção de crianças, em profissionais do sexo e no pré-nupcial.

§ 3º Os testes anti-HIV, oferecidos na rede de saúde pública e privada devem ser expressa e previamente autorizados, sob pena do estabelecimento ter que comprovar, por qualquer meio de prova, que o procedimento foi devidamente autorizado.

§ 4º O Estado e/ou município responderá objetivamente pelos testes falsos positivos, devendo indenizar os prejuízos morais e materiais causados por seus atos, independentemente da comprovação do ato ilícito por seus agentes.

Art. 8º Os registros e resultados dos testes para detecção do vírus HIV são confidenciais, não podendo, salvo por dever legal, justa causa ou autorização expressa do paciente, ser divulgados, ainda que o fato seja público e notório, após a morte da pessoa e quando do depoimento como testemunha.

§ 1º É vedada a revelação do sigilo profissional referente à criança e ao adolescente, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, desde que este tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente.

§ 2º É vedada a divulgação, por qualquer meio, da imagem de portadores do vírus HIV, sem sua expressa autorização.

Art. 9º É obrigatória a divulgação de dados epidemiológicos, periodicamente, pela Secretaria de Estado da Saúde.

Art. 10. Os entes públicos e privados, prestadores de serviços na área da saúde, serão objetivamente responsáveis nos casos de infecção decorrente de doação de sangue, órgão e esperma ou leite materno. O reconhecimento da responsabilidade poderá ser feito por indícios e circunstâncias.

Art. 11. A garantia de atendimento aos portadores e doentes dentro dos princípios do Sistema Único de Saúde - SUS, se dará através de, entre outras medidas:

I - tratamento e medicamentos disponíveis às DST/AIDS;

II - testes como rotina a todas as gestantes.

Art. 12. A Secretaria de Estado de Saúde, com o objetivo de prevenir, controlar e reduzir a incidência do vírus da AIDS no Estado, estimulará atividades de redução de danos em parceria com municípios, Universidades e Organizações Não- Governamentais - ONGs.

Art. 13. Os estabelecimentos comerciais, industriais, prestadores de serviços, entidades educacionais, creches, hospitais, clínicas, estabelecimentos de saúde, associações civis, públicas ou privadas que, por seus proprietários, prepostos ou representantes, praticarem atos discriminatórios aos portadores do vírus HIV/AIDS, incorrerão em infração administrativa, punida pelo Poder Executivo, na esfera de sua competência, nos termos desta Lei.

Art. 14. Consideram-se, para efeitos desta Lei, como ato discriminatório às pessoas com HIV/AIDS:

I - a exigência do teste HIV:

a) para participar de processo de seleção visando admissão em emprego;

b) para admissão, permanência no emprego e demissão;

c) como condição para inscrição em concurso público;

II - a recusa de:

- a) prestar atendimento em instituição de saúde pública ou privada;
- b) receber ingresso, matrícula, inscrição ou proposta de associação em instituições educacionais, creches, associações civis, públicas ou privadas;
- c) hospedagem em hotel, pensão, estalagem ou qualquer estabelecimento similar;
- d) atendimento em bares, restaurantes, confeitarias ou estabelecimentos semelhantes, em salões de cabeleireiros, barbearias, casas de massagem, casas de diversão ou outros estabelecimentos com a mesma finalidade;

III - retardar o atendimento, a realização de exame ou qualquer procedimento médico ou ato em geral, em razão da condição sorológica do cidadão;

IV- o rompimento da relação de trabalho.

Art. 15. Consideram-se infratores desta Lei as pessoas físicas ou jurídicas que, direta ou indiretamente, tenham concorrido para o cometimento da infração.

Art. 16. As infrações à presente Lei serão apuradas, em procedimento administrativo, pela Comissão Estadual de AIDS, sujeitando os infratores às seguintes penalidades administrativas, assegurada ampla defesa, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis:

I- advertência;

II - multas de até vinte mil UFIRs, ou outro índice que venha a substituí-lo;

III- suspensão temporária da atividade, não inferior a trinta dias;

IV- cassação do alvará de localização e funcionamento;

V - inabilitação, temporária ou definitiva, para contratar com o Poder Público.

§ 1º Conforme a gravidade do ato infracional, as sanções previstas neste artigo poderão ser acumuladas.

§ 2º O valor da multa poderá ser aumentado conforme os casos de reincidência e a capacidade econômica do estabelecimento infrator.

§ 3º A multa prevista neste artigo também se aplica aos processos judiciais.

§ 4º Além de outras penalidades, o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Art. 17. Todo e qualquer cidadão é parte legítima para comunicar às autoridades públicas estaduais as infrações à presente Lei.

Art. 18. A Secretaria de Estado da Saúde aplicará, no mínimo, um por cento do seu orçamento anual, nas ações de prevenção e controle de DST/AIDS.

Art. 19. O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de sessenta dias, contados da data de sua publicação.

Art. 20. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. **Art. 21.** Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO BARRIGA-VERDE, em Florianópolis, 03 de maio de 2000.

DEPUTADO GILMAR KNAESEL

Presidente”.

O requerente alega serem inconstitucionais os **arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 13, 14, 15, 16 e 18 da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina.**

Invoca, como parâmetros de controle, os **arts. 2º, 21, XII, “a”, 22, I e IV, 24, XII, §§ 1º e 2º, 48, XII, 61, § 1º, II, “e”, 63, I, 84, II e VI, 165, 175, parágrafo único, 197 e 198 da Constituição da República.**

5. Ao instituir, no âmbito do Estado federado, política de prevenção e controle de doenças sexualmente transmissíveis – DST e da síndrome de imunodeficiência adquirida – AIDS, **a Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina** veicula normas incidentes sobre **proteção e defesa da saúde**, matérias a respeito das quais, a teor do art. 24, XII, da CF, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **concorrentemente**. A adoção de medidas contra a discriminação das pessoas portadoras do vírus da imunodeficiência humana – HIV, a seu turno, tem amparo no **art. 25, § 1º, da CF**, segundo o qual são reservadas aos Estados as competências a eles não vedadas pela Constituição. Cumpre, assim, analisar as suas disposições em confronto com os espaços de competência legislativa reservados à União e aos Estados respectivamente.

Ressalto, desde logo, que o **art. 3º, IV, da Carta Magna** situa o combate a todas as formas de discriminação entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e o seu **art. 5º, XLI**, confia ao legislador a tarefa de punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Urge observar, ainda, que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no gênero, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, emergidas das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra **portadores do HIV**, pessoas com predisposição genética para desenvolver determinadas moléstias, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado injusto começam a ser identificadas, à medida que se alastram, e representam desafios emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção.

É importante observar, nesse quadro, que não está em questão, aqui, se a legislação impugnada é meritória, benéfica ou desejável. Não se está a cogitar, observados os limites da lide tal como definidos na petição inicial, da sua inconstitucionalidade material. Circunscreve-se a questão, isto sim, à indagação acerca da necessária observância do modelo constitucional de repartição de competências entre os entes federados.

6. O devido equacionamento da distribuição constitucional de competências legislativas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios há de ser feito sempre à luz do princípio

federativo, que, vocacionado à instrumentalidade requerida pela dinâmica das relações entre as instituições republicanas, ora tende a afirmar a autonomia, ora legitima a uniformização institucional e a cooperação dos entes federados sob uma União soberana.

O estabelecimento, na Constituição de 1988, de **competências normativas concorrentes** tem sido apontado pela doutrina como fórmula típica da passagem do federalismo hegemônico e centrípeto, que marcou a história republicana brasileira, para um **federalismo de equilíbrio**. Buscou-se, com isso, um aperfeiçoamento das instituições republicanas no sentido de atenuar a tendência excessivamente centralizadora historicamente predominante na organização do Estado brasileiro, valorizando-se, assim, a **autonomia** dos entes federados “*sem, contudo, causar prejuízo à previsão de diretivas nacionais homogêneas, necessárias para a integração do país*” (CAMBI, Eduardo. **Normas Gerais e a Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira**. In: Revista de Processo, vol. 92, p. 244, Out./1998 – DTR/1998/448, destaquei).

Entendo, nesse contexto, que a **chave hermenêutica** para a adequada apreensão do sentido da cláusula definidora das competências legislativas concorrentes, na Constituição da República, é o **princípio federativo**, considerado em sua estrutura **complexa**, seu caráter **instrumental** e sua **teleologia**. Nessa linha, peço vênias para referir o magistério de Raul Machado Horta em passagem publicada no período que antecedeu o início dos trabalhos de elaboração da Constituição de 1988, representativa dos desafios que se colocavam:

“Entre as grandes tarefas da geração atual destaca-se a de reconstruir a Federação, modelando instituições que possam projetá-la no próximo milênio. O centro da reconstrução da Federação Constitucional reside na repartição das competências, para redefinir as áreas de atuação da União Federal, dos Estados-membros e de outros níveis de Governo. A Federação projetada para o futuro requer repartição de competências ajustada a tal objetivo.” (HORTA, Raul Machado. **Estrutura da Federação**. In: Revista de Direito Público – RDP 81/52 – jan.-mar./1987)

Longe de constituir uma indagação episódica, a questão relativa ao delineamento das esferas de poder concernentes a cada ente federativo – União e Estados – sempre esteve no centro das preocupações relacionadas à estruturação dos modelos federativos. A complexidade do mundo contemporâneo, nessa ótica, tornaria inevitável a acolhida, em determinado momento, do federalismo cooperativo, em vez do federalismo competitivo presente nas suas raízes clássicas. E a aferição do **ponto de equilíbrio** entre os entes estatais teria como referência a **efetividade de um determinado arranjo institucional** para a realização das funções – normativas, executivas ou judiciais – a que o Poder público está obrigado a desempenhar. Como observado por Gilberto Bercovici, “*o grande objetivo do federalismo, na atualidade, é a busca da cooperação entre União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional*” (**Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004).

Entendo, pois, que o princípio federativo consagrado no **art. 1º, caput, da Constituição da República**, tal como observado, constringe a exegese do seu **art. 24**.

Assume especial relevo, nesse contexto, a consagração, no art. 24, § 1º, da CF, da fórmula da competência concorrente limitada ou não cumulativa, expressa na separação entre a competência da União para editar normas gerais, e a dos Estados para, quanto à mesma matéria, produzir normas especiais.

Essa opção contrasta com o modelo de competência concorrente **plena** ou **cumulativa** acolhida, por exemplo, na **Constituição da República da Índia**, em que, nas matérias em relação às quais Estados e União legislam concorrentemente (Lista Concorrente), todos os seus aspectos podem ser objeto de normas jurídicas produzidas por qualquer um dos entes, inexistindo diferenciação quanto aos âmbitos ou níveis de normatização atribuídos a um e outro – como acontece entre nós com a competência da União para edição de normas gerais e dos Estados para normas especiais –, provendo a Constituição, no seu art. 254, os critérios para resolução de eventuais inconsistências entre as leis editadas pelo Parlamento e aquelas editadas pelas Legislaturas dos Estados.

Diferentemente, o **art. 24 da Constituição da República Federativa do Brasil**, configura um sistema de competências concorrentes não sobrepostas, vertical, em que subdividida a mesma matéria em níveis de normatização que se distinguem não apenas subjetivamente, entre União e Estados, mas também **objetivamente**, entre normas gerais e especiais. Segundo essa fórmula, nem a União e nem o Estado têm competência para regular em sua plenitude as matérias elencadas no **art. 24** – ressalvada, é claro, a hipótese de omissão excepcionada no § 3º.

A definição das **normas gerais** em matéria de competência concorrente sempre apresentou dificuldades tormentosas tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, sendo provavelmente um dos conceitos jurídicos em relação aos quais seja menos seguro afirmar a existência de qualquer unanimidade e até mesmo a formação de corrente majoritária estável.

A dificuldade com o estabelecimento de parâmetros ao mesmo tempo claros e adequados para a definição do conceito remete ao desafio encontrado por Agostinho de Hipona ao refletir, nas Confissões, sobre a natureza do tempo: “*Que é, pois, o tempo? Se ninguém me pergunta, eu sei; mas se quiser explicar a quem indaga, já não sei.*”

Trata-se do tipo de perplexidade que afligiu o Justice Potter Stewart, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, quando, em 1964, no julgamento do caso *Jacobellis v. Ohio*, se viu incapaz de formular uma definição do conceito de pornografia. Defrontado com a insuperável dificuldade de expressar em termos conceituais o motivo que o levou a concluir que o filme *Les Amants*, do diretor de cinema francês Louis Malle, não traduzia obscenidade, e portanto estaria ao abrigo da proteção conferida à livre expressão pela Primeira Emenda da Constituição daquele país, se limitou a registrar: eu sei o que é quando eu vejo (“*I know it when I see it*”).

Se o conceito de normas gerais parece ser ainda mais elusivo do que são o tempo e a pornografia, o rastreamento da sua gênese sugere que a sua imprecisão é provavelmente intencional:

“A expressão “normas gerais” aparece, pela primeira vez, na Constituição de 1934, mas passa a ser mais

questionada a partir da Constituição de 1946, que previa a edição de normas gerais de Direito Financeiro (art. 6.º, XV, b). A proposta de dotar a União de competência para editar normas gerais foi do Deputado e Jurista Aliomar Baleeiro, então na Subcomissão de Discriminação de Rendas da Assembléia Nacional Constituinte de 1946. Segundo Rubens Gomes de Souza, membro da Comissão encarregada de elaborar o Código Tributário Nacional (LGL 1966\26), Aliomar Baleeiro pretendia dotar a União de uma espécie legislativa, que contivesse preceitos comuns endereçados ao legislador ordinário dos três poderes tributantes: União, Estados e Municípios. No entanto, devido à resistência de Estados e Municípios, que temiam perder parcela de suas autonomias pela centralização legislativa, o Deputado Aliomar Baleeiro procurou uma fórmula verbal para vencer essa resistência política. Portanto, a expressão “normas gerais” foi resultado de mero compromisso político, não trazendo, em si, um conteúdo delimitativo próprio.” (CAMBI, Eduardo. **Normas Gerais e a Fixação da Competência Concorrente na Federação Brasileira**. In: Revista de Processo, vol. 92, p. 244, Out./1998 – DTR/1998/448, destaquei).

Uma vez positivado o conceito, no entanto, não faltaram esforços no sentido de lhe intuir o conteúdo. Em estudo seminal sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto enumera uma dezena de posicionamentos doutrinários distintos, que identifica na doutrina, partir dos quais propõe a sua própria síntese.

Para ele,

“(…) normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento **de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros** na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta ou imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 25, n. 100, out./dez. 1998)

Tais orientações acerca das normas gerais, a que se pode chamar de substancialistas, foram prestigiadas, por exemplo, no seguinte precedente deste Plenário:

“(…)NORMASGERAIS, QUE, EDITADAS PELA UNIÃO FEDERAL, NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE, NÃO PODEM SER DESRESPEITADAS PELO ESTADO-MEMBRO - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE FIXA CRITÉRIOS DIVERSOS – INCONSTITUCIONALIDADE. - Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo *ultra vires*, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional, e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (...). - É inconstitucional lei complementar estadual, que (...) não observa as normas de caráter geral, institutivas da legislação fundamental ou de princípios, prévia e validamente estipuladas em lei complementar nacional que a União Federal fez editar com apoio no legítimo exercício de sua competência concorrente.” (ADI 2903/PB, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 01.12.2005, DJe 18.9.2008)

Por outro lado, registro haver também quem, como Eduardo Cambi, na obra supra citada, defenda inexistir qualquer diferença essencial entre **normas gerais e normas especiais**, distinguindo-se as espécies legislativas não quanto à extensão dos conteúdos que lhes sejam próprios, mas tão somente quanto à sua esfera de atuação, observado, como critério de solução de antinomias, a **subsidiariedade**.

Nesse quadro, o que se pode dizer com segurança é que a previsão da competência da União para editar normas com o predicado de gerais, em matéria de competência concorrente, envolve, necessariamente, algum limite à atuação legislativa da União, porque tem, como pressuposto lógico, a existência de um espaço de normatização não qualificado pelo traço da generalidade – normas não gerais – fora da sua alçada. E essa visão minimalista também encontra respaldo em precedentes desta Casa. Confira-se:

“(…) A Constituição de 1988 contemplou, em seu artigo 24, a técnica da competência legislativa concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal, cabendo à União estabelecer normas gerais e aos Estados-membros especificá-las. O descumprimento desse comando constitucional conduz à usurpação de competência, que tanto pode ser da União – quando extrapola os poderes que lhe foram deferidos para estabelecer preceitos gerais – quanto dos Estados-membros – quando, existindo ato legislativo genérico, editam lei invasora. (...)” (ADI 1.245/RS, Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 06.4.2005, DJ 26.8.2005)

No modelo federativo brasileiro, estabelecida pela União a arquitetura normativa da política nacional de promoção, proteção e recuperação da saúde (Lei nº 8.080/1990, que institui o Sistema Único de Saúde – SUS), aos Estados **compete, além da supressão de eventuais lacunas, a previsão de normas destinadas a complementar a norma geral e a atender suas peculiaridades locais**, respeitados os critérios (i) da **preponderância do interesse local**, (ii) do exaurimento dos efeitos dentro dos respectivos **limites territoriais** – até mesmo para **prevenir conflitos entre legislações estaduais potencialmente díspares** – e (iii) da **vedação da proteção insuficiente**. Nessa linha é a jurisprudência recente desta Casa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI ESTADUAL QUE DISPENSA ATIVIDADES AGROSSILVIPASTORIS DO PRÉVIO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS SOBRE PROTEÇÃO AMBIENTAL. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A competência legislativa concorrente cria o denominado “condomínio legislativo” entre a União e os Estados-Membros, cabendo à primeira a edição de normas gerais sobre as matérias elencadas no art. 24 da Constituição Federal; e aos segundos o exercício da competência complementar — quando já existente norma geral a disciplinar determinada matéria (CF, art. 24, § 2º) — e da competência legislativa plena (supletiva) — quando inexistente norma federal a estabelecer normatização de caráter geral (CF, art. 24, §

3º). 2. A possibilidade de complementação da legislação federal para o atendimento de interesse regional (art. 24, § 2º, da CF) não permite que Estado-Membro dispense a exigência de licenciamento para atividades potencialmente poluidoras, como pretendido pelo art. 10 da Lei 2.713/2013 do Estado do Tocantins. 3. O desenvolvimento de atividades agrossilvipastoris pode acarretar uma relevante intervenção sobre o meio ambiente, pelo que não se justifica a flexibilização dos instrumentos de proteção ambiental, sem que haja um controle e fiscalização prévios da atividade. 4. A dispensa de licenciamento de atividades identificadas conforme o segmento econômico, independentemente de seu potencial de degradação, e a consequente dispensa do prévio estudo de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV, da CF) implicam proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), cabendo ao Poder Público o exercício do poder de polícia ambiental visando a prevenir e mitigar potenciais danos ao equilíbrio ambiental. 5. Ação direta julgada procedente.” (ADI 5312/TO, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgamento em 25.10.2018, DJe 11.02.2019)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.579/2001 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. SUBSTITUIÇÃO PROGRESSIVA DA PRODUÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO ASBESTO/AMIANTO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. ART. 24, V, VI E XII, E §§ 1º A 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. (...) 2. Alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da União. Competência legislativa concorrente (art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da CF). A Lei nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a progressiva substituição da produção e do uso do asbesto/amianto no âmbito do Estado, veicula normas incidentes sobre produção e consumo, proteção do meio ambiente, controle da poluição e proteção e defesa da saúde, matérias a respeito das quais, a teor do art. 24, V, VI e XII, da CF, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente. 3. No modelo federativo brasileiro, estabelecidas pela União as normas gerais para disciplinar a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do amianto e dos produtos que o contêm, aos Estados compete, além da supressão de eventuais lacunas, a previsão de normas destinadas a complementar a norma geral e a atender as peculiaridades locais, respeitados os critérios da preponderância do interesse local, do exaurimento dos efeitos dentro dos respectivos limites territoriais e da vedação da proteção insuficiente. Ao assegurar nível mínimo de proteção a ser necessariamente observado em todos os Estados da Federação, a Lei nº 9.055/1995, na condição de norma geral, não se impõe como obstáculo à maximização dessa proteção pelos Estados, ausente eficácia preemptiva da sua atuação legislativa, no exercício da competência concorrente. A Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro não excede dos limites da competência concorrente suplementar dos Estados, consentânea a proibição progressiva nela encartada com a diretriz norteadora da Lei nº 9.055/1995 (norma geral), inócurrenente afronta ao art. 24, V, VI e XII, e §§ 2º, 3º e 4º, da CF. (...)” (ADI 3470/RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgamento em 29.11.2017, DJe 01.02.2019)

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Repartição de competências. Lei Estadual 11.078/1999, de Santa Catarina, que estabelece normas sobre controle de resíduos de embarcações, oleodutos e instalações costeiras. Alegação de ofensa aos artigos 22, I, da Constituição Federal. Não ocorrência. Legislação estadual que trata de direito ambiental marítimo, e não de direito marítimo ambiental. Competência legislativa concorrente para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 22, I, CF), e sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente (art. 24, VIII, CF). Superveniência de lei geral sobre o tema. Suspensão da eficácia do diploma legislativo estadual no que contrariar a legislação geral. Ação julgada improcedente.” (ADI 2030/SC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 09.8.2017, DJe 17.10.2018)

7. Estabelecidos esses pressupostos, a análise da constitucionalidade formal da **Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina**, em face do **art. 24 da Constituição da República**, demanda aferição do seu caráter, se **substitutivo** ou **suplementar** em relação ao conteúdo da legislação federal regente da mesma matéria. Não obstante, a inconstitucionalidade acaso verificada por este procedimento não deixa de ser direta, como já enfatizado, porque a transgressão à lei federal já existente não traduz supressão de lacuna, e sim invasão do espaço de normatividade atribuído pela Constituição da República à União (normas gerais). Em outras palavras, a inconstitucionalidade não decorre do mero descompasso material entre a lei estadual e a lei federal, qualificando-se, isto sim, pelo descumprimento frontal da regra de competência fixada no **art. 24, §§ 1º a 4º, da Carta Política**. Nesse sentido:

“**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 14.861/05, DO ESTADO DO PARANÁ. INFORMAÇÃO QUANTO À PRESENÇA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EM ALIMENTOS E INGREDIENTES ALIMENTARES DESTINADOS AO CONSUMO HUMANO E ANIMAL. LEI FEDERAL 11.105/05 E DECRETOS 4.680/03 E 5.591/05. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PARA DISPOR SOBRE PRODUÇÃO, CONSUMO E PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ART. 24, V E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ESTABELECIMENTO DE NORMAS GERAIS PELA UNIÃO E COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS ESTADOS. 1. Preliminar de ofensa reflexa afastada, uma vez que a despeito da constatação, pelo Tribunal, da existência de normas federais tratando da mesma temática, está o exame na ação adstrito à eventual e direta ofensa, pela lei atacada, das regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Precedente: ADI 2.535-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.11.03. 2. **Seja dispondo sobre consumo (CF, art. 24, V), seja sobre proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII), busca o Diploma estadual impugnado inaugurar regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente. 3. Ocorrência de substituição - e não suplementação - das regras** que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos **por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: ADI 3.035**, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.10.05. 4. Declaração de inconstitucionalidade consequencial ou por arrastamento de decreto regulamentar superveniente em razão da relação de dependência entre sua validade e a legitimidade constitucional da lei objeto da ação. Precedentes: ADI 437-QO, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.02.93 e ADI 173- MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.04.90. 5. Ação direta cujo pedido formulado se julga procedente.” (ADI 3.645/PR, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 31.5.2006, DJ 01.9.2006)**

“**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DISTRITAL QUE DISPÕE SOBRE A EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO E QUE AUTORIZA O FORNECIMENTO DE HISTÓRICO ESCOLAR PARA ALUNOS DA TERCEIRA SÉRIE DO ENSINO MÉDIO QUE COMPROVAREM APROVAÇÃO EM VESTIBULAR PARA INGRESSO EM CURSO DE NÍVEL SUPERIOR - LEI DISTRITAL QUE USURPA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OUTORGADA À UNIÃO FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS LACUNAS PREENCHÍVEIS - NORMA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA EXERCIDA COM DESVIO DE PODER - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR COM EFICÁCIA EX TUNC. A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL. - A Constituição da República,**

nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, “Estudos de Direito Constitucional”, p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º). - A Carta Política, por sua vez, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 - dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente ao ensino (art. 24, IX) -, deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em “inexistindo lei federal sobre normas gerais”, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que “para atender a suas peculiaridades” (art. 24, § 3º). - **Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo ultra vires, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria** (educação e ensino, na espécie). - Considerações doutrinárias em torno da questão pertinente às lacunas preenchíveis. (...)” (ADI 2667-MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 19.6.2002, DJ 12.3.2004)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 2º, 4º E 5º DA LEI N. 10.164/94, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PESCA ARTESANAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. 1. A Constituição do Brasil contemplou a técnica da competência legislativa concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal, cabendo à União estabelecer normas gerais e aos Estados-membros especificá-las. 2. É inconstitucional lei estadual que amplia definição estabelecida por texto federal, em matéria de competência concorrente. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.” (ADI 1245/RS, Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgamento em 06.4.2005, DJ 26.8.2005)

8. Nesse quadro, observo que, ao instituírem política pública estadual de prevenção e controle das doenças sexualmente transmissíveis - DST e da síndrome de imunodeficiência adquirida - AIDS e de combate à discriminação aos portadores do Vírus da Imunodeficiência Humana - HIV, constituída de medidas pedagógicas e informativas, os **arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina** em nada se contrapõem ao marco normativo federal acerca da matéria, inscrito na **Lei nº 8.080/1990**, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

A competência do SUS – Sistema Único de Saúde – para controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e executar as ações de vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador, a teor do **art. 200, I e II, da CF**, em nada obsta a existência de iniciativas voltadas à implementação de políticas estaduais de saúde específicas, para atender demandas locais. Em sentido convergente, colho da jurisprudência:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 14.588, de 21 de dezembro de 2009, do Estado do Ceará, que dispõe sobre a comercialização de artigos de conveniências e a prestação de serviços de utilidade pública em farmácias e drogarias. Preliminar. Ausência de ofensa reflexa à Constituição. Mérito. Ausência de usurpação da competência da União e de afronta ao direito à saúde. Improcedência da ação. 1. A possível invasão da competência legislativa da União envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a

Carta Republicana (art. 24, incisos V e XII, da Constituição Federal), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Constituição. 2. **A edição da Lei nº 14.588/09 não implicou usurpação da competência privativa da União para legislar sobre proteção e defesa da saúde, ou sobre produção e consumo (art. 24, inciso XII, §§ 1º e 2º, CF/88). Primeiramente, porque os dispositivos do diploma em referência evidentemente não se enquadram na noção de normas gerais, as quais se caracterizam por definirem diretrizes e princípios amplos sobre dado tema. Ademais, nota-se que a lei impugnada não contraria ou transgride nenhuma norma geral federal relativamente ao tema de que trata.** 3. A norma questionada também não viola o direito à saúde (art. 6º, caput, e 196, CF/88). Consoante consignou o Ministro Marco Aurélio, Relator da ADI nº 4.954, obstar a venda de produtos de conveniência em farmácias e drogarias seria, em última análise, impor restrição ao livre exercício da atividade comercial, a qual violaria o princípio da proporcionalidade, por não ser adequada, necessária ou proporcional ao fim almejado, qual seja, a proteção e a defesa da saúde. 4. Ação direta julgada improcedente.” (ADI 4955/CE, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em 24.9.2014, DJe 17.11.2014)

9. Fruto de iniciativa parlamentar, o **art. 4º, caput e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina**, a seu turno, incorre em vício de iniciativa, por impor obrigações ao Poder Executivo, além de de afrontar os **arts. 21, XII, “a”, e 22, IV, da CF**, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre radiodifusão, e o **art. 220, § 3º, I, da CF**, segundo o qual compete à lei federal disciplinar as diversões e os espetáculos públicos. Colho precedente:

“CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL DE INICIATIVA PARLAMENTAR. CRIAÇÃO DE NOVAS ATRIBUIÇÕES AO PODER EXECUTIVO PARA SUPERVISIONAR A PRODUÇÃO DE FILMES PUBLICITÁRIOS PARA PREVENÇÃO AO USO DE DROGAS, FISCALIZAR A EXIBIÇÃO NAS SALAS DE CINEMA E LAVRAR MULTAS PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR VÍCIO DE INICIATIVA RECONHECIDA. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. A própria Constituição Federal, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e Municípios (CF, arts. 24 e 30, I). 3. A lei estadual sob análise, ao estabelecer a obrigatoriedade da exibição, antes das sessões, em todos os cinemas do Estado, de filme publicitário esclarecendo as consequências do uso de drogas, disciplina matéria de proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, XII). Alegação de usurpação de competência legislativa privativa da União rejeitada. 4. Por outro lado, ao atribuir ao Poder Executivo a supervisão de filmes publicitários, a fiscalização de salas de cinema e a lavratura de multas pelo descumprimento da obrigação de exibição dos filmes especificados, a lei estadual, de iniciativa parlamentar, viola regra constitucional que determina a iniciativa privativa do Poder Executivo para a disciplina de sua organização administrativa (CF, art. 61, § 1º, II, e). 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 5140/SP, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgamento em 11.10.2018, DJe 29.10.2018)

Ao contemplar a criação de atribuições para a Secretaria de Estado da Saúde, impondo ônus ao Poder Executivo, o preceito normativo em questão se mostra resultante de processo legislativo inconstitucional, porquanto não respeitada a reserva de iniciativa legislativa (arts. 61, § 1º, II, “a” e “c”, e 84, VI, “a” da CF).

No aspecto, sobreleva registrar a obrigatoriedade de replicação do desenho institucional das competências legislativas e regras do processo legislativo nas constituições e leis orgânicas dos demais entes federados, por tratar de regras que compõem o quadro funcional do regime federativo e suas competências atreladas aos Poderes constituídos. Forte nessa norma constitucional, esta Suprema Corte tem reiteradamente afirmado a inconstitucionalidade de alterações normativas que ignoram a obrigatoriedade dos entes da federação respeitarem as divisões de competência estabelecidas pela Constituição da República. Nessa linha argumentativa, os seguintes precedentes judiciais:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VÍCIO DE INICIATIVA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE DOSPÕE SOBRE ATRIBUIÇÕES E ESTABELECE OBRIGAÇÃO A ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Acórdão recorrido que se encontra em sintonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de que parece de inconstitucionalidade formal a lei de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições ou estabeleça obrigações a órgãos públicos, matéria da competência privativa do Chefe do Poder Executivo. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE 653041 AgR/MG, Relator Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 28/06/2016, DJe 09/08/2016)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 7.385/2002 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ALTERAÇÃO DA NOMENCLATURA DO CARGO DE PERITO EM FOTOGRAFIA CRIMINAL E DOS REQUISITOS DE ESCOLARIDADE EXIGIDOS PARA O INGRESSO NA FUNÇÃO. AUMENTO DE REMUNERAÇÃO. PROJETO DE ORIGEM PARLAMENTAR VÍCIO DE INICIATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. 1. Lei estadual que trata do regime jurídico, da remuneração e dos critérios de provimento de cargo público componente dos quadros de polícia civil estadual. Inconstitucionalidade formal da norma, tendo em vista a usurpação da competência privativa do chefe do Poder Executivo – consagrada no art. 61, §1º, alíneas a e c, da Constituição Federal – para iniciar processo legislativo que disponha sobre critérios de provimento de cargos, regime jurídico e aumento de remuneração de servidores públicos. Precedentes. 2. Ação julgada procedente.” (ADI 2834/ES, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2014, DJe 09/10/2014)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO DE INICIATIVA PARLAMENTAR. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES AOS SERVIDORES DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. REGIME JURÍDICO. INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO RECONHECIDO. 1. O Estado Democrático brasileiro tem como cláusula pétrea constitucional a separação e a harmonia entre os poderes, consubstanciada em princípio explícito e instrumentalizada em regras constitucionais de competência. 2. Compete ao Poder Executivo estadual a iniciativa de lei referente aos direitos e deveres dos servidores públicos (artigo 61, §1º, II, “c”, da Constituição Federal). 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 109/05, do Estado do Paraná.” (ADI 3564/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2014, DJe 09/09/2014)“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. 3. A jurisprudência desta Corte

é firme no sentido de que cabe ao Chefe do Poder Executivo deflagrar o processo legislativo referente a lei de criação de cargos funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem assim disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos. 4. Aplica-se aos Estados-membros o disposto no artigo 61, §1º, inciso II, da Constituição do Brasil. Precedentes. 7. Ação direta julgada procedente, por maioria, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.293/90 do Estado do Paraná.” (ADI 341/PR, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 14/04/2010, DJe 11/06/2010)

10. Igualmente, ao dimensionar o atendimento aos portadores e doentes, no âmbito do SUS, mediante a oferta de tratamento e medicamentos, bem como de testes às gestantes, sem observância da regra de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, o **art. 11 do diploma estadual impugnado** mostra-se formalmente inconstitucional, seja em face do **art. 61, § 1º, II, da CF**, seja nos termos do **art. 84, VI, “a”, da CF**, que assenta a competência privativa do Governador para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual e na linha da jurisprudência reiterada desta Corte:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 10.893/2001, DO ESTADO DE SÃO PAULO. IMPLANTAÇÃO DE PROGRAMA ESTADUAL DE SAÚDE VOCAL EM BENEFÍCIO DE PROFESSORES DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES. MATÉRIA SUJEITA À RESERVA DE INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. NORMAS DE APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA AOS ESTADOS-MEMBROS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA.

1. Ao instituir programa de atenção especial à saúde de professores da rede pública local, a Lei 10.893/01 cuidou de instituir um benefício funcional, alterando o regime jurídico desses servidores, além de criar atribuições e responsabilidades para Secretarias Estaduais. 2. Ao assim dispor, por iniciativa parlamentar, a lei estadual entrou em contravenção com regras de reserva de iniciativa constantes do art. 61, II, alíneas “c” e “e”, da CF, que, segundo ampla cadeia de precedentes deste Supremo Tribunal Federal, são de observância obrigatória pelas Constituições Estaduais. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 4211/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, julgamento em 03.3.2016, DJe 22.3.2016)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1º, 2º, 6º, 8º, 10, 11 E 12 DA LEI 15.171/2010 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LEI DE ORIGEM PARLAMENTAR. DISCIPLINA DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS RELATIVAS A SEGUROS DE VEÍCULOS. REGISTRO, DESMONTE E COMERCIALIZAÇÃO DE VEÍCULOS SINISTRADOS. CRIAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PARA O ÓRGÃO DE TRÂNSITO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL, SEGUROS, TRÂNSITO E TRANSPORTE (ARTIGO 22, I, VII E XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PARA A ELABORAÇÃO DE NORMAS QUE ESTABELEÇAM AS ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS PERTENCENTES À ESTRUTURA ADMINISTRATIVA DA RESPECTIVA UNIDADE FEDERATIVA (ARTIGOS 61, § 1º, II, E; E 84, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. (...) 4. A iniciativa das leis que estabeleçam as atribuições dos órgãos pertencentes à estrutura administrativa da respectiva unidade federativa compete aos Governadores dos Estados-membros, à luz dos artigos 61, § 1º, II, e; e 84, VI, a, da Constituição Federal, que constitui norma de observância obrigatória pelos demais entes federados, em respeito ao princípio da simetria. Precedentes: ADI 3.254, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário,

DJ de 2/12/2005; e ADI 2.808, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ de 17/11/2006. ” (ADI 4704/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 21.3.2019, DJe 04.4.2019)

11. Do mesmo vício formal padece o **art. 18 da lei catarinense**, ao impor à Secretaria de Estado de Saúde a aplicação, no mínimo, de um por cento do seu orçamento anual nas ações de prevenção e controle de DST/AIDS.

12. Diferentemente, o **art. 5º da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina** autoriza a Secretaria de Estado da Saúde a disponibilizar, ouvida a Comissão Estadual de AIDs, instrumentos de prevenção e preservativos masculinos e femininos na rede pública de saúde. Ainda que estabeleça orientação às ações dos órgãos de saúde, não interfere na organização e no funcionamento da administração estadual, tampouco impõe ônus ao Poder Executivo estadual.

13. Ao veicular norma disciplinando o regime de confidencialidade e sigilo dos registros e resultados dos testes para detecção do vírus HIV, inclusive para fins de depoimento como testemunha, o **art. 8º, caput e §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina** afasta-se da competência concorrente dos Estados para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF) e invade a competência privativa da União para legislar sobre direito civil e direito processual (**art. 22, I, da CF**). A matéria, aliás, já é disciplinada no **Código de Processo Civil** e no **Código de Ética Médica**. Destaco, nesse sentido, o seguinte precedente:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE FIXA PRAZOS MÁXIMOS, SEGUNDO A FAIXA ETÁRIA DOS USUÁRIOS, PARA A AUTORIZAÇÃO DE EXAMES PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. (...) 2. Por mais ampla que seja, a competência legislativa concorrente em matéria de defesa do consumidor (CF/88, art. 24, V e VIII) não autoriza os Estados-membros a editarem normas acerca de relações contratuais, uma vez que essa atribuição está inserida na **competência da União Federal para legislar sobre direito civil (CF/88, art. 22, I)**. 3. Os arts. 22, VII e 21, VIII, da Constituição Federal atribuem à União competência para legislar sobre seguros e fiscalizar as operações relacionadas a essa matéria. Tais previsões alcançam os planos de saúde, tendo em vista a sua íntima afinidade com a lógica dos contratos de seguro, notadamente por conta do componente atuarial. 4. Procedência do pedido.” (ADI 4701/PE, Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 13.8.2014, DJe 25.8.2014)

14. Ao vedar **práticas discriminatórias** na rede de saúde pública estadual e prever procedimentos para evitá-las, o **art. 7º, caput e §§ 1º a 3º, da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina**, concretiza um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dever a ser ativamente perseguido por todos os entes que a compõem, qual seja, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (**art. 3º, IV, da CF**). Inocorrente afronta aos preceitos invocados.

A mesma ratio conduz à conclusão pela constitucionalidade dos **arts. 13, 14, 15 e 16 da lei estadual atacada**, que tão somente disciplinam o exercício do poder de polícia pela administração relativamente a atos reputados ilícitos na medida em que discriminatórios. Não adentrado o

domínio do direito civil pelos aludidos preceitos, revela-se insubsistente a alegação de afronta ao **art. 22, I, da CF**.

15. O reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado ou seus prepostos por prejuízos morais e materiais eventualmente causados por resultados falsos positivos em testes de HIV/AIDS, objeto dos **arts. 7º, § 4º, e 10 do diploma** impugnado, nada mais é do que uma especificação da responsabilidade objetiva da Administração pública já expressamente fixada no **art. 37, § 6º, da Carta Política**. Ausente conteúdo normativo inovatório na ordem jurídica, não há falar em afronta aos preceitos constitucionais apontados.

16. Além de contemplar norma materialmente escorada nos princípios norteadores da administração pública consagrados no **art. 37, caput, da CF, o art. 9º da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina**, no que determina a divulgação periódica de dados epidemiológicos pela Secretaria de Estado da Saúde, insere-se na competência do Poder Legislativo de exercer o controle dos atos do Poder Executivo (**art. 49, X, da CF**).

17. Ante o exposto, julgo **parcialmente procedente** a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos **arts. 4º, caput e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, 8º, caput e §§ 1º e 2º, 11 e 18, da Lei nº 11.392/2000 do Estado de Santa Catarina**.

É como voto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.114 SANTA CATARINA

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS - COBRAPOL

ADV.(A/S): GRACE SANTOS DA SILVA MARTINS

INTDO.(A/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

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 611/2013 DE SANTA CATARINA.

PEDIDO PREJUDICADO QUANTO AO ART. 7º DESSE DIPLOMA LEGAL.

AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA A TODOS OS DISPOSITIVOS DA LEI COMPLEMENTAR N. 611/2013. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE.

FIXAÇÃO DE SUBSÍDIO PARA POLICIAIS CIVIS. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME DE CÁLCULO DE REMUNERAÇÃO. VEDAÇÃO DE PAGAMENTO DE VANTAGENS ASSEGURADAS EM DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS ANTERIORES.

IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTO EXPRESSAMENTE ASSEGURADA PELO REGIME DE REMUNERAÇÃO PELO SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DO SUBSÍDIO.

IMPOSSIBILIDADE DE LEI IMPEDIR PAGAMENTO POR HORAS EXTRAS TRABALHADAS.

INDENIZAÇÃO POR REGIME ESPECIAL DE TRABALHO POLICIAL CIVIL: VANTAGEM DE CARÁTER REMUNERATÓRIO DEVIDA A SERVIDORES EM EFETIVO EXERCÍCIO DO CARGO.

INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME DE SUBSÍDIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 39 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

PEDIDO CONHECIDO EM PARTE, PREJUDICADO QUANTO AO ART. 7º DA LEI COMPLEMENTAR CATARINENSE N. 611/2013 E JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por maioria, **em declarar o prejuízo da ação direta quanto ao art. 7º da Lei Complementar Estadual n. 611/2013 e julgar**

parcialmente procedente o pedido, na parte remanescente, para: a) conferir interpretação conforme ao caput e ao parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar Estadual n. 611/2013, para que sejam considerados como não impeditentes da remuneração pelas horas extras realizadas pelos policiais civis que não estejam compreendidas no subsídio; b) declarar a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar Estadual n. 611/2013, dispensando a devolução dos valores percebidos pelos policiais civis catarinenses a título de indenização por regime especial de trabalho policial civil até a data deste julgamento, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Marco Aurélio, que divergia parcialmente da Relatora, na parte que dispensava a devolução, pelos policiais civis, dos valores alusivos à indenização por regime especial de trabalho, percebidos até a data do julgamento. Não participou deste julgamento o Ministro Celso de Mello. Sessão Virtual de 7.8.2020 a 17.8.2020.

Brasília, 18 de agosto de 2020.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.114 SANTA CATARINA

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS - COBRAPOL

ADV.(A/S): GRACE SANTOS DA SILVA MARTINS

INTDO.(A/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

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

1. A ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis contra a Lei Complementar n. 611/2013 de Santa Catarina.

2. No diploma legal questionado se estabelece:

“Art. 1º O sistema remuneratório dos integrantes do Grupo Segurança Pública - Polícia Civil, Subgrupo Agente da Autoridade Policial, fica estabelecido por meio de subsídio, fixado na forma dos Anexos I, II e III desta Lei Complementar.

Parágrafo único. O subsídio fica fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio ou outra espécie remuneratória, salvo as verbas estabelecidas no art. 3º desta Lei Complementar.

Art. 2º A aplicação das disposições contidas nesta Lei Complementar aos integrantes do Grupo Segurança Pública – Polícia Civil, Subgrupo Agente da Autoridade Policial ativos, inativos e instituidores de pensão não poderá implicar redução de remuneração, de proventos nem de pensão.

§ 1º Na hipótese de redução de remuneração, de proventos ou de pensão, em decorrência da aplicação do disposto nesta Lei Complementar, eventual diferença será paga a título de parcela complementar de subsídio, de natureza provisória, que será gradativamente absorvida por ocasião do desenvolvimento na carreira, bem como da concessão de reajuste ou vantagem de qualquer natureza e da implantação dos valores constantes dos Anexos I, II e III desta Lei Complementar.

§ 2º A parcela complementar de subsídio estará sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais, a partir da integralização do subsídio, na forma do Anexo III desta Lei Complementar.

Art. 3º O subsídio dos integrantes da carreira a que se refere o art. 1º desta Lei Complementar não exclui o direito à percepção, nos termos da legislação e regulamentação específicas, de:

I– décimo terceiro vencimento, na forma do inciso IV do art. 27 da Constituição do Estado;

II– terço de férias, na forma do inciso XII do art. 27 da Constituição do Estado;

III– diárias e ajuda de custo, na forma da legislação em vigor;

IV – abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição da República, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003;

V– retribuição financeira transitória pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento;

VI– vantagem de que trata o § 1º do art. 92 da Lei nº 6.745, de 28 de dezembro de 1985;

VII– parcela complementar de subsídio, na forma desta Lei Complementar;

VIII– indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil, na forma desta Lei Complementar;

IX- indenização de magistério devida aos professores da Academia de Polícia Civil, nos termos do art. 187 da Lei nº 6.843, de 28 de julho de 1986, e do § 1º do art. 7º da Lei nº 9.764, de 12 de dezembro de 1994;

X- retribuição financeira transitória pelo exercício de atividades no Corpo Temporário de Inativos da Segurança Pública (CTISP), na forma do art. 8º da Lei Complementar nº 380, de 3 de maio de 2007;

XI-indenização por invalidez permanente, na forma da Lei nº 14.825, de 5 de agosto de 2009;

XII– retribuição financeira transitória pela participação em grupos de trabalho ou estudo, em comissões legais e em órgãos de deliberação coletiva, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei nº 6.745, de 1985;

XIII – auxílio-alimentação; e

XIV – outras parcelas indenizatórias previstas em lei.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no § 11 do art. 37 da Constituição da República às vantagens previstas nos incisos I, II, III, IV, VIII, IX, X, XI, XIII e XIV do caput deste artigo. (NR) (Redação dada pela Lei 16.774,

2015). Art. 4º Estão compreendidas no subsídio e por ele extintas todas as espécies remuneratórias do regime remuneratório anterior, de qualquer origem e natureza, que não estejam explicitamente mencionadas no art. 3º desta Lei Complementar, em especial:

I- vantagens pessoais e vantagens pessoais nominalmente identificadas (VPNI), de qualquer origem e natureza;

II- diferenças individuais e resíduos, de qualquer origem e natureza;

III- valores incorporados à remuneração decorrentes do exercício de função de direção, chefia ou assessoramento ou de cargo de provimento em comissão;

IV- valores incorporados à remuneração a título de adicional por tempo de serviço, triênios ou quinquênios;

V- abonos;

VI- valores pagos a título de representação;

VII- adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

VIII- adicional noturno;

IX- Indenização de Estímulo Operacional, instituída pela Lei Complementar nº 137, de 22 de junho de 1995;

X- adicional vintenário;

XI- adicional de pós-graduação; e

XII- Indenização de Representação de Chefia, instituída pelo art. 18 da Lei Complementar nº 254, de 15 de dezembro de 2003.

Parágrafo único. Não poderão ser concedidas, a qualquer tempo e a qualquer título, quaisquer outras vantagens com o mesmo título e fundamento das verbas extintas quando da adoção do regime de remuneração por subsídio.

Art. 5º Os servidores integrantes das carreiras pertencentes ao Subgrupo de que trata o art. 1º desta Lei Complementar não poderão perceber cumulativamente com o subsídio quaisquer valores ou vantagens incorporados à remuneração por decisão administrativa, judicial ou extensão administrativa de decisão judicial, de natureza geral ou individual, ainda que decorrentes de sentença judicial transitada em julgado.

Art. 6º Fica atribuída aos servidores referidos no art. 1º desta Lei Complementar, que se encontrarem em efetivo exercício, Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil, no percentual de 17,6471% (dezessete inteiros e seis mil, quatrocentos e setenta e um décimos de milésimo por cento) do valor do subsídio da respectiva classe, fixado na forma do Anexo III desta Lei Complementar, a contar de 1º de agosto de 2014. (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

§ 1º A Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil visa compensar o desgaste físico e mental a que estão sujeitos os titulares dos cargos de que trata esta Lei Complementar em razão da eventual prestação de serviço em condições adversas de segurança, com risco à vida, disponibilidade para cumprimento de escalas de plantão, horários irregulares, horário noturno e chamados a qualquer hora e dia. (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

§ 2º A Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil constitui-se em verba de natureza indenizatória e não se incorpora ao subsídio, aos proventos de aposentadoria de qualquer modalidade nem à pensão por morte, sendo isenta da incidência de contribuição previdenciária. (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

§ 3º O valor da Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil não constitui base de cálculo de qualquer vantagem. (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

§ 4º Para fins do disposto no caput deste artigo, não se considera como de efetivo exercício o período em que o servidor se encontrar afastado a qualquer título, notadamente nas seguintes situações: (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

I– licenciado, nos casos previstos no art. 102 da Lei nº 6.843, de 1986; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

II– ausente, nos termos do art. 98 da Lei nº 6.843, de 1986; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

III– licenciado, no caso previsto no inciso VI do art. 62 da Lei nº 6.745, de 1985; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

IV– afastado, nos termos do art. 18 da Lei nº 6.745, de 1985; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

V– convocado, nos casos previstos no inciso III do art. 39 da Lei nº 6.843, de 1986, incluindo as folgas decorrentes da convocação; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

VI– afastado, em decorrência das situações previstas na Lei Complementar nº 447, de 2009; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

VII – afastado, na hipótese do § 1º do art. 69 da Lei Complementar nº 453, de 5 de agosto de 2009; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

VIII– afastado, na forma do disposto no art. 1º da Lei Complementar nº 470, de 9 de dezembro de 2009; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

IX– afastado para o exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, ainda que opte pela remuneração do cargo efetivo; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

X– afastado para o exercício de mandato classista, observada a proporcionalidade do afastamento; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

XI – à disposição, no âmbito estadual, dos órgãos e entidades do Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas, bem como de qualquer dos Poderes da União, dos demais Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ressalvados os casos em que houver interesse da segurança pública; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

XII– ausente do serviço, nos termos do inciso I do art. 89 da Lei nº 6.843, de 1986, independentemente de qualquer ressalva; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

XIII – afastado, nos termos do § 2º do art. 224 da Lei nº 6.843, de 1986; (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

XIV – preso preventivamente ou em flagrante delito; e (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

XV – preso ou afastado em virtude de decisão judicial. (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

§ 5º Não faz jus à indenização de que trata o caput deste artigo o policial civil que não tenha concluído o curso de formação profissional para ingresso na carreira. (Redação dada pela Lei 16.774, 2015).

§ 6º Nas hipóteses, legalmente admitidas, em que o policial civil obtém o direito de ausentar-se de parte da sua jornada diária de trabalho, o pagamento da indenização de que trata o caput deste artigo será proporcional a jornada efetivamente trabalhada. (NR) (Redação dada pela Lei 16.774, de 2015).

Art. 7º A percepção da Indenização de que trata o caput do art. 6º desta Lei Complementar implica a prestação de serviço em jornada de 40 (quarenta) horas semanais.

§ 1º Fica vedada a percepção da Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil por servidor que esteja cumprindo, exclusivamente, o horário especial de expediente na forma estabelecida por ato do Chefe do Poder Executivo.

§ 2º Para fins de percepção da Indenização prevista no caput do art. 6º desta Lei Complementar, o servidor enquadrado na hipótese do

§ 1º deste artigo fica obrigado ao cumprimento de escala de plantão, a fim de integralizar a carga horária mínima estabelecida pelo § 1º do art. 81 da Lei nº 6.843, de 1986. (Redação do Art. 7º revogada da pela Lei 16.774, 2015).

Art. 8º A Lei Complementar nº 453, de 5 de agosto de 2009, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.24.

§ 2º Ao Agente da Autoridade Policial designado nos termos do

§ 1º deste artigo, desde que por prazo igual ou superior a 30 (trinta) dias, será concedida verba indenizatória mensal, destinada a custear as despesas relativas à substituição, correspondente a 25% (vinte e cinco por cento) do subsídio da respectiva classe, devida enquanto subsistir a acumulação.

...” (NR)

Art. 9º O Anexo XII da Lei Complementar nº 453, de 2009, passa a vigorar conforme a redação constante do Anexo IV desta Lei Complementar.

Art. 10. Os valores fixados nesta Lei Complementar absorvem eventuais reajustes concedidos em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei nº 15.695, de 21 de dezembro de 2011.

Art. 11. A alteração dos valores nominais do subsídio, fixados no Anexo III desta Lei Complementar, dependerá de lei específica, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos dos incisos X e XI do art. 37 da Constituição da República e dos incisos II e IV do art. 50 da Constituição do Estado.

Art. 12. O subsídio estará sujeito ao teto remuneratório aplicado aos servidores públicos, na forma do inciso III do art. 23 da Constituição do Estado.

Art. 13. Aplicam-se as disposições desta Lei Complementar aos Agentes da Autoridade Policial inativos e aos pensionistas respectivos com direito à paridade em seus benefícios, nos termos da Constituição da República.

Art. 14. As despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar correrão à conta das dotações próprias do Orçamento Geral do Estado.

Art. 15. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Parágrafo único. O Anexo I desta Lei Complementar surtirá efeitos a contar de 1º de agosto de 2014, o Anexo II, a partir de 1º de agosto de 2015 e o Anexo III, a partir de 1º de dezembro de 2015”.

3. O autor relata que “o Estado de Santa Catarina, no intuito de regulamentar o parágrafo 9º do artigo 144 da Constituição Federal, que determina que a remuneração dos servidores policiais seja fixada através de subsídio, o Poder Executivo sancionou a Lei Complementar nº 611/2013, publicada no Diário Oficial nº 19.729, de 31/12/2013”.

Sustenta que “se trata de norma inconstitucional, eis que seu real intuito é reduzir vencimentos e suprimir direitos adquiridos, além de negar vigência a direitos constitucionalmente garantidos”.

Alega que o art. 5º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 visa “tornar sem efeito os preceitos insertos nos incisos XXXV e XXXVI do artigo 5º da Constituição da República”, pois nele

se dispõe “que decisões judiciais não mais acodem e que direitos já incorporados (direitos adquiridos já consumados) – seja em razão de já terem se consolidados como direitos adquiridos, seja porque já se constituem em ato jurídico perfeito, seja porque decorrentes de coisa julgada – não poderão ser usufruídos pelos servidores”.

Acrescenta que “a aplicação de tal dispositivo importa em evidente redução de vencimentos”.

Defende que “aquilo que já foi adquirido ou já é direito adquirido consumado, esgotado não pode ser alcançado pelas novas disposições, repita-se, porventura forem ela constitucionais”.

Afirma que “não haveria qualquer negativa de vigência à Constituição Federal, caso a Lei Complementar Estadual nº 611/2013 houvesse extinguido o labor extraordinário. Ocorre que, o mesmo continuou previsto, porém de forma mais gravosa, pois, nos moldes do artigo 7º, não há limitação legal: o labor extraordinário foi modificado para, no mínimo, 40 (quarenta) horas semanais”.

Argumenta que ao determinar que as horas extras componham o subsídio, o inc. IX do art. 4º “criou vantagem, cujo objetivo é forçar o cumprimento de jornada extraordinária sem qualquer limitação de horas, remunerando-a com valores inferiores ao determinado pela Constituição Federal, pela Constituição Estadual e pela Lei n. 137/1995 e, conseqüentemente, implicando em verdadeiro decesso remuneratório”.

Assinala que o art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 teria criado vantagem denominada Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil, o que teria ofendido o § 4º do art. 39 da Constituição e a “garantia da irredutibilidade de vencimentos e subsídios dos servidores públicos”.

Enfatiza que, em razão do disposto no art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, “as horas extras serão pagas no percentual único de 17,6471% para um número ilimitado de horas”.

Assevera que o parágrafo único do art. 15 da Lei Complementar estadual n. 611/2013 teria diferido os efeitos financeiros dessa lei para 1º.8.2014, de modo que “a indenização de 17,6471% sobre o subsídio, para a realização de labor extraordinário ad infinitum, passará a ser paga somente a partir desta data, implicando, mais uma vez, em redução do valor nominal do vencimento e em enriquecimento ilícito por parte do Estado de Santa Catarina”.

Afirma que, “materialmente, porque eivada de fraude, todo o conteúdo da referida Lei é inconstitucional, ou seja, padece do que a doutrina qualifica de inconstitucionalidade ideológica, porque é uma vã tentativa de burlar preceitos constitucionais”.

Salienta que “a inconstitucionalidade ideológica aqui em debate exsurge (...) na técnica adotada, pois dispõe que o servidor somente tem direito ao que consta da enumeração fixa do artigo 3º, porém determina no inciso VIII, do mesmo artigo 3º, diferente forma remuneratória, em valor inferior, para pagamento de verba existente no regime anterior e que não compôs o novo estipêndio por subsídio”.

Destaca que “outra inconstitucionalidade ideológica exsurge, de forma dissimulada, quando extingue direitos, através de declarações genéricas, com efeitos para o passado, presente e futuro”.

Eis o teor do requerimento e do pedido:

“Ante o exposto, é esta para requerer:

a) Seja recebida a presente ação constitucional, concedendo-se medida cautelar, inaudita altera parte, para suspender a eficácia da Lei Complementar Estadual nº 611/2013, com efeitos ex tunc, e, por conseguinte, aplicando-se a legislação anterior às relações jurídicas de que cuidam a lei impugnada.

b) Ao final, após requisitadas informações à Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina e ao Poder Executivo do Estado de Santa Catarina e colhidas as manifestações do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República, sejam julgados procedentes os pedidos, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual nº 611/2013, em razão de conteúdo incompatível com os incisos XXXV e XXXVI do artigo 5º, inciso XVI do artigo 7º, inciso XV do artigo 37 e §§ 3º e 4º do artigo 39, todos da Constituição Federal, bem como, uma vez que o conteúdo da mencionada Lei Complementar apresenta incongruência axiológica/teleológica com o sistema constitucional vigente e constitui, materialmente, inconstitucionalidade ideológica, nos moldes da fundamentação.

c) A produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente a documental.

d) a concessão do benefício justiça gratuita”.

4. Em 8.5.2014, o Ministro Dias Toffoli adotou o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999 e requisitou informações.

5. O Governador de Santa Catarina e o Presidente da Assembleia Legislativa de Santa Catarina prestaram informações, defendendo a improcedência do pedido.

7. O Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido:

“Administrativo. Lei Complementar n. 611/13 do Estado de Santa Catarina, que institui a modalidade de remuneração por subsídio para os policiais civis do mencionado ente federativo. Inexistência de direito adquirido à manutenção de determinada fórmula de composição remuneratória. Inocorrência de afronta ao princípio da irredutibilidade remuneratória. Possibilidade de percepção de verbas indenizatórias cumulativamente com o subsídio. Manifestação pela improcedência do pedido”.

8. O Procurador da República opinou pela procedência parcial do pedido:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 611/2013, DO ESTADO DE SANTA CATARINA. INSTITUIÇÃO DO SUBSÍDIO COMO REMUNERAÇÃO DA POLÍCIA CIVIL. ATENDIMENTO AO ART. 39, § 4º, EXTENSIVO AOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELA SEGURANÇA PÚBLICA (ART. 144, § 9º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). ARTS. 6º E 7º DA LC 11611/2013. “INDENIZAÇÃO POR REGIME ESPECIAL DE TRABALHO POLICIAL CIVIL”. PARCELA PECUNIÁRIA ADICIONAL QUE REMUNERA ATIVIDADES

REGULARES DA CARREIRA POLICIAL CATARINENSE. AUSÊNCIA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO. OFENSA AO MODELO UNITÁRIO DE REMUNERAÇÃO.

1. É constitucional a Lei Complementar 611/2013, do Estado de Santa Catarina, que fixa o subsídio dos integrantes da Polícia Civil desse ente federativo, pois o art. 39, § 4º, da Constituição da República (redação da Emenda Constitucional 19/1998), adotou modelo de subsídio, em parcela única, vedado acréscimo de gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, e o § 9º acrescido ao art. 144 da CR estendeu o novo modelo de remuneração a integrantes de órgãos responsáveis pela segurança pública.

2. Não há ofensa a direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada e irredutibilidade remuneratória em lei que reestruture remuneração de servidores, desde que não acarrete redução global da remuneração, porquanto agentes públicos não têm direito adquirido a regime jurídico. Precedentes.

3. A “indenização de estímulo operacional” do art. 2º da Lei Complementar 137/1995, de Santa Catarina, não configurava remuneração por serviço extraordinário, mas parcela indenizatória a servidores da segurança pública estadual que participassem de atividades finalísticas operacionais. Sua supressão evita indevido pagamento em duplicidade, pois passou a estar compreendida no subsídio.

4. É incompatível a “indenização por regime especial de trabalho policial civil” (arts. 6º e 7º da Lei Complementar 611/2013) com o modelo de remuneração por subsídio. Este repele acréscimos remuneratórios devidos em decorrência de trabalho ordinário de servidor.

Parecer pela procedência parcial do pedido”.

9. Em 16.9.2015, a autora noticiou a alteração do art. 6º e a revogação do art. 7º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 pela Medida Provisória estadual n. 203/2015.

Afirma que “a Lei Complementar Estadual ora combatida assegurou o recebimento da denominada Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil – IRESA, nas férias, no gozo de licenças especiais e nas licenças para tratamento de saúde decorrentes do exercício da atividade militar”.

Aponta que “a Medida Provisória reduziu direitos dos substituídos, incorrendo em novo decurso remuneratório”.

Pede, “além da declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual 611/2015, (...) seja resguardado o direito dos substituídos ao recebimento da IRESA quando dos afastamentos decorrentes do gozo de férias, licença especial e licença para tratamento de saúde nos períodos anteriores à vigência da Medida Provisória 203/2015”.

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 c/c o art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.114 SANTA CATARINA

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA):

Da parcial perda superveniente de objeto

1. A presente ação direta está parcialmente prejudicada pela perda superveniente de objeto.

Esta ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada em 23.4.2014 contra a Lei Complementar catarinense n. 611/2013. O art. 7º daquela Lei Complementar estadual foi revogado pela Lei estadual n. 16.774/2015, objeto de conversão da Medida Provisória estadual n. 203/2015.

2. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal quanto ao prejuízo da ação direta de inconstitucionalidade por perda superveniente de interesse de agir do autor, quando sobrevém a revogação da norma cuja validade jurídico-constitucional é questionada, ou sua alteração substancial.

Nesse sentido, por exemplo: ADI n. 4.575-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Plenário, DJe 23.2.2017; ADI n. 3.408-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Plenário, DJe 15.2.2017; ADI n. 1.461, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 19.10.2007; ADI n. 1.920, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 2.2.2007; ADI n. 1.442, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ 29.4.2005; ADI n. 254-QO, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 5.12.2003; e ADI n. 221, Relator o Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 22.10.1993.

Seguindo essa linha de entendimento, firmou-se a orientação de que eventuais efeitos concretos produzidos pela lei ou ato normativo revogado devem ser debatidos nas vias processuais ordinárias:

“4. quanto aos eventuais efeitos que a lei revogada possa ter produzido no período de sua vigência, não pode ser ele abarcado pelo específico interesse de agir, reservado exclusivamente às pessoas e entidades arroladas no artigo 103 da Constituição, que é a declaração ‘in abstracto’ da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual. 5. A discussão dos efeitos concretos da lei revogada, no período em que esteve vigente, por não condizer com a via excepcional da ação direta, deve ser remetida às vias ordinárias por ser esta a adequada à discussão das situações jurídicas individuais e concretas” (ADI 709, Relator Ministro Paulo Brossard, Tribunal Pleno, DJ 20.5.1994).

Ressalvam-se dessa orientação situações excepcionais, como por exemplo: a) quando esteja evidenciado que a lei foi revogada como forma de burlar a jurisdição constitucional deste Supremo Tribunal, configurando hipótese de fraude processual (cf. ADI n. 3.306, Relator Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 7.6.2011); ou b) nas ações cujo mérito já foi decidido e a revogação da norma

legal só foi arguida posteriormente, em sede de embargos de declaração (cf. ADI n. 951-ED, Relator Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJe 21.6.2017).

No caso em exame, nenhuma dessas circunstâncias se faz presente, pelo que é de se concluir que a presente ação direta de inconstitucionalidade está prejudicada quanto ao art. 7º da Lei Complementar estadual n. 611/2013.

Embora o art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 tenha sido alterado pela Lei estadual n. 16.774/2015, não se trata de modificação substancial para os fins da presente ação direta, não prejudicando o exame de mérito da ação direta quanto a essa norma (cf. ADI n. 4.125, de minha relatoria, Plenário, DJe 15.2.2011).

Voto pelo prejuízo da ação direta quanto ao art. 7º da Lei Complementar estadual n. 611/2013.

Da inépcia parcial da petição inicial

3. A firme jurisprudência deste Supremo Tribunal é no sentido de dever o autor, na petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade, indicar especificamente as normas impugnadas e os fundamentos pelos quais se contesta sua validade jurídico-constitucional, sob pena de inépcia da exordial:

“(...) é ônus da parte requerente, de indeclinável observância, argumentar consistentemente, cotejando de modo específico as disposições constitucionais malferidas e as que contra essas atentariam (ADI 561, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJ de 23/3/2001), devendo indicar as normas de referência - que são aquelas inerentes ao ordenamento constitucional e que se revestem, por isso mesmo, de parametricidade - em ordem a viabilizar, com apoio em argumentação consistente, a aferição da conformidade vertical dos atos normativos de menor hierarquia (ADI 514, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Decisão monocrática, DJe de 31/3/2008)” (ADI n. 282, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 28.11.2019).

“O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento segundo o qual não se há de conhecer de ações diretas de inconstitucionalidade que impugnem normas de forma genérica e abstrata” (ADI n. 4.040, de minha relatoria, Plenário, DJe 1º.7.2013).

“(...) 7. Insuficiência de fundamentação da inicial dado o número de dispositivos legais alterados pela Medida Provisória, sem que se particularize, pontualmente, como convém, a motivação a justificar a declaração de sua invalidade.

8. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, por falta de motivação específica quanto à pretendida declaração de inconstitucionalidade”. (ADI n. 1.811-MC, Relator Ministro Néri da Silveira, Plenário, DJ 25.2.2000)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CAUSA DE PEDIR E PEDIDO – Cumpre ao Autor da ação proceder à abordagem, sob o ângulo da causa de pedir, dos diversos preceitos atacados, sendo impróprio fazê-lo de forma genérica. (...)”. (ADI n. 1.708, Relator Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJ 13.3.1998)

“– Ação direta de inconstitucionalidade. Inépcia da inicial.

– É necessário, em ação direta de inconstitucionalidade, que venham expostos os fundamentos jurídicos do

pedido com relação as normas impugnadas, não sendo de admitir-se alegação genérica de inconstitucionalidade sem qualquer demonstração razoável, nem ataque a quase duas dezenas de medidas provisórias em sua totalidade com alegações por amostragem.

Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece”. (ADI n. 259, Relator Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 19.2.1993)

4. Na espécie, embora a autora tenha pedido a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar estadual n. 611/2013, apenas impugnou especificamente, na petição inicial, o inc. IX e o parágrafo único do art. 4º, os arts. 5º e 6º, o § 2º do art. 7º e o art. 15.

Quanto à outra parte das normas postas no diploma legal estadual questionado, a autora limitou-se a afirmar haver nele “*inconstitucionalidade ideológica*”, pois teria sido editado “*com o intuito de ludibriar, enganar deliberadamente os policiais civis do Estado de Santa Catarina, surrupiando direitos e garantias*”.

Entretanto, além dos arts. 4º, 5º, 6º, 7º e 15, não se indicou especificamente na petição inicial quais outros dispositivos da Lei Complementar estadual n. 611/2013 teriam suprimido direitos e garantias dos policiais civis catarinenses.

Assim, a **ação direta deve ser conhecida apenas quanto ao inc. IX e parágrafo único do art. 4º, aos arts. 5º e 6º e ao art. 15 da Lei Complementar estadual n. 611/2013.**

Do mérito

5. Ao incluir o § 4º do art. 39 na Constituição da República, a Emenda Constitucional n. 19/1998 alterou o regime pelo qual os membros de Poder e algumas carreiras do serviço público eram remuneradas, determinando o regime de subsídio fixado em parcela única, vedado outro acréscimo remuneratório:

“Art. 39. (...)

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”.

Por força do disposto no § 9º do art. 144 da Constituição, também incluído pela Emenda Constitucional n. 19/1998, essa sistemática de remuneração se aplica também aos servidores públicos policiais civis e militares:

“Art. 144. (...)

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39”.

6. Para adequar o regime remuneratório dos policiais civis catarinenses a essas disposições constitucionais, editou-se em Santa Catarina a Lei Complementar n. 611/2013, pela qual se fixou *“o subsídio mensal dos integrantes do Grupo Segurança Pública – Polícia Civil, Subgrupo Agente de Autoridade Policial (...)”*.

No art. 3º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, dispôs-se que o subsídio não exclui o direito à percepção das seguintes verbas:

“Art. 3º O subsídio dos integrantes da carreira a que se refere o art. 1º desta Lei Complementar não exclui o direito à percepção, nos termos da legislação e regulamentação específicas, de:

I – décimo terceiro vencimento, na forma do inciso IV do art. 27 da Constituição do Estado;

II – terço de férias, na forma do inciso XII do art. 27 da Constituição do Estado;

III – diárias e ajuda de custo, na forma da legislação em vigor; IV – abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição da República, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003;

V – retribuição financeira transitória pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento;

VI – vantagem de que trata o § 1º do art. 92 da Lei nº 6.745, de 28 de dezembro de 1985;

VII – parcela complementar de subsídio, na forma desta Lei Complementar;

VIII – Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil, na forma desta Lei Complementar;

IX – indenização de magistério devida aos professores da Academia de Polícia Civil, nos termos do art. 187 da Lei nº 6.843, de 28 de julho de 1986, e do § 1º do art. 7º da Lei nº 9.764, de 12 de dezembro de 1994;

X – retribuição financeira transitória pelo exercício de atividades no Corpo Temporário de Inativos da Segurança Pública (CTISP), na forma do art. 8º da Lei Complementar nº 380, de 3 de maio de 2007;

XI – indenização por invalidez permanente, na forma da Lei nº 14.825, de 5 de agosto de 2009;

XII – retribuição financeira transitória pela participação em grupos de trabalho ou estudo, em comissões legais e em órgãos de deliberação coletiva, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei nº 6.745, de 1985;

XIII – auxílio-alimentação; e

XIV – outras parcelas indenizatórias previstas em lei.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no § 11 do art. 37 da Constituição da República às vantagens previstas nos incisos I, II, III, IV, VIII, IX, X, XI, XIII e XIV do caput deste artigo”.

Para adequar o estipêndio dos policiais civis catarinenses ao regime do subsídio, dispôs-se no art. 4º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 que, ressalvadas as parcelas arroladas no art. 3º

dessa lei, seriam extintas e incorporadas ao subsídio todas as demais espécies remuneratórias do regime anterior:

“Art. 4º Estão compreendidas no subsídio e por ele extintas todas as espécies remuneratórias do regime remuneratório anterior, de qualquer origem e natureza, que não estejam explicitamente mencionadas no art. 3º desta Lei Complementar, em especial:

I- vantagens pessoais e vantagens pessoais nominalmente identificadas (VPNI), de qualquer origem e natureza;

II- diferenças individuais e resíduos, de qualquer origem e natureza;

III – valores incorporados à remuneração decorrentes do exercício de função de direção, chefia ou assessoramento ou de cargo de provimento em comissão;

IV – valores incorporados à remuneração a título de adicional por tempo de serviço, triênios ou quinquênios;

V – abonos;

VI – valores pagos a título de representação;

VII – adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

VIII – adicional noturno;

IX – Indenização de Estímulo Operacional, instituída pela Lei Complementar nº 137, de 22 de junho de 1995;

X – adicional vintenário;

XI – adicional de pós-graduação; e

XII – Indenização de Representação de Chefia, instituída pelo art. 18 da Lei Complementar nº 254, de 15 de dezembro de 2003.

Parágrafo único. Não poderão ser concedidas, a qualquer tempo e a qualquer título, quaisquer outras vantagens com o mesmo título e fundamento das verbas extintas quando da adoção do regime de recuperação por subsídio”

Também para promover a adequação dos vencimentos da Polícia Civil de Santa Catarina à sistemática remuneratória do subsídio, vedou-se, no art. 5º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, a percepção cumulativa com o subsídio de quaisquer valores ou vantagens incorporados à remuneração por decisão administrativa, judicial ou extensão administrativa de decisão judicial, de natureza geral ou individual, ainda que decorrente de sentença transitada em julgado:

“Art. 5º Os servidores integrantes das carreiras pertencentes ao Subgrupo de que trata o art. 1º desta Lei Complementar não poderão perceber cumulativamente com o subsídio quaisquer valores ou vantagens incorporados à remuneração por decisão administrativa, judicial ou extensão administrativa de decisão judicial, de natureza geral ou individual, ainda que decorrentes de sentença judicial transitada em julgado”.

Tendo em vista o que se dispõe nos arts. 4º e 5º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, e para evitar decesso remuneratório, estabeleceu-se expressamente no art. 2º desse diploma legal que a aplicação do novo regime não poderia importar redução de remuneração, de proventos ou de pensão.

Para as hipóteses em que a aplicação da nova sistemática acarretasse redução na remuneração, nos proventos ou na pensão, previu-se no § 1º do art. 2º o pagamento de parcela complementar de subsídio, de natureza provisória:

“Art. 2º A aplicação das disposições contidas nesta Lei Complementar aos integrantes do Grupo Segurança Pública - Polícia Civil, Subgrupo Agente da Autoridade Policial ativos, inativos e instituidores de pensão não poderá implicar redução de remuneração, de proventos nem de pensão.

§ 1º Na hipótese de redução de remuneração, de proventos ou de pensão, em decorrência da aplicação do disposto nesta Lei Complementar, eventual diferença será paga a título de parcela complementar de subsídio, de natureza provisória, que será gradativamente absorvida por ocasião do desenvolvimento na carreira, bem como da concessão de reajuste ou vantagem de qualquer natureza e da implantação dos valores constantes dos Anexos I, II e III desta Lei Complementar.

§ 2º A parcela complementar de subsídio estará sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais, a partir da integralização do subsídio, na forma do Anexo III desta Lei Complementar”.

7. Essas disposições estão em consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, pacífica no sentido de que os servidores públicos não têm direito adquirido a regime de cálculo de remuneração, que pode ser alterado por lei desde que não acarrete redução do valor nominal de sua remuneração. Nesse sentido, por exemplo:

“É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não pode o agente público opor, à guisa de direito adquirido, a pretensão de manter determinada fórmula de composição de sua remuneração total, se, da alteração, não decorre a redução dela” (MS n. 24.875, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 6.10.2006).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. FIXAÇÃO DE SUBSÍDIOS. MANUTENÇÃO DA REMUNERAÇÃO TOTAL. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, ante a ausência de direito adquirido a regime jurídico, é legítimo que lei superveniente modifique a composição dos vencimentos dos servidores públicos, desde que não haja decesso remuneratório.

II – Agravo regimental improvido” (RE n. 597.838-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 24.2.2011).

Essa orientação foi reafirmada pelo Plenário deste Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 563.965, de minha relatoria (DJe 20.3.2009), submetido à sistemática da repercussão geral:

“DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ESTABILIDADE FINANCEIRA. MODIFICAÇÃO DE FORMA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO: AUSÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR N. 203/2001 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE: CONSTITUCIONALIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal pacificou a sua jurisprudência sobre a constitucionalidade do instituto da estabilidade financeira e sobre a ausência de direito adquirido a regime jurídico.
2. Nesta linha, a Lei Complementar n. 203/2001, do Estado do Rio Grande do Norte, no ponto que alterou a forma de cálculo de gratificações e, conseqüentemente, a composição da remuneração de servidores públicos, não ofende a Constituição da República de 1988, por dar cumprimento ao princípio da irredutibilidade da remuneração.
3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento”.

Esse entendimento tem sido adotado por este Supremo Tribunal em relação à adequação do sistema remuneratório das polícias civis ao regime de subsídio instituído pela Emenda Constitucional n. 19/1998:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DELEGADOS DE POLÍCIA DE POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. TRANSFORMAÇÃO DA REMUNERAÇÃO EM SUBSÍDIO. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 563.965-RG, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, reafirmou a jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, assegurada a irredutibilidade de vencimentos.
2. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.
3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI n. 744.999-AgR, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 26.8.2015).

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito administrativo e constitucional. Delegados da polícia civil do Distrito Federal. Transformação da remuneração em subsídio. Prequestionamento. Ausência. Direito adquirido a regime jurídico. Inexistência. Decesso remuneratório. Não ocorrência. (RE nº 563.965/RN-RG). Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.

1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente questionado. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF.
2. A Corte, no exame do RE nº 563.965/RN, com repercussão geral reconhecida, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, reafirmou a jurisprudência de que não há direito adquirido a regime jurídico, desde que assegurada a irredutibilidade de vencimentos.
3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

4. *Agravo regimental não provido*” (ARE n. 787.979-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 2.2.2015).

8. Na espécie, a autora alega não se insurgir contra a modificação do regime jurídico de cálculo da remuneração dos policiais civis catarinenses, mas contra suposta redução de vencimentos que dela teria decorrido.

A autora argumenta que o art. 5º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 teria ofendido a inafastabilidade de jurisdição e as garantias do direito adquirido e da coisa julgada, ao determinar a supressão de vantagens decorrentes de decisões administrativas e judiciais.

Razão jurídica não assiste à autora no ponto. pode ser interpretado sem se considerar o constante do art. 2º desse mesmo diploma legal, no qual se veda expressamente que a aplicação do regime de subsídio instituído por essa lei acarrete decesso remuneratório. Preservado o valor nominal global da remuneração percebida pelo servidor público, a supressão de vantagem percebida por determinação administrativa ou judicial, ainda que transitada em julgado, em decorrência da implementação do regime do subsídio não oferece os incs XXXV e XXXVI do art. 5º da Constituição da República.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 596.663, Redator para o acórdão o Ministro Teori Zavascki (DJe 26.11.2014), o Plenário deste Supremo Tribunal firmou a tese de que “a sentença que reconhece ao trabalhador ou ao servidor o direito a determinado percentual de acréscimo remuneratório deixa de ter eficácia a partir da superveniente incorporação definitiva do referido percentual nos seus ganhos”.

Aplicando essa orientação a caso análogo ao dos autos, em que se alegava ofensa à coisa julgada em razão da incorporação ao subsídio de vantagens asseguradas em sentença transitada em julgado, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal decidiu:

“AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADORES FEDERAIS. SUBSÍDIO INSTITUÍDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 305/2006, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.358/2006. ABSORÇÃO DE VANTAGENS PESSOAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. AUTORIDADES CUJO FEIXE DE ATRIBUIÇÕES NÃO ENVOLVE A ELABORAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS. ALTERAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO. GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DOS ESTIPÊNDIOS. (...)

2. *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, ademais, admite a alteração do regime remuneratório de agentes públicos, desde de estipêndios. Precedente: RE 563965 RG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20.3.2009.*

3. *A existência de decisões judiciais asseguradoras do recebimento de vantagens pessoais aos filiados da agravante não altera a compreensão pela viabilidade da subsequente absorção de tais vantagens pelo subsídio. Tese firmada por esta Suprema Corte ao julgamento, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 596.663: “A sentença que reconhece ao trabalhador ou a servidor o direito a determinado percentual de acréscimo remuneratório deixa de ter eficácia a partir da superveniente incorporação definitiva do referido percentual nos seus ganhos”. (...)*

5. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação, no caso de votação unânime, da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015” (RMS n. 32.289-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22.6.2017).

Assim, considerando-se o disposto no art. 2º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, no qual se tem vedação expressa à redução de vencimentos dos servidores públicos policiais civis em decorrência da implementação do regime do subsídio, a previsão do art. 5º desse mesmo diploma legal não se mostra incompatível com os incs. XXXV e XXXVI da Constituição da República.

9. A autora sustenta redução nos vencimentos dos policiais civis pela supressão da verba denominada “*Indenização de Estímulo Operacional*” pelo inc. IX e pelo parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 e da instituição da “*Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil*” pelo art. 6º desse diploma legal.

Afirma ofender a criação dessa vantagem o § 4º do art. 39 da Constituição da República. Assinala ter inobservância também do § 3º do art. 39 c/c inc. XVI do art. 7º, pois o objetivo da criação da Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil seria “*forçar o cumprimento de jornada extraordinária sem qualquer limitação de horas, remunerando-a com valores inferiores ao determinado pela Constituição Federal*”.

A argumentação da autora procede em parte.

O § 4º do art. 39 não impede, de forma absoluta, o pagamento de outras verbas aos servidores públicos que percebem subsídio. A doutrina defende, por exemplo, a legitimidade dos pagamentos dos direitos trabalhistas estendidos a todos os servidores públicos pelo § 3º do art. 39 da Constituição, como o adicional noturno, o décimo terceiro salário e a remuneração pelo serviço extraordinário. Nesse sentido, José Afonso da Silva preleciona:

“(…) o conceito de ‘parcela única’ só repele os acréscimos de espécies remuneratórias do trabalho normal do servidor. Não impede que ele aufera outras verbas pecuniárias que tenham fundamentos diversos, desde que consignadas em normas constitucionais. Ora, o § 3º do art. 39, remetendo ao art. 7º, manda aplicar aos servidores ocupantes de cargos públicos (não ocupantes de mandato eletivo, de emprego ou de funções públicas) algumas vantagens pecuniárias, nele consignadas, que não entram naqueles títulos vedados. Essas vantagens são: o 13º salário (art. 7º, VIII), que não é acréscimo à remuneração mensal, mas um mês a mais de salário; subsídio noturno maior do que o diurno (art. 7º, IX, que determina que a remuneração do trabalho noturno seja superior à do diurno); salário-família (art. 7º, XII); subsídio de serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% ao do normal (art. 7º, XVII); subsídio do período de férias de pelo menos um terço a mais do que o salário normal (art. 7º, XVII)” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 361).

Para Carlos Bastide Horbach:

“(...) o § 4º deve ser interpretado em harmonia com o § 3º, que garante alguns direitos à remuneração especial. Por exemplo, sendo o servidor remunerado por subsídio, não fará jus ao direito previsto no inciso XVI do art. 7º da CF? Parece óbvio que fará sim jus a tal remuneração extraordinária, já que não se pode interpretar o § 4º de modo a retirar todo o sentido protetivo dos direitos mencionados no § 3º.

Desse modo, sempre que o gozo dos direitos sociais consagrados no art. 39, § 3º, do texto constitucional representarem algum acréscimo na remuneração do servidor, essa parcela será somada ao subsídio, sob pena de desnaturação de uma garantia expressa do trabalhador” (HORBACH, Carlos Bastide. “Comentário ao art. 39”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; Streck, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013).

Essa orientação foi acolhida também pelo Plenário deste Supremo Tribunal no julgamento do recurso extraordinário n. 650.898 (Relator o Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão o Ministro Roberto Barroso, DJe 24.8.2017), quando fixada a tese de que “o art. 39, § 4º, da Constituição Federal não é incompatível com o pagamento de terço de férias e décimo terceiro salário”.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Roberto Barroso anotou:

“11. É evidente que os agentes públicos não podem ter uma situação melhor do que a de nenhum trabalhador comum. Não devem, contudo, estar condenados a ter uma situação pior. Assim, se todos os trabalhadores têm direito ao terço de férias e décimo terceiro salário, não se afigura razoável extrair do §4º, do art. 39 da CF, uma regra para excluir essas verbas dos agentes públicos, inclusive daqueles ocupantes de cargos eletivos.

12. O regime de subsídio veda, assim, o acréscimo de parcelas na composição do padrão remuneratório mensal fixado para uma determinada carreira ou cargo público. Não é, porém, incompatível com o terço constitucional de férias e com o décimo terceiro salário, pagos em periodicidade anual, sem qualquer adição ao valor mensal da remuneração.

13. A propósito, se a própria determinação do valor do décimo terceiro salário e do terço de férias tem como base o valor da remuneração mensal, não há sentido em incluir essas verbas na composição do subsídio e, conseqüentemente, na vedação do §4º, do art. 39 da CF”.

É o que decidido também na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.079, Relator o Ministro Roberto Barroso:

“O regime de subsídios não impede o pagamento dos direitos trabalhistas aplicáveis aos servidores públicos por força do art. 39, § 3º, da Constituição. Os §§ 3º e 4º do art. 39 da Carta convivem harmonicamente e o dispositivo legal estadual se limitou a reproduzir as restrições que já constam do art. 39, § 4º, da Lei Fundamental” (ADI n. 4.079, Relator o Ministro Roberto Barroso, Plenário, DJe 5.5.2015).

10. Ademais, extrai-se do § 4º do art. 39 da Constituição pretender a norma constitucional que a remuneração dos agentes públicos nele mencionados seja paga em parcela única, denominada subsídio, sem outro acréscimo remuneratório.

Isso não impede o pagamento de verbas de natureza jurídica indenizatória, que não representam acréscimo ao patrimônio dos magistrados, mas mera recomposição devida em razão de gastos realizados no exercício do cargo.

Por essa mesma razão, a Constituição determina expressamente que as parcelas de caráter indenizatório não sejam consideradas para o cômputo do teto remuneratório previsto no inc. XI de seu art. 37. É o que se tem do § 11 desse mesmo dispositivo:

Art. 37. (...)

§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei”.

No julgamento do mandado de segurança n. 30.922 (de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 29.5.2015), assentei consolidada a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que “o art. 39, § 4º, da Constituição da República veda o acréscimo de qualquer espécie remuneratória ao subsídio, ressalvadas as verbas previstas no art. 39, § 3º, da Constituição e as de caráter indenizatório”. Nesse sentido, tem-se também da doutrina:

“Na vedação estabelecida [no art. 39, § 4º, da Constituição da República] só não se incluem as verbas indenizatórias (...).

Ao se tratar do limite remuneratório dos servidores públicos, o disposto no art. 39, § 4º, tem que ser entendido com certos contemperamentos, não se podendo admitir que os remunerados por subsídio, isto é, por parcela única, fiquem privados de certas garantias constitucionais que lhes resultam do § 3º do mesmo artigo, combinado com diversos incisos do art. 7º, a que ele se reporta. Por esta razão, quando for o caso, haverá de lhes ser aditados tais acréscimos, deixando, em tais hipóteses, de ser única a parcela que os retribuirá” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 277-278).

“Não obstante essa vedação [do art. 39, § 4º, da Constituição da República], é importante salientar que o servidor público remunerado por subsídio único faz jus às seguintes verbas:

- em face do § 3º, do art. 39: décimo-terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à normal, adicional de férias (1/3);

- em face do caráter indenizatório: diárias, ajudas de custo e transporte (...);

- parcelas de caráter indenizatório: para efeitos dos limites estabelecidos, a EC n. 47/05 (CF, art. 37, § 11), expressamente, excluiu as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. Determinou, ainda, como regra de transição (art. 4º, EC n. 47/05), a aplicação de toda legislação em vigor definidora de parcelas de caráter indenizatório, enquanto o Congresso Nacional não editar lei específica sobre o assunto. Aos congressistas, porém, em face da EC n. 50, de 14-2-2006, está vedado o recebimento de pagamento de parcela indenizatória em razão de convocação extraordinária (CF, art. 57, § 7º)” (MORAES, Alexandre. Direito constitucional administrativo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 169).

“Embora o dispositivo [art. 39, § 4º, da Constituição da República] fale em parcela única, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não

foram atingidos pela Emenda. Com efeito, mantém-se, no artigo 39, § 3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º) fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com a duração de cento e vinte dias. (...)

Também não podem deixar de ser pagas as vantagens que têm caráter indenizatório, já que se trata de compensar o servidor por despesas efetuadas no exercício do cargo; é o caso das diárias e das ajudas de custo. Não se pode pretender que o servidor que faça gastos indispensáveis ao exercício de suas atribuições não receba a devida compensação pecuniária. Trata-se de aplicação pura e simples de um princípio geral de direito que impõe a quem quer que cause prejuízo a outrem o dever de indenizar” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 607-608, grifos nossos).

Na lição de Paulo Modesto, as verbas indenizatórias apresentam as seguintes características:

a) são eventuais (não são necessárias, ou inerentes, ao exercício do cargo público, mas decorrentes de fatos ou acontecimentos especiais previstos na norma);

b) são isoladas, não se incorporando ou integrando aos vencimentos, subsídios ou proventos para qualquer fim;

c) são compensatórias, pois estão sempre relacionadas a acontecimentos, atividades ou despesas extraordinárias feitas pelo servidor ou agente pelo exercício da função;

d) são referenciadas a fatos e não à pessoa do servidor” (MODESTO, Paulo. “Teto constitucional de remuneração dos agentes públicos: uma crônica de mutações e emendas constitucionais”. In: Revista de direito administrativo: RDA, n. 222, p. 1-21, out./dez. 2000. p. 6).

11. Este Supremo Tribunal admite ainda o pagamento, aos servidores públicos remunerados por subsídio, de vantagem de caráter remuneratório devida pelo desempenho de atividades extraordinárias, não inerentes ao cargo ocupado.

É o que o Plenário deste Supremo Tribunal assentou no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.941, Relator o Ministro Teori Zavascki, Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux (DJe 7.2.2020):

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA DE PARTE DA PRETENSÃO. QUESTIONAMENTO ESPECÍFICO DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES REMUNERADOS POR SUBSÍDIO. CONHECIMENTO PARCIAL. SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÕES EXTRAORDINÁRIAS OU EM CONDIÇÕES DIFERENCIADAS. GRATIFICAÇÃO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA (GDE). POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO. COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 39, §§ 4º e 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA DA ADI. (...)

4. O servidor público que exerce funções extraordinárias ou labora em condições diferenciadas pode receber parcela remuneratória além do subsídio.

5. A interpretação sistemática do artigo 39, §§ 3º, 4º e 8º, da CRFB, permitem o pagamento dos direitos elencados no primeiro parágrafo citado.
6. O artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, não constitui vedação absoluta de pagamento de outras verbas além do subsídio.
7. A gratificação prevista na norma impugnada é compatível com o princípio da eficiência administrativa (artigo 37, caput, da CRFB), uma vez que busca equacionar a alocação de recursos humanos disponíveis para melhor atender à necessidade de serviços legalmente especificados.
8. In casu, a gratificação de dedicação exclusiva trata de situações em que o servidor público desempenha atividade diferenciada a justificar o seu pagamento em paralelo ao subsídio.
9. Improcedência da ação declaratória de inconstitucionalidade” (ADI n. 4.941, Relator o Ministro Teori Zavascki, Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 7.2.2020).

No voto condutor do acórdão, o Ministro Teori Zavascki enfatizou:

“(...) O que o novo modelo de subsídio busca evitar – e essa visão teleológica é decisiva para delimitar seu alcance – é que atividades exercidas pelo servidor público como inerentes ao cargo que ocupa (e que já são cobertas pelo subsídio) sejam remuneradas com o acréscimo de qualquer outra parcela adicional. Nessa compreensão, portanto, ficam excluídos dos limites impostos pela norma constitucional, em primeiro lugar, os valores que não ostentem caráter remuneratório, como os que representem, não apenas na denominação mas também na sua essência, natureza indenizatória (os quais, aliás, sequer estão sujeitos à incidência do teto de retribuição, segundo o art. 37, § 11º, da CF). Ademais, ficam também imunes às limitações do art. 39, § 4º da Constituição os valores pagos como retribuição por eventual execução de encargos especiais, não incluídos no plexo das atribuições normais e típicas do cargo considerado. Essa orientação foi adequadamente sustentada pela Ministra Cármen Lúcia em texto doutrinário:

“Daí se tem que não há qualquer proibição constitucional a que o agente público, descrito dentre aqueles elencados na norma do art. 39, § 4º, venha a perceber, em sua remuneração, e não em seu subsídio, outra parcela que corresponda a uma circunstância específica, esporádica e com fundamento diverso daquele relativo ao valor - padrão básico devido em função do exercício do cargo. O magistrado que participe de uma banca de concurso público, para o qual se tenha fixado uma gratificação, pode e deve perceber o ganho assim legalmente definido sem que se tenha qualquer violação à norma constitucional em foco. Do mesmo modo, o membro de Poder que seja designado para representar o seu órgão em determinada situação pode e deve perceber a verba de representação por esse exercício. O que agente público algum pode ter é a fixação de uma parcela de verba de representação, ou qualquer outra, definida para compor a sua remuneração em caráter permanente e fixo, além do subsídio. (...)”.

Realmente, não há no texto constitucional qualquer vedação, explícita ou implícita, que torne ilegítima a percepção de remuneração paga a título excepcional a quem receba subsídios. Nada obsta, por exemplo, que agentes públicos remunerados por subsídio possam exercer funções ou cargos de confiança, não cobertos pela parcela de subsídio, destinados “às atribuições de direção, chefia e assessoramento” (art. 37, V, da CF). Vedar a percepção de acréscimo remuneratório pelo exercício de funções de direção, chefia e assessoramento para servidores distribuídos em carreira importaria desestimular o sentido de profissionalização desse tipo de organização, consequência contraditória que certamente não pode decorrer do texto constitucional”.

12. Nos termos do § 4º do art. 39 da Constituição da República, a remuneração por subsídio não impede de forma absoluta o pagamento de outras vantagens aos servidores públicos.

É compatível com o § 4º do art. 39 da Constituição o pagamento dos direitos previstos no § 3º desse dispositivo constitucional, o pagamento de verbas de natureza indenizatória e o pagamento de vantagem remuneratória pelo desempenho de atividade extraordinária não inerente às atribuições do cargo ocupado pelo servidor público.

13. Pelo art. 4º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, dispôs-se que todas as espécies remuneratórias do regime anterior não mencionadas no art. 3º desse diploma legal foram extintas pelo subsídio. Estabelece-se ainda, no inc. IX do art. 4º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, que a Indenização de Estímulo Operacional está extinta, compreendida como foi pelo subsídio fixado. O parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar estadual veda a concessão de quaisquer outras vantagens com o mesmo título e fundamento das verbas extintas pela adoção do subsídio.

Eis o teor dessas normas:

“Art. 4º Estão compreendidas no subsídio e por ele extintas todas as espécies remuneratórias do regime remuneratório anterior, de qualquer origem e natureza, que não estejam explicitamente mencionadas no art. 3º desta Lei Complementar, em especial: (...)

IX – Indenização de Estímulo Operacional, instituída pela Lei Complementar nº 137, de 22 de junho de 1995; (...)

Parágrafo único. Não poderão ser concedidas, a qualquer tempo e a qualquer título, quaisquer outras vantagens com o mesmo título e fundamento das verbas extintas quando da adoção do regime de remuneração por subsídio”.

Tem-se no art. 2º da Lei Complementar estadual n. 137/1995 que a Indenização de Estímulo Operacional foi instituída para os servidores *“que efetivamente participam de atividades finalísticas operacionais, (...) nas mesmas bases de remuneração do serviço extraordinário e do trabalho noturno”.*

Embora conste do dispositivo que a vantagem era devida pela participação efetiva em *“atividades finalísticas operacionais”*, extrai-se do art. 3º da Lei Complementar estadual n. 137/1995 que a verba era calculada como remuneração pelo serviço extraordinário, limitado a quarenta horas mensais:

“Art. 3º O valor da Indenização de que trata o artigo anterior, no que se refere a serviço extraordinário, é o resultado do valor/hora normal de trabalho acrescido de 50% (cinquenta por cento) e multiplicado pelo número de horas extraordinárias.

§ 1º Horas extraordinárias são aquelas que excedem a carga horária de 40 horas semanais.

§ 2º A prestação de serviço extraordinário não está sujeita a limitação de carga horária semanal, não podendo ultrapassar 40 (quarenta) horas mensais”.

Apesar da denominação legal da vantagem, a forma de cálculo estabelecida pelo art. 3º da Lei Complementar estadual n. 137/1995 evidencia tratar-se de verba destinada a remunerar o serviço extraordinário prestado pelos policiais civis.

Pelo que se tem no inc. IX do art. 4º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, essa vantagem, que remunerava até quarenta horas extras mensais, não foi suprimida, sendo incorporada ao subsídio, o que não ofende o § 3º do art. 39 c/c inc. XVI do art. 7º da Constituição.

Entretanto, deve-se enfatizar que a incorporação da Indenização de Estímulo Operacional ao subsídio não é hábil a afastar o direito dos policiais civis o direito à retribuição pela horas extras realizadas que eventualmente ultrapassem a quantidade remunerada pelo subsídio, pois a verba incorporada ao subsídio limitava-se a remunerar até quarenta horas extras mensais.

O direito à remuneração pelas horas extras foi expressamente garantido aos servidores públicos pelo § 3º do art. 39 da Constituição e seu pagamento independe de previsão legal específica, como decidiu este Supremo Tribunal:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Servidor público. Pagamento de serviço extraordinário. Artigo 7º, inciso XVI, da Constituição Federal. Autoaplicabilidade.

1. O art. 7º, inciso XVI, da Constituição Federal, que cuida do direito dos trabalhadores urbanos e rurais à remuneração pelo serviço extraordinário com acréscimo de, no mínimo, 50%, aplica-se imediatamente aos servidores públicos, por consistir em norma autoaplicável.

2. Agravo regimental não provido” (AI n. 642.528-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 15.10.2012).

Deve-se, assim, conferir interpretação conforme à Constituição ao caput e ao parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, de modo que sua aplicação não impeça a remuneração pelo serviço extraordinário desempenhado pelos policiais civis que não esteja compreendida no subsídio.

14. O art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 trata de verba denominada “*Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil*”, devida, no percentual de 17,6471% do valor do subsídio, “*aos servidores referidos no art. 1º desta Lei Complementar, que se encontrarem em efetivo exercício*”, nos termos do caput desse dispositivo legal.

Dispõe-se no § 1º do art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 ter essa verba por objetivo “*compensar o desgaste físico e mental a que estão sujeitos os titulares dos cargos de que trata esta Lei Complementar em razão da eventual prestação de serviço em condições adversas de segurança, com risco à vida, disponibilidade para cumprimento de escalas de plantão, horários irregulares, horário noturno e chamados a qualquer hora e dia*”.

Segundo se tem no § 2º do art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, a verba teria “*natureza indenizatória*”:

“§ 2º A Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil constitui-se em verba de natureza indenizatória e não se incorpora ao subsídio, aos proventos de aposentadoria de qualquer modalidade nem à pensão por morte, sendo isenta da incidência de contribuição previdenciária”.

No § 4º do art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, afasta-se o direito à verba nos casos em que *“o servidor se encontrar afastado a qualquer título”*:

“§ 4º Para fins do disposto no caput deste artigo, não se considera como de efetivo exercício o período em que o servidor se encontrar afastado a qualquer título, notadamente nas seguintes situações:

I – licenciado, nos casos previstos no art. 102 da Lei nº 6.843, de 1986;

II – ausente, nos termos do art. 98 da Lei nº 6.843, de 1986;

III – licenciado, no caso previsto no inciso VI do art. 62 da Lei nº 6.745, de 1985;

IV – afastado, nos termos do art. 18 da Lei nº 6.745, de 1985;

V – convocado, nos casos previstos no inciso III do art. 39 da Lei nº 6.843, de 1986, incluindo as folgas decorrentes da convocação;

VI – afastado, em decorrência das situações previstas na Lei Complementar nº 447, de 2009;

VII – afastado, na hipótese do § 1º do art. 69 da Lei Complementar nº 453, de 5 de agosto de 2009;

VIII – afastado, na forma do disposto no art. 1º da Lei Complementar nº 470, de 9 de dezembro de 2009;

IX – afastado para o exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, ainda que opte pela remuneração do cargo efetivo;

X – afastado para o exercício de mandato classista, observada a proporcionalidade do afastamento;

XI – à disposição, no âmbito estadual, dos órgãos e entidades do Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas, bem como de qualquer dos Poderes da União, dos demais Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ressalvados os casos em que houver interesse da segurança pública;

XII – ausente do serviço, nos termos do inciso I do art. 89 da Lei nº 6.843, de 1986, independentemente de qualquer ressalva;

XIII – afastado, nos termos do § 2º do art. 224 da Lei nº 6.843, de 1986;

XIV – preso preventivamente ou em flagrante delito; e XV – preso ou afastado em virtude de decisão judicial”.

A Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil não corresponde a qualquer dos direitos constitucionalmente previstos no § 3º do art. 39 da Constituição da República.

Apesar do nome dado à vantagem e do disposto no § 2º do art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, também não se trata de verba indenizatória, não sendo eventual nem pretender compensar o servidor público por situação extraordinária.

Não se trata também de vantagem destinada à remuneração de atividade extraordinária

desempenhada pelo servidor policial civil, por ser paga a todos os ocupantes dos cargos de que trata a Lei Complementar estadual n. 611/2013, salvo aqueles afastados do serviço.

A verba prevista no art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 é vantagem de caráter remuneratório, cujo pagamento pressupõe apenas que o servidor policial civil esteja no exercício efetivo do cargo.

Assim, o art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 é incompatível com o disposto no § 4º do art. 39 da Constituição da República. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, está prejudicado o pedido formulado pela autora no aditamento à petição inicial.

15. Por ser verba de natureza alimentar, recebida de boa-fé desde 2013, razões de segurança jurídica recomendam a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, para não se impor a devolução dos valores pagos aos policiais civis catarinenses a título de Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil até a data deste julgamento.

Nesse sentido, por exemplo, precedentes deste Supremo Tribunal: ADI n. 4.545, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 7.4.2020; ADI n. 4.884-ED, Relatora a Ministra Rosa Weber, Plenário, DJe 8.10.2018; ADI n. 3.791, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 27.8.2010.

16. A autora assevera que o parágrafo único do art. 15 da Lei Complementar estadual n. 611/2013 teria ofendido a garantia da irredutibilidade de vencimentos dos policiais civis catarinenses. Argumenta que a aplicação dessa norma teria acarretado a realização de horas extras pelos policiais civis sem o pagamento de qualquer contraprestação.

O parágrafo único do art. 15 da Lei Complementar estadual n. 611/2013 apenas tratou da vigência dos valores do subsídio dos policiais civis fixados nos anexos desse diploma legal:

“Art. 15. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Parágrafo único. O Anexo I desta Lei Complementar surtira efeitos a contar de 1º de agosto de 2014, o Anexo II, a partir de 1º de agosto de 2015 e o Anexo III, a partir de 1º de dezembro de 2015”.

Não há como visualizar o modo dessa disposição ter acarretado decurso remuneratório aos policiais civis catarinenses ou afastado o seu direito à remuneração pelas horas extras efetivamente prestadas.

16. Pelo exposto, **voto no sentido de declarar o prejuízo da ação direta quanto ao art. 7º da Lei Complementar estadual n. 611/2013 e julgar parcialmente procedente o pedido, na parte remanescente, para a) conferir interpretação conforme ao caput e ao parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar estadual n. 611/2013, para que sejam considerados como não impeditores da remuneração pelas horas extras realizadas pelos policiais civis que não estejam compreendidas no subsídio; b) declarar a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar estadual n.**

611/2013, dispensando a devolução dos valores percebidos pelos policiais civis catarinenses a título de Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil até a data deste julgamento.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.114 SANTA CATARINA

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS - COBRAPOL

ADV.(A/S): GRACE SANTOS DA SILVA MARTINS

INTDO.(A/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): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Eis a denominada inconstitucionalidade útil. Praticamente aposta-se na morosidade da Justiça. Proclamado o conflito do artigo 6º da Lei Complementar nº 611/2013 do Estado de Santa Catarina, com a Constituição Federal, mitiga-se esta sob o ângulo da higidez, como se não estivesse em vigor até então.

Está-se diante de processo objetivo. Não cabe consignar a desnecessidade de devolução dos valores indevidamente recebidos. Pode haver providências tomadas, no âmbito jurisdicional, nesse sentido. Se, agora, assentar-se não ficarem, aqueles que receberam quantias, obrigados a restituí-las, estar-se-á substituindo o Juízo competente. As situações concretas devem ser dirimidas no campo propício, que não é o revelado pelo controle concentrado de constitucionalidade.

Dirirjo parcialmente da Relatora, no que dispensa a devolução, pelos policiais civis, dos valores alusivos à indenização por regime especial de trabalho, percebidos até a data do julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.186 - SC (2019/0086132-7)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: MARISE BAUER VENTURI

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS MARCHIORI - SC006102 RECORRIDO: MUNICÍPIO DE BLUMENAU

PROCURADOR: DENILSON ZANON - SC011904

INTERES.:CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: JOSE LUIS WAGNER - DF017183

EDUARDO BEURMANN FERREIRA - DF056178

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA. TEMA 1.029/STJ. RESP 1.804.186/SC E RESP 1.804.188/SC. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO. COMPETÊNCIA E RITO. JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. LEI 12.153/2009. IMPOSSIBILIDADE.

IDENTIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

1. O tema repetitivo ora controvertido (1.029/STJ) consiste em estabelecer a “aplicabilidade do rito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009) ao Cumprimento de Sentença individual oriundo de Ação Coletiva que seguiu o procedimento ordinário em Vara da Fazenda Pública, independentemente de haver Juizado Especial instalado no foro competente”.

EXAME DO TEMA REPETITIVO

2. Na hipótese tratada no presente tema repetitivo, o Tribunal de origem assentou que, por ser absoluta a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (§ 4º do art. 2º da Lei 12.153/2009), o cumprimento de sentença oriundo de Ação Coletiva em que o valor da causa seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos deve seguir o rito sumaríssimo da Lei 12.153/2009, independentemente de haver Juizado Especial instalado na comarca competente.

3. Com relação à execução de sentenças coletivas, o STJ firmou a compreensão, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, de que “a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC.)” (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19.10.2011, DJe de 12.12.2011).

4. Também está sedimentado na jurisprudência do STJ o entendimento de que, uma vez instalado Juizado Especial Federal ou da Fazenda Pública, conforme o caso, e se o valor da causa for inferior ao da alçada, a

competência é absoluta. Apenas como exemplo: REsp 1.537.768/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20.8.2019, DJe de 5.9.2019.

5. A questão que emerge do tema repetitivo é indagar se é possível ajuizar ação executiva no Juizado Especial da Fazenda Pública relativa a título judicial oriundo de Ação Coletiva, em que se seguiu rito próprio desse tipo de ação.

6. O art. 2º, § 1º, I, da Lei 12.153/2009 dispõe que não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos, o que é argumento suficiente para excluir a competência executória de sentenças exaradas em Ações Coletivas.

7. Na mesma lei não há disposição expressa acerca da competência executória dos Juizados da Fazenda Pública, havendo apenas regramento (arts. 12 e 13) do rito da execução de seus próprios julgados.

8. O art. 27 da Lei 12.153/2009 fixa a aplicação subsidiária do CPC, da Lei 9.099/1995 e da Lei 10.259/2001, os quais se examinam a seguir.

9. A Lei 9.099/1995, no art. 3º, § 1º, delimita a competência dos Juizados Especiais Cíveis e, por aplicação subsidiária, dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para promoverem a execução “dos seus julgados” e “dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo”.

10. Já o art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, também de aplicação subsidiária aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, delimita a competência executória a “executar as suas sentenças”.

11. Por fim, a terceira lei de regramento de aplicação subsidiária, o CPC, estabelece (grifos acrescentados): “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.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem”.

12. Vale resgatar a possibilidade, estipulada pelo STJ sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19.10.2011, DJe de 12.12.2011), de a execução individual de sentença coletiva poder ser proposta no foro do domicílio do exequente, interpretação essa advinda da legislação de tutela dos direitos coletivos e difusos: “A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo”.

13. Nota-se que a Lei 12.153/2009 e as respectivas normas de aplicação subsidiária determinam que os Juizados Especiais da Fazenda Pública têm competência para apreciar apenas as execuções de seus próprios julgados ou de títulos extrajudiciais.

14. Por derradeiro, o Código de Defesa do Consumidor, norma que rege a tutela coletiva não só no direito do consumidor, mas de forma subsidiária de todos os tipos de direitos, fixa a competência, para a execução, do juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual, valendo aqui a regra do domicílio do exequente no caso de juízos com a mesma competência.

15. Na mesma linha de compreensão aqui traçada, cita-se precedente da Primeira Turma que examina a Lei 10.259/2001 (Juizado Especial Federal), aplicada subsidiariamente à Lei 12.153, ora em exame: “Nos termos do art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, ‘Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.’ Extrai-se do referido dispositivo legal que a fixação da competência do JEE, no que se refere às execuções, impõe a conjugação de duas condicionantes: (a) o valor da causa deve ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos; (b) o título executivo judicial deve ser oriundo do próprio JEF. Caso concreto em que, nada obstante o valor da causa seja inferior ao referido limite legal, a sentença exequenda foi prolatada nos autos da Ação Ordinária nº 2007.81.00.018120-3, que tramitou na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, o que afasta a competência do Juizado Especial Federal Cível para a respectiva execução” (REsp 1.648.895/CE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 7.5.2019, DJe 13.5.2019; grifo acrescentado).

16. Assim, não é possível propor nos Juizados Especiais da Fazenda Pública a execução de título executivo formado em Ação Coletiva, muito menos impor o citado rito sumaríssimo ao juízo comum.

17. O Cumprimento da Sentença coletiva deve obedecer o rito previsto nos arts. 534 e seguintes do CPC/2015; e o fato de o valor da execução ser baixo pode apenas resultar, conforme a quantia, em Requisição de Pequeno Valor para o pagamento do débito (art. 535, § 3º, II, do CPC/2015).

DEFINIÇÃO DA TESE REPETITIVA

18. Fixa-se a seguinte tese repetitiva para o Tema 1.029/STJ: “Não é possível propor nos Juizados Especiais da Fazenda Pública a execução de título executivo formado em Ação Coletiva que tramitou sob o rito ordinário, assim como impor o rito sumaríssimo da Lei 12.153/2009 ao juízo comum da execução.”

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

19. A Ação Coletiva tramitou na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Blumenau/SC e nela foi intentado o cumprimento de sentença sob o rito do art. 534 e seguintes do CPC/2015.

20. O Tribunal de origem assentou que o cumprimento de sentença oriundo de Ação Coletiva em que o valor da causa seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos deve seguir o rito sumaríssimo da Lei 12.153/2009, independentemente de haver Juizado Especial instalado na comarca competente.

21. Essa compreensão está dissonante da aqui estabelecida, devendo o cumprimento de sentença observar o rito dos arts. 534 e seguintes do CPC/2015 na Vara da Fazenda Pública.

CONCLUSÃO

22. Recurso Especial provido, sob o rito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. JOSE LUIS WAGNER, pela parte INTERES.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO”

Brasília, 12 de agosto de 2020(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.186 - SC (2019/0086132-7)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: MARISE BAUER VENTURI

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS MARCHIORI - SC006102 RECORRIDO: MUNICÍPIO DE BLUMENAU

PROCURADOR: DENILSON ZANON - SC011904

INTERES.:CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: JOSE LUIS WAGNER - DF017183

EDUARDO BEURMANN FERREIRA - DF056178

RELATÓRIO

“**O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):** Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF/1988) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL EXECUÇÃO DE SENTENÇA DE AÇÃO COLETIVA. SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DE BLUMENAU. PROMOÇÃO POR DESEMPENHO. ADOÇÃO DO RITO DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. PROCEDIMENTO APLICÁVEL. VALOR EXECUTADO ABAIXO DE 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

A partir de 23 de junho de 2015, ex vi do art. 23 da Lei 12.153/2009, tem-se por incontroverso e indiscutível o funcionamento amplo e irrestrito das unidades dos Juizados especiais da Fazenda Pública em Santa Catarina, de forma autônoma, onde instalado juizado especial fazendário, e concorrente com outra unidade jurisdicional no interior.

(Primeiras Conclusões Interpretativas sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública. Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, DJe 19.12.2014).

Sendo a competência absoluta, o rito procedimental a ser observado, mesmo na hipótese em que não tenha sido instalada a unidade especial do Juizado, será o da Lei nº 12.153/2009.

A parte recorrente alega:

Atuando na qualidade de substituto processual, o Sindicato Único dos Trabalhadores no Serviço Público de Blumenau (SINTRASEB) propôs contra o Recorrido uma ação para obrigá-lo a avaliar o desempenho de milhares de servidores públicos substituídos, dentre os quais o (a) Recorrente. Esta ação tramita na 12 Vara da Fazenda Pública da Comarca de Blumenau (SC).

O pedido foi julgado procedente e a sentença transitou em julgado em 2006.

Na fase de execução, a obrigação de avaliar foi convertida em perdas e danos, com a promoção de todos os servidores substituídos independentemente de avaliação. Na prática, isso significa reajustar o vencimento de cada um deles em 6,09% (seis vírgula zero nove por cento).

A decisão que converteu a obrigação de avaliar em perdas e danos foi confirmada pela Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Agravo de Instrumento nº 2012.022801-4, em setembro de 2013), pela Primeira Turma deste egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.484.614 -SC, em fevereiro de 2015) e pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (RE nº 869.149, em novembro de 2015). Todas essas decisões já transitaram em julgado.

O (a) Recorrente, a exemplo de centenas de outros servidores públicos substituídos, formulou pedido de cumprimento individual da sentença prolatada na referida ação coletiva.

(...)

Noutra decisão, tomada por impulso oficial, o Juízo de 1º Grau alterou a competência para o processamento do incidente, fixando a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, fazendo incidir as disposições da Lei 12.153/2009, pelos seguintes fundamentos:

Referida decisão, portanto, alterou a competência para processamento do incidente de cumprimento de sentença, da Vara dos Feitos da Fazenda (onde tramita a ação coletiva) para o Juizado da Fazenda Pública.

Considerando a gravidade das consequências da tramitação de uma causa perante juízo incompetente (STJ, 4ª Turma, REsp 1.679.909 -RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão), o (a) Recorrente agravou desta decisão.

A PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, em Acórdão assim ementado: (...)

Considerando tratar-se de execução individual de sentença proferida em ação coletiva com valor inferior a sessenta salários mínimos, o acórdão recorrido manteve a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública para o processamento do feito, contrariando o que dispõe o art. 516, inciso II, do NCPC, de acordo com o qual o cumprimento de sentença fundada em título judicial deve ser processada perante o juízo que processou a causa.

Além disso, ao equiparar um incidente processual (cumprimento de sentença) com uma “causa cível” para fins de fixação da regra de competência, o acórdão recorrido contrariou o art. 2º da Lei 12.153/2009 e o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 9.099/1995 (aplicável subsidiariamente), como será visto a seguir.

Ao decidir dessa forma, o acórdão recorrido violou os dispositivos de lei federal vigente (art. 516, II, do NCPC e art. 2º da Lei nº 12.153 e 32, § 1º, inciso I, da Lei nº 9.099), o que viabiliza o manejo do presente recurso.

Não foram apresentadas contrarrazões pela parte adversa.

O Tribunal de origem admitiu o Recurso Especial como representativo da controvérsia. O eminente Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na condição de Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, reconheceu a representatividade da controvérsia e o potencial multiplicador desta e determinou que se dê vista às partes e ao Ministério Público Federal.

A Primeira Seção submeteu a presente controvérsia ao rito dos recursos repetitivos e assim delimitou a tese controvertida (Tema 1.029/STJ):

Aplicabilidade do rito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009) ao Cumprimento de Sentença individual oriundo de Ação Coletiva que seguiu o procedimento ordinário em Vara da Fazenda Pública, independentemente de haver Juizado Especial instalado no foro competente.

O Ministério Público Federal emitiu parecer “no sentido de que não seja aplicado o rito dos Juizados Especiais Federais às execuções individuais de sentenças coletivas”.

É o **relatório**.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.804.186 - SC (2019/0086132-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

1. Identificação e delimitação da controvérsia

O tema ora controvertido (1.029/STJ) consiste em estabelecer a “aplicabilidade do rito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009) ao Cumprimento de Sentença individual oriundo de Ação Coletiva que seguiu o procedimento ordinário em Vara da Fazenda Pública, independentemente de haver Juizado Especial instalado no foro competente”.

2. Exame do tema repetitivo

Na hipótese tratada no presente tema repetitivo, o Tribunal de origem assentou que, por ser absoluta a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (§ 4º do art. 2º da Lei 12.153/2009), o cumprimento de sentença oriundo de Ação Coletiva em que o valor da causa seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos deve seguir o rito sumaríssimo da Lei 12.153/2009, independentemente de haver Juizado Especial instalado na comarca competente. Com relação à execução de sentenças

coletivas, o STJ firmou a compreensão, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, de que “a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC.)” (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19.10.2011, DJe de 12.12.2011).

Também está sedimentado na jurisprudência do STJ o entendimento de que, uma vez instalado Juizado Especial Federal ou da Fazenda Pública, conforme o caso, e se o valor da causa for inferior ao da alçada, a competência é absoluta. Apenas como exemplo: REsp 1.537.768/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20.8.2019, DJe de 5.9.2019.

A primeira questão que emerge do tema repetitivo é indagar se é possível ajuizar ação executiva no Juizado Especial da Fazenda Pública relativa a título judicial oriundo de Ação Coletiva, em que se seguiu rito próprio desse tipo de ação.

O art. 2º, § 1º, I, da Lei 12.153/2009 determina que não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos, o que é argumento suficiente para excluir a competência executória de sentenças exaradas em Ações Coletivas.

Na mesma lei não há disposição expressa acerca da competência executória dos Juizados da Fazenda Pública, havendo apenas regramento (arts. 12 e 13) do rito da execução de seus próprios julgados.

O art. 27 da Lei 12.153/2009 fixa a aplicação subsidiária do CPC, da Lei 9.099/1995 e da Lei 10.259/2001.

Por seu turno, a Lei 9.099/1995, no art. 3º, § 1º, define a competência dos Juizados Especiais Cíveis e, por aplicação subsidiária, dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para promoverem a execução “dos seus julgados” e “dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo”.

Já o art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, também de aplicação subsidiária aos Juizados Especiais da Fazenda Pública, delimita a competência executória a “executar as suas sentenças”.

Por fim, a terceira lei de regramento de aplicação subsidiária, o CPC, estabelece:

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.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

Vale resgatar a possibilidade, estipulada pelo STJ sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19.10.2011, DJe de 12.12.2011), de a execução individual de sentença coletiva poder ser ajuizada no foro do domicílio do exequente, interpretação essa advinda da legislação de tutela dos direitos coletivos e difusos.

Nota-se que a Lei 12.153/2009 e as respectivas normas de aplicação subsidiária definem que os Juizados Especiais da Fazenda Pública têm competência para apreciar apenas as execuções de seus próprios julgados ou de títulos extrajudiciais.

Por derradeiro, o Código de Defesa do Consumidor, norma que rege a tutela coletiva não só no direito do consumidor, mas de forma subsidiária de todos os tipos de direitos, determina a competência, para a execução, do juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual, valendo aqui a regra do domicílio do exequente no caso de haver juízos com a mesma competência.

Na mesma linha de compreensão aqui traçada, cito precedente da Primeira Turma que examina a Lei 10.259/2001 (Juizado Especial Federal), aplicada subsidiariamente à Lei 12.153, ora em exame:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. IRRELEVÂNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Nos termos do art. 3º, caput, da Lei 10.259/2001, “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.” 2. **Extrai-se do referido dispositivo legal que a fixação da competência do JEF, no que se refere às execuções, impõe a conjugação de duas condicionantes: (a) o valor da causa deve ser inferior a 60 (sessenta) salários mínimos; (b) o título executivo judicial deve ser oriundo do próprio JEF.**

3. Caso concreto em que, nada obstante o valor da causa seja inferior ao referido limite legal, a sentença exequenda foi prolatada nos autos da Ação Ordinária nº 2007.81.00.018120-3, que tramitou na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará, o que afasta a competência do Juizado Especial Federal Cível para a respectiva execução.

4. Recurso especial provido para reformar o acórdão recorrido, a fim de reconhecer da competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito.

(REsp 1.648.895/CE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 7/5/2019, DJe 13/5/2019; grifei)

Assim, não é possível propor nos Juizados Especiais da Fazenda Pública a execução de título executivo formado em Ação Coletiva, muito menos impor o rito sumaríssimo ao juízo comum.

O cumprimento da sentença coletiva deve obedecer o rito previsto nos arts. 534 e seguintes do CPC/2015; e fato de o valor da execução ser baixo pode apenas resultar, conforme a quantia, em requisição de pequeno valor (art. 535, § 3º, II, do CPC/2015).

3. Definição da tese repetitiva

Sugiro a fixação da seguinte tese repetitiva para o Tema 1.029/STJ:

Não é possível propor nos Juizados Especiais da Fazenda Pública a execução de título executivo formado em Ação Coletiva que tramitou sob o rito ordinário, assim como impor o rito sumaríssimo da Lei 12.153/2009 ao juízo comum da execução.

4. Resolução do caso concreto

A Ação Coletiva tramitou na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Blumenau/SC e nela foi intentado o cumprimento de sentença sob o rito do art. 534 e seguintes do CPC/2015.

O Tribunal de origem assentou que o cumprimento de sentença oriundo de Ação Coletiva em que o valor da causa seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos deve seguir o rito sumaríssimo da Lei 12.153/2009, independentemente de haver Juizado Especial instalado na Comarca competente.

Essa compreensão está dissonante da aqui fixada, devendo o cumprimento de sentença cumprir o rito dos arts. 534 e seguintes do CPC/2015 na Vara da Fazenda Pública.

5. Conclusão

Por todo o exposto, **dou provimento ao Recurso Especial e fixo, para os fins dos arts. 1.036 e subsequentes do CPC/2015, esta tese repetitiva, relativa ao Tema 1.029/STJ: “Não é possível propor nos Juizados Especiais da Fazenda Pública a execução de título executivo formado em Ação Coletiva que tramitou sob o rito ordinário, assim como impor o rito sumaríssimo da Lei 12.153/2009 ao juízo comum da execução.”**

É como voto.

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CPX DISTRIBUIDORA S/A

OUTRO NOME: CPX DISTRIBUIDORA LTDA

ADVOGADOS: NILTON ANDRÉ SALES VIEIRA - SC018660B

LILIANE QUINTAS VIEIRA - SC031653

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. TRIBUTAÇÃO PELO SISTEMA MONOFÁSICO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELA LEI 11.033/2004, QUE CRIOU O REGIME DO REPORTO. EXTENSÃO ÀS EMPRESAS NÃO VINCULADAS A ESSE REGIME. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Discute-se a possibilidade, ou não, do creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS quando se enquadrar na sistemática monofásica de recolhimento de tributos, nos termos da Lei 11.033/2004.

2. Em primeiro lugar, a interpretação literal e topográfica do art. 17 da Lei 11.033/2004 revela que o legislador não se referiu ao REPORTO, embora o tenha feito no caput de cada um dos arts. 13 a 16 da referida lei, donde se conclui que o benefício em apreço não pode ser restrito aos participantes desse regime tributário. Cumpre observar, ademais, como sua própria ementa evidencia, que a Lei 11.033/2004 tratou de diversos temas sem, contudo, separá-los em seu texto de forma estanque, não se podendo dizer, portanto, que o art. 17 alcança só e somente os participantes do REPORTO.

3. Em segundo lugar, a teor do item 19 da exposição de motivos da MP 206/2004, que deu origem à Lei 11.033/2004, as disposições do art. 16 (atual art. 17) visam a esclarecer dúvidas relativas à interpretação da legislação da contribuição para o PIS/PASEP e para a COFINS. Essas dúvidas, por questão de lógica, não se referem - e não podem se referir - apenas ao REPORTO, uma vez que ele foi criado juntamente com o benefício fiscal contido no art. 17. Como esclarecer dúvidas sobre algo que acaba de ser criado? Tais dúvidas, como expressamente consignado na Exposição de Motivos, dizem respeito à interpretação da legislação do PIS/COFINS, que, obviamente, é diferente da legislação do REPORTO e muito mais ampla do que ela.

4. Outrossim, o item 13 dessa mesma Exposição de Motivos excluiu o citado art. 16 da MP 206/2004 do conjunto de dispositivos que tratam do REPORTO (arts. 12 a 15 da MP 206/2004, atuais 13 a 16 da Lei 11.033/2004).

5. Em terceiro lugar, pelos critérios sistemático e teleológico de interpretação, é possível concluir que o art. 17 da Lei 11.033/2004 revogou tacitamente o art. 3o., I, b das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que estabeleceram o regime não cumulativo do PIS/COFINS, uma vez que o direito de manutenção dos créditos concedidos pelo legislador objetivou reduzir a carga tributária das pessoas jurídicas que operam no sistema monofásico.

6. Note-se que a não cumulatividade dessas contribuições é distinta daquela observada no IPI e no ICMS, em que a possibilidade de creditamento vincula-se ao quantum recolhido nas operações anteriores. No caso do PIS/COFINS, o legislador ordinário adotou a técnica consistente na enumeração de diversos tipos de créditos que poderão ser descontados do montante do tributo a ser recolhido, de modo que não há relação entre os créditos concedidos e a incidência dessas contribuições nas operações anteriores, o que evidencia não haver incompatibilidade entre a incidência monofásica e o creditamento - na verdade, desconto - diversamente do quanto fincado nos precedentes desta Corte.

7. Essas são, portanto, as razões pelas quais se entende que a manutenção dos créditos de PIS/COFINS prevista no art. 17 da Lei 11.033/2004 aplica-se a todas as pessoas jurídicas, independente de elas estarem ou não submetidas ao regime tributário do REPORTE e ao sistema monofásico de recolhimento dessas contribuições. Precedentes: AgInt no AgInt no REsp. 1.446.150/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 18.11.2019; AgInt no REsp. 1.370.859/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 6.9.2019; REsp. 1.740.752/BA, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 25.9.2018.

8. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencido o Sr. Ministro Gurgel de Faria, negar provimento ao Agravo Interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 20 de outubro de 2020 (Data do Julgamento).

MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Relator

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1848808 - SC (2019/0338155-3)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CPX DISTRIBUIDORA S/A

OUTRO NOME: CPX DISTRIBUIDORA LTDA

ADVOGADOS: NILTON ANDRÉ SALES VIEIRA - SC018660B

LILIANE QUINTAS VIEIRA - SC031653

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. TRIBUTAÇÃO PELO SISTEMA MONOFÁSICO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELA LEI 11.033/2004, QUE CRIOU O REGIME DO REPORTO. EXTENSÃO ÀS EMPRESAS NÃO VINCULADAS A ESSE REGIME. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Discute-se a possibilidade, ou não, do creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS quando se enquadrar na sistemática monofásica de recolhimento de tributos, nos termos da Lei 11.033/2004.
2. Em primeiro lugar, a interpretação literal e topográfica do art. 17 da Lei 11.033/2004 revela que o legislador não se referiu ao REPORTO, embora o tenha feito no caput de cada um dos arts. 13 a 16 da referida lei, donde se conclui que o benefício em apreço não pode ser restrito aos participantes desse regime tributário. Cumpre observar, ademais, como sua própria ementa evidencia, que a Lei 11.033/2004 tratou de diversos temas sem, contudo, separá-los em seu texto de forma estanque, não se podendo dizer, portanto, que o art. 17 alcança só e somente os participantes do REPORTO.
3. Em segundo lugar, a teor do item 19 da exposição de motivos da MP 206/2004, que deu origem à Lei 11.033/2004, as disposições do art. 16 (atual art. 17) visam a esclarecer dúvidas relativas à interpretação da legislação da contribuição para o PIS/PASEP e para a COFINS. Essas dúvidas, por questão de lógica, não se referem - e não podem se referir - apenas ao REPORTO, uma vez que ele foi criado juntamente com o benefício fiscal contido no art. 17. Como esclarecer dúvidas sobre algo que acaba de ser criado? Tais dúvidas, como expressamente consignado na Exposição de Motivos, dizem respeito à interpretação da legislação do PIS/COFINS, que, obviamente, é diferente da legislação do REPORTO e muito mais ampla do que ela.
4. Outrossim, o item 13 dessa mesma Exposição de Motivos excluiu o citado art. 16 da MP 206/2004 do conjunto de dispositivos que tratam do REPORTO (arts. 12 a 15 da MP 206/2004, atuais 13 a 16 da Lei 11.033/2004).
5. Em terceiro lugar, pelos critérios sistemático e teleológico de interpretação, é possível concluir que o art. 17 da Lei 11.033/2004 revogou tacitamente o art. 3o., I, b das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que estabeleceram o regime não cumulativo do PIS/COFINS, uma vez que o direito de manutenção dos créditos concedidos pelo legislador objetivou reduzir a carga tributária das pessoas jurídicas que operam no sistema monofásico.
6. Note-se que a não cumulatividade dessas contribuições é distinta daquela observada no IPI e no ICMS, em que a possibilidade de creditamento vincula-se ao quantum recolhido nas operações anteriores. No caso do PIS/COFINS, o legislador ordinário adotou a técnica consistente na enumeração de diversos tipos de créditos que poderão ser descontados do montante do tributo a ser recolhido, de modo que não há relação entre os créditos concedidos e a incidência dessas contribuições nas operações anteriores, o que evidencia não haver incompatibilidade entre a incidência monofásica e o creditamento - na verdade, desconto - diversamente do quanto fincado nos precedentes desta Corte.
7. Essas são, portanto, as razões pelas quais se entende que a manutenção dos créditos de PIS/COFINS prevista no art. 17 da Lei 11.033/2004 aplica-se a todas as pessoas jurídicas, independente de elas estarem ou não submetidas ao regime tributário do REPORTO e ao sistema monofásico de recolhimento dessas contribuições. Precedentes: AgInt no AgInt no REsp. 1.446.150/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 18.11.2019; AgInt no REsp. 1.370.859/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 6.9.2019; REsp. 1.740.752/BA, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 25.9.2018.
8. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.

RELATÓRIO

1. Trata-se de Agravo Interno interposto pela FAZENDA NACIONAL contra decisão monocrática de minha lavra, assim ementada:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. PIS/COFINS. TRIBUTAÇÃO PELO SISTEMA MONOFÁSICO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELA LEI 11.033/2004, QUE INSTITUIU O REGIME DO REPORTO. EXTENSÃO ÀS EMPRESAS NÃO VINCULADAS A ESSE REGIME. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA PROVIDO.

2. A parte agravante sustenta, em síntese, a impossibilidade de creditamento em se tratando de tributação monofásica do PIS e da COFINS, pois, além de ser incompatível, foi vedado pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. Ademais, a Lei 11.033/2004, por dispor sobre benefícios fiscais, deve ser interpretada de forma restritiva.

3. Apresentada Impugnação às fls. 408/417.

4. É o relatório.

VOTO

1. A insurgência não merece prosperar.

2. Discute-se, no presente Recurso, se é cabível, ou não, o creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS quando se enquadrar na sistemática monofásica de recolhimento de tributos, nos termos da Lei 11.033/2004, que diz o seguinte:

Art. 17 - As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.

3. Sabe-se que o STJ tem por assentada a compreensão de que a incidência monofásica do PIS e da COFINS não se compatibiliza com a técnica do creditamento e de que o benefício instituído no art. 17 da Lei 11.033/2004 somente é aplicável às empresas que se encontram inseridas no regime específico de tributação denominado REPORTO (AgRg no REsp. 1.222.258/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 24.11.2011).

4. Inobstante exista esse entendimento, com a devida vênua dos que pensam de acordo com

essa orientação, a solução encontrada para a questão deixou de levar em consideração alguns pontos relevantes.

5. Pois bem. A questão é saber se o vendedor pode ou não manter os créditos de PIS/COFINS oriundos da entrada da mercadoria, mesmo que ele seja submetido à sistemática monofásica de recolhimento dessas contribuições e, assim, efetue a saída da mercadoria com alíquota 0 (zero).

6. O art. 3o., I, *b* das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 dispõe que a pessoa jurídica poderá descontar do valor apurado, na forma do art. 2o. (PIS/COFINS), créditos calculados em relação aos bens adquiridos para revenda, exceto em relação às mercadorias e aos produtos referidos nos §§ 1o. e 1o.-A do art. 2o. destas Leis, os quais referem-se à venda de gasolinas e suas correntes, gasolina de aviação, óleo diesel e suas correntes, gás liquefeito de petróleo (GLP) derivado de petróleo, gás natural e álcool, inclusive para fins carburantes.

7. A leitura superficial e isolada desse dispositivo permite concluir que, por não pagar PIS/COFINS, a parte integrante da cadeia monofásica não pode descontar os créditos apurados em relação às mercadorias adquiridas para revenda e, se não pode descontar, não pode, também, apropriar-se deste crédito, tal como autorizado no art. 17 da Lei 11.033/2004.

8. Embora não referido expressamente no Capítulo IV do Livro Segundo do Código Tributário Nacional, que rege a interpretação da legislação tributária, o art. 5o. da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB, verdadeira norma de sobredireito, impõe que, na aplicação da Lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Essa diretriz é amplamente sabida e conhecida dos juristas e dos julgadores.

9. É preciso considerar, outrossim, que a Carta Cidadã de 1988 estabelece, no art. 5o., II, como um de seus postulados normativos, o princípio da isonomia. Sobre este, confira-se a reflexão do Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual:

Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela Lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica - a dizer: o fator de discriminação - pode ser qualquer elemento radicado neles, todavia, necessita inarredavelmente guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que nele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo (Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2a. Ed., 1984, p. 49).

10. Logo, uma pergunta deve ser respondida: o benefício do art. 17 da Lei 11.033/2004 - manutenção, pelo vendedor, dos créditos de PIS/COFINS vinculados à entrada das mercadorias

destinadas à revenda com incidência de alíquota 0 (zero) - fica circunscrito, apenas, às pessoas jurídicas alcançadas pelo regime tributário do REPORTO, ficando atendido o superior princípio jurídico da igualdade?

11. Em outras palavras, a participação no REPORTO é um critério adequado ou justo para se instituir a diferenciação entre os que poderão ou não apropriar-se dos créditos de PIS/COFINS nesses casos? A resposta depende do objetivo a ser alcançado com a interpretação do dispositivo legal que instituiu o benefício em questão. No caso, como se busca dar à Lei razoável e justa interpretação, que observe, ainda, sua finalidade social e as exigências do bem comum, a resposta só pode ser negativa. E, constatada essa infringência ao princípio da isonomia, deverá o julgador, mesmo assim, dar aplicação à regra que implanta essa injustiça?

12. O Jurista e Filósofo argentino Professor EDGARDO FERNÁNDEZ SABATÉ (1918-1982), analisando o conflito entre legalidade e justiça, observa que o juiz, com frequência, tem de enfrentar esse dilema e, na sua visão, tem de escolher qual desses valores seguir, já que não lhe é possível atender a ambos. E assim diz o Professor Sabaté, resumindo esse problema:

No pueden darse dos principios contradictorios a la vez e bajo el mismo respecto por ser ónticamente, psicológicamente, lógicamente imposible. Dado que esto es así, entonces, cual de ambos principios daremos el título de lei? A ambos? Contradictorio, y lo que es contradictorio muere por suicídio. Luego sólo queda un camino: la ley es justa o no es ley. También quedan otros dos caminos más faciles en apariencia: uno, eliminar la justicia; outro, eliminar la legalidad. Ambos han sido propuestos (Filosofía del Derecho. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 220).

13. O pensamento em contrário se estriba no velho dogma positivista-legalista de que o Direito e os direitos subjetivos somente decorrem das regras escritas. Isso levou a que os Julgadores esterilizassem a doutrina da interpretação das regras positivas ou encontrassem nelas as soluções pré-formatadas dos problemas jurídicos complexos que eram convocados a resolver. O Mestre Jurista dinamarquês Professor ALF ROSS (1899-1979), que não pode, de modo algum, ser apontado como adepto ou mesmo sequer simpatizante de qualquer modalidade de direito livre, rende-se à evidência de que as decisões inspiradas na equidade (no valor da equidade) se contrapõem às leis escritas e estima que, quando houver reiteradas decisões por equidade, poderá ocorrer a mudança da norma escrita e, se não houver essa mudança, forma-se a doutrina judicial sobre aquele ponto jurídico decidido por equidade e, assim, retorna-se à racionalidade formal:

O desacordo entre o direito formalizado e as exigências de equidade se torna mais aparente quando ocorre um desenvolvimento social sem que a legislação proceda a um ajuste das normas às novas condições. Sente-se, então, uma particular necessidade de decisões contrárias ao direito formal. A princípio, tais decisões terão o caráter de equidade, precisamente porque não acatam as regras dadas, surgindo, sim, de uma apreciação intuitiva da situação concreta. Porém, no decorrer do tempo, lograr-se-á novamente a racionalidade formal. Através da prática dos Tribunais, surgirá uma nova doutrina e as decisões posteriores se fundarão nela, perdendo seu caráter de equidade (Direito e Justiça. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007, p. 328).

14. Vê-se, no insuspeito magistério do Professor ALF ROSS, que o Direito, mesmo o Direito legislado ou positivado, tem os seus momentos? E não são raros esses momentos - de pura irracionalidade lógica ou de descontinuidade hermenêutica, o que significa, concretamente, a oportunidade para a atuação criativa da doutrina judicial do Direito. Tal oportunidade é (até) muito mais do que apenas uma oportunidade, porquanto revela o dever de exercício judicial que conduza as normas escritas à sua verdadeira função e ao seu real destino. E a função e o real destino das normas escritas se resumem em prover - numa situação de inadequação ou num confronto entre a lei e a justiça - a solução jurídica e justa exigida pela equidade, que é o nome atual da justiça do caso concreto.

15. E assim é porque, em primeiro lugar, a interpretação literal e topográfica do art. 17 da Lei 11.033/2004 revela que o legislador não se referiu ao REPORTE, embora o tenha feito no caput de cada um dos arts. 13 a 16 da referida lei, donde se conclui que o benefício em apreço não pode ser restrito aos participantes desse regime tributário. Cumpre observar, ademais, como sua própria ementa evidencia, que a Lei 11.033/2004 tratou de diversos temas sem, contudo, separá-los em seu texto de forma estanque, não se podendo dizer, portanto, que o art. 17 alcance só e somente os participantes do REPORTE.

16. Em segundo lugar, a teor do item 19 da exposição de motivos da MP 206/2004, que deu origem à Lei 11.033/2004, as disposições do art. 16 (atual art. 17) visam a esclarecer dúvidas relativas à interpretação da legislação da Contribuição para o PIS/PASEP e para a COFINS. Essas dúvidas, por questão de lógica, não se referem - e não podem se referir - apenas ao REPORTE, uma vez que ele foi criado juntamente com o benefício fiscal contido no art. 17. Como esclarecer dúvidas sobre algo que acaba de ser criado? Tais dúvidas, como expressamente consignado na Exposição de Motivos, dizem respeito à interpretação da legislação do PIS/COFINS, que, obviamente, é diferente da legislação do REPORTE e muito mais ampla do que ela.

17. Outrossim, o item 13 dessa mesma Exposição de Motivos excluiu o citado art. 16 da MP 206/2004 do conjunto de dispositivos que tratam do REPORTE (arts. 12 a 15 da MP 206/2004, atuais 13 a 16 da Lei 11.033/2004). Veja-se:

13. A instituição do REPORTE, constantes dos arts. 12 a 15, destina-se a criar condições para a melhoria da infra-estrutura portuária brasileira, objetivando atribuir modernidade a setor fundamental para o crescimento do comércio exterior nacional, inclusive com reduções de custos operacionais para aqueles que atuam nesse comércio.

18. Em terceiro lugar, pelos critérios sistemático e teleológico de interpretação, é possível concluir que o art. 17 da Lei 11.033/2004 revogou tacitamente o art. 3o., I, b das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que estabeleceram o regime não cumulativo do PIS/COFINS, uma vez que o direito de manutenção dos créditos concedidos pelo legislador objetivou reduzir a carga tributária das pessoas jurídicas que operam no sistema monofásico.

19. Note-se que a não cumulatividade dessas contribuições é distinta daquela observada no IPI e no ICMS, em que a possibilidade de creditamento vincula-se ao quantum recolhido nas operações anteriores. No caso do PIS/COFINS, o legislador ordinário adotou a técnica consistente na enumeração de diversos tipos de créditos que poderão ser descontados do montante do tributo a ser recolhido, de modo que não há relação entre os créditos concedidos e a incidência dessas contribuições nas operações anteriores, o que evidencia não haver incompatibilidade entre a incidência monofásica e o creditamento - na verdade, desconto - diversamente do quanto fincado nos precedentes desta Corte.

20. Essas são, portanto, as razões pelas quais se entende que a manutenção dos créditos de PIS/COFINS prevista no art. 17 da Lei 11.033/2004 aplica-se a todas as pessoas jurídicas, independente de elas estarem ou não submetidas ao regime tributário do REPORTO e ao sistema monofásico de recolhimento dessas contribuições. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PIS/COFINS. TRIBUTAÇÃO PELO SISTEMA MONOFÁSICO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELA LEI 11.033/2004, QUE INSTITUIU O REGIME DO REPORTO. EXTENSÃO ÀS EMPRESAS NÃO VINCULADAS A ESSE REGIME. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Primeira Turma do STJ firmou entendimento de que a manutenção dos créditos de PIS/COFINS prevista no art. 17 da Lei 11.033/2004 aplica-se a todas as pessoas jurídicas, independente de elas estarem ou não submetidas ao regime tributário do REPORTO e ao sistema monofásico de recolhimento dessas contribuições (EDcl no REsp. 1.346.181/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe de 20.6.2017).

2. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento (AgInt no AgInt no REsp. 1.446.150/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 18.11.2019).

◆◆◆

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PIS E COFINS. TRIBUTAÇÃO PELO SISTEMA MONOFÁSICO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELA LEI N. 11.033/2004, QUE INSTITUIU O REGIME DO REPORTO. EXTENSÃO ÀS EMPRESAS NÃO VINCULADAS A ESSE REGIME. CABIMENTO. PRECEDENTE DA PRIMEIRA TURMA NO AGRG NO RESP N. 1.051.634/CE

1. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no Recurso Especial n. 1.051.634/CE (Rel. Min. Sérgio Kukina. Rel. p/ acórdão. Ministra Regina Helena Costa. DJe 27/4/2017) entendeu que o benefício fiscal consistente em permitir a manutenção de créditos de PIS e COFINS, ainda que as vendas e revendas realizadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições no sistema monofásico, é extensível às pessoas jurídicas não vinculadas ao REPORTO, regime tributário diferenciado para incentivar a modernização e ampliação da estrutura portuária nacional, por expressa determinação legal (art. 17 da Lei n. 11.033/2004).

2. Agravo interno não provido (AgInt no REsp. 1.370.859/RJ, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 6.9.2019).

◆◆◆

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ART. 535 DO CPC/73. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO VERBETE SUMULAR 284/STF. PIS E COFINS. TRIBUTAÇÃO PELO SISTEMA MONOFÁSICO. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELA LEI 11.033/04, QUE INSTITUIU O REGIME DO REPORTO. EXTENSÃO ÀS EMPRESAS NÃO VINCULADAS A ESSE REGIME. CABIMENTO. PRECEDENTES.

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. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II- A jurisprudência desta Corte considera que, quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento do enunciado sumular 284, do Supremo Tribunal Federal.

III - O sistema monofásico constitui técnica de incidência única da tributação, com alíquota mais gravosa, desonerando-se as demais fases da cadeia produtiva. Na monofasia, o contribuinte é único e o tributo recolhido, ainda que as operações subsequentes não se consumem, não será devolvido.

IV - O benefício fiscal consistente em permitir a manutenção de créditos de PIS e COFINS, ainda que as vendas e revendas realizadas pela empresa não tenham sido oneradas pela incidência dessas contribuições no sistema monofásico, é extensível às pessoas jurídicas não vinculadas ao REPORTO, regime tributário diferenciado para incentivar a modernização e ampliação da estrutura portuária nacional, por expressa determinação legal (art. 17 da Lei 11.033/04).

V - O fato de os demais elos da cadeia produtiva estarem desobrigados do recolhimento, à exceção do produtor ou importador responsáveis pelo recolhimento do tributo a uma alíquota maior, não é óbice para que os contribuintes mantenham os créditos de todas as aquisições por eles efetuadas.

VI - Recurso especial parcialmente provido para conceder a segurança, com determinação de retorno dos autos à origem, nos termos da fundamentação (REsp. 1.740.752/BA, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 25.9.2018).

21. Diante dessas considerações, nega-se provimento ao Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL.

22. É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.826 - SP (2019/0120133-2)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: MULTIMEX S/A

ADVOGADOS: ANDRE AZAMBUJA DA ROCHA - SP304781

FELIPE SARDENBERG MACHADO - ES011163

RECORRIDO: PLUS CARGO INTERNACIONAL LTDA

ADVOGADO: ALEXANDRE ARALDI GONZALEZ - PR032732

INTERES.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITO MARÍTIMO, ADUANEIRO E PORTUÁRIO - ANDMAP - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADO: CLÁUDIO ALBERTO EIDELCHTEIN E OUTRO(S) - SP187478

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA POR SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES. TRANSPORTE MARÍTIMO. UNIMODAL. DESPESAS DE SOBRE-ESTADIA. PREVISÃO CONTRATUAL. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 206, §5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL. ARTS. 8º DO DECRETO-LEI Nº 116/1967 E 22 DA LEI Nº 9.611/1998. PRAZO. PREVISÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA. IMPOSSIBILIDADE.

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

2. Ação de cobrança de valores relativos a despesas de sobre-estadia de contêineres (demurrage) previamente estabelecidos em contrato de transporte marítimo (unimodal). Acórdão recorrido que, dando provimento a apelação do autor, afastou tese defensiva de prescrição anual da pretensão autoral e determinou o retorno dos autos ao juízo de origem para regular processamento do feito.

3. Recurso especial que reitera pretensão da demandada (afretadora) de que se reconheça prescrita a pretensão da autora (armadora) a partir da aplicação ao caso, por analogia, do prazo prescricional de 1 (um) ano de que tratam os arts. 8º do Decreto-Lei nº 116/1967 e 22 da Lei nº 9.611/1998.

4. Para as ações fundadas no não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal, o prazo prescricional, apesar da revogação do Código Comercial, permanece sendo de 1 (um) ano, haja vista a existência de expressa previsão legal nesse sentido (art. 22 da Lei nº 9.611/1998).

5. A diferença existente entre as atividades desempenhadas pelo transportador marítimo (unimodal) e aquelas legalmente exigidas do Operador de Transporte Multimodal revela a manifesta impossibilidade de se estender à pretensão de cobrança de despesas decorrentes da sobre-estadia de contêineres (pretensão do transportador unimodal contra o contratante do serviço) a regra prevista do art. 22 da Lei nº 9.611/1998 (que diz respeito ao prazo prescricional anual aplicável às pretensões dos contratantes do serviço contra o Operador de Transporte Multimodal).

6.As regras jurídicas acerca da prescrição devem ser interpretadas estritamente, repelindo-se a interpretação extensiva ou analógica. Daí porque afigura-se absolutamente incabível a fixação de prazo prescricional por analogia, medida que não se coaduna com os princípios gerais que regem o Direito Civil brasileiro, além de constituir verdadeiro atentado à segurança jurídica, cuja preservação se espera desta Corte Superior.

7.Em se tratando de transporte unimodal de cargas, quando a taxa de sobre-estadia objeto da cobrança for oriunda de disposição contratual que estabeleça os dados e os critérios necessários ao cálculo dos valores devidos a título de ressarcimento pelos prejuízos causados em virtude do retorno tardio do **contêiner**, será quinquenal o prazo prescricional (art. 206, §5º, inciso I, do Código Civil). Caso contrário, ou seja, nas hipóteses em que inexistente prévia estipulação contratual, aplica-se a regra geral do art. 205 do Código Civil, ocorrendo a prescrição em 10 (dez) anos.

8. Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese: “A pretensão de cobrança de valores relativos a despesas de sobre-estadias de contêineres (demurrage) previamente estabelecidos em contrato de transporte marítimo (unimodal) prescreve em 5 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil de 2002.”

9. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Seção, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins repetitivos, foi fixada a seguinte tese: “A pretensão de cobrança de valores relativos a despesas de sobre-estadias de contêineres (demurrage) previamente estabelecidos em contrato de transporte marítimo (unimodal) prescreve em 5 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil de 2002.” Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 28 de outubro de 2020(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.826 - SP (2019/0120133-2)

RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

RECORRENTE: MULTIMEX S/A

ADVOGADOS: ANDRE AZAMBUJA DA ROCHA - SP304781

FELIPE SARDENBERG MACHADO - ES011163

RECORRIDO: PLUS CARGO INTERNACIONAL LTDA

ADVOGADO: ALEXANDRE ARALDI GONZALEZ - PR032732

INTERES.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITO MARÍTIMO, ADUANEIRO E PORTUÁRIO - ANDMAP - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: CLÁUDIO ALBERTO EIDELCHTEIN E OUTRO(S) - SP187478

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por MULTIMEX S.A., com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que, em 11 de janeiro de 2017, a ora recorrida - PLUS CARGO INTERNACIONAL LTDA. - ajuizou ação de cobrança em desfavor da ora recorrente MULTIMEX S.A. - objetivando o recebimento de valores relativos a despesas de sobre-estadia de contêineres (demurrage) .

Pelo que se pode extrair dos autos, a ora recorrida (armadora) celebrou contrato de transporte marítimo com a ora recorrente (afretadora), no qual foi estabelecido que esta última, no caso de equipamentos fornecidos pela primeira, pagaria por todas as sobre-estadias que deveriam ser contadas após 7 (sete) dias da descarga do navio concedidos a título de freetime (prazo livre).

Alegando ter havido retenção de seus contêineres por prazo superior ao contratado, a autora da demanda afirmou, em sua inaugural, ser a parte ré, ora recorrente, devedora do valor de US\$ 2.314,00 (dois mil trezentos e quatorze dólares norte-americanos).

O Juízo de primeiro grau, reconhecendo a ocorrência da prescrição da pretensão autoral, julgou extinto o feito com resolução de mérito, impondo à autora o ônus pelo pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios da sucumbência.

Entendeu o magistrado sentenciante que o prazo prescricional aplicável à hipótese dos autos seria anual, a teor do que dispõe o art. 22 da Lei nº 9.611/1998.

Inconformada, a ora recorrida interpôs recurso de apelação (e-STJ fls. 152/172), no qual sustentou a inaplicabilidade do art. 22 da Lei nº 9.611/1998 ao caso em apreço, visto não se tratar aqui de transporte multimodal, mas apenas marítimo (unimodal). Aduziu ser **quinquenal o prazo prescricional (à luz do que já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça), motivo pelo qual**

seria completamente descabido falar em prescrição, pois o equipamento objeto da controvérsia foi devolvido em 19 de abril de 2014 e a presente ação ajuizada em 11 de janeiro de 2017.

A Décima Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos de seus integrantes, deu provimento ao recurso para afastar a prescrição e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para regular instrução e julgamento do feito. O aresto na oportunidade exarado recebeu a seguinte ementa:

“SOBRE-ESTADIA (Demurrage) - Cobrança - Alegação de prescrição do débito - Art. 22 da Lei nº 9.611/1998 que só incide após a devolução efetiva dos contêineres e em transporte multimodal - Entendimento pacificado no STJ de que rege a espécie o prazo quinquenal do art. 206, § 5º, I, do Código Civil - Contêiner devolvido em abril de 2014, ação de cobrança ajuizada em janeiro de 2017 - Prescrição incorrente - Impossibilidade de julgamento na forma do art. 1.013, § 1º, I, do CPC, uma vez que não concluída a instrução para a produção de prova acerca da análise da inautenticidade dos documentos relativos ao aditamento contratual - Sentença reformada - Recurso provido para se afastar a prescrição, tornando os autos à origem, para regular instrução e julgamento” (e-STJ fl. 200).

Daí a interposição do recurso especial (e-STJ fls. 604/636), no qual a recorrente afirma ter sido malferido o art. 22 da Lei nº 9.611/1998, bem como restar configurado dissídio pretoriano a respeito do tema.

Em suas razões, sustenta, em síntese, ser possível aplicar ao caso em tela, por analogia, o art. 22 da Lei nº 9.611/1998, que prevê o prazo prescricional anual para a pretensão de cobrança decorrente do não cumprimento de responsabilidades estipuladas em contrato de transporte multimodal.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 244/259), o especial foi inadmitido em exame de prelibação (e-STJ fls. 260/261), ascendendo os autos a esta Corte Superior por força do que decidido pelo Presidente da Comissão Gestora de Precedentes (e-STJ fls. 299/301), que, posteriormente, qualificou tanto o presente recurso (REsp nº 1.819.826/SP) quanto o REsp nº 1.823.911/PE como representativos da controvérsia, candidatos à afetação para julgamento no Colegiado da Segunda Seção (e-STJ fls. 312/315).

Em 5/11/2019, a Segunda Seção, por unanimidade, decidiu afetar ambos os processos ao rito dos recursos repetitivos (artigo 1.036 do CPC/2015) e, por maioria, delimitou a tese em *“definir o prazo de prescrição da pretensão de cobrança de valores relativos a despesas de sobre-estadias de contêineres (demurrage) previamente estabelecidos em contrato de transporte marítimo (unimodal)”* (e-STJ fl. 321).

Também à unanimidade, determinou a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem a respeito da questão e tramitem no território nacional (art. 1.037, inciso II, do CPC/2015), excetuando-se apenas a necessidade de apreciação e de eventual concessão de tutelas de urgência (quando presentes os requisitos indispensáveis para tanto).

Foram expedidos ofícios aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais e foi concedida vista dos autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Antonio Carlos Martins Soares (e-STJ fls. 341/345), *opinou pelo provimento do presente recurso especial bem como pela fixação da tese “de aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 206, § 5º, do Código Civil de 202 para a cobrança de despesas de sobre-estadia de contêineres (demurrage) fundadas em contrato de transporte marítimo (unimodal)”* (e-STJ fl. 345).

Por intermédio da petição de fls. 347/423 (e-STJ) a ASSOCIAÇÃO DOS USUÁRIOS DOS PORTOS DO RIO DE JANEIRO (USUPORT-RJ) e a ASSOCIAÇÃO DOS USUÁRIOS DOS PORTOS DO SUL (USUPORT SUL) requereram a sua admissão tanto no presente feito como naquele relativo ao REsp nº 1.823.911/PE (afetados para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos – TEMA 1.035), na qualidade de *amici curiae*, nos termos do art. 138 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Referido pedido formulado pelas mencionadas associações foi indeferido por decisão singular deste Relator (e-STJ fls. 425/427), sendo objeto do pedido de reconsideração apresentado às fls. 431/439 (e-STJ).

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITO MARÍTIMO, ADUANEIRO E PORTUÁRIO - ANDMAP também requereu sua admissão no feito na condição de *amicus curiae* (e-STJ fls. 443/474), sendo tal pleito deferido.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.819.826 - SP (2019/0120133-2)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA POR SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES. TRANSPORTE MARÍTIMO. UNIMODAL. DESPESAS DE SOBRE-ESTADIA. PREVISÃO CONTRATUAL. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 206, §5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL. ARTS. 8º DO DECRETO-LEI Nº 116/1967 E 22 DA LEI Nº 9.611/1998. PRAZO. PREVISÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Ação de cobrança de valores relativos a despesas de sobre-estadia de contêineres (demurrage) previamente estabelecidos em contrato de transporte marítimo (unimodal). Acórdão recorrido que, dando provimento a apelação do autor, afastou tese defensiva de prescrição ânua da pretensão autoral e determinou o retorno dos autos ao juízo de origem para regular processamento do feito.
3. Recurso especial que reitera pretensão da demandada (afretadora) de que se reconheça prescrita a

pretensão da autora (armadora) a partir da aplicação ao caso, por analogia, do prazo prescricional de 1 (um) ano de que tratam os arts. 8º do Decreto-Lei nº 116/1967 e 22 da Lei nº 9.611/1998.

4. Para as ações fundadas no não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal, o prazo prescricional, apesar da revogação do Código Comercial, permanece sendo de 1 (um) ano, haja vista a existência de expressa previsão legal nesse sentido (art. 22 da Lei nº 9.611/1998).

5. A diferença existente entre as atividades desempenhadas pelo transportador marítimo (unimodal) e aquelas legalmente exigidas do Operador de Transporte Multimodal revela a manifesta impossibilidade de se estender à pretensão de cobrança de despesas decorrentes da sobre-estadia de contêineres (pretensão do transportador unimodal contra o contratante do serviço) a regra prevista do art. 22 da Lei nº 9.611/1998 (que diz respeito ao prazo prescricional anual aplicável às pretensões dos contratantes do serviço contra o Operador de Transporte Multimodal).

6. As regras jurídicas acerca da prescrição devem ser interpretadas estritamente, repelindo-se a interpretação extensiva ou analógica. Daí porque afigura-se absolutamente incabível a fixação de prazo prescricional por analogia, medida que não se coaduna com os princípios gerais que regem o Direito Civil brasileiro, além de constituir verdadeiro atentado à segurança jurídica, cuja preservação se espera desta Corte Superior.

7. Em se tratando de transporte unimodal de cargas, quando a taxa de sobre-estadia objeto da cobrança for oriunda de disposição contratual que estabeleça os dados e os critérios necessários ao cálculo dos valores devidos a título de ressarcimento pelos prejuízos causados em virtude do retorno tardio do contêiner, será quinquenal o prazo prescricional (art. 206, §5º, inciso I, do Código Civil). Caso contrário, ou seja, nas hipóteses em que inexistente prévia estipulação contratual, aplica-se a regra geral do art. 205 do Código Civil, ocorrendo a prescrição em 10 (dez) anos.

8. Para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese: “A pretensão de cobrança de valores relativos a despesas de sobre-estadias de contêineres (demurrage) previamente estabelecidos em contrato de transporte marítimo (unimodal) prescreve em 5 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil de 2002.”

9. Recurso especial não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

Estando prequestionados, ainda que implicitamente, os dispositivos legais apontados pela ora recorrente como malferidos e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade recursal, impõe-se o conhecimento do apelo nobre.

1 - Do indeferimento do pedido de reconsideração da decisão de fls. 425/427 (e-STJ).

Antes de adentrar o exame da questão controvertida, impõe-se examinar o pedido de reconsideração apresentado pela ASSOCIAÇÃO DOS USUÁRIOS DOS PORTOS DO RIO

DE JANEIRO (USUPORT-RJ) e pela ASSOCIAÇÃO DOS USUÁRIOS DOS PORTOS DO SUL (USUPORT SUL), que insistem em serem admitidas - tanto no presente feito como naquele relativo ao REsp nº 1.823.911/PE - na qualidade de *amici curiae*, a teor do que prevê o art. 138 do CPC/2015.

As requerentes se apresentaram como associações sem fins econômicos, focadas no “associativismo dos usuários de portos e de transportes marítimos, especialmente no transporte de contêiner” (e-STJ fl. 350). Afirmaram possuir associados das Regiões Sul e Sudeste do país, que “*têm participado ativamente da regulação do setor de transporte marítimo, especialmente na defesa da concorrência nos transportes aquaviário e na busca do serviço adequado*” (e-STJ fl. 348), e que “*seus associados, bem como todos os usuários do transporte marítimo, podem ser prejudicados, caso a indefinição do prazo prescricional seja mantida*” (e-STJ fl. 349).

Postularam, assim, o deferimento de seu ingresso na condição de *amici curiae* e a consequente concessão do prazo de 15 (quinze) dias para a manifestação escrita quanto ao mérito da questão objeto dos mencionados recursos especiais repetitivos bem como pelo reconhecimento do direito de sustentarem oralmente em audiência pública.

Tal pleito foi indeferido por decisão singular (e-STJ fls. 425/427) e não foi apresentado pelos requerentes nenhum fundamento que se revele suficiente para justificar a reconsideração do que ali restou decidido.

A propósito, vale anotar que a orientação desta Corte Superior a respeito da interpretação a ser dada ao art. 138 do CPC/2015 tem se consolidado no sentido de que a intervenção formal no processo repetitivo, por aqueles que se apresentem como eventuais *amici curiae*, deve se dar por meio da atuação de entidades de âmbito nacional.

Tal entendimento prevaleceu, por exemplo, quando do julgamento, pela Segunda Seção, do REsp nº 1.251.331/RS, oportunidade em que a relatora do feito, Ministra Maria Isabel Gallotti, fez consignar no voto condutor do acórdão prolatado as seguintes considerações:

“(...) Considero que a representatividade das pessoas, órgãos ou entidades referidos deve relacionar-se, diretamente, à identidade funcional, natureza ou finalidade estatutária da pessoa física ou jurídica que a qualifique para atender ao interesse público de contribuir para o aprimoramento do julgamento da causa, não sendo suficiente o interesse em defender a solução da lide em favor de uma das partes (interesse meramente econômico).

Penso que a intervenção formal no processo repetitivo deve dar-se por meio da entidade de âmbito nacional, sob pena de prejuízo ao regular e célere andamento de tal importante instrumento processual.”

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA PETIÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. FORNECIMENTO PELO

PODER PÚBLICO DE MEDICAMENTOS QUE NÃO CONSTA EM ATOS NORMATIVOS DO SUS. INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO PARA ADMISSÃO DE AMICUS CURIAE. REQUISITOS DA UTILIDADE E CONVENIÊNCIA NÃO ATENDIDOS.

1. A participação do amicus curiae tem por escopo a prestação de elementos informativos á lide. a fim de melhor respaldar a decisão judicial que irá dirimir a controvérsia posta nos autos.

2. No caso em foco. o agravante não ostenta representatividade em âmbito nacional. A ausência de tal requisito prejudica a utilidade e a conveniência da sua intervenção.

3. A admissão de amicus curiae no feito é uma prerrogativa do órgão julgador, na pessoa do relator, razão pela qual não há que se falar em direito subjetivo ao ingresso. A propósito: RE 808202 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-143 PUBLIC 30-06-2017; EDcl no REsp 1483930/DF. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção, DJe 03/05/2017; EDcl no REsp 1110549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe 30/04/2010.

4. Agravo interno não provido.

“(Aglnt nos EDcl na PET no REsp nº 1.657.156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/4/2018, DJe de 18/4/2018).

Na hipótese, as associações requerentes (conforme elas próprias reconheceram) possuem representatividade adstrita apenas às regiões sul e sudeste do país, não preenchendo, assim, o supramencionado requisito referente à representativa de âmbito nacional, o que justifica o indeferimento de seu pleito de intervenção nas demandas representativas de controvérsia ora em apreço.

Impõe-se, portanto, o indeferimento do pedido de reconsideração de fls. 431/439 (e-STJ).

2 - Da prescrição da pretensão de cobrança de despesas de sobre-estadia de contêineres (demurrage) em contrato de transporte marítimo (unimodal).

Cinge-se a controvérsia a definir qual o prazo prescricional para a pretensão de cobrança de despesas de sobre-estadia de contêineres (demurrage) em contrato de transporte marítimo após a vigência do Código de Civil de 2002.

O advento do Código Civil de 2002 é marco temporal de significativa importância para a questão porque até então prevalecia na jurisprudência pátria a orientação (firmada por esta Corte Superior a partir do julgamento do REsp nº 176.903/PR - cujo acórdão foi publicado no DJ de 9/4/2001) de que a devolução tardia da unidade de carga (contêiner) se equiparava à sobre-estadia do navio, aplicando-se, assim, o mesmo prazo prescricional de 1 (um) ano previsto no art. 449, 3, do Código Comercial.

O referido dispositivo legal ostentava a seguinte redação:

“Art. 449 - Prescrevem igualmente no fim de 1 (um) ano:(...)3 - As ações de frete e primagem, estadia e sobreestadia, e as de avaria simples, a contar do dia da entrega da carga”.

Faz-se necessário aqui um breve adendo. Em 20 de fevereiro de 1998 entrou em vigor a Lei nº 9.611/1998 que, dentre outras providências, dispôs sobre o que denominou “Transporte Multimodal de Cargas”, definido como “aquele que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal” (art. 2º).

Referida norma estabeleceu, ainda, em seu art. 22, que

“(…) as ações judiciais oriundas do não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal deverão ser intentadas no prazo máximo de um ano, contado da data da entrega da mercadoria no ponto de destino ou, caso isso não ocorra, do nonagésimo dia após o prazo previsto para a referida entrega, sob pena de prescrição”.

A distinção entre o que se denominou ser transporte multimodal e o transporte dito unimodal, pelo menos para fins de definição do prazo prescricional aplicável à eventual pretensão de cobrança de despesas de sobre-estadia de contêineres, até a entrada em vigor do novo Código Civil não se fazia relevante, já que, ainda que se admitisse a existência de demurrage no transporte multimodal, o prazo previsto para ambos os casos necessariamente seria ânua. No caso do transporte unimodal, por força do estabelecido pelo Código Comercial, e no do transporte multimodal em virtude da específica regra do art. 22 da Lei nº 9.611/1998.

Ocorre que o referido art. 449 do Código Comercial foi revogado expressamente pelo Código Civil de 2002 (art. 2.045), o que ensejou a necessidade de reexame da legislação vigente para o fim de definição do prazo prescricional a ser aplicado à pretensão de cobrança de despesas de sobre-estadia decorrentes da tardia devolução da unidade de carga (contêiner) em contrato transporte marítimo (unimodal).

Quanto ao eventual ajuizamento de ações fundadas no não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal, não há nenhuma dificuldade. O prazo prescricional para pretensões de tal natureza permanece sendo de 1 (um) ano, haja vista a existência de expressa previsão legal nesse sentido (art. 22 da Lei nº 9.611/1998).

A dúvida surge no tocante à sobre-estadia oriunda de contrato do chamado transporte unimodal, ou seja, aquele realizado a partir da utilização de uma única modalidade de transporte.

É justamente essa a hipótese dos autos, sendo incontroverso que a presente ação tem como pano de fundo a execução de contrato de transporte meramente marítimo (unimodal, portanto).

Cumprido anotar, de pronto, que a questão ora controvertida não encontra solução no art. 8º do Decreto-Lei nº 116/1967.

Referido dispositivo não guarda nenhuma relação com a hipótese dos autos, visto que estabelece prescreverem, “ao fim de um ano, contado da data do término da descarga do navio

transportador”, as ações decorrentes do eventual extravio da carga transportada, bem como da falta de conteúdo, diminuição, perdas e avarias ou danos a esta, nada dispondo, portanto, quanto à pretensão de cobrança pelo transportador dos valores relativos à sobre-estadia de seus contêineres.

De igual maneira, a aplicação analógica do art. 22 da Lei nº 9.611/1998 na hipótese vertente, ainda que se afirme patente a similitude de algumas das atividades desempenhadas em transporte unimodal e multimodal, afigura-se absolutamente incabível, pois não se coaduna com os princípios gerais que regem o Direito Civil brasileiro, além de constituir verdadeiro atentado à segurança jurídica, cuja preservação se espera desta Corte Superior.

É justamente a diferença existente entre as atividades desempenhadas pelo transportador marítimo e aquelas legalmente exigidas do Operador de Transporte Multimodal que revela por si só a manifesta impossibilidade de se estender à pretensão de cobrança de despesas decorrentes da sobre-estadia de contêineres (pretensão do transportador unimodal contra o contratante do serviço) a regra que estabelece o prazo prescricional ânua para as ações fundadas no não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal (pretensões dos contratantes do serviço contra o Operador de Transporte Multimodal).

Vale destacar que, no caso do transporte unimodal (marítimo), a responsabilidade do transportador é restrita ao percurso marítimo, que se inicia após o recebimento da carga a bordo do navio no porto de origem, cessando imediatamente após o içamento das cargas e o consequente desembarque no porto de destino. Ou seja, os demais serviços e atos correlatos, tais como desembarço aduaneiro, transporte, desunitização dos contêineres etc. são de exclusiva responsabilidade do afretador e, por tal motivo, a demora na conclusão desse procedimento pode resultar em demasiado atraso na devolução dos contêineres utilizados no transporte da carga ao transportador.

Tal situação não se verifica no transporte multimodal de cargas, visto que este compreende, consoante expressamente disposto pelo art. 3º da Lei nº 9.611/1998,

“(...) além do transporte em si, os serviços de coleta, unitização, desunitização, movimentação, armazenagem e entrega de carga ao destinatário, bem como a realização dos serviços correlatos que forem contratados entre a origem e o destino, inclusive os de consolidação e desconsolidação documental de cargas”.

Em outras palavras, em nenhum momento a unidade de carga deixa de estar sob a posse e o controle do operador de transporte multimodal, sendo descabido falar, em caso tal, na existência de responsabilidade do contratante por suposta sobre-estadia de contêineres.

Além da dessemelhança das situações em apreço, certo é que, em se tratando de regras jurídicas acerca de prazos prescricionais, a interpretação analógica ou extensiva nem sequer é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Revela-se oportuno mencionar a sempre atual lição de Pontes de Miranda, para quem “as regras

jurídicas sobre prescrição não de ser interpretadas estritamente, repelindo-se a própria interpretação analógica” (Tratado de Direito Privado, Tomo VI. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, pág. 317).

Nesse mesmo sentido, aderindo à lição de Washington de Barros Monteiro, assim leciona Yussef Said Cahali ao discorrer a respeito da natureza jurídica da prescrição:

“(…) Quando se diz que a prescrição é de ordem pública, tem-se em mente que foi estabelecida por considerações de ordem social, e não no interesse exclusivo dos indivíduos. Ela, assim, existe independentemente da vontade daqueles a quem possa prejudicar ou favorecer. A lei que a cria é rigorosamente obrigatória.

Em razão de sua natureza, as regras jurídicas sobre a prescrição devem ser interpretadas estritamente, repelindo-se a própria interpretação extensiva ou analógica.

Conforme advertência de Washington de Barros Monteiro. ‘na matéria em exame as disposições são sempre de aplicação estrita, não comportando interpretação ex tensiva, nem analogia; a interpretação será sempre restritiva (RT 145/71, 178/220). Na dúvida, deve-se julgar contra a prescrição, meio antipático de extinguir-se a obrigação (RT 144/534)’ (Prescrição e Decadência, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 24 - grifou-se)

A própria inteligência do caput do art. 205 do Código Civil evidencia a impossibilidade de interpretação analógica ou extensiva de norma sobre prescrição, visto que estabelece o prazo prescricional decenal como regra geral a ser aplicada nas hipóteses em que prazo inferior não seja expressamente fixado por lei.

Confira-se a literalidade do mencionado dispositivo: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

Como se vê, o Código Civil vigente manteve a técnica já adotada pelo revogado diploma de estabelecer um prazo geral para as ações a que a legislação não previsse prazo prescricional específico e, dessa maneira, apesar de não ser mais necessária a distinção entre a natureza real ou pessoal dessas demandas - já que o prazo geral, a teor do art. 205 do novo Código Civil, passou a ser único (decenal) -, permanece atual também a lição de Antônio Luís da Câmara Leal, que, ao tratar do prazo prescricional à luz das disposições do Código Civil de 1916, ensinava:

“(…) O prazo prescricional, ou tempo da prescrição, é aquele que a lei expressamente estabelece para cada ação. Ele varia de legislação para legislação.

Nosso Código Civil estatui um prazo geral para as ações pessoais e para as reais, e prazos especiais para diversas ações. Pelo que toda ação, para a qual não haja um prazo especial, fica sujeita ao prazo geral, segundo sua natureza pessoal ou real.” (Da Prescrição e da Decadência, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959, pág. 41)

Desse modo, **diante da certeza de que o art. 22 da Lei nº 9.611/1998 não alcança as ações de cobrança de despesas de sobre-estadia decorrentes da execução de contrato de transporte de**

cargas unimodal e de que inexistente lei especial vigente que defina prazo prescricional específico para a referida pretensão, a matéria deve ser regida pelas disposições insertas no Código Civil.

Não por outro motivo é que ambas as Turmas julgadoras integrantes da Segunda Seção desta Corte Superior há muito têm reconhecido que, **a depender das especificidades de cada caso concreto, o prazo prescricional a ser observado para o ajuizamento de ações de cobrança por sobre-estadia de contêineres pode ser quinquenal** (a teor do disposto no art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil) **ou decenal** (conforme o preconizado pelo art. 205 do Código Civil, ante seu *caráter eminentemente* residual).

Melhor dizendo, em se tratando de transporte unimodal de cargas, **quando a taxa de sobre-estadia objeto da cobrança for oriunda de disposição contratual que estabeleça os dados e os critérios necessários ao cálculo dos valores devidos a título de ressarcimento pelos prejuízos causados em virtude do retorno tardio do contêiner, será quinquenal o prazo prescricional. Caso contrário, ou seja, nas hipóteses em que inexistente prévia estipulação contratual, aplica-se a regra geral do art. 205 do Código Civil, ocorrendo a prescrição em 10 (dez) anos.**

A propósito:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES. PRAZO PRESCRICIONAL. SÚMULA N. 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. A jurisprudência do STJ se pacificou no âmbito da Segunda Seção no que se refere ao prazo prescricional para o ajuizamento da ação que busca a cobrança da taxa de sobre-estadia de contêineres. Com efeito, caso não haja a previsão da referida taxa no contrato celebrado entre as partes, o prazo prescricional será de dez anos, nos termos do art. 205 do CC/2002. Por outro lado, na hipótese de o instrumento contratual prever tal cobrança, a regra de incidência da prescrição será a prevista no art. 206, § 5º, I, do CC/2002, isto é, cinco anos.

2. Estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento desta Corte, é inafastável a aplicação da Súmula n. 83/STJ.3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp nº 1.400.718/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 2/9/2014, DJe 8/9/2014 - grifou-se).

“DIREITO COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES (DEMURRAGE). REVOGAÇÃO DO ART. 449 DO CÓDIGO COMERCIAL PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002. APLICAÇÃO DO ART. 206, § 5º, I, DO CC.

1. Esta Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp 176.903/PR (publicado no DJ de 9/4/2001), entendeu que há equiparação entre a devolução tardia da unidade de carga (contêiner) à sobre-estadia do navio, aplicando-lhe o mesmo prazo prescricional de 1 ano previsto no art. 449, 3, do Código Comercial, que regulava especificamente o tema, mas que foi revogado pelo Código Civil de 2002.

2. A taxa de sobre-estadia, quando oriunda de disposição contratual - que estabelece os dados e critérios necessários ao cálculo dos valores devidos, os quais deverão ser aferidos após a devolução do contêiner, pela multiplicação dos dias de atraso em relação aos valores das diárias -, gera dívida líquida e certa, fazendo incidir o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil.

3. Urge, não obstante, registrar uma importante diferenciação, pois, caso não conste no contrato de afretamento nenhuma previsão acerca da devolução serôdia da unidade de carga, eventual demanda que vise à cobrança dos valores de sobre-estadia obedecerá ao prazo prescricional decenal, haja vista a ausência de disposição legal prevendo prazo menor (art. 205 do Código Civil, ante o seu caráter eminentemente residual).

4. No caso, ressoa inequívoca a não ocorrência da prescrição, uma vez que: (i) as datas de devolução dos contêineres, segundo quadro demonstrativo formulado pela credora à fl. 13, vão de 19/8/2008 a 25/11/2008; e (ii) a ação de cobrança foi ajuizada em 13/5/2010 (fls. 3-11), anteriormente ao decurso do prazo de 5 anos.

5. Recurso especial não provido.”

(REsp nº 1.355.173/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 17/2/2014 - grifou-se)

“DIREITO COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES (DEMURRAGE). REVOGAÇÃO DO ART. 449 DO CÓDIGO COMERCIAL. TAXA PREVISTA NO CONTRATO. OBRIGAÇÃO LÍQUIDA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. ARTIGO 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL.

1. A taxa de sobre-estadia, quando oriunda de disposição contratual - que estabelece os dados e critérios necessários ao cálculo dos valores devidos, os quais deverão ser aferidos após a devolução do contêiner, pela multiplicação dos dias de atraso em relação aos valores das diárias -, gera dívida líquida e certa, fazendo incidir o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil’ (REsp nº 1.335.173/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 17/02/2014).

2. Recurso especial provido.”

(REsp nº 1.192.847/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/5/2014, DJe 1º/8/2014).

Vale destacar, ainda, que essa mesma orientação jurisprudencial foi consolidada no âmbito da Segunda Seção em duas oportunidades: no julgamento do AgRg no EREsp nº 1.355.173/SP (DJ de 20/8/2014) e no julgamento do REsp nº 1.340.041/SP. Vale conferir as ementas dos arestos exarados naquelas oportunidades:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SOBREESTADIA DE CONTÊINERES. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL APLICÁVEL. POSIÇÃO PACIFICADA. SÚMULA Nº 168//STJ.

1. Esta Corte Superior já firmou entendimento no sentido de serem incabíveis embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado (Súmula nº 168/STJ).

2. As Turmas integrantes da Segunda Seção desta Corte Superior pacificaram o entendimento de que a taxa de sobre-estadia, quando oriunda de disposição contratual - que estabelece os dados e critérios necessários ao cálculo dos valores devidos, os quais deverão ser aferidos após a devolução do contêiner, pela multiplicação dos dias de atraso em relação aos valores das diárias -, gera dívida líquida e certa, fazendo incidir o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg nos EREsp nº 1.355.173/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/8/2014, DJe 20/8/2014 - grifou-se).

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA POR SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES. TRANSPORTE MARÍTIMO. UNIMODAL. ‘TAXA’ DE SOBRE-ESTADIA PREVISTA CONTRATUALMENTE. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 206, §5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO PRAZO PREVISTO NOS ARTS. 8º DO DECRETO-LEI Nº 116/1967 E 22 DA LEI Nº 9.611/1998. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ação de cobrança de valores relativos a despesas de sobre-estadia de contêineres (demurrage) previamente estabelecidos em contrato de transporte marítimo (unimodal). Acórdão recorrido que afastou tese defensiva de prescrição anual da pretensão autoral.

2. Recurso especial que reitera pretensão da demandada (afretadora) de que se reconheça prescrita a pretensão da autora (armadora) a partir da aplicação ao caso, por analogia, do prazo prescricional de 1 (um) ano de que tratam os arts. 8º do Decreto-Lei nº 116/1967 e 22 da Lei nº 9.611/1998.

3. Para as ações fundadas no não cumprimento das responsabilidades decorrentes do transporte multimodal, o prazo prescricional, apesar da revogação do Código Comercial, permanece sendo de 1 (um) ano, haja vista a existência de expressa previsão legal nesse sentido (art. 22 da Lei nº 9.611/1998).

4. A diferença existente entre as atividades desempenhadas pelo transportador marítimo (unimodal) e aquelas legalmente exigidas do Operador de Transporte Multimodal revela a manifesta impossibilidade de se estender à pretensão de cobrança de despesas decorrentes da sobre-estadia de contêineres (pretensão do transportador unimodal contra o contratante do serviço) a regra prevista do art. 22 da Lei nº 9.611/1998 (que diz respeito ao prazo prescricional anual aplicável às pretensões dos contratantes do serviço contra o Operador de Transporte Multimodal).

5. Além disso, as regras jurídicas sobre a prescrição devem ser interpretadas estritamente, repelindo-se a interpretação extensiva ou analógica. Daí porque afigura-se absolutamente incabível a fixação de prazo prescricional por analogia, medida que não se coaduna com os princípios gerais que regem o Direito Civil brasileiro, além de constituir verdadeiro atentado à segurança jurídica, cuja preservação se espera desta Corte Superior.

6. Por isso, em se tratando de transporte unimodal de cargas, quando a taxa de sobre-estadia objeto da cobrança for oriunda de disposição contratual que estabeleça os dados e os critérios necessários ao cálculo dos valores devidos a título de ressarcimento pelos prejuízos causados em virtude do retorno tardio do contêiner, será quinquenal o prazo prescricional (art. 206, §5º, inciso I, do Código Civil). Caso contrário, ou seja, nas hipóteses em que inexistente prévia estipulação contratual, aplica-se a regra geral do art. 205 do Código Civil, ocorrendo a prescrição em 10 (dez) anos.

7. No caso, revela-se inequívoco o acerto da Corte local ao concluir pela não ocorrência da prescrição, haja vista que (i) a devolução dos contêineres deu-se entre os dias 10/9/2008 e 16/10/2008 e (ii) a ação de cobrança foi ajuizada em 5/5/2010, muito antes, portanto, do decurso do prazo de 5 (cinco) anos.

8. Recurso especial não provido.”

(REsp nº 1.340.041/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/6/2015, DJe de 4/9/2015 - grifou-se grifou-se).

Para concluir, impõe-se anotar que, desde a uniformização da matéria pela Segunda Seção,

o entendimento supramencionado vem sendo esposado sem nenhuma ressalva em todos os feitos submetidos à apreciação desta Corte julgadora, sendo oportuno mencionar, à guisa de exemplo, os seguintes julgados: AgInt no **AREsp nº 925.335/SP**, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 27/9/2019; AgInt no **AREsp nº 1.367.405/SP**, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 28/5/2019; **AgInt no REsp nº 1.732.420/SP**, Relatora a Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe de 27/3/2019; **AgInt no AREsp nº 1.247.795/RS**, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 22/3/2019; AgInt no AREsp nº 1.344.602/SP, Relator o Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 27/2/2019; AgInt no AREsp nº 842.151/SP, Relator o Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 7/4/2017; AgInt nos EDcl no **REsp nº 1.500.955/SP**, Relator o Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe de 22/2/2017; AgInt no **AREsp nº 559.203/PE**, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 30/9/2016, e **AgInt no AREsp nº 925.119/SC**, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 23/8/2016.

3 - Da tese jurídica para os efeitos do art. 1.040 do CPC/2015

Diante de todo o contexto processual, fixa-se a seguinte tese para efeitos do art. 1.040 do CPC/2015:

A pretensão de cobrança de valores relativos a despesas de sobre-estadias de contêineres (*demurrage*) previamente estabelecidos em contrato de transporte marítimo (unimodal) prescreve em 5 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil de 2002.

4 - Da resolução do caso concreto

Retomando o caso concreto, ressoa inequívoco o acerto da Corte local ao concluir pela não ocorrência da prescrição, haja vista (i) a devolução dos contêineres ter ocorrido em 19 de abril de 2014 e (ii) a ação de cobrança ter sido ajuizada em 11 de janeiro de 2017, muito antes, portanto, do decurso do prazo de 5 (cinco) anos.

Assim, não há como prosperar a presente irresignação recursal. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Suspensão de Execução de Sentença n. 4003130-86.2020.8.24.0000 de Itajaí

Requerente: Município de Itajaí

Advogado: Rodrigo Aquino Bucussi (OAB: 24813/SC)

Requerido: Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Itajaí

Interessados: Fernando Martins Pegorini e outros

Advogado: Roberto Fernando de Souza (OAB: 4169/SC) Interessado: Prefeito do Município de Itajaí

Advogada: Jackson Jacob Duarte de Medeiros (OAB: 20615/SC)

Interessado: Diretor do Serviço Municipal de Água, Saneamento Básico e Infraestrutura Semasa

Interessado: Serviço Municipal de Água Saneamento Básico e Infraestrutura de Itajaí - Semasa

Advogado: Diogo Vitor Pinheiro (OAB: 18216/SC)

Interessado: Diego Antônio da Silva

Advogado: Glauco Marcelo de Moraes (OAB: 10222/SC) Relator: Des. João Henrique Blasi (1º Vice-Presidente)

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

Município de Itajaí deduziu pedido de suspensão de sentença proferida pela titular da Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registro Público daquela Comarca, nos autos n. 0312299-61.2018.8. 24.0033, referentes a ação popular movida por Fernando Martins Pegorini, Nikolas Reis Moraes dos Santos, Robison José Coelho, Otto Luiz Quintino Júnior e Edson Alexandre Lapa da Silva contra o respectivo Alcaide e outros.

A pretensão, no feito originário, atina com a nulificação de Termo de Compromisso firmado entre a Municipalidade e a autarquia local Semasa (Serviço Municipal de Água, Saneamento Básico e Infraestrutura) e de Aditivo sobre ele incidente, visando ao ressarcimento do Município relativamente a valores alusivos a obras de limpeza e de saneamento básico por este realizadas nos anos de 2014, 2015 e 2016, assim como a condenação das autoridades demandadas a indenizarem reportada autarquia em montante a ser apurado no contexto de liquidação de sentença.

A sentença concluiu pela procedência do pedido, nos seguintes termos:

Ante o exposto, extinguindo o feito com resolução de mérito, com fulcro no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTES os pedidos iniciais da presente Ação Popular, proposta por

Fernando Martins Pegorini, Nikolas Reis Moraes dos Santos, Robison José Coelho, Otto Luiz Quintino Júnior e Edson Alexandre Lapa da Silva em face de Volnei José Morastoni, de Diego Antônio da Silva e do Município de Itajaí, e:

1) DECLARO NULO o Termo de Compromisso firmado entre o Município de Itajaí e o SEMASA, em 16 de agosto de 2.018, por meio do qual a Autarquia reconheceu a obrigação de pagar a conta de limpeza urbana dos exercícios de 2014, 2015 e 2016 e ressarcir o Município no valor de R\$ 35.000.000,00 (pp. 1.705/1.707). Por consequência, fica prejudicado o primeiro aditivo ao referido Termo de Compromisso, firmado em 18 de março de 2.020 (pp. 1.773/1.774);

2) CONDENO os Réus a restituírem aos cofres do SEMASA a quantia recebida pelo Município de Itajaí, em função do Termo de Compromisso, ora declarado nulo, bem como, por consequência, do seu aditivo. Os valores deverão ser devidamente atualizados;

3) DEFIRO o pedido de tutela provisória de urgência e determino a suspensão da vigência do Termo de Compromisso em questão firmado entre o Município de Itajaí e o SEMASA, e, por consequência, do seu aditivo, e, ainda, determino a devolução do valor de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões), repassados no dia 20.03.2020, o que deve ser feito em 10 (dez) dias.

Custas pelos Réus, pro rata, observada a isenção do Município de Itajaí (alínea h do art. 35 da Lei Complementar n. 156/97).

Condeno os Réus ao pagamento de honorários advocatícios no valor de em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). (fl. 168)

Em razão disso a Municipalidade pleiteou a suspensão da sentença, fazendo-o à luz do seguinte pedido:

[...] requer seja o presente requerimento de suspensão para conceder liminarmente a suspensão dos efeitos da sentença até o trâmite final da de manda, conforme proferida pelo r. Juízo da Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidente do Trabalho e Registros Públicos da Comarca de Itajaí, Santa Catarina, Dra. Sonia Maria Mazzetto Moroso Terres, conforme p. 1825-1849 dos autos do processo nº. 0312299-61.2018.8.24.0033, com fulcro no § 7º do art. 4º da Lei nº. 8.437/1992, fazendo conseqüentemente com que:

- conceda-se liminarmente a suspensão dos efeitos da sentença no que se refere a declaração de nulidade do Termo de Compromisso firmado entre o Município de Itajaí e o SEMASA, em 16 de agosto de 2.018, por meio do qual a Autarquia reconheceu a obrigação de pagar a conta de limpeza urbana dos exercícios de 2014, 2015 e 2016 e ressarcir o Município no valor de R\$ 35.000.000,00 (pp. 1.705/1.707).

- conceda-se liminarmente a suspensão dos efeitos da sentença no que se refere a condenação dos Réus a restituírem aos cofres do SEMASA a quantia recebida pelo Município de Itajaí, em função do Termo de Compromisso, ora declarado nulo, bem como, por consequência, do seu aditivo. Os valores deverão ser devidamente atualizados;

- conceda-se liminarmente a suspensão dos efeitos da sentença no que se refere ao deferimento do pedido de tutela provisória de urgência e determina a suspensão da vigência do Termo de Compromisso em questão firmado entre o Município de Itajaí e o SEMASA, e, por consequência, do seu aditivo, e, ainda, determino a devolução do valor de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões), repassados no dia 20.03.2020, o que deve ser feito em 10 (dez) dias. (fls. 139 e 140)

Por decisão lançada às fls. 204 a 212 deferi liminarmente a suspensão dos efeitos da sentença prolatada por entender presentes os requisitos normados pela Lei n. 8.437/92.

Pelo Ministério Público o Procurador de Justiça Alexandre Herculano Abreu opinou pelo indeferimento do pedido exordial e pela revogação do provimento liminar, invocando, em epítome, os reflexos negativos da pandemia causada pelo novo coronavírus sobre o Semasa, cujo caixa estaria aquém das suas correspondentes obrigações (fls. 1.988 a 1.998).

Sobreveio manifestação do Município, acompanhada de documentos, invocando a regularidade financeira da aludida autarquia (fls. 2.009 a 2.013), sobre os quais se facultou o exercício do contraditório, tendo o Parquet feito novo pronunciamento em que reafirmou o parecer antes exarado (fls. 2.020 e 2.021).

É o relatório.

Consoante averbado, de pronto, na decisão concessiva do provimento liminar requestado (fls. 204 a 212), o pedido de suspensão formalizado pela Municipalidade não se presta para reformar, rever ou desconstituir a decisão sentencial impugnada, porquanto “as razões para se obter a sustação da eficácia da decisão não estão no conteúdo jurídico ou antijurídico da decisão, mas na sua potencialidade de lesão ao interesse público, como bem salientou o Min. Edson Vidigal no AgRg 39-SC (2003/018807-1) ao dizer que ‘o pedido de suspensão de liminar não possui natureza jurídica de recurso, ou seja, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma’”. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de Segurança - Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público, Ed. RT, pp. 88/89).

No mesmo compasso o Supremo Tribunal Federal assentou que:

[...] no pedido de suspensão não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. (Suspensão de Liminar n. 102 AgR/SP, rel^a. Mina. Ellen Gracie, j. em 17.3.2008).

O suporte normativo para casos como o sob exame ressaí do art. 4º da Lei nº. 8.437/92, assim redigido:

Art. 4º 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.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

A propósito do preceptivo acima transcrito o Ministro Dias Toffoli, da Suprema Corte, anota que:

[...] a utilização do instrumento da medida de contracautela de suspensão de segurança pressupõe a demonstração de que o ato questionado apresenta potencial risco de abalo grave à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas (art. 4º, caput, da Lei nº 8.437/1992; art. 15 da Lei nº 12.016/2009 e art. 297 do RISTF). Com efeito, ao indicar tais circunstâncias como causas de pedir da suspensão, a própria lei indica causas de “natureza eminentemente política e extrajurídica, diferenciando-se das causas que geralmente justificam outros meios de impugnação de decisões judiciais” e que se revelam como “conceitos jurídicos indeterminados, a serem apreciados pelo julgador perante o caso concreto”.(ARABI, Abhner Youssif Mota. Mandado de Segurança e Mandado de Injunção. 2ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, pp. 152/153).

No mais, o Regimento Interno deste Sodalício extrata-se o seguinte regramento:

Art. 15. São competências e atribuições do 1º vice-presidente do Tribunal de Justiça: [...]

IV – decidir o pedido de suspensão de liminar e de sentença proferida contra o Poder Público ou seus agentes em mandado de segurança, ação popular, ação civil pública e habeas data, resolvendo os incidentes que se suscitarem;

Alicerçada nessas diretrizes a decisão deferitória do provimento liminar, por mim proferida, enfatiza que:

[...] A teor do termo de compromisso juntado aos autos originários (fls. 1.705 e seguintes), Município e Semasa decidiram por cabo a contenda administrativa entre eles existente, versante sobre valores atinentes às despesas com limpeza pública nos exercícios de 2014, 2015 e 2016.

Por força dessa avença o Semasa refluiu do entendimento que vinha sustentando e reconheceu sua responsabilidade pela gestão e execução, inclusive financeira, da política municipal de saneamento básico, nela inserida a limpeza pública, nos termos da Lei local n. 6.472/2013, e, como corolário, reconheceu sua obrigação de pagar ao Município pelos referidos serviços de limpeza por este executados (fl. 1.706).

A decisão judicial que a Municipalidade intenta ver suspensa, proferida na ambiência da actio popularis proposta, invalidou o reportado termo de compromisso, bem assim o aditivo sobre ele incidente, determinando a devolução da verba repassada pela Semasa, parte dela em um decêndio, sob o sinete de tutela provisória de urgência.

Em tempos de inusitada crise econômico-social, gerada pela pandemia da Covid-19, por certo a imposição sentencial, e notadamente o acatamento ao “pedido de tutela provisória de urgência [com a consequente] suspensão da vigência do Termo de Compromisso em questão [...] e do seu aditivo, [...] e a devolução do valor de R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões), repassados no dia 20.03.2020, [...] em 10 (dez) dias” (fl. 168), implica gravíssima lesão ao erário municipal.

Está patenteado, portanto, o periculum in mora a justificar a suspensão da sentença, de modo a evitar-se manifesta lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Afinal, é consabido que os Entes Públicos passam por ingentes dificuldades financeiras, dimanadas da Covid-19, situação da qual não se aparta o Município requerente, tanto que também reconheceu e proclamou situação de emergência por meio de diversos instrumentos normativos recentemente editados, tais como: Lei n. 7.141, Decreto n. 11.869, Decreto n. 11.871, Decreto n. 11.873, Decreto n. 11.874, Decreto n. 11.877, Decreto n. 11.879, Portaria n. 938 e Despacho n. 14 (fls. 170 a 198).

Nessa tessitura, os requisitos declinados no art. 4º da Lei n. 8.437/92 estão presentes, sobressaindo hialina necessidade de evitar-se grave lesão à saúde e à economia públicas, além da preservação da ordem e da segurança, que por certo seriam afetadas se mantido o comando sentencial de devolução de numerário para a Semasa no curso da grave crise pandêmica e econômico-social ora em curso.

Avulta, pois, de todo plausível a suspensão reivindicada.

Por outro vértice, importa anotar que, se ao final do trâmite processual da ação popular, sobejar definitivamente consagrada a procedência do pedido exordial nela veiculado, o comando decisório por certo poderá ser cumprido sem embaraços (fls. 210 a 212).

Emerge, por outro lado, do parecer exarado pelo Ministério Público, ponderação no sentido de que a suspensão deferida nestes autos poderá importar em danos à autarquia (Semasa), pelo que o interesse público estaria a recomendar a manutenção dos efeitos da sentença com a consequente restituição dos recursos (fls. 1.993 a 1.995).

Todavia, como consta da documentação trazida aos autos, o ente autárquico acha-se financeiramente hígido.

Com efeito, o Diretor-Geral do Semasa, em documento lavrado no dia 11.3.2020 (fls. 2.004 e 2.005) e encartado nos autos da ação popular (n. 0312299-61.2018.8.24.0033), expressa claramente que “os termos da petição de fls. 1730/1734, que afirma sem qualquer prova que o SEMASA está colocando em risco a manutenção do sistema de abastecimento de água, é totalmente fantasiosa, uma vez que, o Diretor Geral, tomou todas as precauções necessárias ao levantamento das despesas referente ao superávit, bloqueios orçamentários, bem como compromissos relativos as ações a serem implementadas no exercício em curso, conforme documento emitido pela diretoria Financeira” (fl. 2005).

Registra, ainda, a direção da autarquia que:

[...] após o último repasse dos valores propostos no Termo de compromisso, oriundo do Processo Administrativo 2510028/2019, resta dotação disponível para suprir os investimentos necessários à manutenção do sistema, pagamento de fornecedores, bem como as despesas inerentes à folha dos colaboradores.

Vale ressaltar novamente que, somente diante da resposta enviada pela Diretoria Administrativa Financeira à época dos fatos, é que se decidiu pelo pagamento de parte do valor remanescente do TDC (fl. 2.012).

Não há, pois, razão para supor que a não-reposição dos aludidos recursos financeiros para o

Semasa possa comprometer a qualidade do serviço por ele prestado. A mais disso, insta reavivar o que lançado na decisão por mim prolatada: “se ao final do trâmite processual da ação popular, sobejar definitivamente consagrada a procedência do pedido exordial nela veiculado, o comando decisório por certo poderá ser cumprido sem embaraços” (fl. 212).

Enfim, mostra-se cabível o deferimento do pedido de suspensão da sentença, a bem do interesse público, nos lindes do disposto no art. 4º da Lei nº. 8.437/92, de modo a evitar grave lesão, especialmente à área da saúde do Município requerente.

Pelo exposto, defiro o pedido de suspensão dos efeitos da sentença nos termos em que requerido.

Florianópolis, 8 de outubro de 2020.

Desembargador João Henrique Blasi
1º Vice-Presidente

Petição n. 0000593-88.2020.8.24.0000 de Biguaçu

Requerente: Relator da Apelação Cível n. 0302342-51.2017.8.24.0007

Interessado: José Pedro Macedo dos Santos

Advogados: João Antonio de Souza Trajano (OAB: 8165/SC) e outro

Interessado: Celesc Distribuição S/A

Advogados: Carlos Henrique Coelho Capella (OAB: 20591/SC) e outros

Relator: Des. João Henrique Blasi (1º Vice-Presidente/TJSC)

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

Tem-se apelação redistribuída ao Desembargador Ronei Danielli, na condição de integrante da 3ª Câmara de Direito Público (fls. 3 a 5), ante prévia declinação por parte do Desembargador Ricardo Fontes, integrante da 5ª Câmara de Direito Civil (fls. 1 e 2), apelação esta alusiva a ação indenizatória manejada por consumidor em desfavor de empresa privada concessionária de serviço público, tendo o primeiro, com espeque no art. 15, caput e inc. VI, do Regimento Interno desta Corte remetido os autos a esta Vice-Presidência com o escopo de definir-se a competência para processar e julgar tal recurso, à luz da fundamentação adiante reproduzida:

O presente recurso foi distribuído sob a égide do novo Regimento Interno desta Corte, o qual discrimina a competência de cada órgão fracionário em conformidade com as espécies catalogadas no Sistema de Gestão de Tabela Processuais Unificadas do Conselho Nacional de Justiça.

No presente caso, a demanda que originou o recurso consiste na pretensão de indenização por danos morais decorrentes do corte supostamente injustificado da energia em seu estabelecimento.

O anexo V do RITJSC imputa às Câmaras de Direito Público a competência para o julgamento de demandas envolvendo energia elétrica apenas nos casos em que a discussão versar sobre a concessão, permissão ou autorização do serviço público (9985 - Direito administrativo e outras matérias de direito público/10028 - Serviços/10073 - Concessão/permissão/autorização 10075 - Energia Elétrica) (fl. 3).

É, no essencial, o relatório.

A contenda diz com a fixação da competência para o julgamento de apelação interposta contra sentença proferida em ação de cariz indenizatório manejada por consumidor em desfavor de empresa privada concessionária de serviço público (Celesc Distribuição S/A).

O Regimento Interno desta Corte, parâmetro normativo aplicável para dirimir o conflito instalado, assim dispõe em seu art. 73:

Art. 73. São assuntos atribuídos especificamente:

I às câmaras de direito civil os elencados no Anexo III deste regimento;

II às câmaras de direito comercial os elencados no Anexo IV deste regimento;

III às câmaras de direito público os elencados no Anexo V deste regimento; e

IV às câmaras criminais os elencados no Anexo VI deste regimento. (grifou-se)

No invocado Anexo III, que trata da competência das Câmaras de Direito Civil, há os seguintes itens: Direito do consumidor (Nível 1, n. 1156), Responsabilidade do fornecedor (Nível 2, n. 6220), Indenização por dano material (Nível 3, n. 7780), Contratos de consumo (Nível 2, n. 7771) e Fornecimento de Energia Elétrica (Exceto remuneração do serviço público/tarifa - Nível 4, n. 7760)

Por outro lado, no referido Anexo V, que trata da competência dos Colegiados de Direito Público, constam como assuntos: Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público (Nível 1, n. 9985), Serviços (Nível 2, n. 10028), Concessão/Permissão/Autorização (Nível 3, n. 10073), Energia Elétrica (Nível 4, n. 10075).

Embora trate-se, no caso concreto, de ação proposta a desfavor de concessionária de serviço público, o que sugeriria, num primeiro visor, relação da demanda com a seara do Direito Público, não é dado olvidar que o feito versa acerca de pleito indenizatório pela prática de ato ilícito consistente em alegada indevida interrupção no fornecimento de energia elétrica.

Nesse contexto soa invocável a disposição engastada no preâmbulo do Anexo III, inc. I, alínea “b”, do Regimento Interno deste Sodalício. Ei-la:

A delimitação das competências das câmaras de direito civil observará o art. 70 deste regimento, os assuntos atribuídos neste anexo e as seguintes diretrizes:

I consideram-se como feitos de competência das Câmaras de Direito Civil as ações originárias e os respectivos incidentes: [...]

b) 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; [...] (grifou-se)

Assim sendo, emerge, no caso, a competência da reportada Câmara de Direito Civil para julgar o recurso em tela.

Essa é a intelecção que vem sendo adotada pela Câmara de Recursos Delegados desta Corte em casos quejandos. Confira-se pelas ementas adiante transcritas:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE INSTAURADO ENTRE A QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO (SUSCITANTE) E A TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

(SUSCITADA) DESTA CORTE DE JUSTIÇA. AÇÃO CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO REGRESSIVA. DANO A EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS RESULTANTE DE OSCILAÇÕES E TENSÕES NA REDE ELÉTRICA. PLEITO DEDUZIDO POR SEGURADORA CONTRA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (CELESC). COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DO ATO REGIMENTAL N. 149/2017-TJ. CONFLITO ACOLHIDO. O art. 3º do Ato Regimental n. 41/2000-TJ, após a edição do Ato Regimental n. 149/2017-TJ, 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”. Na hipótese vertente, tratando-se de recurso que versa sobre a responsabilização de concessionária de serviço público pelo prejuízo experimentado decorrente de suposta falha na prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica, exsurge indiscutível a competência de uma das Câmaras de Direito Civil deste Tribunal. (Autos n. 0019867-09.2018.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 28.8.2019 - destaquei).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO (SUSCITANTE) E A QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA CELESC DISTRIBUIÇÃO S.A. PREJUÍZOS DECORRENTES DA INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PERDA NA QUALIDADE DO FUMO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DO ATO REGIMENTAL TJ N. 135/16. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTROVÉRSIA QUE NÃO DIZ RESPEITO À DELEGAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO, MAS TÃO SOMENTE À REPARAÇÃO POR DANOS ORIUNDOS DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NATUREZA EMINENTEMENTE CIVIL DA MATÉRIA DE FUNDO. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (Autos n. 0013880-89.2018.8.24.0000, de Rio do Campo, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 7.11.2018 – destaquei).

Por fim, como obiter dictum, quadra exaltar que as Câmaras de Direito Civil de há muito vêm apreciando a matéria objeto do recurso que lastreia o incidente sob exame, consoante resai dos recentes arestos a seguir ementados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. RECURSO DA DEMANDANTE. 1.1. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. 1.2. ALEGADO ABALO MORAL EM RAZÃO DO DESLIGAMENTO DA ENERGIA ELÉTRICA NA RESIDÊNCIA DA AUTORA. 1.3. CANCELAMENTO DOS SERVIÇOS QUE SE DEU POR SOLICITAÇÃO DA TITULAR DO CADASTRO JUNTO À CELESC. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE QUE COMPETIA À REQUERENTE, NOVA LOCATÁRIA DO IMÓVEL. 2. HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS, NA FORMA DO ARTIGO 85, §§ 1º E 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 3. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0300510-09.2015.8.24.0021, de Cunha Porã, rel. Raulino Jacó Brüning, 1ª Câmara de Direito Civil, j. 16.11.2017 – destaquei).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CELESC. INTERRUPÇÃO DO

FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA E CONDENAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AVISO DE CORTE DE ENERGIA QUE VEIO SIMULTANEAMENTE COM A INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO SOB O ARGUMENTO DE EXISTÊNCIA DE FATURAS PENDENTES. TESE AFASTADA. AUTORA QUE COMPROVOU O PAGAMENTO DE TODAS AS FATURAS. CONCESSIONÁRIA QUE EM PEÇA DE DEFESA E EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO EXPLICOU A EXISTÊNCIA DE DÍVIDA REFERENTE A DANO EM REDE ELÉTRICA. AUTORA QUE ASSUMIU DÍVIDA DE FAMILIAR QUE SE ENVOLVEU EM ACIDENTE DE TRÂNSITO E DANIFICOU A REDE ELÉTRICA. CONTROVÉRSIA SOBRE A LICITUDE OU NÃO DA INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO POR DÉBITOS ALHEIOS AO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. RESOLUÇÃO Nº 414 DA ANEEL QUE DETERMINA AS HIPÓTESES QUE PODERÃO SER INTERROMPIDOS OS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA. HIPÓTESE DOS AUTOS NÃO PREVISTA NA RESOLUÇÃO. CONCESSIONÁRIA QUE NÃO TOMOU AS DEVIDAS CAUTELAS ANTES DE INTERROMPER O SERVIÇO E NÃO SE UTILIZOU DE VIAS MAIS BRANDAS PARA COBRAR O DÉBITO. AÇÃO ARBITRÁRIA DA EMPRESA. DEVER DE INDENIZAR. SERVIÇO DE CARÁTER ESSENCIAL. DANO MORAL IN RE IPSA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. QUANTUM ARBITRADO EM R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS) EM OBSERVÂNCIA AO CASO CONCRETO E AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 85, §11 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação Cível n. 0303008-37.2017.8.24.0012, de Caçador, rel. Haidée Denise Grin, 7ª Câmara de Direito Civil, j. 16.4.2020 – destaquei).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. INTERRUPÇÃO NA REDE ELÉTRICA FORNECIDA PELA CELESC. PROCEDÊNCIA À ORIGEM. INSURGÊNCIA DA RÉ. APLICAÇÃO DO CDC. NÃO COMPENSAÇÃO DO PAGAMENTO. ERRO NA DIGITAÇÃO DO CÓDIGO DE BARRAS. CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. PAGAMENTO EFETUADO EM TERMINAL DE AUTOATENDIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO. PROCEDIMENTO REALIZADO POR FUNCIONÁRIO DE CASA LOTÉRICA. FALHA DE TERCEIRO QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA. RISCOS DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. ABALO PRESUMIDO. Segundo entendimento sufragado por esta Corte, “ao permitir o pagamento das faturas de energia elétrica na rede bancária e em casas lotéricas credenciadas, [a requerida] assume o risco de ocorrer equívocos na transmissão de dados, devendo, portanto, responder pelos danos daí decorrentes” (TJSC, Apelação Cível n. 0313409-03.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Henry Petry Junior, 5ª Câmara de Direito Civil, j. 14.11.2017)” (AC n. 0010371-05.2013.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. André Carvalho, j. 21-5-2019). RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0307106-34.2015.8.24.0045, de Palhoça, rel. Ricardo Fontes, 5ª Câmara de Direito Civil, j. 28.1.2020 – destaquei).

Ante o exposto, com fulcro no art. 15, caput, e inc. VI, do Regimento Interno deste Tribunal, declaro competente para processar e julgar o recurso em tela a 5ª Câmara de Direito Civil.

Florianópolis, 5 de novembro de 2020

Des. João Henrique Blasi
1º Vice-Presidente/TJSC
Relator

Petição n. 0000550-54.2020.8.24.0000 de Blumenau

Requerente: Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade

Interessado: Vilmar Adilson Bráz de Lima

Advogados: Rodrigo Ulir Braz (OAB: 27837/SC) e outro Interessada: Roma Indústria de Móveis Ltda.

Interessado: Banco Cooperativo do Brasil S/A - Bancoob Advogado: Newton Dorneles Saratt (OAB: 19248/SC) Interessado: Banco do Brasil S/A

Advogado: Rafael Sganzerla Durand (OAB: 211648/SP)

Interessada: Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados do Planalto Catarinense

Advogados: Jefferson Nercolini Domingues (OAB: 6380/SC) e outro

Relator: 1º Vice-Presidente

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

Tem-se apelação redistribuída ao Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade, na condição de integrante da 7ª Câmara de Direito Civil, interposta no contexto de ação cautelar de sustação de protesto e de ação declaratória de inexistência de débito, anulatória de títulos, cancelamento de protesto e indenização por danos morais, tendo Sua Excelência, com espeque no art. 15, caput e inc. VI, do Regimento Interno desta Corte, endereçado os autos a esta Vice-Presidência, em 27.8.2020 (fl. 202), a fim de definir-se a competência para processar e julgar tal recurso. Eis a fundamentação de que lançou mão:

[...] Trata-se de Apelação Cível por meio da qual insurge-se o recorrente contra decisão de primeiro grau que julgou procedentes os pedidos formulados por Vimar Adilson Braz de Lima em face de Roma Indústria de Móveis Ltda, Banco Cooperativo do Brasil S.A. - Bancoob e Banco do Brasil S.A. nos autos da ação cautelar n. 0015291-56.2012.8.24.0008 e da ação declaratória n. 0016730-05.2012.8.24.0008.

Em primeiro grau, cuidam-se de Ação Cautelar de Sustação de Protesto e Ação Declaratória de Inexistência de Débito, Anulatória de Títulos, Cancelamento de Protesto e Indenização por Danos Morais.

Inicialmente, os autos foram distribuídos por sorteio para a Quarta Câmara de Direito Comercial, sob relatoria do Desembargador Lédio Rosa de Andrade. Todavia, em decisão monocrática de lavra do Desembargador Sérgio Izidoro Heil, a competência para processamento e julgamento do recurso foi declinada para uma das Câmaras de Direito Civil (fls. 653/656).

Os pedidos formulados pelo autor consistem, em apertada síntese, na sustação de protesto e indenização por dano moral em decorrência do protesto indevido de duplicatas, haja vista a desconstituição da relação jurídica que teria originado os títulos de crédito.

Além disso, as partes discutem, em suas razões, a responsabilidade da instituição financeira que consta como

cedente na duplicata levada à protesto e também questões pertinentes ao endosso-mandato.

Com a devida e máxima vênia pelo conteúdo da decisão, e elevadíssimo respeito devido ao seu reconhecido e renomado prolator, não parece competir às Câmaras de Direito Privado a apreciação da presente demanda.

A corroborar com a linha de raciocínio adotada, dispõe o art. 73, II do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, aplicável à espécie em vista da distribuição do presente recurso ter ocorrido em 02/08/2019(ou seja, depois de 01/02/2019)

[...]

Em complemento, estabelece o Anexo IV da referida normativa que compete às câmaras de direito comercial o julgamento de recursos afetos ao direito do consumidor, quando se tratar de pedido de indenização por dano moral decorrente de protesto indevido de título cambiário, matéria tratada no presente recurso, sendo, pois, imperativo o declínio de competência.

[...]

Ante o exposto, com amparo no art. 15, VI, do RITJSC, submete-se o presente impasse à apreciação do ilustre 1º Vice Presidente deste Tribunal, para definição sobre qual órgão fracionário deve julgar estas demandas. (fls. 660 a 663),

É, no essencial, o relatório

O recurso apelatório em foco foi interposto contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Blumenau em sede de ação cautelar de sustação de protesto e de ação declaratória de inexistência de débito, anulatória de títulos, cancelamento de protestos c/c indenização por danos morais com tutela antecipada propostas por particular em face das instituições financeiras rés e da sociedade empresária corré, que julgou procedentes os pedidos exordiais, condenando-as solidariamente ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais (fls. 344 a 356).

Insurgem-se as rés, ora apelantes, contra a condenação, alegando, dentre outros argumentos, a regularidade da cobrança por endosso-mandato do título de crédito, bem como do seu protesto (fls. 277 e 278, 300 a 302, e 319 dos autos principais).

Pois bem. Sobre a competência para apreciar o recurso em testilha, o art. 6º do Ato Regimental TJ n. 41/2000 determinou que, a partir de 1º de janeiro de 2001, seriam distribuídos:

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 de interesse de instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central, bem como os feitos relacionados a questões processuais das matérias previstas neste item.

Em 2002, a 1ª e a 2ª Câmaras Cíveis deste Tribunal passaram a ser denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Civil, criando-se a 3ª, conforme Ato Regimental TJ n. 57/2002, com igual competência. Posteriormente, com fulcro no Ato Regimental n. 85/2007, foi criada a 4ª Câmara de Direito Civil, ressaltando o art. 2º da referida normativa que “as novas Câmaras, criadas pelo artigo 1º, terão a mesma competência das demais Câmaras de seus respectivos Grupos”.

De igual modo a 3ª e a 4ª Câmaras Cíveis da Corte passaram a ser denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Comercial, com a criação da 3ª, conforme o Ato Regimental TJ n. 57/2002, que lhes atribuiu a seguinte competência:

[...] 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”;

Na sequência por meio do Ato Regimental TJ n. 85/2007, foi criada a 4ª Câmara de Direito Comercial, com igual competência.

Sobreveio o Ato Regimental TJ n. 110/2010, que criou a 5ª e a 6ª Câmaras de Direito Civil, no Grupo de Câmaras de Direito Civil (art. 1º, I); e a 5ª Câmara de Direito Comercial, integrante do Grupo de Câmaras de Direito Comercial (art. 1º, II); com “a mesma competência das demais câmaras de seus respectivos grupos ou seção” (art. 1º, § 3º).

Portanto, este Tribunal de Justiça, com a edição dos Atos Regimentais TJ ns. 57/2002 e 110/2010, passou, afinal, a ser composto por: a) um Grupo de Câmaras de Direito Civil, com a competência definida no art. 6º, inc. I, do Ato Regimental TJ n. 41/2000, integrado por seis Câmaras, vindo a ser criada, pela Emenda Regimental n. 1/2019, a 7ª Câmara dessa especialidade; e b) um Grupo de Câmaras de Direito Comercial, com competência definida no art. 3º do Ato Regimental TJ n. 57/2002, integrado por cinco Câmaras.

Dessume-se dos autos que a ação matriz está fundada em sustação de protesto de título por apontada nulidade, almejando-se a consequente responsabilização civil, por dano moral, das partes acionadas.

Incontroversamente, a discussão sobre o ato ilícito – ilegalidade/abusividade de protesto – requer a análise de institutos jurídicos do direito cambiário, no caso endosso mandato e endosso translativo.

Então, como o cerne da questão a ser dilucidada nos autos principais abarca discussão sobre institutos do direito cambiário, afinal, a simples leitura do recurso apelatório interposto disso dá conta, tanto que o banco apelante expressamente defende que “se trata de endosso mandato, e não como entendeu o magistrado, endosso translativo” (fl. 303 dos autos principais), impõe-se o julgamento do feito pela referida Câmara de Direito Comercial.

Nesse contexto, reafirma-se, emerge a competência da egrégia 4ª Câmara de Direito Comercial para processar e julgar o recurso referenciado.

Essa é a inteligência que vem sendo adotada por este órgão ancilar tal como repona a ementa adiante reproduzida:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITANTE) E A QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITADA). AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CANCELAMENTO DE PROTESTO. INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. PROTESTO DE TÍTULO POR INDICAÇÃO, IMPLEMENTADO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DISCUSSÃO, NAS RAZÕES DO APELO, SOBRE A RESPONSABILIDADE DO BANCO ENDOSSATÁRIO E A FIGURA DO ENDOSSO MANDATO. MATÉRIA ATRELADA AO DIREITO CAMBIÁRIO. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS 41/00 E 57/02. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL E DESTA CÂMARA. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (Autos n. 0017744-38.2018.8.24.0000, de Taió, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Câmara de Recurso Delegados, j. 7.11.2018 - destaquei).

Em remate, a título de reforço argumentativo, calha salientar que as Câmaras de Direito Comercial de há muito vêm julgando feitos dizentes com a temática objeto do recurso que lastreia o incidente sob exame, consoante se infere dos arestos à frente colacionados. Ei-los:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE E NULIDADE DE TÍTULOS DE CRÉDITO C/C CANCELAMENTO DO PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APELO QUE DISCUTE A LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E A RESPONSABILIDADE DO BANCO ENDOSSATÁRIO, NA MODALIDADE DE ENDOSSO MANDATO, POR PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA MERCANTIL. MATÉRIA DE NATUREZA COMERCIAL. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL PARA ANÁLISE DA IRRESIGNAÇÃO. EXEGESE DO ARTIGO 3º DO ATO REGIMENTAL N. 57/02 DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO QUE SE IMPÕE. RECURSO NÃO CONHECIDO. “Nos termos do art. 3º do Ato Regimental n. 57/02 - TJSC, é das Câmaras de Direito Comercial a competência para julgar demandas indenizatórias por indevido protesto de título de crédito contra instituições financeiras se envolver exame de alegações acerca da responsabilidade do endossatário que efetuou o referido protesto.” (Conflito de Competência n. 2014.070380-0, de Blumenau, rel. Des. Monteiro Rocha, Órgão Especial, j. 3.6.2015). (Apelação Cível n. 0500304-66.2012.8.24.0069, de Sombrio, rel. Salim Schead dos Santos, 1ª Câmara de Direito Comercial, j. 27.2.2018 - destaquei).

Apelação cível. “Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com cancelamento definitivo de protesto e indenização por danos morais”. Sentença de procedência. Títulos protestados (duplicatas) destituídos de causa debendi. Recurso do banco demandado. Alegação de ilegitimidade passiva ad causam. Endosso mandato. Endossatário que, por ato cul- poso, pode responder pelos danos oriundos de protesto indevido. Entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Repetitivo (artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973). Negligência da casa bancária caracterizada. Legitimidade passiva manifesta. Pleito de minoração do quantum reparatório. Valor arbitrado em R\$

20.000,00 (que, com os acréscimos legais, alcançaria, atualmente, R\$ 44.300,00). Critérios de fixação. Razoabilidade e proporcionalidade. Redução para R\$ 15.000,00 (o que importa na soma atualizada de R\$ 27.000,00, aproximadamente). Acolhimento do apelo do banco nesse ponto. Honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação. Exame que se realiza mediante a interpretação da norma vigente à época do decisum. Observância dos critérios relacionados nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do art. 20 do CPC/1973. Estipêndio mantido. Reclamo conhecido e provido, em parte. (Apelação Cível n. 0010879-73.2012.8.24.0011, de Brusque, rel. Ronaldo Moritz Martins da Silva, 3ª Câmara de Direito Comercial, j. 1º.8.2019 - destaquei).

DIREITO COMERCIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO E ABALO DE CRÉDITO - PROTESTO INDEVIDO - DUPLICATA SEM CAUSA DEBENDI - PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - RECURSO DO BANCO RÉU - 1. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO BANCO RÉU - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ENDOSSO-MANDATO - INCOMPROVAÇÃO DE EXTRAPOLAÇÃO DOS PODERES DO MANDATO OU DE ATO CULPOSO QUANDO DA APRESENTAÇÃO DO TÍTULO AO PROTESTO - PODERES LIMITADOS À APRESENTAÇÃO DO TÍTULO DE CRÉDITO - ACOLHIMENTO DO PLEITO RECURSAL NO TÓPICO - RECURSO DO SEGUNDO RÉU - 2. JULGAMENTO ULTRA PETITA - DANO MORAL - ARBITRAMENTO SUPERIOR AO VALOR REQUERIDO NA INICIAL - VALOR MERAMENTE SUGESTIVO - AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO - NULIDADE AFASTADA - 3. MINORAÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO - VALOR INADEQUADO AOS PARÂMETROS JURISPRUDÊNCIAS - VERBA REDUZIDA - 4. PEDIDO DE MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VERBA ADEQUADA - REDUÇÃO INACOLHIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE 1. A responsabilidade da casa bancária por protesto indevido de título sem causa debendi, mediante endosso mandato, só é possível quando extrapolados os poderes concedidos a ela ou em decorrência de ato culposo, como no caso em que esteja evidenciada a ciência acerca do pagamento anterior ao protesto ou da falta de higidez da cártula. 2. Incorre julgamento ultra petita no deferimento de indenização por danos morais em montante acima do requerimento inicial porque o pedido é estimativo. 3. Minora-se o quantum indenizatório que não atende o binômio razoabilidade/proporcionalidade, para que não seja fonte de enriquecimento ilícito à vítima e possa ser custeado pelo ofensor, sem que lhe cause ruína financeira. 4. Se a verba honorária está adequada ao que exige o zelo profissional demonstrado no trabalho do advogado, o tempo por ele despendido para o serviço e o proveito econômico obtido com a causa, inacolhe-se o pedido de minoração. (Apelação Cível n. 0000768-62.2010.8.24.0023, da Capital, rel. Monteiro Rocha, 5ª Câmara de Direito Comercial, j. 5.12.2019 - destaquei).

Dessa forma, com fulcro no art. 15, caput, e inc. VI, do Regimento Interno deste Tribunal, declaro competente para processar e julgar o recurso de apelação em tela a 4ª Câmara de Direito Comercial.

Florianópolis, 9 de novembro de 2020.

Des. João Henrique Blasi
1º Vice-Presidente/TJSC
Relator

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso Extraordinário n. 0001943-10.2019.8.24.0045/50000, de Palhoça

Recorrente: Giliarde Eduardo da Silva

Advogado: Osvaldo José Duncke (OAB: 34143/SC)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Proc. de Just.: Abel Antunes de Mello (Procurador de Justiça)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Giliarde Eduardo da Silva, com fulcro no art. 102, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil, interpôs Recurso Extraordinário contra acórdão da Segunda Câmara Criminal, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, para manter a condenação pelo delito previsto no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, substituída por duas restritivas de direitos (fls. 315-353 do processo digital).

Em síntese, alegou violação de domicílio e da nulidade das provas obtidas, bem como postulou sua absolvição pelo delito de tráfico privilegiado ou a sua desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas (fls. 1-15 do incidente n. 50000).

Apresentadas as contrarrazões ministeriais (fls. 19-26 do incidente n. 50000), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

De plano, adianta-se que o Recurso Extraordinário não reúne condições de ascender à Corte de destino.

1. Alínea “a” do art. 102, III, da Constituição da República

1.1 Não indicação da(s) norma(s) constitucional(is) supostamente violada(s)

Cumprido destacar, inicialmente, que a admissão do reclamo extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição da República, além da indicação do(s) dispositivo(s) constitucional(is) contrariado(s), exige a impugnação dos fundamentos da decisão recorrida ao interpretá-los, requisito imprescindível à compreensão da controvérsia jurídica.

Contudo, a defesa olvidou-se de indicar de forma clara e objetiva qual(is) dispositivo(s)

constitucional(is) teria(m) sido violado(s), de modo que não é possível compreender, com a exatidão exigida nesta esfera recursal extraordinária, tais pleitos.

Vale ressaltar que a citação de passagem de dispositivo constitucional, por si só, não basta para demonstrar a contrariedade a Constituição da República, sendo necessário a indicação precisa de dispositivo tido por violado, bem como a exposição das razões pelas quais entende que o decisor o teria malferido.

Assim, a admissão do reclamo, no ponto, encontra óbice na Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

Nesse norte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA E DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS ALEGADAMENTE CONTRARIADOS. SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 1.251.774 AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 20.3.2020, grifou-se).

Ou:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – FORMALIDADE – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL TIDO POR OFENDIDO – VERBETE Nº 284 DA SÚMULA DO SUPREMO. É inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. (ARE 1229999 AgR, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 4.2.2020, grifou-se).

Ainda:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 12.12.2018. DIREITO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO EXPRESSA, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DOS DISPOSITIVOS DADOS COMO CONTRARIADOS. SÚMULA 284 DO STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. MORTE DE ALUNO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESCOLA ESTADUAL. NECESSIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS DA CAUSA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. 1. A ausência de indicação expressa dos dispositivos constitucionais que teriam sido violados atrai a incidência da Súmula 284 do STF. 2. É inadmissível o extraordinário quando, para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, exija-se o reexame dos fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula 279 do STF. [...] (ARE 1.147.852 AgR, Relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, j. 18.10.2019, grifou-se).

E, mais:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 6.6.2019. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS QUE TERIAM SIDO VIOLADOS PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. 1. É incognoscível recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição da República, sem que a parte Recorrente tenha indicado os dispositivos constitucionais tidos

por violados. Súmula 284 do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, CPC. Nos termos do artigo 85, §11, CPC, majoro em ¼ (um quarto) a verba honorária fixada anteriormente, devendo ser observados os §§2º e 3º do mesmo dispositivo. (ARE 1.182.959 ED-AgR, Relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, j. 6.9.2019, grifou-se).

Por fim:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS ALEGADAMENTE CONTRARIADOS. SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 1.162.348 AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 6.8.2019, grifou-se).

Logo, a ausência de indicação precisa do(s) dispositivo(s) constitucional(is) que o recorrente entendeu ter(em) sido desrespeitado(s), torna os pedidos incompreensíveis e evidencia a inobservância ao princípio da dialeticidade.

1.2 Da alegada nulidade do feito por invasão de domicílio

O recorrente pugnou pela nulidade do feito, ao argumento de que os policiais ingressaram em sua residência sem autorização judicial.

Com efeito, o tópico ora suscitado integra uma multiplicidade de recursos fundados em idêntica questão de direito “Provas obtidas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão”, com reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional invocada (TEMA 280/STF).

Nesse passo, no julgamento do RE 603.616/RO, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal adotou a seguinte tese: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”.

Cita-se a ementa do acórdão paradigma:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio art. 5º, XI, da CF. **Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.** 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos flagrante delito, desastre ou para prestar socorro a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em

casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal.

5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida.

6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados.

7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso (grifou-se).

In casu, verifica-se que a conclusão exarada no acórdão impugnado está em consonância com aquela firmado pelo STF no julgamento do RE n. 606.616/RO (TEMA 280/STF), porquanto explicitou a possibilidade do referido procedimento, ainda que ausente a autorização judicial, diante da natureza permanente do delito em questão, assentando que o ingresso dos policiais na residência deu-se de maneira escorreita, destacando, inclusive, as circunstâncias da prisão em flagrante.

Portanto, estando o aresto combatido em conformidade com a jurisprudência da Corte destinatária, aplica-se à hipótese o disposto no art. 1.030, I, “a”, no Código de Processo Civil.

1.3 Do pleito absolutório/desclassificatório

Se não bastasse, o insurgente busca a absolvição do delito de tráfico privilegiado, ou, ainda, a desclassificação para uso próprio previsto no art. 28 da Lei de Drogas.

Entretanto, vê-se que o Tribunal estadual não discutiu, sob o viés constitucional, as matérias ora suscitadas, aspecto que evidencia a falta de prequestionamento destas e enseja a inadmissão do reclamo em face do óbice trazido pelos enunciados 282 e 356 da Súmula do STF, respectivamente: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida a questão federal suscitada”; “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

A propósito, conforme entendimento do Excelso Pretório, é indispensável que a decisão vergastada, inequivocamente, tenha se manifestado sobre a ótica constitucional, sendo inadmissível o prequestionamento implícito.

Nesse norte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE DIREITO LOCAL SÚMULA 280/STF SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC/15, ART. 85, § 11) NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE “TRABALHO ADICIONAL” POR PARTE DO VENCEDOR DA DEMANDA (NÃO APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES RECURSAIS) AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. A ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, pelo órgão judiciário de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza ante a falta de prequestionamento explícito de tal controvérsia a utilização do recurso extraordinário. Precedentes [...] (ARE 962.162 AgR/CE, Relator Ministro Celso de Mello, j. 16.9.2016, grifou-se).

Ou:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AO ART. 93, INCISO IX, DA CF/1988 NÃO CARACTERIZADA (TEMA 339). VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO, À AMPLA DEFESA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 660). VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REPERCUSSÃO GERAL NÃO RECONHECIDA (TEMA 182). AGRAVO DESPROVIDO. [...] 2. O Tribunal de origem não analisou a questão constitucional veiculada, não tendo sido esgotados todos os mecanismos ordinários de discussão INEXISTINDO portanto, o NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO que pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurígeno constitucional versado no recurso. Incidência das Súmulas 282 (É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada) e 356 (O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento), ambas desta CORTE SUPREMA. [...] 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 1.132.345 AgR/CE, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. 17.8.2018, grifou-se).

Ademais, verifica-se que as matérias de defesa articuladas neste reclamo são idêntica às aquelas expostas nas razões do apelo especial respectivo, de modo que o exame da afronta constitucional levantada implicaria, quando muito, ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, pois exigiria prévia análise da legislação infraconstitucional utilizada como fundamentos de decidir no acórdão vergastado.

Desse modo, inviável a ascensão do presente recurso extraordinário, conforme orientação da Suprema Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. TEMA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Para dissentir da conclusão do Tribunal de origem mostra-se necessário o reexame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, a revelar que a ofensa à Constituição, se existente, seria meramente reflexa. [...] Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1.012.203-AgR, Relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 12.4.2018, grifou-se).

E, mesmo que assim não fosse, o recurso não seria admitido porque os pleitos formulados – absolvição quanto ao crime de tráfico privilegiado e desclassificação para uso próprio – transbordam as funções do Supremo Tribunal Federal, porquanto a alteração do julgado demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no aresto combatido - o que é vedado nesta via, conforme preconizado na Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Por todas essas razões, o recurso não preenche os requisitos de admissibilidade.

2. Conclusão

Nessa compreensão:

a) **nega-se seguimento** ao recurso extraordinário, com fundamento no art. 1.030, i, “a”, do código de processo civil (tema 280/STF); e

b) **não se admite** o recurso extraordinário quanto às demais teses recursais.

Publique-se e intimem-se. Florianópolis, 4 de novembro de 2020.

Desembargador Volnei Celso Tomazini
2º Vice-Presidente

Recurso Especial n. 0007922-19.2003.8.24.0075/50001, de Tubarão

Recorrente: Bornhausen e Zimmer Advogados

Advogados: Rafael Barreto Bornhausen (OAB: 11328/SC) e outro

Recorrido: Município de Tubarão

Proc. Município: Layla da Silva Perito Volpato (OAB: 20364/SC) Interessada: Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil Interessado: Cláudio Golgo Advogados Associados S/C

Advogado: Claudio Roberto Nunes Golgo (OAB: 16743/SC)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Bornhausen e Zimmer Advogados, com fulcro no art. 105, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil, interpôs Recurso Especial contra acórdãos prolatados pela Segunda Câmara de Direito Público, que, por unanimidade: a) deu parcial provimento à apelação para majorar os os honorários advocatícios para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (fls. 740-749 dos autos principais); b) rejeitou os embargos declaratórios (fls. 12-25 do incidente n. 50000).

Em síntese, alegou negativa de vigência ao artigo 85, § 3º e 5º, do Código de Processo Civil, com o objetivo de questionar os critérios de fixação da verba honorária (fls. 1-10 do incidente n. 50001).

Sem que fossem apresentadas as contrarrazões, 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.

O recorrente sustenta inobservância aos dispositivos acima mencionados porquanto, no caso em tela, diversamente do exposto nos arestos combatidos, seria incabível a fixação da verba honorária mediante a apreciação equitativa (artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil), a qual constitui regra excepcional, de aplicação subsidiária, limitada aos casos nos quais não é possível auferir o valor do proveito econômico obtido, ou quando este for irrisório ou inestimável.

Nesse norte, explicita que, no caso em tela, os honorários devem ser arbitrados a partir das balizas descritas no artigo 85, §§ 2º, 3º e 5º, do mesmo diploma normativo, porquanto viável a aferição da quantia executada que valorou causa, a qual não se caracteriza como irrisória.

A respeito da controvérsia, o Órgão Fracionado consignou (fls. 743-749 dos autos principais):

2.2 O mérito

Cinge-se o mérito quanto à base de cálculo dos honorários advocatícios fixados em primeiro grau a serem

suportados pelo Município.

2.2.1 A introdução necessária

Os honorários advocatícios sucumbenciais restam adequados quando fundamentadamente fixados, independente do conteúdo da decisão, em percentual sobre, sucessiva e subsidiariamente, [a] o valor atualizado da condenação, [b] o valor atualizado do proveito econômico obtido, ou, não sendo possível mensurá-lo, [c] o valor atualizado da causa, à luz dos critérios qualitativos, quais sejam: [a] o grau de zelo do profissional; [b] o lugar de prestação do serviço; [c] a natureza e a importância da causa; e [d] o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Porém, sendo referidos parâmetros inestimáveis, nas perspectivas da não quantificabilidade ou da exorbitância, ou irrisórios, o juiz arbitrar a verba honorária mediante apreciação equitativa, conforme inteligência dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 1º, caput, da Lei n. 6.899/1981; 884 do Código Civil; 1º, 8º, 85, caput e §§ 2º, 6º e 8º, e 332, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015; e 1º, caput, e 5º, inc. LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ainda, importante consignar o teor do art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil, no sentido de que “nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais”, com percentuais mínimos e máximos de: [a] dez e vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos (inciso I); [b] oito e dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários- mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos (inciso II); [c] cinco e oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos (inciso III); [d] três e cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários- mínimos (inciso IV); e [e] um e três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos (inciso V).

De acordo com o § 4º do mesmo artigo, esses percentuais devem: [a] se líquida a sentença, ser aplicados desde logo (inciso I); [b] se ilíquida, ser aplicados após a liquidação do valor (inciso II); [c] incidir sobre o valor da causa, se inexistente condenação ou proveito econômico mensurável (inciso III); e [d] considerar o salário-mínimo vigente à data da sentença líquida ou da decisão de liquidação, conforme o caso (inciso IV).

Ainda, importante consignar que “quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente” (art. 85, § 5º, do CPC).

Esclarecido isso, passa-se à apreciação da insurgência recursal apresentada.

2.2.2 A espécie

Na situação vertente, constata-se que a verba foi fixada, em primeiro grau, em R\$ 2.000,00 com base no critério da equidade (art. 85, § 8º, do CPC).

O apelante sustenta, em síntese, que tal quantia é ínfima se comparada com o valor do proveito econômico obtido com a demanda e a verba deve ser arbitrada com base nesse montante, à luz do disposto no art. 85, §§ 2º, 3º e 5º do Código de Processo Civil.

Socorre-lhe acerto, em parte.

De fato, o valor fixado implica aviltamento do trabalho do causídico, porquanto obteve, com a demanda, o afastamento da cobrança de imposto no importe de R\$ 278.477,56 (fl. 7), razão pela qual o quantum merece ser majorado.

Por outro lado, não é viável arbitrar os honorários com base no valor atualizado do proveito econômico, pois isso implicaria apuração de montante excessivo e desproporcional (aproximadamente 30 mil reais), totalmente desconectado da realidade dos autos e dos critérios qualitativos de apuração da verba (incisos nos incisos I a IV, do § 2º, do art. 85, do CPC).

Com efeito, “a apreciação equitativa (art. 85, § 8º), até mesmo por isonomia, deve aplicada não só quando irrisório o proveito econômico, mas também nas causas de elevado valor, quando o caso o exigir, para que se evite o enriquecimento desproporcional com o caso concreto” (STJ, AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1807495/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 10-9-2019).

In casu, quanto às balizas qualitativas, verifica-se que:

- 1) Houve zelo profissional do patrono do autor, porquanto, tempestivamente e com qualidade, elaborou os atos processuais de sua competência, tais como: [a] petição de nomeação de bens à penhora (fls. 18/19; 61/67); [b] eceção de pré- executividade (fls. 88/107); [c] petições intermediárias (fls. 285/292; 46/348; 389/390; 546/548 e 635); e [d] recurso de apelação (fls. 712/719);
- 2) O processo tramitou na Vara da Fazenda Pública da comarca de Tubarão e o escritório do causídico está sediado em Florianópolis;
- 3) Trata-se de causa de relativa complexidade, envolvendo matéria exaustivamente debatida nesta Corte e nas Cortes Superiores, embora de demandas repetitivas, ajuizadas em massa; e
- 4) O feito tramitou desde o ajuizamento da execução, em 30-9-2003 (fl. 5) até o julgamento deste recurso, por mais de 17 anos.

Assim, dada a natureza e a importância da causa, que demonstram a singeleza do trabalho desempenhado frente à matéria debatida, aplicando-se o juízo equitativo de fixação (art. 85, § 8º, do CPC), a verba deve ser majorada para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), o que remunera adequadamente o trabalho desenvolvido pelo advogado, inclusive, no grau recursal (art. 85, § 11, do CPC).

Nesse aspecto, importa salientar que não se está a olvidar do entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “o juízo de equidade na fixação dos honorários advocatícios somente pode ser utilizado de forma subsidiária, quando não presente qualquer hipótese prevista no § 2º do art. 85 do CPC” (REsp n. 1.746.072-PR, rela. Mina. Nancy Andrighi, rel. Ac. Min. Raul Araújo, j. em 13/02/2019).

Nada obstante, compreende-se, data maxima venia, que a fixação dos honorários em atendimento aos critérios estabelecidos pelos §§ 2º, 3º e 5º do Digesto Processual Civil, na hipótese, ensejaria arbitramento desproporcional à atividade efetivamente desenvolvida pelo causídico.

Acerca da temática, colhe-se da jurisprudência deste Órgão Fracionário: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FEITO EXECUTÓRIO VISANTE A SATISFAÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTE DO PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA CATARINENSE - PRODEC. APELANTE QUE SUSTENTA A INCIDÊNCIA DE EXORBITÂNCIA NA FIXAÇÃO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIRMADA NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, LASTREADA EM PERCENTUAL SOBRE O PROVEITO ECONÔMICO OBTIDO COM A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. ELEVADO VALOR DO PROVEITO ECONÔMICO. APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DO ART. 85, §§2º E 3º, QUE RESULTARIA EM QUANTIA DESPROPORCIONAL. INCIDÊNCIA DO ART. 85, § 8º, DO CPC. APRECIÇÃO EQUITATIVA. REDUÇÃO PARA R\$ 10.000,00. RECURSO PROVIDO. “A base de cálculo dos honorários advocatícios é atualmente regida pelo art. 85 do NCPC, que estipula que a verba em desfavor da Fazenda Pública deve ser medida a partir de relação percentual com o valor da causa, proveito econômico ou condenação, excetuadas as hipóteses de valor inestimável ou resultado muito modesto (§ 8º). A rigor, o NCPC previu a apreciação equitativa do juiz para os casos em que a honorária se revele

ínfima, mas curiosamente não resguardou o mesmo tratamento quando o valor apurado for exorbitante se comparado ao trabalho efetivamente prestado. Daí se retira que, mesmo tendo o novo ordenamento processual buscado, de um lado, harmonizar a definição da quantia devida aos advogados e, de outro, retirar do magistrado a autonomia que antes possuía para esse mister, remanescem situações, assim como esta, em que o juízo de equidade ainda se revela fundamental, a fim de impedir um ganho demasiado e, também, a dissonância que a nova legislação quis justamente evitar” (AC n. 0304837-20.2017.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, j. 12-7-2018). (AC 0008650-07.2012.8.24.0023, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 10-3-2020) (grifou-se)

Aliás, destaca-se que mesmo após o julgamento do REsp 1.746.072, há decisões do Superior Tribunal de Justiça que têm admitido a apreciação equitativa em razão do valor excessivo do proveito econômico ou da causa:

1. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUÍZO DE EQUIDADE. VALOR EXORBITANTE. REVISÃO. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. AGRAVO INTERNO PROVIDO, DIVERGINDO DO RELATOR. (AgInt no REsp 1475050/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ Ac. Min. Benedito Gonçalves, j. em 1/10/2019);

[...]

Assim sendo, é de se manter a apreciação por equidade, apenas majorando o quantum fixado.

Dessarte, a Corte estadual reconheceu que, mediante o trabalho prestado na hipótese em tela, o causídico obteve o afastamento da cobrança de imposto no montante de R\$ 278.477,56, além de assentar que a prestação dos atos processuais de sua competência foi realizada de forma tempestiva e com qualidade.

Entretanto, diante da análise das particularidades do caso, tendo em vista também a natureza e a complexidade da causa, bem como o valor atualizado do proveito econômico, consignou a possibilidade de mitigação da literalidade do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, optando pela apreciação equitativa (artigo 85, § 8º, do mesmo Códex processual) para evitar arbitramento honorário desproporcional e excessivo, razões pelas quais considerou viável a majoração dos honorários para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Feitas tais considerações, ressalta-se que, na hipótese em apreço, é plausível a alegação de que os honorários recursais poderiam ter sido fixados com fulcro nos limites percentuais do § 3º do art. 85 do Código de Processo Civil, e não por equidade.

Sobre o tema, na sessão de julgamento do dia 13.2.2019, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 1.746.072/PR, confirmou o entendimento de que os honorários advocatícios podem ser fixados com base na equidade de forma subsidiária, nas hipóteses em que, havendo ou não condenação, for inestimável ou irrisório o proveito econômico obtido; ou muito baixo o valor da causa.

A propósito, cita-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido. (STJ, REsp 1746072/PR, Relatora Ministra Nancy Andrigui, Relator para acórdão Ministro Raul Araújo, j. em 13.2.2019).

No mesmo sentido, *mutatis mutandis*:

[...] 2. Os honorários advocatícios devem, ordinariamente, ser arbitrados com fundamento nos limites percentuais estabelecidos pelo art. 85, § 2º, do CPC/2015 sobre o proveito econômico obtido, ou, na impossibilidade de identificá-lo, sobre o valor atualizado da causa. A equidade prevista pelo § 8º do referido artigo somente pode ser utilizada subsidiariamente, apenas quando não possível o arbitramento pela regra geral ou quando inestimável ou irrisório o valor da causa.

3. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp 983.554/PR, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 14.8.2018).

Assim, ressalvadas as exceções previstas, a Corte Superior concluiu que o valor da verba honorária sucumbencial não poderia ser arbitrado por apreciação equitativa ou sem observância dos limites percentuais fixados pelo artigo 85, § 3º, do referido diploma legal, quando envolvidos entes públicos.

Nesse contexto, consoante descrito alhures, extrai-se da decisão hostilizada que o Órgão Julgador não considerou o valor da causa inestimável ou irrisório, ou seja, em princípio, não se tratou de situação em que a jurisprudência da Corte de destino permitiria o arbitramento dos honorários consoante a concepção de equidade prevista no § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil.

De outro vértice, a Corte destinatária também já decidiu que a aplicação literal da tarifação disposta no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil não pode ser analisada de forma isolada, e sim em observância aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. CANCELAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CAUSA. DESPROPORCIONALIDADE EVIDENCIADA. JUÍZO DE EQUIDADE. POSSIBILIDADE. 1. O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 85, dedicou amplo capítulo para os honorários advocatícios sucumbenciais, estabelecendo novos parâmetros objetivos para a fixação da verba, com a estipulação de percentuais mínimos e máximos sobre a dimensão econômica da demanda (§ 2º), inclusive nas causas envolvendo a Fazenda Pública (§ 3º), de modo que, na maioria dos casos, a avaliação subjetiva dos critérios legais a serem observados pelo magistrado servirá apenas para que ele possa justificar o percentual escolhido dentro do intervalo permitido. 2. Não é possível exigir do legislador que a tarifação dos honorários advocatícios por ele criada atenda com razoabilidade todas as situações possíveis, sendo certo que a sua aplicação em alguns feitos pode gerar distorções. [...] 5. O trabalho que justifica a percepção de honorários em conformidade com a tarifação sobre a dimensão econômica da causa contida no art. 85, § 3º, do CPC é aquele que de alguma forma tenha sido determinante para o sucesso na demanda, sendo certo que, nos casos de extinção com base no art. 26 da LEF, não é a argumentação contida na petição apresentada pela defesa do executado que respalda a sentença extintiva da execução fiscal, mas sim o cancelamento administrativo da CDA, o qual, segundo esse dispositivo, pode se dar “a qualquer título”. 6. Hipótese em que a aplicação do § 3º do art. 85 do CPC permitiria, em tese, que a apresentação de uma simples petição na execução, de caráter meramente informativo (suposta causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário), cujo teor nem sequer foi mencionado na sentença extintiva, a qual se fundou no cancelamento administrativo da inscrição em Dívida Ativa (art. 26 da LEF), ensejaria verba honorária mínima exorbitante em desfavor da Fazenda Pública municipal. [...] 7. Da sentença fundada no art. 26 da LEF, não é possível identificar objetiva e direta relação de causa e efeito entre a atuação do advogado e o proveito econômico obtido pelo seu cliente, a justificar que a verba honorária seja necessariamente deferida com essa base de cálculo, de modo que ela deve ser arbitrada por juízo de equidade do magistrado, critério que, mesmo sendo residual, na específica hipótese dos autos, encontra respaldo nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade preconizados no art. 8º do CPC/2015. 8. A aplicação do juízo de equidade na hipótese vertente não caracteriza declaração de inconstitucionalidade ou negativa de vigência do § 3º do art. 85 do CPC/1973, mas interpretação sistemática de regra do processo civil orientada conforme os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, tal como determina hoje o art. 1º do CPC/2015, pois fugiria do alcance dos referidos princípios uma interpretação literal que implicasse evidente enriquecimento sem causa de um dos sujeitos do processo, sobretudo, no caso concreto, em detrimento do erário municipal, já notoriamente insuficiente para atender as necessidades básicas da população. 9.

Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1795760/SP, Relator Ministro Gurgel de Faria, j. em 21.11.2019).

E:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. CONDENAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. ARBITRAMENTO POR CRITÉRIOS DE EQUIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Segunda Turma do STJ já declarou, recentemente, que a interpretação literal do dispositivo não pode ser realizada isoladamente, razão pela qual o arbitramento do valor a partir de critérios equitativos deve ser, também, observado. 2. O Tribunal de origem utilizou-se da apreciação equitativa, prevista no art. 85, § 8º, do CPC/2015, valendo-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. [...] 4. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp 1487778/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 24.9.2019).

No mesmo norte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO MEDIANTE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ASSENTIMENTO IMEDIATO DA FAZENDA PÚBLICA EXEQUENTE. CANCELAMENTO DO DÉBITO. CONDENAÇÃO DA FAZENDA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS, NO TRIBUNAL DE ORIGEM, EM R\$ 4.000,00 MEDIANTE APRECIÇÃO EQUITATIVA. PROCESSO SENTENCIADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO FUX. VALOR DO DÉBITO EXEQUENDO SUPERIOR A R\$ 2.700.000,00. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 85, § 8º. DO CÓDIGO FUX, UMA VEZ QUE NÃO SE TRATA DE CAUSA DE VALOR INESTIMÁVEL OU DE PROVEITO ECONÔMICO IRRISÓRIO. NAS AÇÕES DE VALOR PREFIXADO A VERBA HONORÁRIA NÃO DEVE SER ESTABELECIDA COM A EXCLUSÃO DESSE ELEMENTO QUANTITATIVO. OBSERVÂNCIA DO ART. 1º. DO REFERIDO CÓDIGO, DE FORMA A APLICAR AO CASO CONCRETO OS VALORES DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE PARA ADEQUAR O VALOR FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS À REALIDADE DO OCORRIDO NO PROCESSO. [...]

2. No caso presente, o proveito econômico obtido pelo contribuinte é de R\$ 2.717.008,23, de acordo com a Certidão de Dívida Ativa 1.215.928.910 (fls. 1) que foi cancelada pela Fazenda Pública Paulista após a citação da parte executada em face de ter sido exibida a prova de pagamento do débito, isso em incidente de exceção pré-executividade não resistida (conforme sentença de fls. 62). 3. Nesse contexto, uma primeira apreciação da situação mostra que não cabe a aplicação do art. 85, § 8º. do Código Fux, porquanto, como se vê, não se trata de causa de valor inestimável ou de irrisório o proveito econômico obtido, tendo em vista o valor envolvido na disputa. Poder-se-ia pensar que a hipótese deveria ser regulada, quanto aos honorários, pelas regras do § 3º. do art. 85 do Código Fux, mas isso acarretaria evidente distorção na fixação da verba honorária, tendo em vista que o trabalho profissional foi daqueles que podem ser classificados como sumários, simples ou descomplicados. 4. Essa orientação se mostraria, porém, excessivamente apegada à literalidade das regras legais. Seria um demasiado amor ao formalismo, desconsiderando a pressão dos fatos processuais, em apreço ao cumprimento da lei em situação que revela a sua acintosa inadequação. 5. O art. 1º. do Código Fux orienta que o processo civil observe princípios e valores, bem como a lei, significando isso a chamada justiça no caso concreto, influenciada pelas características e peculiaridades do fato- suporte da demanda, o que deve ser adequadamente ponderado. 6. Na hipótese em exame, como dito, inobstante o valor da causa (R\$ 2.717.008,23), o labor advocatício foi bastante simples e descomplicado, tendo em vista que a mera informação de pagamento de dívida tributária, moveu a Fazenda Pública exequente à extinção da própria execução; não houve recurso, não houve instrução e tudo se resolveu quase de forma conciliatória. 7. Desse modo, atentando-se para ao princípio da dita justiça no caso concreto, que deve, sempre, reger a jurisdição, ele há de prevalecer sobre outras premissas, embora igualmente prezáveis e importantes. Neste caso, em razão da baixa complexidade da causa, da curta duração do processo e da ausência de maior dilação

probatória, fixa-se em 1% a verba honorária advocatícia sobre o valor da execução. 8. Recurso Especial da Empresa parcialmente provido, para condenar a parte recorrida ao pagamento de honorários advocatícios ora fixados em 1% sobre o valor da execução. (STJ, REsp 1771147/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 5.9.2019).

Feitas tais considerações, tem-se que a tese recursal se encontra fundamentada em argumentação plausível, bem como que a verificação dos critérios utilizados e do quantum fixado a título dos honorários advocatícios não enseja, em tese, a aplicação do entendimento consolidado nos enunciados 7 e 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – respectivamente: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” e “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Ademais, o acórdão recorrido foi prolatado em última instância por Órgão Fracionário desta Corte Estadual, amoldando-se as razões recursais à hipótese prevista no artigo 105, III, alínea “a”, da Constituição da República quanto à suposta violação ao artigo 85, § 3º e § 5º, do Código de Processo Civil.

Nessa compreensão, **admite-se** o Recurso Especial.

Por fim, conforme requerido à fl. 10 deste incidente, determina-se que as futuras intimações sejam realizadas em nome do advogado Rafael Barreto Bornhausen (OAB/SC 11328).

Publique-se e intimem-se. Florianópolis, 23 de setembro de 2020.

Desembargador Volnei Celso Tomazini
2º Vice-Presidente

Recurso Especial n. 4012642-35.2016.8.24.0000/50000, de Blumenau

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Vanessa Valentini (OAB: 21142/SC) e outro Recorrido: TI Têxtil Industrial Ltda.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Estado de Santa Catarina, com fulcro no art. 105, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil, interpôs Recurso Especial contra acórdão da Segunda Câmara de Direito Público, que, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento e, nesse passo, manteve o reconhecimento da prescrição quanto ao pedido de redirecionamento da execução fiscal ao sócio gerente da empresa devedora em razão do transcurso do prazo de 05 (cinco) anos entre a citação da executada e o respectivo pedido (fls. 107-112 dos autos principais).

Em síntese, alegou negativa de vigência aos artigos 135, III, e 174, I, do Código Tributário Nacional, 4º, V, da Lei de Execução Fiscal e 189 do Código Civil, com o objetivo de questionar, primordialmente, o marco de início da contagem do prazo prescricional ao redirecionamento da execução fiscal em face de sócio administrador da empresa devedora (fls. 1-7 do incidente n. 50000).

Sem que fossem apresentadas as contrarrazões, o Recurso Especial foi sobrestado por decisão desta 2ª Vice-Presidência, pois abrangia matéria objeto da sistemática de recursos repetitivos (Tema 444/STJ) (fl. 10 deste incidente).

Em sessão realizada no dia 8.5.2019, o Superior Tribunal de Justiça apreciou a temática ao julgar o leading case respectivo (REsp 1.201.993/SP), cujo trânsito em julgado ocorreu em 17.2.2020.

Logo, cessou-se o sobrestamento do presente Reclamo e os autos vieram conclusos à 2ª Vice-Presidência (fls. 12-13 do incidente n. 50000), ocasião em que foram encaminhados à Câmara Julgadora para eventual juízo de retratação, consoante sistemática prevista no artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil, em virtude das teses firmadas no julgamento do TEMA 444/STJ (fls. 21-26 do mesmo incidente).

Oportunamente, o Órgão Fracionário procedeu ao juízo positivo de retratação (fls. 118-123 dos autos principais) e a parte recorrente, conquanto intimada para, querendo, manifestar-se acerca do interesse no prosseguimento do presente apelo, permaneceu inerte (fls. 29-31 do incidente n. 50000).

É o relatório.

De plano, adianta-se que o Recurso Especial está prejudicado pela perda superveniente do objeto.

Em suas razões recursais, o recorrente pugna pelo afastamento da prescrição quanto ao

pedido de redirecionamento do feito ao sócio-administrador da empresa executada, porquanto, in casu, somente a ciência da Fazenda Pública a respeito da dissolução irregular da pessoa jurídica constituiria o marco de início da contagem do respectivo prazo prescricional, em observância ao princípio da actio nata.

Conforme já mencionado alhures, tal questão se amolda à controvérsia de caráter repetitivo já decidida pela Corte Superior, relativa ao TEMA 444/STJ.

O Superior Tribunal de Justiça, em 25.10.2010, afetou o Recurso Especial 1.201.993/SP para julgamento segundo o rito dos recursos repetitivos e delimitou a seguinte questão de direito a ser analisada: “Questiona a prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica” (TEMA 444/STJ).

Em 8.5.2019, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin, resultaram firmadas as seguintes teses jurídicas:

(i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual;

(ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e,

(iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional. (STJ, REsp 1.201.993/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. em 8.5.2019). [grifos originais]

Assim, dessorbestado o presente Apelo e em observância ao disposto no artigo 1.030, II, do Código de Processo Civil, os autos foram encaminhados ao Órgão Julgador de origem (fls. 21-26 deste incidente), o qual procedeu ao juízo positivo de retratação para, em adequação às disposições do Tema 444/STJ, alterar o acórdão hostilizado e dar provimento ao recurso, de modo a afastar a prescrição relativa ao pedido de redirecionamento do feito ao sócio-administrador da empresa devedora e viabilizar o prosseguimento da execução fiscal na origem (fls. 118-123 dos autos principais).

A propósito, cita-se a ementa do aresto proferido em juízo de retratação:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.030, INCISO II, DO CPC/15) RELATIVO AO TEMA 444 DO STJ. REDIRECIONAMENTO DO FEITO EM FACE DO SÓCIO-GERENTE. PRETENSÃO QUE NASCE QUANDO O FISCO É CIENTIFICADO A RESPEITO DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ACTIO NATA. PEDIDO FORMULADO DENTRO DO LUSTRO LEGAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO PARA, REFORMANDO A DECISÃO ANTERIOR, DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO QUANTO AO REDIRECIONAMENTO DO FEITO AO SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA EXECUTADA.

“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente’ (Súmula 435 do STJ). Em sessão de maio de 2019 o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.201.993/SP, fixou a tese (Tema 444) de que, se a dissolução irregular da sociedade empresária for posterior à citação dela, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente (art. 135, III, do CTN) pode ser requerido em até cinco (5) anos após a Fazenda Pública tomar conhecimento, nos autos, do referido evento, aplicando nesses casos a teoria da ‘actio nata’, daí por que não se verifica a prescrição da respectiva pretensão antes de esgotado o mencionado prazo.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4027412-28.2019.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 19.5.2020).

Dessarte, como a decisão combatida restou reformada em juízo de retratação nos termos ora expostos, o Apelo nobre conseqüentemente perde seu objeto, porquanto caracterizada a ausência de interesse recursal ou de utilidade da prestação jurisdicional.

Afinal, “recurso prejudicado é recurso na qual a parte já não tem mais interesse processual, haja vista a perda do seu objeto enquadrando-se, portanto, no caso de inadmissibilidade recursal (ausência de requisito intrínseco de admissibilidade recursal)” (Marinoni, et al. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 879).

Nessa compreensão, em face da perda superveniente de objeto, diante da adequação da decisão combatida ao TEMA 444/STJ, resulta prejudicado o expediente Recursal.

Publique-se e intimem-se. Florianópolis, 1º de setembro de 2020.

Desembargador Volnei Celso Tomazini
2º Vice-Presidente

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso Especial n. 0001357-66.2006.8.24.0032/50000, Itaiópolis

Recorrente: Cooperativa Agroindustrial Alfa

Advogado: Diogenes Borelli Junior (OAB: 25903/SC)

Recorrido: Jaime Felczak

Advogada: Leni Marli Dornelles Paz (OAB: 1903/SC)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Cooperativa Agroindustrial Alfa, com base no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação ao artigo 921, inciso III e § 1º, do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial no que diz respeito à necessidade de intimação pessoal do credor para impulsionar o processo quando suspenso por falta de bens penhoráveis, para fins de reconhecimento da prescrição intercorrente.

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

Presentes os requisitos extrínsecos, passo à admissibilidade O recuso especial não reúne condições de ser admitido pelas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, ante o teor da Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o acórdão proferido pela Terceira Câmara de Direito Comercial, ao asseverar que o reconhecimento da prescrição intercorrente independe de intimação pessoal do credor para dar andamento ao feito, se harmoniza com o entendimento daquele Sodalício acerca da quaestio controvertida.

Bem a propósito, colhe-se do aresto recorrido (fls. 335/336):

[...] Pretende a cooperativa exequente a cassação do decisum extintivo, ao argumento de não ocorrência da prescrição intercorrente. Para tanto, alega que o feito permaneceu paralisado em razão da ausência de bens passíveis de penhora, bem ainda que seria indispensável a efetivação de intimação pessoal prévia, o que não restou observado no caso. Ao final, prequestiona a matéria debatida na lide.

A irresignação não merece acolhida.

Preambularmente, oportuno registrar que até pouco tempo, vigia nesta Câmara Julgadora entendimento segundo o qual tanto o arquivamento administrativo do feito decorrente da ausência de bens penhoráveis do devedor quanto a não realização de intimação pessoal prévia do exequente obstavam o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Entendia-se, em suma, que tais circunstâncias implicavam ausência de desídia processual por parte do credor.

Não obstante, ao apreciar recentemente a matéria no julgamento do REsp n. 1.604.412/SC, o egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou orientação jurisprudencial, em sede de Incidente de Assunção de Competência (Tema 1), no seguinte sentido:

(...) As teses a serem firmadas, para efeito do art. 947 do CPC/2015 são as seguintes:

1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980).

1.3 O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual).

1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição. (...) (rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 27.06.2018).

Nesse sentido, colhe-se do acervo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INTIMAÇÃO PESSOAL. NOVA ORIENTAÇÃO. DESNECESSIDADE. IAC NO REsp 1.604.412/SC. EFEITOS. MODULAÇÃO. INEXISTÊNCIA. TESE. APLICAÇÃO IMEDIATA. NÃO PROVIMENTO.

1. A Segunda Seção desta Corte firmou entendimento de que não há necessidade de intimação pessoal do exequente para que tenha curso a prescrição intercorrente.

2. Entendimento que tem aplicação imediata, porquanto não houve modulação de efeitos.

3. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, Quarta Turma, AgInt no REsp n. 1.769.992/PR, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 24/09/2019; grifou-se).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA NO AMBITO DO CPC/73. CABIMENTO, INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO PARA DAR ANDAMENTO AO FEITO, NOS TERMOS DO IAC NO REsp 1604412/SC. NO ENTANTO, HÁ NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE PARA OPOR ALGUM FATO IMPEDITIVO À INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. CONTRADITÓRIO JÁ EFETIVADO. EXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. INÉRCIA DO EXEQUENTE EM DAR PROSSEGUIMENTO AO FEITO.

1. A Segunda Seção do STJ, em sede de Incidente de Assunção de Competência, no âmbito do REsp 1604412/SC, definiu as seguintes teses a respeito da prescrição intercorrente:

“1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece

inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002;

1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, contase do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980);

1.3 O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual);

1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição” (REsp 1604412/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 27/06/2018, DJe 22/08/2018).

2. Na hipótese o processo ficou paralisado por mais de três anos, sem que houvesse suspensão do lapso prescricional com fundamento na ausência de bens penhoráveis (CPC/73, art. 791, III ou CPC/15, art. 921, III, § 2º), pois já efetivada a constrição de bem do devedor, com emissão de certidão para registro da penhora. Por conseguinte, o arquivamento se deu unicamente pela inércia do exequente em impulsionar o feito, não havendo falar em suspensão do feito por ausência/insuficiência de bens penhoráveis ou em não localização do devedor.

3. Portanto, mostram-se atendidos todos os requisitos exigidos no referido precedente para fins de reconhecimento da prescrição intercorrente. Ademais, verifica-se que o reconhecimento da prescrição intercorrente não se deu ex officio, já que a exequente, ora recorrida, devidamente intimada defendeu que “o prazo da prescrição intercorrente tem por termo inicial a data da remessa dos autos ao arquivo [...] levando-se em consideração que o prazo da prescrição intercorrente é de 03 (três) anos, o termo final da mesma se daria em 26/04/2015” e que “para o reconhecimento da prescrição intercorrente, seria necessária a intimação pessoal do Autor da ação” (fl. 1183-1184).

4. Agravo interno não provido (STJ, Quarta Turma, AgInt no REsp 1751971/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 04/02/2020; grifou-se)

Ante o exposto, não admito o recurso especial. Intime-se.

Florianópolis, 25 de setembro de 2020.

Desembargador Salim Schead dos Santos
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial n. 0306459-80.2014.8.24.0075/50000, Tubarão

Recorrente: Claro S/A

Advogado: Julio Cesar Goulart Lanes (OAB: 24166/SC) Recorridos: Alcinei Nandi Guarezi e outro

Advogados: Marivaldo Bittencourt Pires Junior (OAB: 18096/SC) e outros

DECISÃO MONOCRÁTICA

Claro S/A, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, alegando violação aos arts. 5º da CF/88; e 51, inciso III, da Lei n. 8.245/1991; além de divergência jurisprudencial no que diz respeito à interpretação conferida ao relatado dispositivo de lei federal.

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

Presentes os requisitos extrínsecos, passo à admissibilidade O recurso especial merece ascender pelas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, no que se refere ao art. 51, inciso III, da Lei de Locações e ao correlacionado dissenso pretoriano, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade, haja vista que a decisão judicial recorrida é de última instância; o reclamo encontra-se tempestivo e preparado; o subscritor das razões está habilitado nos autos; e houve o prequestionamento da matéria.

Além disso, a parte recorrente transcreveu fragmentos dos acórdãos atacado e paradigmas, acostando cópias destes em seu inteiro teor, além de ter realizado o necessário cotejo analítico, demonstrando a similitude fática e jurídica entre os julgados ditos dissidentes, conforme determinam os arts. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil e 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Extrai-se do acórdão recorrido (fls. 236/237):

De outro lado, destaca-se que a atividade desenvolvida pela locatária não configura fundo de comércio, uma vez que “o contrato de locação tem por finalidade a instalação de Estação Rádio-Base, para desenvolvimento da atividade de exploração do serviço de telefonia celular” (p. 34), razão pela qual não caracteriza “ponto comercial” sobre o imóvel, excluindo a prerrogativa prevista ao locatário na Lei n. 8.245/91, visto que não preenchido os requisitos do art. 51 da mencionada Lei.

Recentemente, a Corte de Uniformização Infraconstitucional decidiu em sentido diametralmente oposto àquele adotado pela Primeira Câmara de Direito Civil deste Tribunal de Justiça, reconhecendo que as estações de rádio base de telefonia apresentam características de fundo de comércio, em julgado assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RENOVATÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. IMÓVEL LOCADO PARA INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR. ESTRUTURA ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. FUNDO DE COMÉRCIO. CARACTERIZAÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação renovatória de locação de imóvel ajuizada em 29/06/2015, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 14/03/2018 e concluso ao gabinete em 26/10/2018.

2. O propósito recursal é dizer se a “estação rádio base” (ERB) instalada em imóvel locado caracteriza fundo de comércio de empresa de telefonia móvel celular, a conferir-lhe o interesse processual no manejo de ação renovatória fundada no art. 51 da Lei 8.245/91.

3. Por sua relevância econômica e social para o desenvolvimento da atividade empresarial, e, em consequência, para a expansão do mercado interno, o fundo de comércio mereceu especial proteção do legislador, ao instituir, para os contratos de locação não residencial por prazo determinado, a ação renovatória, como medida tendente a preservar a empresa da retomada injustificada pelo locador do imóvel onde está instalada (art. 51 da lei 8.245/91).

4. Se, de um lado, a ação renovatória constitui o mais poderoso instrumento de proteção do fundo empresarial; de outro lado, também concretiza a intenção do legislador de evitar o locupletamento do locador, inibindo o intento de se aproveitar da valorização do imóvel resultante dos esforços empreendidos pelo locatário no exercício da atividade empresarial.

5. As estações de rádio base (ERBs), popularmente reconhecidas como “antenas”, emitem sinais que viabilizam as ligações por meio dos telefones celulares que se encontram em sua área de cobertura (célula). E a formação de uma rede de várias células - vinculadas às várias ERBs instaladas - permite a fluidez da comunicação, mesmo quando os interlocutores estão em deslocamento, bem como possibilita a realização de várias ligações simultâneas, por meio de aparelhos situados em diferentes pontos do território nacional e também do exterior.

6. As ERBs se apresentam como verdadeiros centros de comunicação espalhados por todo o território nacional, cuja estrutura, além de servir à própria operadora, responsável por sua instalação, pode ser compartilhada com outras concessionárias do setor de telecomunicações, segundo prevê o art. 73 da Lei 9.472/97, o que, dentre outras vantagens, evita a instalação de diversas estruturas semelhantes no mesmo local e propicia a redução dos custos do serviço.

7. As ERBs são, portanto, estruturas essenciais ao exercício da atividade de prestação de serviço de telefonia celular, que demandam investimento da operadora, e, como tal, integram o fundo de comércio e se incorporam ao seu patrimônio.

8. O cabimento da ação renovatória não está adstrito ao imóvel para onde converge a clientela, mas se irradia para todos os imóveis locados com o fim de promover o pleno desenvolvimento da atividade empresarial, porque, ao fim e ao cabo, contribuem para a manutenção ou crescimento da clientela.

9. A locação de imóvel por empresa prestadora de serviço de telefonia celular para a instalação das ERBs está sujeita à ação renovatória.

10. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1790074/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 28/06/2019 – grifou-se).

Portanto, a medida que se impõe é a admissão do recurso especial e a sua remessa ao Superior Tribunal de Justiça.

Assim, admitido o recurso especial por um de seus fundamentos, dispensável a análise das demais teses, as quais serão devolvidas integralmente à apreciação do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, admito o recurso especial e determino a sua remessa ao Superior Tribunal de Justiça.

Intimem-se.

Florianópolis, 23 de julho de 2020.

Desembargador Salim Schead dos Santos
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial n. 0300099-93.2014.8.24.0087/50004, Lauro Müller

Recorrente: Willian Adriano

Advogados: Valdirlei Zanelatto (OAB: 34297/SC) e outros Recorrido: Sul América Seguros de Pessoas e Previdência S/A Advogados: Paulo Antônio Muller (OAB: 30741AS/C) e outro

DECISÃO MONOCRÁTICA

Willian Adriano, com base no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação aos artigos 6º, incisos III e IV, 14, 46, 47, 51, inciso IV, e 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor; 371, 373, inciso II, 411, inciso II, 426, 489, § 1º, inciso IV, 502, 503, 1.013 e 1.022, inciso II, do Código de Processo Civil; e 422, 423, 765 e 801, § 1º, do Código Civil.

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

Presentes os requisitos extrínsecos, passo à admissibilidade Inicialmente, cumpre destacar que o recurso especial em análise envolve questão afeta ao direito do segurado de ser informado a respeito das cláusulas contratuais restritivas/limitativas compreendidas em contrato de seguro de vida em grupo, temática comum a demandas análogas, tanto que, em setembro de 2018, foi alçada ao Superior Tribunal de Justiça, após a seleção de dois recursos representativos de controvérsia (REsp n. 1.784.662/SC e REsp n. 1.782.032/SC), nos termos dos artigos 1.030, inciso IV, e 1.037, do CPC/2015, e artigo 256, § 2º, inciso VI, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ.

Os aludidos recursos representativos de controvérsia não foram afetados à sistemática dos recursos repetitivos, já que, segundo o eminente Relator, “o tema não está suficientemente discutido, tampouco há entendimento amadurecido sobre ele” (STJ, Decisão monocrática, REsp 1.784.662/SC e REsp 1.782.662/SC, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 21.05.2019). Daí porque, no exame de admissibilidade dos recursos especiais que versavam sobre a matéria, reputava-se inaplicável a análise à luz da Súmula n. 83 do Superior Tribunal de Justiça, que pressupõe entendimento sedimentado dessa Corte.

Sucede que, recentemente, as Terceira e Quarta Turmas da Corte da Cidadania (que compõem a Segunda Seção) estabilizaram a matéria, firmando orientação no sentido de que, em contratos de seguro de vida em grupo, compete à seguradora esclarecer os segurados/consumidores acerca do produto oferecido, suas condições, cobertura e limitações, não sendo suficiente que preste informações apenas ao estipulante.

A propósito, colhe-se a ementa do acórdão proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a lavra da Ministra Nancy Andrighi:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. INAPLICABILIDADE. DISCUSSÃO SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE JURÍDICA. SEGURADORA. DEVER DE INFORMAÇÃO SOBRE AS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS EM FACE DOS SEGURADOS CONSUMIDORES.

1. Cuida-se, na origem, de ação de cobrança de indenização securitária, relativa a seguro de vida em grupo.
2. Debatendo o recurso especial sobre questão eminentemente jurídica, bem delimitada no acórdão recorrido, não há que se falar na incidência dos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ.
3. **No seguro de vida em grupo, a seguradora deve esclarecer previamente tanto os segurados-consumidores como o estipulante acerca do produto oferecido, suas condições, cobertura e restrições, de modo a não os induzir em erro. Precedentes da 3ª e 4ª Turmas deste Tribunal.**
4. Agravo interno não provido.” (STJ - Terceira Turma, AgInt no REsp 1834913/SC, Relª. Ministra Nancy Andrighi, j. 10/08/2020, DJe 14/08/2020 grifou-se).

Vale ressaltar que, no corpo do v. aresto, a eminente Ministra Relatora registrou expressamente que a não afetação do tema relacionado ao dever de informação em contratos de seguro de vida em grupo à sistemática dos recursos repetitivos não significa “ausência de jurisprudência”.

Nesse norte, merece destaque o seguinte excerto:

“Por fim, a respeito das demais alegações trazidas pelo agravante, convém salientar que a simples rejeição de proposta de afetação do tema em análise não significa a ausência de jurisprudência do STJ a ser observada pelas instâncias ordinárias. Como cediço, a afetação de tema para o rito dos recursos especiais repetitivos possui requisitos especiais - dado, evidentemente, a maior vinculatividade do precedente a ser formado -, juízo esse que não impacta, de forma alguma, o julgamento ‘comum’ realizado por esta Corte.” (grifou-se).

Em reforço, salienta-se que os recursos especiais admitidos por esta Terceira Vice-Presidência foram parcialmente providos a fim de que os autos retornassem ao Colegiado de origem para análise do cumprimento do dever de informação pela seguradora.

Nesse sentido:

“[...] O TJSC entendeu que o dever de prestar informações ao consumidor seria apenas da estipulante. Confira-se:

No entanto, a hipótese trata de seguro de vida em grupo, contratado pela empregadora da parte autora/ Apelante, cujas condições de contratação e principalmente de aderência por parte dos empregados são específicas, já que entabuladas diretamente entre seguradora e estipulante, não tendo como se exigir da Apelada a cientificação prévia e expressa dos segurados acerca das cláusulas previstas nas condições gerais.

Em outras palavras, ‘a característica principal deste tipo de contrato de seguro (em grupo) é justamente a existência de um ajuste entre o estipulante (pessoa física ou jurídica), neste caso a empregadora do autor,

e a seguradora, em favor de terceiro (beneficiário), sem participação direta deste dos termos e condições contratados'. (TJSC, Apelação Chiei n. 0300378-04.2015.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 28-11-2019).

Aliás, conforme se extrai da leitura do contrato em questão, a responsabilidade de comunicação e repasse dessas informações aos segurados é da estipulante, motivo pelo qual não pode a seguradora ser responsabilizada por eventual desídia da contratante, neste sentido (fls. 117/118 - item '27', alíneas 'c', 'f' e 'i', das condições gerais do contrato) (e-STJ, fls. 385/386).

A jurisprudência do STJ orienta, porém, que o dever de informação a respeito das condições do contrato de seguro é da própria SEGURADORA, que não o pode transferir para o estipulante.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA DEMANDADA.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a seguradora tem o dever de prestar informações ao segurado, mesmo nos contratos de seguro de vida em grupo. Precedentes de ambas Turmas de Direito Privado. 2. Tal responsabilidade não pode ser transferida, eximindo a seguradora, integralmente à estipulante, pois essa, segundo o artigo 801, § 1º, do Código Civil, 'não representa o segurador perante o grupo segurado, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais'. (AgInt no REsp 1.835.185/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, DJe 27/11/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CLÁUSULAS LIMITATIVAS. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO ADEQUADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. O entendimento da Corte local sobre o dever da seguradora informar ao segurado consumidor sobre cláusula restritiva está em conformidade com a jurisprudência do STJ no sentido de que 'a seguradora deve sempre esclarecer previamente o consumidor e o estipulante (seguro em grupo) sobre os produtos que oferece e existem no mercado, prestando informações claras a respeito do tipo de cobertura contratada e as suas consequências, de modo a não induzi-los em erro' (AgInt no REsp 1644779/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 25/08/2017). (AgInt no AREsp 1.503.063/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, DJe 5/11/2019) (4) (5) e (6)

Equiparação entre doença profissional e acidente pessoal. [...]

Nessas condições, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao TJSC a fim de que examine se foi adequadamente observado o dever de informação por parte da SEGURADORA. [...]" (STJ - Decisão Monocrática, REsp n. 1.894.652/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 30/09/20, DJe 02/10/2020 grifou-se).

No mesmo vértice: STJ Decisão Monocrática, REsp n. 1.893.385/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 16/09/2020, DJe 1º/10/2020; STJ Decisão Monocrática, REsp n. 1.880.108/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 29/09/2020, DJe 1º/10/2020; STJ Decisão Monocrática REsp n. 1.877.051/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 09/09/2020, DJe 1º/10/2020; STJ Decisão Monocrática, REsp n. 1.890.811/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, j. 04/09/2020, DJe 30/09/2020.

Feitos esses esclarecimentos e presentes os requisitos extrínsecos, passa-se ao juízo de admissibilidade do presente recurso especial.

O recurso especial não prospera no que tange à alegada contrariedade aos artigos 371, 411, inciso II, 426, 489, § 1º, inciso IV, 1.013 e 1.022, inciso II, do Código de Processo Civil, haja vista que o acórdão recorrido, embora contrário aos interesses da parte recorrente, manifestou-se sobre as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, mormente no que se refere à análise das provas produzidas nos autos, de sorte que não se vislumbra omissão do Colegiado Julgador, negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação, e o inconformismo configura, em verdade, pretensão de rediscutir a matéria de mérito resolvida.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“[...] 2. No que diz respeito à suposta ofensa aos arts. 489, inciso II, bem como ao 1.022 do Código Fux, observa-se que o Tribunal de origem, ao contrário do alegado, manifestou-se fundamentadamente a respeito de todas as questões postas à sua apreciação e, ao final, decidiu contrariamente aos interesses da parte recorrente, que buscou, com os Embargos de Declaração, a reapreciação do mérito da causa. Logo, em virtude da não ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material não se verifica ofensa à regra ora invocada. [...]” (STJ - Primeira Turma, AgInt no AREsp 1481281/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/12/2019, DJe 19/12/2019 grifou-se).

“[...] 2. Afasta-se a tese de fundamentação deficiente do aresto combatido (art. 489, § 1º, III, IV e VI, do CPC/2015), pois esta Corte Superior possui precedente de que, ‘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’ (AgInt no REsp 1.584.831/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14/6/2016, DJe 21/6/2016).” (STJ - Segunda Turma, AgInt no REsp 1.649.443/RO, Rel. Ministro Og Fernandes, j. 26/09/2017, DJe 29/09/2017, grifou-se).

No mais, não se abre a via excepcional à insurgência, por óbice das Súmulas ns. 5, 7 e 83 do Superior Tribunal de Justiça.

A respeito, consignou o acórdão recorrido:

“[...] consoante nova orientação do Superior Tribunal de Justiça, ‘a seguradora tem o dever de prestar informações ao segurado, mesmo nos contratos de seguro de vida em grupo. Tal responsabilidade não pode ser transferida integralmente à estipulante, eximindo a seguradora’ (AgInt no REsp 1.848.053/SC, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 10-3-2020), contudo, entende-se que, ‘in casu’, a apelada não faltou com seu dever.

Da análise da apólice de seguro carreada aos autos pela ré, observa-se que foram contratadas as coberturas para invalidez permanente total ‘ou’ parcial por acidente (fl. 59).

Na apólice consta ainda que ‘as regras estabelecidas para cada cobertura estão devidamente definidas nas Condições Gerais e/ou Particulares desta Apólice’ e que a seguradora ‘mediante o recebimento do prêmio, a fim de garantir o interesse legítimo do segurado, obriga-se a conceder os benefícios previstos nas Condições Gerais e/ou Particulares integrantes desta Apólice, nos termos das disposições legais vigentes’.

No documento de fl. 71 verifica-se que acerca da cobertura para 'Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente' está estipulado como capital segurado o valor mínimo de R\$ 835,00 (oitocentos e trinta reais) e o máximo de R\$ 88.740,00 (oitenta e oito mil e setecentos e quarenta reais).

E das condições gerais da apólice, acerca da cobertura de Invalidez Permanente Parcial, extrai-se (fls. 148-149):

5.6. Não ficando abolidas por completo as funções do membro ou órgão lesado, a indenização por perda parcial é calculada pela aplicação, à percentagem prevista na tabela acima, para sua perda total, em função do grau de redução funcional apresentado.

1.2.2. Na falta de indicação exata do grau de redução funcional apresentado, e sendo o referido grau classificado apenas como máximo, médio ou mínimo, a indenização será calculada na base das percentagens de 75%, 50% e 25%, respectivamente.

[...]

Ademais, embora o autor sustente que deva receber o valor integral do capital segurado, reconhece na inicial que o seguro por si contratado possuía garantia para invalidez total e parcial (fl. 3).

Nesse cenário, não é possível admitir que, comprovada a invalidez apenas parcial, o segurado pudesse receber o capital integral segurado. Por óbvio, a integralidade da indenização somente seria devida, caso restasse configurada a invalidez.

E, nos termos do artigo 757, 'caput', do Código Civil, 'pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados', ou seja, somente estarão cobertos os eventos taxativamente previstos na apólice contratada.

Logo, a inserção da cláusula restritiva no contrato 'sub judice', além de obedecer à forma destacada e preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor, não ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico, nem restringe obrigação fundamental inerente à natureza do contrato, porquanto não ameaça seu equilíbrio e não se mostra excessivamente onerosa, apenas particulariza e predetermina os riscos a que o contrato se submete, sem, contudo, infirmá-lo.

[...]

Nesse vértice, a orientação jurisprudencial é de que, havendo contradição entre as cláusulas contratuais, deve-se adotar o entendimento mais favorável ao consumidor, parte hipossuficiente na relação contratual.

Entretanto, não é esse o caso dos autos, pois, embora aplicável a legislação consumerista, não se extrai do contrato sob estudo qualquer cláusula dúbia ou potestativa, a justificar a aplicação dos artigos 46 e 47 do referido diploma.

Portanto, evidentemente, demonstrada a invalidez permanente parcial (fl. 250), o pagamento da indenização deve ser realizado em consonância ao grau de incapacidade física, com o enquadramento da lesão em tabela previamente estipulada, a fim de se evitar a remuneração idêntica a segurado que sofre prejuízo diverso, motivo pelo qual não há falar, na hipótese dos autos, em pagamento integral do capital segurado. [...] Diante dessas premissas, mantida incólume a sentença, nega-se provimento ao recurso." (folhas 369/373, grifou-se).

Com efeito, observa-se que o acórdão recorrido, ao considerar que incumbe à seguradora o dever de informar o consumidor acerca das condições gerais do seguro, decidiu em harmonia com a orientação do Superior Tribunal de Justiça em torno da matéria (Súmula n. 83/STJ).

Ademais, a revisão do julgado, a fim de modificar as conclusões alcançadas pelo Colegiado julgador, no que se referem à ausência de violação aos deveres de informação e à validade da previsão de pagamento proporcional de acordo com o grau de lesão experimentada pelo segurado, exigiria a incursão nas disposições contratuais e nos elementos fáticos trazidos aos autos, providência sabidamente incompatível com a via estreita do recurso especial (Súmulas ns. 5 e 7/STJ).

A respeito, extraem-se arestos da Corte Superior:

“[...] 4. A seguradora deve sempre esclarecer previamente o consumidor e o estipulante (seguro em grupo) sobre os produtos que oferece e existem no mercado, prestando informações claras a respeito do tipo de cobertura contratada e as suas consequências, de modo a não os induzir a erro. Súmula 568/STJ. 5. Agravo interno não provido.” (STJ - Terceira Turma, AgInt no REsp 1846398/SC, Rel^a. Ministra Nancy Andrighi, j. 08/06/2020, DJe 10/06/2020 grifou-se).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CLÁUSULA LIMITATIVA DO CONTRATO. DEVER DE INFORMAÇÃO. INCUMBÊNCIA DA ESTIPULANTE E DA SEGURADORA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83 DO STJ. REAVALIAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 e 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Inadmissível o recurso especial quando o entendimento adotado pelo Tribunal de origem coincide com a jurisprudência do STJ (Súmula n. 83/STJ).

2. ‘Nos termos da jurisprudência desta Corte, a seguradora tem o dever de prestar informações ao segurado, mesmo nos contratos de seguro de vida em grupo. Tal responsabilidade não pode ser transferida integralmente à estipulante, eximindo a seguradora’ (AgInt no REsp 1.848.053/SC, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/3/2020, DJe 2/4/2020). [...]” (STJ - Quarta Turma, AgInt no AREsp 1559165/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 04/05/2020, DJe 07/05/2020 grifou-se).

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. COBERTURA. CLÁUSULA RESTRITIVA. ALEGADA ABUSIVIDADE E VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.

1. O acolhimento da pretensão recursal exigiria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, assim como a interpretação de cláusulas contratuais, atraindo o óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ. 2. Agravo interno a que se nega provimento.” (STJ - Quarta Turma, AgInt no REsp 1851265/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 25/05/2020, DJe 01/06/2020 grifou-se).

“[...] Entretanto, uma vez reconhecido no julgado que o recorrente teve ciência da cláusula que previa a gradação da indenização securitária para a invalidez permanente por acidente, tanto que a indicou na sua inicial, no momento do ajuizamento da ação, a análise das alegações do recorrente - todas voltadas a defender a inobservância do dever de informação - atraem a incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ, aplicável a ambas as alíneas do permissivo constitucional, diante da necessidade de reexame do acervo fático-probatório dos autos e da interpretação de cláusulas contratuais. [...]” (STJ – Decisão Monocrática, REsp 1.845.254/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, j. 27/11/2019, DJe 03/12/2019 – grifou-se).

“[...] 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem interpretação de cláusulas contratuais e revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmulas n. 5 e 7 do STJ). [...]” (STJ

- Quarta Turma, AgInt no AREsp 1051010/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 16/11/2017, DJe 22/11/2017 – grifou-se).

“Para desconstituir a existência de cobertura securitária, seria imprescindível o reexame da apólice e da prova, o que é defeso nesta instância especial, por força do óbice das Súmulas n°s 5 e 7, ambas do STJ” (STJ - Terceira Turma, AgInt no AREsp 821.886/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 23/05/2017, DJe 05/06/2017 grifou-se).

Ante o exposto, não admito o recurso especial. Intimem se.

Florianópolis, 5 de novembro de 2020.

Desembargador Salim Schead dos Santos
3º VICE-PRESIDENTE

CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS

Conflito de competência cível (Recursos Delegados) Nº 0000524-56.2020.8.24.0000/SC

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

SUSCITANTE: 3ª Câmara de Direito Público

SUSCITADO: 7ª Câmara de Direito Civil

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E CÂMARA DE DIREITO CIVIL. APELAÇÃO EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO MOVIDA A DESFAVOR DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (CASAN - CIA. CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO). ALEGADA COBRANÇA DE VALORES EXCESSIVOS EM FATURA DE ÁGUA E ESGOTO. MATÉRIA TIPICAMENTE DE DIREITO CIVIL. DICÇÃO DO ATO REGIMENTAL VIGENTE AO TEMPO DA DISTRIBUIÇÃO DO RECURSO APELATÓRIO NESTA CORTE, ALBERGADA, ADEMAIS, PELO NOVO REGIMENTO INTERNO. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Câmara de Recursos Delegados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, julgar procedente o conflito negativo de modo a proclamar a competência da egrégia 7ª Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso referenciado, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 09 de dezembro de 2020.

RELATÓRIO

Tem-se conflito negativo de competência suscitado pela 3ª Câmara de Direito Público (fls. 8-20) à vista de prévia declinação, por parte da 7ª Câmara de Direito Civil (fls. 1 a 7), quanto ao julgamento de apelação interposta contra sentença de improcedência dos pedidos formulados em “ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito” proposta por pessoa jurídica do ramo hoteleiro (recorrente) em face de sociedade de economia mista estadual concessionária do serviço público de fornecimento de água e de saneamento (recorrida).

Ao determinar a redistribuição do feito para um dos Colegiados fracionários de Direito Público, a 7ª Câmara de Direito Civil assim fundamentou seu entendimento:

[...]

Desde logo, verifica-se que esta Câmara de Direito Civil não possui competência para o julgamento do apelo interposto, uma vez que o objeto da ação envolve discussão sobre valores cobrados a título de tarifa de água e esgoto no imóvel da parte autora, matéria afeta ao Direito Público.

Com efeito, o atual Regimento Interno deste Tribunal de Justiça assim preconiza:

Art. 73. São assuntos atribuídos especificamente:

- I às câmaras de direito civil os elencados no Anexo III deste regimento;
- II às câmaras de direito comercial os elencados no Anexo IV deste regimento;
- III às câmaras de direito público os elencados no Anexo V deste regimento; e
- IV às câmaras criminais os elencados no Anexo VI deste regimento.

No Anexo V, que trata da “Competência das Câmaras de Direito Público”, dentre outros assuntos, encontra-se o seguinte enquadramento: Nível 1 9985 Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público; Nível 2 10028 Serviços; Nível 3 10073 Concessão/Permissão/Autorização; Nível 4 10085 Água e/ou Esgoto.

Ademais, o recurso foi distribuído em 14-9-2018 (p. 280), na vigência do Ato Regimental n. 149/2017, cujo artigo 1º dispunha no mesmo sentido:

Art. 1º O art. 3º do Ato Regimental TJ n. 41, de 9 de agosto de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

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. [...]

Assim, impõe-se a redistribuição do processo a uma das Câmaras de Direito Público.

[...]

A 3ª Câmara de Direito Público, todavia, ao receber o feito, suscitou o conflito negativo de competência ora sob análise, dizendo:

[...]

Em consulta ao Sistema de Automação da Justiça - SAJ, denota-se que o presente recurso foi distribuído em 14.09.2018 (pág. 280), de modo que, quanto à competência dos Órgãos Fracionários deste Tribunal, deve ser

aplicado o Ato Regimental n. 41/2000 alterado pelo Ato Regimental n. 149/2017, de 15 de março de 2017, que diz o seguinte:

“[...], 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”.

Infere-se, portanto, das normas acima transcritas que nas ações propostas, em que forem partes ou diretamente interessadas pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas e sociedades de economia mista, as Câmaras de Direito Público possuem competência para conhecer e julgar os feitos “não referentes à área do Direito Civil e do Direito Comercial; cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público. [...]”.

Essas circunstâncias, porém, não se verificam na “quaestio” dos autos. Oportuno destacar, apenas a título de esclarecimento, que os recursos interpostos após a vigência do novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (o que, também, não reflete o caso em tela, vez que tal regimento não era vigente à época da distribuição do apelo) submetem-se aos seus ditames. E, no que concerne à divisão dos assuntos de competência de cada Órgão Fracionário, o novel Regimento, em seu art. 73, assim dispõe:

“Art. 73. São assuntos atribuídos especificamente: I - às câmaras de direito civil os elencados no Anexo III deste regimento; II - às câmaras de direito comercial os elencados no Anexo IV deste regimento; III - às câmaras de direito público os elencados no Anexo V deste regimento; e IV - às câmaras criminais os elencados no Anexo VI deste regimento.”

O Anexo V, do referido Regimento Interno, que trata da competência das Câmaras de Direito Público, inclui dentre os assuntos de sua competência, “9985 Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público; 10028 Serviços; 10073 Concessão/Permissão/Autorização; 10085 Água e/ou Esgoto; 10085.50 Tarifa de Água e/ou Esgoto.

Por seu turno, o Anexo III, ao fixar a competência das Câmaras de Direito Civil, contém o assunto “1156 Direito do Consumidor; 7771 Contratos de Consumo; 7761 Fornecimento de Água; 7761 Fornecimento de Água (exceto remuneração do serviço público/tarifa)” (grifou-se).

Como visto, o novo Regimento também atribui às Câmaras de Direito Público o julgamento dos reclamos tocantes ao direito administrativo (tarifa de água e/ou esgoto), competindo às Câmaras de Direito Civil análise dos contratos de consumo advindos de fornecimento de água.

Destarte, cotejando-se o dispositivo do Ato Regimental n. 149/17 com a distribuição dos assuntos cuja competência foi atribuída a cada Órgão Fracionário desta Corte por força do novo Regimento Interno, conclui-se que a ação de reparação de danos referente a contrato de consumo de água, por não tratar especificamente de discussão tarifária, e sim de direito consumerista, não é atinente ao Direito Administrativo ou mesmo considerada matéria afeta ao Direito Público.

Isso porque a pretensão deduzida, baseada em direito do consumidor, visa à declaração de inexistência do indébito diante da cobrança exorbitante referente à prestação do serviço de fornecimento de água à unidade consumidora.

Logo, a discussão travada nos autos cinge-se, especificamente, à inexistência de indébito diante da cobrança indevida perpetrada por uma sociedade meramente privada ou de economia mista, por fatos que não se referem a prestação de serviço público ou discussão de tarifa ou preço público, mas sim a obrigação de natureza eminentemente civil e consumerista, o que afasta a competência desta Câmara de Direito Público para julgar a lide, nos termos do Ato Regimental n. 41/2000 e suas alterações.

Tratando-se de matéria afeta ao Direito Privado, a competência para julgar o presente recurso é de uma das Câmaras de Direito Civil.

Tal conclusão se retira do disposto nos arts. 6º, incisos I e II, do Ato Regimental n. 41/2000 e 3º, “caput”, primeira parte, do Ato Regimental n. 57/2002-TJ, vigentes na data da distribuição deste recurso, que têm, respectivamente, a seguinte redação:

“Art. 6º - A partir de 1º de janeiro de 2001, serão distribuídos:

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 de interesse de instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central, bem como os feitos relacionados a questões processuais das matérias previstas neste item.

Art. 3º - A 3ª Câmara de Direito Civil passa a ter competência igual à 1ª e à 2ª Câmaras de Direito Civil [...]

O mesmo ocorre com a 4ª Câmara de Direito Civil, por força da Resolução n. 85/07-TJ; e com a 5ª e a 6ª

Câmaras de Direito Civil, por força do Ato Regimental n. 110/10, bem como com a atual 7ª Câmara de Direito Civil. [...]

Vieram os autos, então, a esta Câmara de Recursos Delegados, nos termos do art. 75, inc. II, do Regimento Interno deste Tribunal.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Haure-se que as Câmaras em foco divergem quanto à competência para o julgamento de apelação interposta por particular do ramo de hotelaria (autora/recorrente) contra sentença proferida no bojo de “ação declaratória de inexistência de débito c/c pedido de repetição de indébito” proposta contra sociedade de economia mista estadual concessionária do serviço público de fornecimento de água e de saneamento (ré/recorrida), em razão do pagamento, mediante débito automático, de faturas que ostentam valores excessivos.

O recurso foi distribuído em 14.9.2018 (fl. 280 dos autos originários), ou seja, na vigência do Ato Regimental n. 149/2017-TJ, que expressamente assim estatua:

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 (destaquei).

No conflito ora sob exame a matéria de fundo gravita em torno de reparação material

por danos defluentes de ato apontado como ilícito, subsumido na alegada exigência, pela concessionária estadual apelada, e no pagamento, pela apelante, de valores tidos por excessivos quanto ao fornecimento de água e ao tratamento de esgoto, eis que desbordantes daqueles cobrados nas faturas alusivas aos meses anteriores.

Sobreleva considerar que a ação não discute a regularidade da tarifação imposta sobre o consumo de água, mas sim o registro pontual de uso elevado que culminou na cobrança de quantia exorbitante, como também não há qualquer discussão sobre a concessão, permissão ou autorização do serviço em si.

Então, como o cerne da questão a ser dilucidada nos autos principais abarca discussão tipicamente de Direito Civil, envolvendo relação consumerista, encontra regência no § 3º do art. 3º do Ato Regimental n. 149/2017-TJ, acima reproduzido, impondo-se, de conseguinte, o julgamento do feito pela Câmara de Direito Civil.

Essa, a propósito, é a intelecção que vem sendo adotada por este órgão fracionário, tal como reponta a ementa adiante reproduzida:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE INSTAURADO ENTRE A TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E A SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL DESTA CORTE DE JUSTIÇA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS MOVIDA CONTRA A COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO - CASAN. RESPONSABILIDADE CIVIL. PREJUÍZO DECORRENTE DO CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA E DA COBRANÇA DE FATURA EM MONTANTE EXCESSIVO, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE HIDRÔMETRO DEFEITUOSO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. DISTRIBUIÇÃO DO RECURSO NA VIGÊNCIA DO ATO REGIMENTAL TJ N. 149/2017. CONFLITO ACOLHIDO. O art. 3º do Ato Regimental n. 41/2000-TJ, após a edição do Ato Regimental n. 149/2017-TJ, 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”. Na hipótese vertente, tratando-se de recurso que versa sobre a responsabilização de concessionária de serviço público pelo prejuízo experimentado decorrente de suposta falha na prestação do serviço de fornecimento de água, exsurge indiscutível a competência de uma das Câmaras de Direito Civil deste Tribunal. (Autos n. 0019630-72.2018.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 30.1.2019 - destaquei).

Em remate, a título de reforço argumentativo, calha salientar que as Câmaras de Direito Civil vêm, reiterativamente, julgando feitos dizentes com a temática objeto do recurso que lastreia o incidente sob exame, consoante se infere dos arestos à frente colacionados. Ei-los:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. FATURA DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA EM VALOR MUITO SUPERIOR AO USUALMENTE COBRADO DO USUÁRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, APENAS DECLARANDO INEXISTENTE O DÉBITO. RECURSOS DO AUTOR E DA RÉ. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO

PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA (CASAN). AUMENTO EXTRAORDINÁRIO ATRIBUÍDO A FATO OCORRIDO NA RUA EM QUE LOCALIZADA A PROPRIEDADE DO AUTOR (VAZAMENTO EXTERNO). CONCESSIONÁRIA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE COMPROVAR QUE O VAZAMENTO SE DEU POR CULPA DO CONSUMIDOR, POR EVENTUAL DEFEITO NA REDE INTERNA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 373, II, DO CPC E 6º, VIII, DO CDC. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA CARACTERIZADA. “Tratando-se de relação consumerista, por força da inversão do ônus da prova, cabe à parte ré a prova de que o vazamento que aumentou excessivamente o valor da fatura é proveniente da instalação interna do imóvel da autora, sob pena de acolhimento do pleito inicial” (TJSC, AC nº 2014.081955-0, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 28/4/2015). PLEITO SUBSIDIÁRIO DA RÉ. ALMEJADA A INCIDÊNCIA DA NORMA INTERNA DA CASAN, PARA QUE OS VALORES COBRADOS EM EXCESSO SEJAM ABATIDOS SOMENTE EM 50% DO SEU VALOR, EM NOVA FATURA. INSUBSISTÊNCIA. NORMA QUE SE APLICA SOMENTE AOS CASOS DE VAZAMENTO NA REDE INTERNA DO CONSUMIDOR. REFORMA DA SENTENÇA CABÍVEL, CONTUDO, PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE DO DÉBITO NA EXTENSÃO DO CONSUMO REGULAR MENSAL DO AUTOR. ILEGITIMIDADE SOMENTE DOS VALORES EXCEDENTES. RECURSO DO AUTOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ALMEJADO O RESSARCIMENTO EM DOBRO DOS VALORES ADIMPLIDOS. NÃO ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS CONTROVERTIDAS. DANOS MORAIS. ALEGADO ABALO MORAL PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DA COBRANÇA EXCEDENTE NA FATURA E DA INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO. DESCABIMENTO. AUTOR QUE NÃO ADIMPLIU SEQUER O VALOR EFETIVAMENTE CONSUMIDO (CONSUMO REGULAR). ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLIGIDOS AOS AUTOS QUE INDICAM ADIMPLEMENTO COM ATRASO DE FORMA REITERADA. DEDUÇÃO COMUM. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PEDIDO DE READEQUAÇÃO PELA RÉ, EM OBSERVÂNCIA À SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, E DE MAJORAÇÃO PELO AUTOR. REDISTRIBUIÇÃO E REDIMENSIONAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS RECURSAIS EM FAVOR DO PROCURADOR DA RÉ (ART. 85, § 11º DO CPC). RECURSO DA RÉ CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0300141-55.2015.8.24.0040, de Laguna, rel. Des. Selso de Oliveira, 4ª Câmara de Direito Civil, j. 10.9.2020 - destaquei).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. FATURA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO ACOLHIMENTO. Admite-se a prolação de sentença antecipada quando as provas documentais forem suficientes à fundamentação do decisor, dispensando-se, nesses casos, a dilação probatória. COBRANÇA DE VALOR EXCESSIVO. CONSUMO DE ÁGUA ACIMA DA MÉDIA MENSAL. TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA ASSINADO PELA REQUERENTE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO. REGULARIDADE DA EXIGÊNCIA DO DÉBITO. FATO EXTINTIVO DO DIREITO DA PARTE AUTORA. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. DECISÃO CONFIRMADA. Comprovada a regularidade da cobrança de fatura pela concessionária do serviço de fornecimento de água e saneamento, ainda que com valor por consumo acima da média mensal, mas embasada em termo de confissão de dívida devidamente assinado pela parte Autora, sem qualquer demonstração de coação, viável o afastamento da pretensão indenizatória. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível n. 0800392-31.2013. 8.24.0090, da Capital, rel. João Batista Góes Ulysséa, 2ª Câmara de Direito Civil, j. 19.7.2018 - destaquei).

Alfim, cumpre anotar que a competência das Câmaras de Direito Civil para a análise de casos

como o sob análise está cônica também com o normado pelo atual Regimento Interno, conforme se infere do Anexo III, Nível 1, item 1156 - Direito do Consumidor; Nível 2, 7771 - Contratos de Consumo; Nível 3, 7761 - Fornecimento de água.

Frente ao expandido voto por julgar procedente o conflito negativo de modo a proclamar a competência da egrégia 7ª Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso referenciado.

Agravo Interno n. 0905789-02.2017.8.24.0038/50002, de Joinville

Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MISTA DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO, NA FORMA DO ART. 1.030, INCISO I, ALÍNEA “A”, DO CPC, E, NO RESTANTE, NÃO O ADMITIU.

TEMA 937/STF: CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990). PRETENSA DISTINÇÃO ENTRE A HIPÓTESE DOS AUTOS E O ARESTO PARADIGMA. SUPOSTA ATIPICIDADE DO COMPORTAMENTO ATRIBUÍDO AO AGRAVANTE. TESE INSUBSISTENTE. RELEVÂNCIA E ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA DESCRITA NA PEÇA ACUSATÓRIA. DECISÃO DA CÂMARA DE ORIGEM ALINHADA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JUÍZO DE SUBSUNÇÃO, PORTANTO, IRRETOCÁVEL.

“As condutas tipificadas na Lei 8.137/1991 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis. Não se trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou seja, apenas a dívida com o Fisco. Por isso, os delitos previstos na Lei 8.137/1991 não violam o art. 5º, LXVII, da Carta Magna bem como não ferem a característica do Direito Penal de configurar a ultima ratio para tutelar a ordem tributária e impedir a sonegação fiscal” (STF, ARE 999.425/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 2-3-2017).

Sob tal premissa, considera-se penalmente relevante a conduta do “contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço”, na medida em que “incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 (STF, RHC 163334/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 18-12-2019).

RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0905789-02.2017.8.24.0038/50002, da comarca de Joinville 2ª Vara Criminal em que são Agravantes Luciana Yumy Assumpção e outro e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Câmara de Recursos Delegados decidiu, por votação unânime, conhecer do agravo interno e, no mérito, negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 30 de setembro de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos. Funcionou como representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso.

Florianópolis, 1º de outubro de 2020.

Desembargador Volnei Celso Tomazini
Relator

RELATÓRIO

Luciana Yumy Assumpção e outro, com base no art. 1.021 do Código de Processo Civil (CPC), interpuseram o presente agravo interno em face de decisão exarada pela 2ª Vice-Presidência desta Corte, a qual, nos termos do art. 1.030, inciso I, alínea “a”, do CPC (ARE n. 999.425/SC, j. 2-3-2017 – Tema 937), negou seguimento a recurso extraordinário, e, no restante, não o admitiu (SAJ/SG, incidente n. 50001, fls. 37-43).

De acordo com as partes insurgentes, a hipótese dos autos apresenta distinção em relação ao paradigma aplicado, na medida em que, segundo alegam (SAJ/SG, incidente n. 50004, fl. 4):

[...] a celeuma da questão não é se o crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137, de 1990, viola o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, e sim, se em face da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RHC nº 163.334, ausentes os requisitos (dolo de apropriação e prática contumaz), o fato praticado não tem natureza penal, punindo, assim, as agravantes pelo mera inadimplência de tributo (dívida civil).

Sob tal premissa, colhe-se do arrazoado em exame que “as agravantes não negam o inadimplemento dos tributos recolhido”, mas rechaçam a tipificação do fato criminoso que lhes é atribuído “sem que haja a presença dos elementos essenciais (dolo de apropriação e prática contumaz) para configurar o crime” (SAJ/SG, incidente n. 50002, fl. 6).

Nesses termos, “requerem que seja acolhido e provido o presente agravo interno por este Tribunal, a fim de que o seu recurso extraordinário seja devidamente admitido e remetido ao Excelso Supremo Tribunal Federal” (SAJ/SG, incidente n. 50002, fl. 7).

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina argumenta, em suma, que os fundamentos articulados não revelam qualquer inconsistência ou distinção entre o caso concreto e o paradigma respectivamente aplicado, razão pela qual “propõe o conhecimento do agravo interno interposto, mas, no mérito, requer que lhe seja negado provimento para manter-se íntegra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário (SAJ/SG, incidente n. 50002, fls. 11-15).

Mais adiante, o provimento sob ataque resistiu incólume a juízo de retratação, após o que se determinou o encaminhamento dos autos à Secretaria da Câmara de Recursos Delegados, para diligenciar a inclusão do feito em pauta, consoante artigo 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

É o relatório.

VOTO

1. A 2ª Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça, por força de precedente da lavra do Supremo

Tribunal Federal (ARE n. 999.425/SC, j. 2-3-2017 – Tema 937), obstou a ascensão de recurso extraordinário interposto pelas partes ora agravantes, mediante pronunciamento assim exarado (SAJ/SG, incidente n. 50001, fls. 37-43):

Tathiana Mayumi Assumpção e Luciana Yumy Assumpção, com fulcro no art. 102, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil, interpuseram Recurso Extraordinário contra acórdão da Terceira Câmara Criminal, que, por unanimidade, negou provimento ao recursos defensivos, e manteve a condenação, de cada qual, a pena de 10 (dez) meses de detenção, em regime inicial aberto, além do pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, por infração ao art. 2º, inciso II, da Lei n. 11.8.137/1990, c/c o art. 71 do Código Penal, substituída a sanção corporal por restritiva de direitos (fls. 441-456 dos autos principais); b) rejeitou os embargos de declaração (fls. 10-13 do incidente 50000).

Em síntese, alegaram violação ao art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República. Além disso, preliminarmente, pugnam pelo reconhecimento da nulidade do acórdão, e, no mais, sustentaram que agiram sob o pálio da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa (fls. 1-18 deste incidente).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 28-35 deste incidente), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

De plano, adianta-se que o Recurso Extraordinário não reúne condições de ascender à Corte de destino.

1. Alínea “a” do art. 102, III, da Constituição da República

1.1 Da alegada violação ao inciso LXVII, da Constituição da República

As recorrentes alegaram que mencionado dispositivo constitucional foi violado, na medida em que foram condenadas “pelo mero inadimplemento de tributo, sem a existência de qualquer dolo de apropriação”.

Argumentaram, ainda, que citado artigo constitucional “é claro ao coibir prisão por dívida, salvo nos casos de dívida alimentar e depositário infiel, sendo o último vetado, uma vez que o Brasil é signatário do Pacto de San José, Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que também proíbe a prisão por dívida, ressalvado somente a de alimentos” (fl. 5 deste incidente).

Acerca da ausência de dolo na conduta das recorrentes, extrai-se do acórdão impugnado (fls. 454-455 dos autos principais):

“ao contrário do alegado pela defesa, cediço que “O crime contra a ordem tributária previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90 prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos”. (RHC 29.662/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/06/2013)

E, no caso dos autos, restou plenamente evidenciado pela certidão de constituição do crédito tributário (fl. 05) e pelas declarações de informação do ICMS e movimento econômico (DIME's) (fls. 08/16 e 34/58) que as apelantes, na condição de sócias-administradoras da sociedade empresarial deixaram de recolher o ICMS descontado ou cobrado, referente aos meses narrados na exordial.”

Destarte, como se vê, o Órgão Fracionado não discutiu a matéria ora suscitada - ausência de dolo - sob o viés constitucional mencionado, aspecto que evidencia a falta de prequestionamento do tema e enseja a inadmissão do reclamo em face dos óbices trazidos pelo enunciado 282 e 356 do STF, respectivamente: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida a questão federal suscitada”; “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Nesse sentido:

“Cristalizada a jurisprudência desta Suprema Corte, conforme as Súmulas nºs 282 e 356/STF: “Inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento” (RE 1.197.260 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 20-9-2019).”

Ademais, a insurgência recursal transborda as funções do Supremo Tribunal Federal, porquanto a alteração do julgado no ponto demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no aresto combatido - o que é vedado nesta via, conforme preconizado na Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

De outro norte, no tocante à mencionada afronta ao art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República, ante a vedação constitucional de prisão por dívida.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso representativo da controvérsia concernente ao TEMA 937/STF (ARE n. 999.425 RG/SC), ratificou sua jurisprudência consolidada no sentido de que a prisão decorrente de condenações por delitos contra a ordem tributária detém natureza penal, sem relação com a prisão civil por dívida.

Cita-se a ementa do acórdão paradigma:

“PENAL E CONSTITUCIONAL. CRIMES PREVISTOS NA LEI 8.137/1990. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. OFENSA AO ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria debatida nos presentes autos, para reafirmar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a os crimes previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição.

II - Julgamento de mérito conforme precedentes.

III - Recurso extraordinário desprovido. (ARE 999.425 RG/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02/03/2017)”

A propósito, extrai-se do teor da decisão:

“A jurisprudência deste Supremo Tribunal é pacífica no sentido de que os delitos previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Lei Maior, em virtude de terem caráter penal e não se relacionarem com a prisão civil por dívida.

[...] As condutas tipificadas na Lei 8.137/1991 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis. Não se trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou seja, apenas a dívida com o Fisco. Por isso, os delitos previstos na Lei 8.137/1991 não violam o art. 5º, LXVII, da Carta Magna bem como não ferem a característica do Direito Penal de configurar a ultima ratio para tutelar a ordem tributária e impedir a sonegação fiscal.”

Nesse contexto, faz-se necessário esclarecer que, apesar da ausência do trânsito em julgado da decisão paradigma ora suscitada, não subsistem quaisquer fundamentos para determinar o sobrestamento do presente reclamo.

Isto porque os Tribunais Superiores já assentaram o entendimento a respeito da desnecessidade do trânsito

em julgado da causa-piloto para fins de eficácia da tese firmada em regime de repercussão geral ou de demandas repetitivas - sendo suficiente, para tal finalidade, a publicação do acórdão paradigma.

Tal conclusão restou corroborada pelos ditames do art. 1.040 do CPC/2015:

“Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. [...]”

Nessa direção:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO IMEDIATA. POSSIBILIDADE. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES. APLICABILIDADE DE MULTA NOS TERMOS DO § 4º DO ART. 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO UNÂNIME: PRECEDENTES. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM A PRETENSÃO DE REEXAME DA MATÉRIA. CARÁTER PROTETÓRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE 1% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA.”

(STF, RE 989.413/RS-AgR-ED-ED, relª. Minª. Cármen Lúcia (Presidente), Tribunal Pleno, j. 7-11-2017, grifou-se).”

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE MEDICAMENTO NA LISTA DO SUS. DESCONSIDERAÇÃO ANTE A AVALIAÇÃO MÉDICA. SÚMULA 279/STF. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

III - A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

IV - A lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica. No ponto, para se chegar

a conclusão contrária à adotada pelo Juízo de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que inviabiliza o extraordinário. Súmula 279. Precedente.

V - Verba honorária mantida ante o atingimento do limite legal do art. 85, § 11º combinado com o § 2º e o § 3º, do mesmo artigo do CPC. VI - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa art. 1.021, § 4º, do CPC.” (STF, ARE 977.190/MG-AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 9-11-2016, grifou-se).”

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM RECURSO ESPECIAL. JUROS DE MORA. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E A EXPEDIÇÃO DO REQUISITÓRIO. TEMA 96/STF. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE.

A Suprema Corte possui entendimento no sentido de que a existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma.

Agravo interno improvido.” (STJ, AgInt no RE nos Edcl no AgRg no Resp 1.116.333/RS, rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, j. 6-12-2017, grifou- se).”

Conforme mencionado alhures, o paradigma utilizado como referência teve a decisão de mérito publicada em 16-3-2017, contra a qual foram manejados embargos de declaração em 23-3-2017, ainda pendentes de julgamento.

Contudo, se a inexistência de trânsito em julgado do paradigma não implica ineficácia da tese firmada, tampouco o julgamento pendente dos aclaratórios teria idoneidade para tanto, notadamente se considerado o caráter integrativo dos embargos de declaração os quais não se prestam, em regra, à modificação substancial da decisão recorrida.

Logo, exarar decisão de modo diverso constituiria contrariedade à disposição legal expressa (art. 1.040 do CPC/2015) e a premissas constitucionais de maior relevo a exemplo do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB/88) e da isonomia à luz da seara processual (art. 5º, caput, da CRFB/88) , em especial porque a tese firmada no TEMA 937/STF apenas representou a ratificação do posicionamento já consolidado na Corte Suprema acerca do assunto.

Assim, como a jurisprudência dos Tribunais Superiores solidificou-se no sentido de ser despiciendo o trânsito em julgado do paradigma para fins de aplicação do entendimento firmado em sede de repercussão geral, conclusão endossada pelos termos do art. 1.040 do CPC/15, impõe-se a incidência do TEMA 937/STF ao caso em análise.

In casu, verifica-se que o entendimento exarado no acórdão vergastado condenação pela prática do tipo previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, presentes a materialidade e a autoria da conduta não destoam daquele firmado pelo STF (TEMA 937/STF), de modo que se aplica ao caso o disposto no art. 1.030, I, “a”, do CPC/15 quanto à essa parcela recursal.

1.2 Das demais alegações defensivas

As recorrentes alegaram, ainda, que o acórdão é nulo porquanto “padece de diversos vícios insanáveis, uma vez que imputa, de modo equivocado, o crime de sonegação às recorrentes, sendo que somente foi denunciado pelo Parquet o crime tipificado no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137, de 1990. Analisou a questão sob a ótica da sistemática de substituição tributária do ICMS e não, como deveria ser, da inadimplência no recolhimento do ICMS próprio” (fl. 7 deste incidente).

De outra banda, postularam a aplicação da excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

Contudo, olvidaram-se de indicar de forma clara e objetiva qual(is) dispositivo(s) constitucional(is) teria(m) sido violado(s), de modo que não é possível apreender, com a exatidão exigida nesta esfera recursal especial, tais pleitos.

Assim, a admissão do reclamo, no ponto, encontra óbice na Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

Nesse norte:

“GRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA E DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS ALEGADAMENTE CONTRARIADOS. SÚMULA N. 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (ARE 1.251.774 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 20-3-2020).”

A deficiência da fundamentação, por ser incompreensível, evidencia a inobservância ao princípio da dialeticidade.

Ante o exposto:

- a) nega-se seguimento ao Recurso Extraordinário no que se refere aos TEMA 937/STF; e
- b) não se admite o recurso extraordinário quanto às demais assertivas.

Calha anotar, desde logo, que o reclamo sob enfoque ultrapassa o juízo de admissibilidade que lhe é correspondente.

2. No mérito, entretanto, a tese articulada não comporta aceitação. Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n.999.425/SC, atestou a conformidade do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal com a tutela penal estabelecida para os delitos contra a ordem tributária, previstos na Lei n. 8.137/1990.

Na oportunidade, o voto condutor do recurso representativo de controvérsia fez destacar:

PENAL E CONSTITUCIONAL. CRIMES PREVISTOS NA LEI 8.137/1990. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. OFENSA AO ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria debatida nos presentes autos, para reafirmar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a os crimes previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição.

II - Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso extraordinário desprovido. (ARE 999.425 RG/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02/03/2017)

[...] As condutas tipificadas na Lei 8.137/1991 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos,

mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis. Não se trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou seja, apenas a dívida com o Fisco. Por isso, os delitos previstos na Lei 8.137/1991 não violam o art. 5º, LXVII, da Carta Magna bem como não ferem a característica do Direito Penal de configurar a ultima ratio para tutelar a ordem tributária e impedir a sonegação fiscal (STF, ARE 999.425/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 2-3-2017).

Pois bem.

As partes agravantes, contudo, alegam a presença de distinção na hipótese dos autos, sob o argumento de que, na espécie, “não se discute se o artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.137, de 1990, viola o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal”, mas se o fato ostenta relevância penal ante a suposta “ausência dos requisitos estabelecidos pelo STF nos RHC nº 163.334”, notadamente o “dolo de apropriação e prática contumaz” (SAJ/SG, incidente n. 50002, fls. 5-6).

Sem razão.

De antemão, importa destacar que o elemento subjetivo do comportamento delituoso sob enfoque foi detalhadamente examinado pela Terceira Câmara Criminal, em plena consonância com a jurisprudência aplicável à matéria, conforme se depreende dos seguintes excertos (SAJ/SG, fls. 454-456):

[...] ao contrário do alegado pela defesa, cediço que “O crime contra a ordem tributária previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90 prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos”. (RHC 29.662/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/06/2013)

E, no caso dos autos, restou plenamente evidenciado pela certidão de constituição do crédito tributário (fl. 05) e pelas declarações de informação do ICMS e movimento econômico (DIME's) (fls. 08/16 e 34/58) que as apelantes, na condição de sócias-administradoras da sociedade empresarial deixaram de recolher o ICMS descontado ou cobrado, referente aos meses narrados na exordial.

Outrossim, o crime do art. 2º, II, da Lei 8.137/90 é de natureza formal e consuma-se com a simples omissão do recolhimento do tributo no prazo legal.

Nesse sentido, já decidi este Tribunal:

1) Apelação Criminal n. 0906237-09.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 21-01-2020:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS EM CONTINUIDADE DELITIVA (LEI 8.137/90, ART. 2º, II, C/C O 71, CAPUT, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TESE DE QUE O COMERCIANTE FIGURA NO PAPEL DE CONTRIBUINTE DIRETO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRÓPRIA E DE QUE NÃO HÁ APROPRIAÇÃO DE IMPOSTO COBRADO OU DESCONTADO DE TERCEIRO. O ICMS É TRIBUTO INDIRETO, UMA VEZ QUE É INCLUÍDO

NO PREÇO COBRADO NA VENDA DE MERCADORIA OU NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, E É OBRIGAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA QUE O COBRA UNICAMENTE REMETER AO ERÁRIO O QUE FOI REPASSADO AO CONSUMIDOR. DECLARAÇÃO NAS DIMES E NÃO REPASSE QUE APERFEIÇOAM O DELITO. CRIMINALIZAÇÃO QUE NÃO SE ASSEMELHA À PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA PORQUANTO A CONDUTA É PENALMENTE RELEVANTE E NÃO SE EQUIPARA À MERA INADIMPLÊNCIA FISCAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO GENÉRICO DE DEIXAR DE RECOLHER O IMPOSTO SUFICIENTE PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME. DOLO ESPECÍFICO NÃO EXIGIDO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. REPRESSÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NECESSÁRIA, POIS A SONEGAÇÃO DE IMPOSTOS AFETA, DIRETA E INDIRETAMENTE, OS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO BRASILEIRO, NA MEDIDA EM QUE DESESTRUTURA ECONOMICAMENTE O APARELHO GOVERNAMENTAL VOLTADO À CONCRETIZAÇÃO DAQUELES DIREITOS E GARANTIAS. CONDUTAS CRIMINOSAS QUE, ALÉM DE CAUSAREM IMEDIATO PREJUÍZO À INTEGRIDADE PATRIMONIAL DO ERÁRIO (LESANDO A FUNÇÃO PÚBLICA DA ARRECADAÇÃO), ACABAM POR INVIABILIZAR A MANUTENÇÃO OU IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS A BENEFICIAR TODA A POPULAÇÃO. BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELA NORMA INCRIMINADORA, O QUAL, EM VERDADE, É A COLETIVIDADE DIFUSA DE CIDADÃOS SUBMETIDOS AO SISTEMA TRIBUTÁRIO VIOLADO, QUE SÃO, DE FATO, LESADOS PELO ILÍCITO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (grifou-se).”

2) Apelação Criminal n. 0900031-73.2016.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 17-12-2019:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI Nº 8.137/90, POR 5 VEZES EM CONTINUIDADE DELITIVA). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO SOB AS TESES DE ATIPICIDADE DA CONDUTA E INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA E DO DOLO EM FRAUDAR O FISCO ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. RÉ QUE, NA QUALIDADE DE SÓCIA-ADMINISTRADORA DE EMPRESA, DEIXOU DE RECOLHER NO PRAZO LEGAL, DURANTE 5 (CINCO) MESES, VALORES RELATIVOS AO IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS). CONDUTAS COMPROVADAS PELA CERTIDÃO DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E QUE NÃO SE CONFUNDEM COM A MERA INADIMPLÊNCIA FISCAL. DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR O ERÁRIO PÚBLICO, ADEMAIS, QUE É PRESCINDÍVEL. DOLO GENÉRICO EM DEIXAR DE RECOLHER O IMPOSTO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (grifou-se).“

Configurado, portanto, o elemento subjetivo do tipo.

Assim, afastadas as teses defensivas, mantem-se a condenação das apelantes pela prática do crime previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, por dezesseis vezes, em continuidade delitiva, nos termos da sentença.

Conforme bem demonstrado no acórdão censurado pela via extrema, à luz da premissa estabelecida no paradigma em referência (ARE n. 999.425/SC), a conduta atribuída à parte recorrente é considerada penalmente relevante, por subsunção ao disposto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990 (“deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”).

No julgado mencionado pelas insurgentes, aliás, o Supremo Tribunal Federal afastou qualquer dúvida acerca da matéria:

O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 (STF, RHC 163334/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 18-12-2019 – vide Informativo 964).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, conta com idêntico posicionamento:

HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS “DESCONTADO E COBRADO”. ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA.

1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária - tal qual se dá com a apropriação indébita em geral - o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.

2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial.

3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão “descontado ou cobrado”, o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que “descontam” ou “cobram” o tributo ou contribuição.

4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo “descontado” é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo “cobrado” deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito.

5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal.

6. *Habeas corpus* denegado. (STJ, HC 399.109/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, j. 22-8-2018).

Como se vê, portanto, e ao contrário do que sugerem as agravantes, não se mostra presente qualquer indicativo de superação ou distinção entre o paradigma e o caso concreto.

Ademais, afigura-se inviável cogitar o alegado descumprimento dos “requisitos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no RHC nº 163.334”, porquanto referida decisão, além de corroborar a inteligência firmada no ARE 999.425/SC, expressamente prevê que cabe às instâncias de origem dirimir eventual dúvida ou inconformidade quanto ao reconhecido dolo de apropriação.

Sob tais premissas, e considerando, uma vez mais, que os aspectos fáticos em torno do elemento subjetivo foram exaustivamente perscrutados na instância a quo e reexaminados no âmbito da Câmara de origem, resta concluir que o juízo de subsunção lançado pela 2ª Vice-Presidência não comporta qualquer reparo, porquanto revela absoluta interação com a ratio decidendi estabelecida pelo Pretório Excelso a partir do ARE 999.425/SC, representativo que deu origem ao Tema 937/STF.

3. Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do agravo interno e, no mérito, negar-lhe provimento.

Conflito de Competência n. 0000508-05.2020.8.24.0000

Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO (SUSCITANTE) E A TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA FORMULADO POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR NO BOJO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO MONITÓRIA. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DO ATUAL REGIMENTO INTERNO. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A AÇÃO. MATÉRIA DE NATUREZA CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL, CONSOANTE O ANEXO III, INCISO I, ALÍNEA “C”, DO REGIMENTO INTERNO. CONFLITO PROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 0000508-05.2020.8.24.0000, da comarca de Itajaí 3ª Vara Cível, em que é Suscitante Egrégia Quarta Câmara de Direito Público e Suscitada Egrégia Terceira Câmara de Direito Civil.

A Câmara de Recursos Delegados decidiu, por votação unânime, julgar procedente o conflito negativo, para declarar competente a Egrégia Terceira Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 30 de setembro de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos. Funcionou como representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso.

Florianópolis, 1º de outubro de 2020.

Desembargador Volnei Celso Tomazini

RELATOR

RELATÓRIO

A Egrégia Quarta Câmara de Direito Público suscitou conflito negativo de competência diante de decisão declinatória da Egrégia Terceira Câmara de Direito Civil, nos autos de agravo de instrumento manejado pela exequente contra decisão que lhe indeferiu a gratuidade da justiça no cumprimento de sentença em ação monitória.

A Câmara Suscitada, em decisão do Desembargador Fernando Carioni, após indeferir o pleito de concessão de efeito suspensivo, declinou da competência por entender que a causa de pedir originária aborda matéria de direito público, consoante dispõe o Anexo V, códigos 10028 e 10029,

os quais versam, respectivamente, sobre serviços e ensino superior (fls. 539-540/551 do agravo; fl. 1 do conflito).

Por sua vez, os integrantes da Câmara Suscitante, em voto da Desembargadora Sônia Maria Schmitz, pontuam que a questão principal envolve a cobrança de duplicatas vinculadas a contrato de prestação de serviços educacionais, matéria de direito civil (fls. 556/561 do agravo; fls. 2/7 do conflito).

Os autos foram encaminhados à Secretaria da Câmara de Recursos Delegados para oportuna inclusão em pauta, nos termos do artigo 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre as Egrégias Quarta Câmara de Direito Público (Suscitante) e Terceira Câmara de Direito Civil (Suscitada), nos autos de agravo de instrumento manejado pela exequente contra decisão que lhe indeferiu a gratuidade da justiça no cumprimento de sentença em ação monitória.

De início, recorda-se que a competência desta Câmara de Recursos Delegados é disciplinada pelo artigo 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos seguintes termos:

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;

[...].

Como se vê, portanto, o atual Regimento Interno manteve o critério funcional adotado desde o Ato Regimental TJ n. 160, de 21/3/2018, preservando a delegação a esta Câmara para apreciação dos conflitos de competência outrora atribuídos ao Órgão Especial.

O incidente preenche os requisitos legais dos artigos 66, 951 e 953, todos do Código de Processo Civil, razão pela qual deve ser conhecido.

Consigna-se a desnecessidade de oitiva dos órgãos julgadores em conflito porque suas razões constam nos presentes autos, possibilitando a compreensão da celeuma (CC n. 0000178-76.2018.8.24.0000, da Capital, rela. Desa. Rosane Portella Wolff, j. 22/2/2018).

Reputa-se dispensável a intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça, porquanto a controvérsia não se enquadra em quaisquer das hipóteses do artigo 178 c/c artigo 951, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Fixadas aludidas premissas, visualiza-se que o presente incidente versa sobre agravo de instrumento manejado contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença no bojo de ação monitória. A agravante exequente, Fundação Universidade do Vale do Itajaí – Univali, se insurge contra a negativa de concessão da gratuidade da justiça.

A Terceira Câmara de Direito Civil declinou da competência por entender que a causa de pedir originária aborda matéria de direito público, consoante dispõe o Anexo V, códigos 10028 e 10029, os quais versam, respectivamente, sobre serviços e ensino superior.

Ao recusar a competência e instaurar o incidente, a Quarta Câmara de Direito Público entende que a causa de pedir envolve a cobrança de duplicatas vinculadas a contrato de prestação de serviços educacionais.

Razão assiste à Suscitante.

Em breve retrospecto acerca da competência para apreciar o recurso objeto deste incidente, de acordo com o artigo 6º do Ato Regimental TJ n. 41/00, de 9/8/2000, a partir de 1º de janeiro de 2001 seriam distribuídos:

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 de interesse de instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central, bem como os feitos relacionados a questões processuais das matérias previstas neste item.

Em 2002, a 1ª e a 2ª Câmaras Cíveis deste Tribunal passaram a ser denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Civil, criando-se a 3ª, conforme Ato Regimental TJ n. 57/02, com igual competência.

Sobreveio o Ato Regimental TJ n. 85/07, o qual criou a 4ª Câmara de Direito Civil, ressaltando o artigo 2º dessa norma que “as novas Câmaras, criadas pelo artigo 1º, terão a mesma competência das demais Câmaras de seus respectivos Grupos”.

Do mesmo modo, a 3ª e a 4ª Câmaras Cíveis passaram a ser denominadas 1ª e 2ª Câmaras de Direito Comercial, criando-se a 3ª, conforme Ato Regimental TJ n. 57/02, com a seguinte competência: “[...] 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”.

Posteriormente, por meio do Ato Regimental TJ n. 85/07, foi criada a 4ª Câmara de Direito Comercial, com competência idêntica às três Câmaras de Direito Comercial então existentes. O Ato Regimental TJ n. 110/10 criou a 5ª e a 6ª Câmaras de Direito Civil no Grupo de Câmaras de Direito Civil (art. 1º, inciso I); e a 5ª Câmara de Direito Comercial, integrante do Grupo de Câmaras de Direito Comercial (artigo 1º, inciso II); com “a mesma competência das demais câmaras de seus respectivos grupos ou seção” (art. 1º, § 3º).

Assim, com a edição dos Atos Regimentais TJ n. 57/02, 85/07 e 110/10 esta Corte passou a ser composta por: a) um Grupo de Câmaras de Direito Civil com a competência definida no artigo 6º, inciso I, do Ato Regimental TJ 41/00, integrado por seis Câmaras de Direito Civil; b) um Grupo de Câmaras de Direito Comercial com a competência definida no artigo 3º do Ato Regimental TJ 57/02, integrado por cinco Câmaras de Direito Comercial.

Às Câmaras de Direito Comercial estão afetos 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 os feitos envolvendo matérias eminentemente de Direito Civil, assim como os recursos relativos às questões processuais inerentes a esse plexo de atribuições. Tocante à competência das Câmaras de Direito Público originalmente o art. 3º do Ato Regimental TJ n. 41/00 possuía a seguinte redação:

Art. 3º - As 5ª e 6ª Câmaras serão competentes para o julgamento dos recursos ou ações originárias de Direito Público em geral, em que figurem como partes, ativa ou passivamente, o Estado, Municípios, autarquias ou empresas públicas, autoridades do Estado e de Municípios, bem como os feitos relacionados com a cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do poder público e, ainda, questões de natureza processual relacionadas com as aludidas causas, bem como as ações populares e as civis públicas.

Parágrafo único. Excluem-se da competência das Câmaras a que se refere este artigo os recursos manifestados em ações inerentes a acidentes do trabalho vinculados à seguridade social.

Sobreveio o Ato Regimental TJ n. 109/10, o qual deu nova redação ao dispositivo supracitado:

Art. 3º As Câmaras de Direito Público serão competentes para o julgamento dos recursos, ações originárias e ações civis públicas de Direito Público em geral, em que figurem como partes, ativa ou passivamente, o Estado, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público ou autoridades do Estado e de Municípios; dos feitos relacionados com atos que tenham origem em delegação de função ou serviço público, cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público e, ainda, questões de natureza processual relacionadas com as aludidas causas; bem como das ações populares.

§ 1º As causas e os recursos fundados em ações civis públicas que não estejam abrangidas pelo caput deste

artigo serão distribuídos para os órgãos fracionários que sejam competentes em razão da matéria.

§ 2º Na competência estabelecida neste artigo ficam incluídos os recursos referentes às ações de responsabilidade civil que objetivam a indenização de danos morais e materiais pela prática de ato ilícito relacionado aos serviços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público ou pelas concessionárias de serviço público e as que envolvam outros entes federados. (Revogado pelo art. 2º do Ato Regimental n. 135, de 3 de fevereiro de 2016)

Em 17/2/2016 o normativo acima teve revogado seus dois parágrafos pelo Ato Regimental TJ n. 135/16, o qual conferiu nova redação ao caput, alterando-se nessa data a distribuição dos processos:

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; 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. (grifou-se)

Posteriormente, o Ato Regimental TJ n. 149/17, publicado em 27/3/2017, promoveu a mais recente modificação no aludido dispositivo, acrescentando-lhe três novos parágrafos, alterando-se a distribuição dos processos a partir da publicação:

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. (grifou-se)

Finalmente, o Regimento Interno em vigor desde 1º/2/2019 reformulou e aprimorou a divisão de competência dos órgãos internos desta Corte de Justiça. Por oportuno, extrai-se do preâmbulo do Anexo III, inciso I, alínea “c”, *in verbis*:

A delimitação das competências das câmaras de direito civil observará o art. 70 deste regimento, os assuntos atribuídos neste anexo e as seguintes diretrizes:

I – consideram-se como feitos de competência das Câmaras de Direito Civil as ações originárias e os respectivos incidentes: [...]

c) relativos a transporte, telefonia e **cobrança de mensalidade de entidade educacional, qualquer que seja sua personalidade jurídica**; [...]. (grifou-se)

Pois bem.

No presente incidente, o recurso ingressou nesta Corte de Justiça durante a vigência do atual Regimento Interno (v. termo de cadastro e distribuição às fls. 537/538). Referida norma expressamente considera como sendo de competência das Câmaras de Direito Civil as ações originárias, os recursos e os respectivos incidentes que versem sobre a cobrança de mensalidade de entidade educacional, qualquer que seja a sua personalidade jurídica.

No caso concreto, muito embora a Fundação Universidade do Vale do Itajaí - Univali tenha sido instituída pelo Município de Itajaí, a causa de pedir remota ou mediata diz respeito, justamente, à cobrança de mensalidade oriunda da prestação de serviços educacionais.

Vale dizer, a questão de fundo indica a existência de relação jurídica subjacente à emissão dos títulos de crédito que lastreiam a ação originária, possuindo natureza eminentemente de direito civil.

Diante desse contexto, emerge a competência das Câmaras de Direito Civil, porquanto a controvérsia invoca relação jurídica anterior, em sintonia com o Regimento Interno vigente por ocasião da distribuição do recurso.

Esse é o caminho há muito perfilhado por esta Câmara de Recursos Delegados em casos idênticos, *mutatis mutandis*:

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 ENTIDADESE 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. (TJSC, Conflito de Competência n. 0019523-28.2018.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Câmara de Recursos Delegados, j. 27/3/2019).

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. [...]. (TJSC, Conflito de Competência n. 0000482-75.2018.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Câmara de Recursos Delegados, j. 29/8/2018).

Convém anotar que, posteriormente aos julgamentos dos casos supracitados, 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 pelo 1º Vice-Presidente, composto pelos membros da Comissão Permanente de Regimento Interno, por um desembargador representante da Seção Criminal e por um desembargador representante de cada um dos grupos de Câmaras (artigo 1º).

Referido Comitê, 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 (artigo 2º da Resolução GP n. 14/19), efetuou estudos e encaminhou propostas que foram acolhidas pelo Órgão Especial.

Dessa forma, foram implementadas atualizações 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.

O aludido entendimento foi revigorado por esta colenda Câmara:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA FORMULADO POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR NO BOJO DE EXECUÇÃO POR

QUANTIA CERTA. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS TJ 41/2000, 85/2007 E 149/2017. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXECUÇÃO. MATÉRIA EMINENTEMENTE CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. CONFLITO PROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Competência n. 0001236-80.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Altamiro de Oliveira, Câmara de Recursos Delegados, j. 29/11/2019).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITANTE) E A SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITADA). APELAÇÃO CÍVEL CONTRA SENTENÇA QUE EXTINGUIU AÇÃO MONITÓRIA PROPOSTA POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS TJ 41/00, 85/07 E 149/17. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXECUÇÃO. MATÉRIA EMINENTEMENTE CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Competência n. 0002253-54.2019.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Câmara de Recursos Delegados, j. 29/11/2019).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL E SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO MONITÓRIA. 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. [...]. (TJSC, Conflito de Competência n. 0001481-91.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Câmara de Recursos Delegados, j. 30/10/2019).

E, recentemente, a novel composição desta Câmara de Recursos Delegados reafirmou o tema, em sintonia com o atual Regimento Interno, em incidente a cargo desta Relatoria, *mutatis mutandis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (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 EXECUÇÃO. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS TJ 41/2000, 85/2007 E 149/2017. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXECUÇÃO. MATÉRIA EMINENTEMENTE CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Competência n. 0001942-63.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, Câmara de Recursos Delegados, j. 29/4/2020).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA FORMULADO POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR NO BOJO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DO ATUAL REGIMENTO INTERNO. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE

SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A AÇÃO. MATÉRIA DE NATUREZA CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL, CONSOANTE O ANEXO III, INCISO I, ALÍNEA “C”, DO REGIMENTO INTERNO. CONFLITO PROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Competência n. 0003083-20.2019.8.24.0000, de São José, Câmara de Recursos Delegados, j. 26/2/2020).

E ainda, deste Órgão Fracionário, *mutatis mutandis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITANTE) E A QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA PARTE EXECUTADA, CONTRA DECISÃO QUE AFASTOU A TESE DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AVENTADA EM EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA PROPOSTA POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DO ATUAL REGIMENTO INTERNO. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXPROPRIATÓRIA. MATÉRIA DE NATUREZA CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL, CONSOANTE O ANEXO III, INCISO I, ALÍNEA “C”, DO REGIMENTO INTERNO. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJSC, Conflito de competência n. 0002951-60.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Salim Schead dos Santos, Câmara de Recursos Delegados, j. 26/2/2020).

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. [...]. (TJSC, Conflito de Competência n. 0000482-75.2018.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Câmara de Recursos Delegados, j. 29/8/2018).

Convém anotar que, posteriormente aos julgamentos dos casos supracitados, 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 pelo 1º Vice-Presidente, composto pelos membros da Comissão Permanente de Regimento Interno, por um desembargador representante da Seção Criminal e por um desembargador representante de cada um dos grupos de Câmaras (artigo 1º).

Referido Comitê, 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 (artigo 2º da Resolução GP n. 14/19), efetuou estudos e encaminhou propostas que foram acolhidas pelo Órgão Especial.

Dessa forma, foram implementadas atualizações 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.

O aludido entendimento foi revigorado por esta colenda Câmara:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA FORMULADO POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR NO BOJO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS TJ 41/2000, 85/2007 E 149/2017. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXECUÇÃO. MATÉRIA EMINENTEMENTE CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. CONFLITO PROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Competência n. 0001236-80.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Altamiro de Oliveira, Câmara de Recursos Delegados, j. 29/11/2019).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITANTE) E A SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITADA). APELAÇÃO CÍVEL CONTRA SENTENÇA QUE EXTINGUIU AÇÃO MONITÓRIA PROPOSTA POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS TJ 41/00, 85/07 E 149/17. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXECUÇÃO. MATÉRIA EMINENTEMENTE CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Competência n. 0002253-54.2019.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Câmara de Recursos Delegados, j. 29/11/2019).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL E SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO MONITÓRIA. 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. [...]. (TJSC, Conflito de Competência n. 0001481-91.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Câmara de Recursos Delegados, j. 30/10/2019).

E, recentemente, a novel composição desta Câmara de Recursos Delegados reafirmou o tema, em sintonia com o atual Regimento Interno, em incidente a cargo desta Relatoria, *mutatis mutandis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (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 EXECUÇÃO. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DOS ATOS REGIMENTAIS TJ 41/2000, 85/2007 E 149/2017. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXECUÇÃO. MATÉRIA EMINENTEMENTE CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Competência n. 0001942-63.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, Câmara de Recursos Delegados, j. 29/4/2020).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA FORMULADO POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR NO BOJO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DO ATUAL REGIMENTO INTERNO. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A AÇÃO. MATÉRIA DE NATUREZA CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL, CONSOANTE O ANEXO III, INCISO I, ALÍNEA “C”, DO REGIMENTO INTERNO. CONFLITO PROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Competência n. 0003083-20.2019.8.24.0000, de São José, Câmara de Recursos Delegados, j. 26/2/2020).

E ainda, deste Órgão Fracionário, *mutatis mutandis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITANTE) E A QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITADA). AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA PARTE EXECUTADA, CONTRA DECISÃO QUE AFASTOU A TESE DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AVENTADA EM EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA PROPOSTA POR INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. RECURSO DISTRIBUÍDO NA VIGÊNCIA DO ATUAL REGIMENTO INTERNO. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE À FORMAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A EXPROPRIATÓRIA. MATÉRIA DE NATUREZA CÍVEL, TENDO EM VISTA A CAUSA DE PEDIR MEDIATA OU REMOTA. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL, CONSOANTE O ANEXO III, INCISO I, ALÍNEA “C”, DO REGIMENTO INTERNO. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJSC, Conflito de competência n. 0002951-60.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Salim Schead dos Santos, Câmara de Recursos Delegados, j. 26/2/2020).

A título de reforço, salienta-se que as Câmaras de Direito Civil há muito vêm apreciando o tema, consoante se infere dos julgamentos a seguir ementados, um deles, inclusive, sob a relatoria do ilustre Relator da Câmara Suscitada, prolatado em caso idêntico ao que ora se examina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. UNIVALI. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. DECISÃO REBELADA QUE INDEFERIU PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. MATERIAL PROBATÓRIO. ARGUMENTAÇÕES SUSTENTANDO CARÊNCIA ECONÔMICA. JUÍZO DE VALOR. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CONFIGURADA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO VEDADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. “[...]” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4020787-

12.2018.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 4/9/2018 – grifou-se).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE INDEFERIU O PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. INCONFORMISMO DA EXEQUENTE (UNIVALI) ALEGAÇÃO DE QUE FAZ JUS AO BENEFÍCIO POR SER PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. 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 REVELA ELEVADO ATIVO E DEMONSTRATIVO DE DÍVIDA E PARCELAMENTO QUE NÃO COMPROVA A SUA SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE. ATIVIDADES ECONÔMICAS QUE CONTINUAM SENDO EXERCIDAS NORMALMENTE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTREM A NECESSIDADE DA BENESSE PRETENDIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4034810-60.2018.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 19/2/2019).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA QUANTO AO INDEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA PELO JUÍZO A QUO. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ (UNIVALI). PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. CARÊNCIA ECONÔMICA NÃO CARACTERIZADA. PRECEDENTES DESTA CÂMARA NO MESMO SENTIDO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0003959-53.2013.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 5/2/2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA INDEFERIDO NA ORIGEM. PLEITO FORMULADO PELA FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ (UNIVALI). PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. BALANÇOS FINANCEIRO E PATRIMONIAL QUE ATESTAM CONDIÇÕES DE ARCAR COM AS CUSTAS PROCESSUAIS SEM PREJUÍZO À MANUTENÇÃO DAS SUAS ATIVIDADES. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CARACTERIZADA (ART. 98, CPC E SÚMULA 481 DO STJ). PRECEDENTES DESTA CÂMARA E DE OUTROS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4017578-35.2018.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Selso de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 31/1/2019).

Anota-se, por fim, a desnecessidade de manifestação na forma do artigo 957 do Código de Processo Civil, porquanto o pleito de concessão de efeito suspensivo foi analisado pela Suscitada (fls. 539/540 – SAJ5/SG), ao passo que a Suscitante limitou-se a instaurar o presente incidente.

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito negativo, para reconhecer a competência da Egrégia Terceira Câmara de Direito Civil para processar e julgar o recurso.

Este é o voto.

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Recurso Administrativo n. 0021657-61.2020.8.24.0710

Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira

REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA – INSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO EDÍLCIO – INDIVIDUALIZAÇÃO DAS UNIDADES AUTÔNOMAS NÃO APRESENTADA EM MOMENTO OPORTUNO – INSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO COMUM SOBRE UNIDADES INDIVIDUALMENTE CONSIDERADAS – RETIFICAÇÃO DO ATO INDEPENDENTEMENTE DE PERMUTA – POSSIBILIDADE – PARTICULARIDADES DO CASO.

No ato da instituição do condomínio edilício é possível atribuir desde logo aos proprietários as unidades autônomas respectivas. À falta de especificação nesse sentido, subsiste o domínio conjunto, transladadas as proporções para cada unidade individualmente considerada.

No caso, todavia, independentemente de permuta, é possível permitir a retificação do ato para que haja a correta acomodação, atribuindo cada unidade a um proprietário específico. A intenção dos particulares nesse sentido era evidente desde o início – tanto que a divisão foi assim registrada em instrumento público e na qualificação apresentada para o registro de imóvel já constava que residiam nos respectivos apartamentos –, não sendo razoável o apego ao formalismo se daí não resultara prejuízo a terceiros.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 0021657-61.2020.8.24.0710, da comarca de Chapecó em que são recorrentes Gonçalo Gomes Soares Coelho, Renata Frandoloso, Redovino Tortelli, Ivanite Ana Biazzi Tortelli, Ângelo Thadei Ghiggi, Fabiana Matte Ghiggi, Mario Lanznaster e Edirce Lanznaster e interessado o Oficial de Registro de Imóveis de Chapecó.

O Conselho da Magistratura decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para permitir a retificação do registro, possibilitando a divisão nos termos da escritura pública de atribuição de unidades autônomas, como se houvesse sido apresentada concomitantemente ao registro de instituição do condomínio edilício. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador RICARDO JOSE ROESLER, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ricardo José Roesler, Julio Cesar Machado Ferreira de Melo, José Agenor de Aragão, João Henrique Blasi, Soraya Nunes Lins, Dinart Francisco Machado, Volnei Celso Tomazini, Salim Schead dos Santos, Carlos Adilson Silva e Odson Cardoso Filho.

Florianópolis, 19 de outubro de 2020.

Desembargador Hélio do Valle Pereira
Relator

RELATÓRIO

Este recurso foi apresentado por Gonçalo Gomes Soares Coelho, Renata Frandoloso, Redovino Tortelli, Ivanite Ana Biazzi Tortelli, Ângelo Thadei Ghiggi, Fabiana Matte Ghiggi, Mario Lanznaster e Edirce Lanznaster ante sentença que manteve as exigências postas em nota de oposição apresentada pelo Oficial do Registro de Imóveis de Chapecó.

Os recorrentes instituíram condomínio edilício com a abertura de unidades autônomas. Na oportunidade, à falta de especificação, o oficial de registro estabeleceu a copropriedade de todos os registrantes sobre as unidades, formando um condomínio ordinário entre eles. Tempos depois, apresentaram escritura pública de atribuição de unidades autônomas, mas o registro foi negado, alegando-se que àquela altura só era viável a acomodação por meio de escritura pública de permuta, com o recolhimento do tributo de transmissão.

Os recorrentes sustentam que a interpretação equivocada partiu do Oficial. A intenção óbvia era de que houvesse condomínio apenas sobre as áreas comuns, sendo que as unidades autônomas deveriam ser direcionadas de forma exclusiva a cada coproprietário. Tivesse alguma dúvida dessa intenção, argumentam, o oficial deveria ter suscitado esclarecimentos.

A partir daí, para que não sejam prejudicados pelo equívoco, pedem que se proceda à retificação da instituição do condomínio, atribuindo-se cada imóvel integralmente ao respectivo possuidor em vista da excepcionalidade do caso.

No mais, destacam, o proceder afronta os princípios da especialidade, instância e legalidade, noticiando, além disso, que recentemente aquele ofício modificou o procedimento, passando a alertar os usuários sobre a possibilidade de divisão já no ato do registro da convenção de condomínio.

Subsidiariamente, não sendo viável a retificação, quer que se reconheça a nulidade do ato uma vez que a declaração de vontade padece de erro (art. 138 e 139 do CC).

Houve contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela anulação da sentença ante a falta de intimação dos agora recorrentes para apresentar impugnação na origem (art. 198, inc. III, da Lei de Registros Públicos). Esses, por sua vez, peticionaram nos autos negando interesse na declaração da nulidade.

Originalmente distribuídos à Terceira Câmara de Direito Público, a competência foi declinada para cá.

VOTO

1. Deixo de tratar do vício de procedimento levantado pela Procuradoria-Geral de Justiça, uma vez que, estivesse configurado, cuidar-se-ia de nulidade relativa e a própria parte supostamente prejudicada negou interesse na declaração.

Como o recurso será favorável aos particulares, adiante, dispensa-se a apreciação, dando-se preponderância à declaração de mérito (art. 282, § 2º e art. 488 do CPC).

2. É possível que a atribuição das unidades autônomas em um condomínio edilício ocorra no momento de sua instituição.

Não há disposição expressa nos arts. 1.332 do Código Civil e 7º da Lei 4.591/64 vedando que isso ocorra em momento posterior, mas a interpretação dos dispositivos deixa que ver que, à falta de especificação, subsistirá o domínio conjunto, transladadas as proporções para cada unidade individualmente considerada. Depois do ato, naturalmente, a nova acomodação implicará outro negócio jurídico do qual poderá decorrer o pagamento de outros tributos pela transmissão da propriedade.

Eis o teor dos dispositivos mencionados:

Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam.

E

Art. 7º O condomínio por unidades autônomas instituir-se-á por ato entre vivos ou por testamento, com inscrição obrigatória no Registro de Imóvel, dele constando; a individualização de cada unidade, sua identificação e discriminação, bem como a fração ideal sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade, dispensando-se a descrição interna da unidade.

Foi o que ocorreu no caso dos autos. Discriminaram-se as unidades e houve a abertura de novas matrículas em fevereiro de 2017, mas só em abril do ano seguinte foi apresentada no Registro de Imóveis a escritura pública de atribuição de unidades autônomas.

Daí decorre que o silêncio implicou instituição de um condomínio ordinário sobre cada unidade na proporção daquilo que já havia (art. 1.314, *caput*, do CC e art. 6º da Lei de Registros Públicos), que depois poderia ser desfeito com a permuta das frações ideais correspondentes (art. 167, inc. I, 30, da Lei de Registros Públicos), como sugeriu o oficial.

Não houve, portanto, ofensa àqueles princípios registrares invocados (especialidade, instância e legalidade), tampouco se pode falar em erro substancial quanto ao ato que dependia, antes de tudo, de manifestação de vontade das partes (art. 138 do CC). Os proprietários deixaram de observar o procedimento correto para o que desejavam, mantendo-se apenas as proporções existentes até então para a divisão das novas unidades.

Nessa linha, aliás, frise-se que o art. 9º, § 3º, alínea ‘a’, da Lei 4.591/64 diz que a convenção de condomínio deverá conter “*a discriminação das partes de propriedade exclusiva, e as de condomínio, com especificações das diferentes áreas*”, mas esse instrumento se destina unicamente a regular as questões internas, não se prestando para fins de divisão, de modo que era mesmo inviável a correção do vício pela simples discriminação naquele ato.

3. No caso, todavia, porque a escritura pública de atribuição de unidades autônomas – que deveria ter sido apresentada no momento da instituição do condomínio – fora registrada poucos dias depois no tabelionato de notas, em 31 de março de 2017 (embora só tenha sido apresentada no registro de imóveis em 2018), bem como porque não se vislumbra que a retificação do ato trará prejuízos a terceiros, tenho que seja viável o ajuste para permitir que se atribua, naqueles termos, cada unidade independentemente da permuta.

A medida é salutar porque toda a documentação trazida aponta que a intenção dos particulares era mesmo atribuir a cada casal uma unidade autônoma e o apego ao formalismo geraria um ônus desproporcional àqueles que, de boa-fé, buscavam meramente adequar a manifestação ao que já era da vontade e que já ocorria de fato.

Aliás, tanto é sincera a versão de que houve mero equívoco que já no ato da instituição cada proprietário fora qualificado como residente no apartamento respectivo, como se vê da cópia apresentada nas fls. 4 do apelo administrativo.

4. Assim, conheço e dou provimento ao recurso para permitir a retificação do registro, possibilitando a divisão nos termos da escritura pública de atribuição de unidades autônomas, como se houvesse sido apresentada concomitantemente ao registro de instituição do condomínio edifício.

É o voto.

Recurso Administrativo (Apelação) n. 0013913-15.2020.8.24.0710

Relator Conselheiro: Des. Júlio César M. Ferreira de Melo

RECURSO ADMINISTRATIVO (APELAÇÃO) EM SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. PLEITO DE REGISTRO DE “CONDOMÍNIO DE LOTES” MESMO SEM APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE AÇÕES REAIS REFERENTES AO IMÓVEL. INVIABILIDADE. REQUISITO EXPRESSAMENTE PREVISTO NO ART. 18, III, ALÍNEA “B”, DA LEI 6.766/1979, APLICÁVEL À ESPÉCIE. ADEMAIS, RISCO CONCRETO AOS FUTUROS ADQUIRENTES EVIDENCIADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM CURSO VERSANDO SOBRE O IMÓVEL. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. POSSIBILIDADE DE REVERSÃO E CONDENAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS. NATUREZA PROPTER REM DAS OBRIGAÇÕES AMBIENTAIS, QUE ADMITE COBRANÇA DO ATUAL PROPRIETÁRIO OU POSSUIDOR (SÚMULA 623 DO STJ, DJE 17/12/2018). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM, em Conselho da Magistratura, por votação unânime, por conhecer do recurso administrativo (apelação) e negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a sentença recorrida. Custas, se houver, na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Júlio César Machado Ferreira de Melo (Relator), José Agenor de Aragão, Salim Schead dos Santos, João Henrique Blasi, Soraya Nunes Lins, Roberto Lucas Pacheco, Ricardo Roesler, Carlos Adilson Silva, Odson Cardoso Filho, Volnei Celso Tomazini, Hélio do Valle Pereira e Dinart Francisco Machado.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Roesler.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 13 de julho de 2020.

Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo

Relator

RELATÓRIO

Pedido de registro (extrajudicial): Em 25/04/2018, o Sr. Felipe Dal Farra requereu, em favor da Construtora Locks Ltda., o registro do “Condomínio Arvoredo” sobre imóvel com área de 90.789,20 m² perante o 1º Registro de Imóveis de Criciúma/SC, conforme documentação anexa.

Manifestação ministerial (extrajudicial): Encaminhado o procedimento para manifestação do Ministério Público, este opinou que seria de “bom alvitre” aguardar o trânsito em julgado da ação civil pública nº 0006107-69.2014.8.24.0020, que versa sobre a área em questão – manifestação que restou encampada pela oficial registradora em nota devolutiva.

Suscitação de dúvida: Discordando desta exigência, o requerente, por intermédio do seu diretor administrativo e do seu procurador, solicitou a abertura de suscitação de dúvida para efetivação do registro, alegando que “exigir a ocorrência do trânsito em julgado na ventilada ACP é negar a vigência de sentença judicial proferida, hostilizando, por conseguinte, o primado disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal” (4596355). A oficial registradora, com dúvidas sobre a obrigatoriedade de vinculação ao parecer ministerial, tido por ela como imprescindível nos processos de loteamento e desmembramento do solo urbano, solicitou manifestação judicial acerca da possibilidade ou impossibilidade do registro (4589587).

Resposta: Em resposta à suscitação de dúvida, a Promotoria de Justiça reafirmou ser contrária ao registro. Aduziu que a recuperação do dano ambiental constitui obrigação propter rem, de modo que, em sendo procedente a aludida ação civil pública, os consumidores adquirentes dos lotes herdariam o ônus ambiental. Razão pela qual, em nome da segurança jurídica e para resguardar os futuros adquirentes, opinou novamente pelo aguardo do trânsito em julgado. Destacou, ainda, que a Lei 6.766/1979 exige, para aprovação de projeto de loteamento ou desmembramento, certidão negativa de ações reais referentes ao imóvel (art. 18, III, alínea b), requisito que, por conta da mencionada ação, deixou de ser cumprido (4596373).

Petição: Em petição avulsa, a Construtora Locks Ltda. frisou que cumpriu com as exigências administrativas determinadas na sentença prolatada na mencionada ação civil pública, que, por sua vez, restou confirmada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ademais, “com a finalidade de ver resolvido o caso”, propôs, alternativamente, “o registro do Condomínio Horizontal Arvoredo, mediante a indisponibilização para construção e venda de nove lotes junto ao referido empreendimento (lotes 07, 08 e 09 da quadra ‘a’; e, lotes 04, 05, 06, 10, 11 e 12 da quadra ‘b’)” até o trânsito em julgado da referida ação (4596375).

Sentença: Após o saneamento do feito, a magistrada do primeiro grau, concordando com os termos da manifestação ministerial, declarou “a impossibilidade do registro até o trânsito em julgado da Ação Civil Pública nº 0006107-60.2014.8.24.0020”. Além disso, também indeferiu a proposta alternativa, “visto que deverá ser analisada em conjunto” com a ação civil pública, “já que a Construtora Locks Ltda é apenas interessada na presente ação” (4596406).

Apelação (recurso administrativo): Inconformado com a decisão, o requerente interpôs apelação. Em suas razões recursais, reprisou os fundamentos jurídicos apresentados na peça de suscitação de dúvida e na petição avulsa, requerendo, ao final, o “conhecimento e provimento do apelo” para “ver-se deferido o registro do denominado Condomínio do Arvoredo, respeitando-se, desse modo, o disposto em sentença e acórdão proferidos nos autos da ACP nº 0006107-60.2014.8.24.0020” (4596425).

Contrarrazões: Não foram apresentadas contrarrazões (4596429).

Parecer da PGJ: Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Murilo Casemiro Mattos, que opinou “pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo-se a decisão em seus precisos termos” (4596467).

É relato do necessário.

VOTO

1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto contra sentença publicada em 16/09/2019 (4596412) e, portanto, na vigência do CPC/2015 (18/03/2016). Assim, os requisitos de admissibilidade recursal devem ser exigidos na forma do novo Código de Processo Civil (enunciado administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016).

No caso: (a) a apelação é o recurso cabível na espécie (art. 202 da Lei n. 6.015/73); (b) o recorrente tem legitimidade e possui interesse recursal; (c) o recurso é tempestivo, formalmente regular e acompanhado do comprovante de recolhimento do preparo (4596412 - fl. 8 e 4596425- fls. 1 e 26) e (d) inexistente fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Assim, preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise do mérito.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Condomínio de Lotes

Segundo informado pela oficial registradora na inicial, o “Condomínio Horizontal Arvoredo”, que se pretende registrar: “será composto por 08 quadras”, cada qual com números específicos de “lotes”, “mais 08 áreas verdes”, “ruas projetadas” e “áreas institucionais”. Além disso, conforme aduzido por ela: “as futuras unidades habitacionais serão construídas pelos adquirentes das respectivas unidades” e “o condomínio contará com ruas internas pavimentadas, vagas de estacionamento, áreas de preservação permanente, área verde, áreas institucionais, contendo, ainda, área de convivência, guarita e portal de acesso, quadra de tênis, campo de futebol society, playground, piscinas, quiosques e muro perimetral” (4589587 - fls. 1-2).

A partir da descrição fática acima delineada, parece-me que não se trata tecnicamente de um “Condomínio Horizontal”, mas na verdade de um “Condomínio de Lotes”, figura esta regulamentada pela recente Lei nº 13.465/2017, que acrescentou o art. 1.358-A ao Código Civil e introduziu dispositivos importantes à Lei n. 6.766/1979, adequando o direito à realidade dos fatos. Abaixo, a legislação correlata:

Código Civil

Seção IV

Do Condomínio de Lotes

Art. 1.358-A. Pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1º A fração ideal de cada condômino poderá ser proporcional à área do solo de cada unidade autônoma, ao respectivo potencial construtivo ou a outros critérios indicados no ato de instituição.

§ 2º Aplica-se, no que couber, ao condomínio de lotes o disposto sobre condomínio edilício neste Capítulo, respeitada a legislação urbanística.

§ 3º Para fins de incorporação imobiliária, a implantação de toda a infraestrutura ficará a cargo do empreendedor.

Lei n. 6.766/79

Art. 2o. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1o Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2o Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

[...]

§ 7o O lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

§ 8o Constitui loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1o deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

Conforme ensina o doutrinador civilista Paulo Lôbo, o condomínio de lotes é uma modalidade específica de condomínio edilício e o que lhe singulariza é:

[...] a contemplação de partes comuns, não previstas na legislação anterior, no interesse de todos os titulares, para além dos lotes individuais e das partes destinadas ao domínio público (ruas, praças, implementos urbanos). O lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo, segundo o padrão tradicional de loteamento, ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes. As partes comuns não integram o domínio público destinado pelo empreendimento, sendo destinadas ao uso dos titulares dos lotes, em comum. [...]. Na hipótese de incorporação imobiliária, toda a infraestrutura necessária para a implantação das partes comuns ficará a cargo do empreendedor, por força de lei. Essa regra é cogente, incorporada ao valor global do empreendimento, não podendo ser atribuída aos adquirentes (LÔBO, Paulo. Direito Civil: Coisas. São Paulo: Saraiva Jur, 2018, p. 265-266).

Em mesmo sentido, extrai-se de artigo científico publicado em 17/07/2017 pelo professor Flávio Tartuce, de autoria de Carlos Eduardo Elias de Oliveira:

Com olhos na impotência jurídica tradicional para enfrentar a realidade de informalidade generalizada representada pelos “loteamentos fechados”, a Lei nº 13.465/2017 criou uma nova espécie de condomínio, batizado de “condomínio de lotes”.

As regras centrais dessa nova espécie de condomínio foram colocadas, com acerto, no Código Civil ao lado das outras figuras de condomínio. O Código Civil não precisou ser abundante em regras, pois, na realidade, esse condomínio de lotes, nada mais é do que um desdobramento do condomínio edilício vertical (o de casas) de que tratava o art. 8º da Lei nº 4.591/2017. O Código Civil disciplina a matéria em apenas um artigo, o art. 1.358-A.

Lembre-se de que condomínio edilício vertical (o de casas) não cria lotes, e sim unidades imobiliárias vinculadas a uma fração ideal do solo e das áreas comuns. Essas unidades autônomas consistem necessariamente em construções existentes, e não em meros lotes avulsos. Observe-se que a alínea a do art. 8º da Lei nº 4.591/64 estabelece que o condomínio edilício vertical envolve “unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas”.

Agora, o novo art. 1.358-A do CC passa a permitir a criação de um condomínio que será composto por lotes, os quais estarão necessariamente vinculados a uma fração ideal das áreas comuns em proporção a ser definida no ato de instituição. Isso significa que, nesse arranjo espacial, as ruas, as praças e as demais áreas de uso comum não são transferidas à propriedade do Município, mas continuam sendo propriedade privada, pertencente aos titulares do lote de acordo com a respectiva fração ideal (Artigo intitulado: “Novidades da Lei nº 13.465/2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado”, de autoria de Carlos Eduardo Elias de Oliveira, consultor legislativo do Senado Federal nas áreas de Direito Civil, Processo Civil e Direito Agrário. Acesso em: 10/06/2020, às 10h52).

Os conceitos explicitados, a meu ver e salvo melhor juízo, fecham com a descrição apresentada.

2.2 Incidência da Lei n. 6.766 de 1979

De qualquer forma, independentemente do enquadramento dado, fato é que o condomínio de lotes, assim como o condomínio horizontal, também deverá ser fruto de um parcelamento de solo, gênero dos quais são espécies o loteamento e o desmembramento do solo urbano. Por essa razão, submete-se às disposições constantes na Lei n. 6.766/1979, que trata sobre a matéria, bem como às legislações estaduais e municipais pertinentes. Sobre o ponto, esclarece Carlos Eduardo Elias de Oliveira no artigo antes mencionado:

O condomínio de lotes deverá ser fruto de um parcelamento do solo. Afinal de contas, é um condomínio de ... lotes! O próprio art. 2º, § 7º, da Lei nº 6.766/1979 estabelece que o lote poderá ser constituído como um imóvel autônomo (que é a forma tradicional de lote até hoje conhecida) ou como uma unidade imobiliária integrante de um condomínio de lotes.

O lote continua sendo um imóvel próprio, com direito a uma matrícula própria no Cartório de Imóveis, em observância ao princípio da unitariedade matricial. Todavia, o conceito de lote se ampliou.

Isso significa que, para a criação de um condomínio de lotes, necessariamente devem ser observados todos os procedimentos da Lei de Loteamentos, como a exigência de aprovação prévia do município.

A Lei nº 6.766/79, portanto, é plenamente aplicável para disciplinar também o condomínio de lotes. Ora, essa lei já possui regras para disciplinar os casos de venda de “lotes na planta”, ou seja, de lotes que ainda serão edificados, razão por que podemos levantar a seguinte indagação: a Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64) também seria aplicável?

Incorporação imobiliária é alienar unidades autônomas de um condomínio que ainda será construído e instituído. É, grosso modo, alienar “imóvel na planta”. Portanto, se alguém haverá de construir um prédio e instituir um condomínio edilício sem alienar precocemente qualquer uma das unidades, não há falar em incorporação imobiliária.

Ao nosso sentir, a Lei de Incorporação Imobiliária é vocacionada a preparar a instituição de condomínios no futuro, de modo que ela tem de ser também observada no condomínio de lotes. Nesse sentido, o próprio § 3º do art. 1.358-A do CC fez remissão expressa à incorporação imobiliária.

Seja como for, entendemos que a Lei nº 4.591/64 deve ser aplicada para suprir lacunas da Lei de Loteamentos. Em outras palavras, a sua aplicação deve ser subsidiária. Por exemplo, a Lei de Incorporação prevê o “patrimônio de afetação” no seu art. 31-A como um modo de proteção aos adquirentes de futuras unidades autônomas, figura essa que deve ser admitida para suprir lacunas da Lei de Loteamentos. Igualmente, ao tratar dos documentos obrigatórios a serem apresentados pelo incorporador, o art. 32 da Lei nº 4.591/64 lista documentos não previstos no catálogo de documentos a serem apresentados pelo loteador na forma do art. 18 da Lei de Loteamentos, a exemplo da “futura Convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações” (alínea j do art. 32 da Lei nº 6.766/79). Convém que a Lei de Incorporação supra essa lacuna da Lei de Loteamentos.

Consideramos que a Lei de Loteamentos é o diploma principal a ser levado em conta, pois ela hospeda o interesse público vinculado à ordenação do território, interesse esse que justifica a prevalência dessa lei sobre a lei de incorporação imobiliária, cuja tônica repousa mais no interesse transindividual dos futuros proprietários de unidades autônomas do que propriamente em um interesse público mais puro. É verdade que a Lei de Incorporação também contém regras de interesse puramente público, mas elas representam um ingrediente menos concentrado do que sucede na Lei de Loteamentos.

Portanto, diante do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, temos que a Lei de Loteamentos deve prevalecer no caso de divergência em relação à Lei de Incorporação Imobiliária, que servirá apenas para suprir lacunas daquela. O próprio legislador acenou para essa natureza principal da Lei de Loteamentos ao inserir ajustes apenas no texto desse diploma, e não no da Lei de Incorporação Imobiliária (Artigo intitulado: “Novidades da Lei nº 13.465/2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado”, de autoria de Carlos Eduardo Elias de Oliveira, consultor legislativo do Senado Federal nas áreas de Direito Civil, Processo Civil e Direito Agrário. Acesso em: 10/06/2020, às 10h52) (Grifo nosso)

Dito isso, tem-se que a Lei n. 6.766/1979 dispõe que, aprovado o projeto de loteamento ou desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, acompanhado de alguns documentos, sob pena de caducidade da aprovação. Entre os documentos exigidos, destaca-se a certidão negativa de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos. Veja-se:

Art. 18. Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro

imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos:

I - título de propriedade do imóvel ou certidão da matrícula, ressalvado o disposto nos §§ 4o e 5o;

II - histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 (vintes anos), acompanhados dos respectivos comprovantes;

III - certidões negativas:

a) de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel;

b) de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos;

c) de ações penais com respeito ao crime contra o patrimônio e contra a Administração Pública.

IV - certidões:

a) dos cartórios de protestos de títulos, em nome do loteador, pelo período de 10 (dez) anos;

b) de ações pessoais relativas ao loteador, pelo período de 10 (dez) anos;

c) de ônus reais relativos ao imóvel;

d) de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos.

V - cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, com a duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras;

VI - exemplar do contrato padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão, do qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas no art. 26 desta Lei;

VII - declaração do cônjuge do requerente de que consente no registro do loteamento.

§ 1º - Os períodos referidos nos incisos III, alínea b e IV, alíneas a, e d, tomarão por base a data do pedido de registro do loteamento, devendo todas elas serem extraídas em nome daqueles que, nos mencionados períodos, tenham sido titulares de direitos reais sobre o imóvel.

§ 2º - A existência de protestos, de ações pessoais ou de ações penais, exceto as referentes a crime contra o patrimônio e contra a administração, não impedirá o registro do loteamento se o requerente comprovar que esses protestos ou ações não poderão prejudicar os adquirentes dos lotes. Se o Oficial do Registro de Imóveis julgar insuficiente a comprovação feita, suscitará a dúvida perante o juiz competente.

§ 3º - A declaração a que se refere o inciso VII deste artigo não dispensará o consentimento do declarante para os atos de alienação ou promessa de alienação de lotes, ou de direitos a eles relativos, que venham a ser praticados pelo seu cônjuge.

§ 4º O título de propriedade será dispensado quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação.

§ 5º No caso de que trata o § 4o, o pedido de registro do parcelamento, além dos documentos mencionados nos incisos V e VI deste artigo, será instruído com cópias autênticas da decisão que tenha concedido a imissão provisória na posse, do decreto de desapropriação, do comprovante de sua publicação na imprensa oficial e, quando formulado por entidades delegadas, da lei de criação e de seus atos constitutivos (Grifo nosso)

Narciso Orlandi ensina que a exigência de certidão de distribuição de ações reais relativas ao imóvel é uma forma de proteção do futuro adquirente em relação a um risco concreto:

(...) Nota-se, ainda, como o critério da natureza do risco ao adquirente informa o exame das certidões: se as certidões positivas revelam situação de risco concreto aos adquirentes (tal como as de ações reais), obstam o registro; se indicam apenas situação de risco potencial aos adquirentes (tal como as de protesto e de ações pessoais), não fica obstado o registro, mas servem para dar notícia de que o negócio jurídico de alienação poderá ficar sujeito a algum embaraço futuro. Neste sentido é a precisa lição do Des. Narciso Orlandi: a) ... a exigência de certidão de distribuição de ações reais, relativas ao imóvel é a forma de proteção do adquirente em relação a risco concreto. Se o imóvel loteado é objeto de litígio, simplesmente não pode ser loteado. A certidão apresentada tem de ser negativa, tanto quanto as certidões relativas a impostos, pois eventual débito pode levar, em última consequência, à venda do imóvel em praça para satisfação das obrigações fiscais (apud AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Abreu. Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano em todos os seus aspectos - Loteamento e Desmembramento. São Paulo, Campinas: Editora Millennium, 2012, p. 279) (Grifo nosso)

Em complemento, os autores Vicente Celeste Amadei e Abreu Amadei, em obra mais recente, apontam que a certidão negativa visa a tutelar o interesse privado, negocial e civil dos futuros adquirentes de lotes:

Nota-se, ainda, em exame conjunto dos diversos documentos de apresentação necessária, que alguns deles têm em vista o resguardo do interesse público, urbanístico e administrativo (ato de aprovação, cronograma de obras acompanhado de instrumento de garantia, termo de verificação de obras etc.); outros, o interesse privado, negocial e civil, de tutela dos futuros adquirentes de lotes (históricos dos títulos de propriedade, certidões de ações reais e pessoais, de protesto de títulos, contrato-padrão, etc.). Por isso se diz que o serviço de registro de imóveis exerce, em tema de registro de parcelamento do solo, função instrumental de controle urbanístico da propriedade e função instrumental protetivo-social dos adquirentes (AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Abreu. Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo urbano e seus aspectos essenciais - Loteamento e Desmembramento, 4.ed. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2014, p. 290) (Grifo nosso)

Não destoam o entendimento do doutrinador Rodrigo Bernardes Braga, que, ao tratar sobre os documentos que devem instruir o registro de parcelamento de solo, destaca o viés protecionista da medida:

Sobre os documentos exigidos, que deverão instruir o pedido de registro, fácil compreender o sentido e o alcance da norma em referência, visivelmente protecionista. Com o arquivo desses documentos em cartório, tem-se em mira assegurar o direito dos futuros e potenciais adquirentes dos lotes, oferecendo, a um tempo, transparência e segurança ao negócio jurídico [...] Aos oficiais registradores incumbe o exame da documentação apresentada, verificando sua exatidão e exigindo que lhe sanem as imperfeições (BRAGA,

Rodrigo Bernardes. Parcelamento do solo urbano: doutrina, legislação e jurisprudência de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 65-66) (Grifo nosso)

Assim, ausente certidão negativa de ações reais sobre o imóvel a ser registrado – em atendimento ao disposto expressamente em lei e visando a resguardar os futuros adquirentes – tenho que deve ser indeferido o registro. Frise-se que a própria Lei n. 6.766/1979 prevê multa para o oficial registrador que efetuar o registro em desacordo com a exigências nela previstas:

Art. 19. Examinada a documentação e encontrada em ordem, o Oficial do Registro de Imóveis encaminhará comunicação à Prefeitura e fará publicar, em resumo e com pequeno desenho de localização da área, edital do pedido de registro em 3 (três) dias consecutivos, podendo este ser impugnado no prazo de 15 (quinze) dias contados da data da última publicação.

§ 1º - Findo o prazo sem impugnação, será feito imediatamente o registro. Se houver impugnação de terceiros, o Oficial do Registro de Imóveis intimará o requerente e a Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, para que sobre ela se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de arquivamento do processo. Com tais manifestações o processo será enviado ao juiz competente para decisão.

§ 2º - Ouvido o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias, o juiz decidirá de plano ou após instrução sumária, devendo remeter ao interessado as vias ordinárias caso a matéria exija maior indagação.

§ 3º - Nas capitais, a publicação do edital se fará no Diário Oficial do Estado e num dos jornais de circulação diária. Nos demais municípios, a publicação se fará apenas num dos jornais locais, se houver, ou, não havendo, em jornal da região.

§ 4º - O Oficial do Registro de Imóveis que efetuar o registro em desacordo com as exigências desta Lei ficará sujeito a multa equivalente a 10 (dez) vezes os emolumentos regimentais fixados para o registro, na época em que for aplicada a penalidade pelo juiz corregedor do cartório, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis.

§ 5º - Registrado o loteamento, o Oficial de Registro comunicará, por certidão, o seu registro à Prefeitura (Grifo nosso)

Não destoam os ensinamentos doutrinários, no sentido de que é dever do registrador examinar a legalidade, a validade e a eficácia dos documentos apresentados. Sobre o tema, discorre Luiz Guilherme Loureiro:

No que tange ao exame do documento, o fundamento do princípio da legalidade se funda na necessidade de que os assentos registrares concordem com a realidade externa ao registro, evitando que ingressem documentos carentes de validade ou de autenticidade. O exame ou análise que o registrador realiza para tornar efetivo o princípio da legalidade é denominado “qualificação” e a função do registrador que examina o documento apresentado a registro é chamado de função qualificadora (LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: teoria e prática, 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 546- 547)

Na mesma linha, lecionam Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra:

A qualificação registral pode ser definida como o poder-dever do registrador de verificar a existência no título de todos os requisitos necessários para que ele possa ingressar no registro de imóveis. Em outras palavras, a qualificação registrária consiste na verificação pelo registrador de que o título obedece a todos os princípios registrais e em especial à legalidade. [...] Assim, caso o registrador entenda que o título não atende a algum dos requisitos registrários, deverá elaborar uma nota de devolução fundamentada contendo os motivos de sua recusa, bem como as exigências que devem ser cumpridas para que o título possa ser ingresso no fólio real. [...] Todo e qualquer título, independentemente de sua origem, que ingresse na serventia imobiliária passará por esta qualificação para verificar se está apto para o registro. Assim, devem passar pela qualificação registral tanto as escrituras públicas quanto os atos particulares, bem como os títulos judiciais (SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. Registro de imóveis I: parte geral, 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 181-183)

Importante também frisar que a recentíssima Lei Estadual nº 17.492/2018, que dispõe sobre a responsabilidade territorial urbana, o parcelamento do solo e as novas modalidades urbanísticas para fins urbanos e rurais no Estado de Santa Catarina – a qual revogou a Lei nº 6.063/1982 (art. 52) – estabelece que o parcelamento do solo urbano no estado deve observar as disposições da legislação federal e municipal pertinentes, assim como os requisitos legais e exigências específicas estabelecidas pela licença urbanística e ambiental do empreendimento. Veja-se:

TÍTULO II - DO PARCELAMENTO DO SOLO PARA FINS URBANOS

CAPÍTULO I - DOS REQUISITOS URBANÍSTICOS E AMBIENTAIS

Art. 3º O parcelamento do solo urbano no Estado deve ser feito mediante as modalidades urbanísticas previstas nesta Lei, observadas as disposições da legislação federal e municipal pertinente.

[...]

Art. 6º O parcelamento do solo para fins urbanos deve observar os requisitos urbanísticos e ambientais previstos em legislação, bem como as exigências específicas estabelecidas pela licença urbanística e ambiental do empreendimento

Na hipótese, como bem colocado pelo Ministério Público, o requerente não apresentou a mencionada certidão negativa, circunstância que, na linha do acima explanado, inviabiliza o registro.

2.3 Risco concreto aos futuros adquirentes

Não bastasse o regramento legal, tem-se que a documentação juntada aos autos evidencia que o registro prematuro do condomínio poderia trazer riscos concretos aos futuros adquirentes.

Explico.

Conforme esclarecido pelo próprio requerente e explicitado pelo órgão ministerial, a mencionada certidão negativa não pôde ser emitida porque o imóvel em questão é objeto da ação civil pública nº 0006107-60.2014.8.24.0020.

Na mencionada ação é discutido se, ao empreender a edificação do “Condomínio Horizontal Arvoredo”, localizado na cidade de Criciúma/SC, canalizou-se indevidamente (sem as devidas licenças e autorizações) um curso d’água existente no terreno destinado à copropriedade. O Ministério Público objetiva o desfazimento da suposta canalização e o restabelecimento do ecossistema anterior em relação ao curso d’água, inclusive com a recuperação da mata ciliar.

Como bem colocado pelo requerente, o órgão ministerial restou parcialmente vencido no primeiro e no segundo grau. Ocorre que, interposto recurso especial, este foi admitido, estando a ação em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça. Assim, acaso acolhido o recurso, é possível a alteração do quadro delineado, com a condenação à reparação de danos ambientais.

E, como se sabe e inclusive sumulado: “As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor” (enunciado 623 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 12/12/2018, Dje 17/12/2018).

Neste contexto, caso julgada procedente a ação, os futuros adquirentes dos lotes podem ser acionados para pagamento dos danos ambientais provocados pelos antigos proprietários. Razão pela qual, como bem dito pelo órgão ministerial e pela magistrada sentenciante, é de bom alvitre aguardar o trânsito em julgado da referida ação civil pública.

Tal posicionamento, diferentemente do alegado pelo requerente, não viola o previsto no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, tampouco o disposto na sentença e no acórdão recorridos. Isso porque é preciso aguardar a apreciação da questão pelo Superior Tribunal de Justiça e o trânsito em julgado da ação para ter certeza do deslinde fático, garantindo a todos uma melhor efetividade do direito debatido. Não há, portanto, exclusão da apreciação do poder judiciário de lesão ou ameaça a direito.

2.4 Conclusão

Assim, considerando que a matéria devolvida por meio do apelo limitou-se ao: “conhecimento e provimento do apelo para “ver-se deferido o registro do denominado Condomínio do Arvoredo, respeitando-se, desse modo, o disposto em sentença e acórdão proferidos nos autos da ACP nº 0006107-60.2014.8.24.0020”, voto pelo seu improvimento.

3. DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso administrativo (apelação) e negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a sentença recorrida.

Este é o voto.

Consulta n. 0030371-10.2020.8.24.0710

Relatora: Desembargadora Soraya Nunes Lins

CONSULTA. ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DE SANTA CATARINA (ANOREG-SC). CÁLCULO DOS EMOLUMENTOS DEVIDOS PELO REGISTRO DE CONSTRIÇÕES JUDICIAIS OU MEDIDAS JUDICIAIS PREVENTIVAS RELATIVAS A UNIDADE AUTÔNOMA E VAGA DE GARAGEM, BOX OU DEPÓSITO. REDUÇÃO DO ART. 66, CAPUT, DA LCE N. 755/2019 PREVISTA PARA A HIPÓTESE DE NEGÓCIOS JURÍDICOS. FORMA DE COBRANÇA DE EMOLUMENTOS NO REGISTRO DE CONSTRIÇÕES JUDICIAIS OU MEDIDAS JUDICIAIS PREVENTIVAS, ADEMAIS, QUE JÁ É REDUZIDA (ART. 73, LCE N. 755/2019), O QUE OBSTA A INCIDÊNCIA DE NOVO REDUTOR. INTERPRETAÇÃO QUE SE MOSTRA EM CONSONÂNCIA COM O DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 66 DA LCE N. 755/2019. CONSULTA RESPONDIDA NO SENTIDO DE QUE A REDUÇÃO DE EMOLUMENTOS PREVISTA NO ART. 66, CAPUT, DA LCE N. 755/2019 NÃO É APLICÁVEL AOS CASOS DE REGISTRO DE CONSTRIÇÕES JUDICIAIS OU DE MEDIDAS JUDICIAIS PREVENTIVAS, COMO PENHORAS, ARRESTOS, SEQUESTROS E CITAÇÕES.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Consulta n. 0030371-10.2020.8.24.0710, em que é consulente Associação dos Notários e Registradores do Estado de Santa Catarina - ANOREG-SC:

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, por conhecer da presente consulta e por respondê-la no sentido de que a redução de emolumentos prevista no art. 66, caput, da Lei Complementar Estadual n. 755/2019 não é aplicável aos casos de registro de constrições judiciais ou de medidas judiciais preventivas, como penhoras, arrestos, sequestros e citações, cuja cobrança deve observar o disposto no art. 73 do mesmo diploma legal.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Roesler e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Dinart Francisco Machado, Volnei Celso Tomazini, Salim Schead dos Santos, Carlos Adilson Silva, Odson Cardoso Filho, Hélio do Valle Pereira, Júlio César Machado Ferreira de Melo e José Agenor de Aragão.

Participou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 19 de outubro de 2020.

Soraya Nunes Lins
RELATORA

RELATÓRIO

Associação dos Notários e Registradores de Santa Catarina (Anoreg-SC) apresentou consulta ao Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial sobre o cálculo de emolumentos nas constrições

judiciais que envolvem unidades autônomas (apartamento, garagem e “hobby box”) do mesmo empreendimento.

Defende que a forma de cobrança de emolumentos nos atos de constrição judicial, prevista no art. 73 da LCE n. 156/1997, não é alterada pelo número de bens objeto da ordem judicial, e que não é aplicável a regra geral do redutor de 1/3 do art. 66 do mesmo diploma legal pelos seguintes motivos: a) a medida judicial averbada na matrícula do imóvel não detém natureza de negócio jurídico; b) pela regra do parágrafo único do art. 66 não é possível a redução cumulativa, de forma que, como as constrições judiciais já partem de uma redução na cotação de emolumentos, assim como nos casos de Sistema Financeiro de Habitação e do Programa Minha Casa Minha Vida, não incide a redução; c) a aplicação do redutor às constrições judiciais seria contrária à teleologia da LCE n. 755/2019, que diminuiu de maneira considerável as hipóteses de redução de emolumentos; d) o art. 111, II, do Código Tributário Nacional determina que a legislação tributária sobre isenções seja interpretada literalmente.

Ao final, requer que “o cálculo de emolumentos das constrições judiciais observe unicamente as regras do art. 73 do Regimento, em razão do critério hermenêutico da especialidade e dos atos processuais de penhora, arresto e sequestro não apresentarem, em absoluto, natureza de negócio jurídico” (Requerimento 4838171).

Após parecer do Juiz-Corregedor do Núcleo IV (Parecer 4849656), o Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial determinou “a submissão da demanda ao Conselho da Magistratura para harmonização interpretativa do art. 66 da Lei Complementar Estadual n. 755/2019 nos seguintes termos: ‘a redução de emolumentos descrita no art. 66 da LCE n. 755/2019 não se aplica nos registros de constrições judiciais ou de medidas judiciais preventivas, como penhoras, arrestos, sequestros e citações (LCE n. 755/2019, art. 73)’”, determinando também o posterior retorno dos autos ao Juiz-Corregedor, “para a análise da necessidade de expedição de circular para divulgar a interpretação dada pelo Conselho da Magistratura” (Decisão 4874473).

Distribuídos a esta Relatora em 8/9/2020 (Certidão 4885231), vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de consulta formulada pela Associação dos Notários e Registradores de Santa Catarina (Anoreg-SC) quanto à “fórmula de cálculo de emolumentos no serviço registral imobiliário dos mandados de averbação com ordem de constrição plúrima de bens” (Requerimento 4838171). Direcionada inicialmente ao Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial, foi remetida a este colendo Conselho da Magistratura, com fulcro no art. 3º da Lei Complementar Estadual n. 755/2019 e no art. 6º, parágrafo único, I, ‘h’, do Regimento Interno do Conselho da Magistratura.

A forma de cobrança de emolumentos, pelo Registro de Imóveis, em atos de registro de constrições judiciais ou medidas judiciais preventivas está prevista no art. 73 da Lei Complementar

Estadual n. 755/2019, que dispõe sobre os emolumentos no Estado de Santa Catarina, nos seguintes termos:

Art. 73. Os registros de constrições judiciais ou de medidas judiciais preventivas, como penhoras, arrestos, sequestros e citações, serão cobrados na proporção de 1/3 (um terço) do valor de emolumentos estabelecido no item 2.2 da Tabela III e terão como base de cálculo o valor da causa ou do débito atualizado, observado o mínimo previsto nesse item.

Idêntica era a previsão na legislação anterior (LCE n. 219/2001, Tabela II, 1, Nota 5^a).

Por meio da presente consulta, objetiva-se esclarecer se, em caso de constrições judiciais ou medidas judiciais preventivas relativas a unidade autônoma e vaga de garagem, box ou depósito, aplica-se a redução prevista no art. 66, caput, da mesma lei:

Art. 66. Nos registros dos negócios jurídicos que envolvam unidade autônoma e vaga de garagem, box ou depósito e que contenham as mesmas partes, serão cobrados emolumentos integrais pelo bem de maior valor e 2/3 (dois terços) do que corresponder a cada um dos demais, observado o mínimo previsto no item 2.2 da Tabela III a eles relacionados.

Parágrafo único. Não se aplica a redução prevista no caput deste artigo nos casos de aquisição ou de financiamento de imóveis pelo Sistema Financeiro da Habitação e pelo Programa Minha Casa Minha Vida.

Da leitura da norma, percebe-se que, em caso de negócio jurídico, entre as mesmas partes, que abranja unidade autônoma e vaga de garagem, box ou depósito, incide uma redução dos emolumentos para o seu registro, devendo ser cobrado o valor integral pelo bem de valor maior e apenas 2/3 do que corresponder aos demais.

Assim como na legislação anterior (LCE n. 219/2001, Tabela II, 1, Nota 2^a), a redução é expressamente direcionada ao registro de negócios jurídicos, não se aplicando, portanto, a constrições judiciais que, ao contrário dos negócios jurídicos, não decorrem da livre manifestação de vontade das partes, mas de decisão proferida por magistrado, de maneira que com aqueles não se confundem.

Não fosse por esse motivo, verifica-se que o parágrafo único do art. 66 veda a incidência da redução nos casos de aquisição ou de financiamento de imóveis pelo Sistema Financeiro da Habitação e pelo Programa Minha Casa Minha Vida. Isso porque a legislação já prevê a redução dos emolumentos nesses casos (art. 290 da Lei dos Registros Públicos - Lei n. 6.015/1973).

Dessa forma, se a existência de redução para a hipótese de aquisição de imóvel por meio de programas habitacionais impede a aplicação cumulativa da redução prevista no art. 66, caput, da LCE n. 755/2019, também a previsão de cobrança diferenciada em caso de registro de constrição

judicial ou medida judicial preventiva afasta a incidência da aludida redução. Essa é a interpretação que se mostra em maior harmonia com a finalidade da norma, uma vez que o registro de constrição judicial visa proteger os interesses do credor que, em regra, goza de grande poder econômico.

Nesse sentido foi o parecer do Juiz-Corregedor do Núcleo IV, Doutor Rafael Maas dos Anjos, que, por sua pertinência, transcreve-se trecho a seguir:

No antigo regimento (LCE nº 219/2001), a regra de redução de 1/3 (um terço) do valor dos emolumentos quando a transação envolvia mais de um bem imóvel era irrestrita e muito criticada, principalmente por não respeitar o princípio da capacidade contributiva. Contudo, caso tal redução fosse abandonada poderia gerar outra injustiça, qual seja, onerar excessivamente o adquirente de unidades habitacionais que por uma questão técnica são desdobradas em duas ou mais matrículas, como por exemplo o apartamento e a vaga de garagem.

Assim, o legislador optou pela seguinte redação para o art. 66 da LCE n. 755/2019:

(...)

O parágrafo único veda a cumulação da benesse com outras isenções/reduções legais, como por exemplo a redução de 50% dos “emolumentos devidos pelos atos relacionados com a primeira aquisição imobiliária para fins residenciais, financiada pelo Sistema Financeiro da Habitação” (Lei n. 6.015/1973, art. 290).

Por sua vez, a cobrança do registro de constrições judiciais ou de medidas judiciais preventivas está prevista no art. 73 da Lei n. 755/2019, *in verbis*:

(...)

Dessa forma, aplicar a redução do art. 66 para beneficiar o credor, que na maioria das vezes é uma instituição financeira com vastos recursos, não coaduna com uma interpretação teleológica da norma. Ademais, como bem asseverou a associação requerente, a constrição judicial ou medidas preventivas não se enquadram na hipótese descrita no caput, uma vez que não possuem natureza de negócio jurídico, o que já afastaria a incidência do redutor.

Desse modo, como a redução prevista no art. 66, caput, da LCE n. 755/2019 é prevista para a hipótese de negócios jurídicos, e não sendo admissível a sua cumulação com outras reduções legais, impõe-se concluir que não é aplicável aos casos de registro de atos de execução ou de natureza cautelar decorrentes de determinação judicial, situação em que, além de não se tratar de negócio jurídico, já é prevista a cobrança de emolumentos de forma reduzida (art. 73, LCE n. 755/2019).

Ante o exposto, voto por conhecer da presente consulta e por respondê-la no sentido de que a redução de emolumentos prevista no art. 66, caput, da Lei Complementar Estadual n. 755/2019 não é aplicável aos casos de registro de constrições judiciais ou de medidas judiciais preventivas, como penhoras, arrestos, sequestros e citações, cuja cobrança deve observar o disposto no art. 73 do mesmo diploma legal.

É o voto.

ÓRGÃO ESPECIAL

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 000054-58.2011.8.24.0113/50000, de Camboriú

Relator: Desembargador Roberto Lucas Pacheco

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ATO ILÍCITO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VÍTIMA QUE RECEBEU, NO PERÍODO DA CONVALESCENÇA, AUXÍLIO-DOENÇA EM DECORRÊNCIA DO INFORTÚNIO. POSSIBILIDADE DE DEDUZIR DO VALOR DOS LUCROS CESSANTES O MONTANTE RECEBIDO A TÍTULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO ORIGINADO DO MESMO ATO ILÍCITO. MATÉRIA AFETADA AO ÓRGÃO ESPECIAL. TESE JURÍDICA ESTABELECIDADA PARA DEBATE (TEMA 17).

LUCROS CESSANTES. QUESTÃO AFETA AO DIREITO PRIVADO. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO. ÔNUS QUE DEVE SER SUPOSTADO PELO CAUSADOR DA OFENSA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO QUE POSSUI NATUREZA DISTINTA DA VERBA INDENIZATÓRIA POR ATO ILÍCITO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIOS DO SEGURO SOCIAL DISPONÍVEIS MEDIANTE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO MENSAL PELO SEGURADO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS.

TESE FIRMADA: “O VALOR RECEBIDO PELA VÍTIMA A TÍTULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NÃO PODE SER DEDUZIDO PARA FINS DE FIXAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES DEVIDOS EM RAZÃO DO MESMO ATO ILÍCITO” (TEMA 17).

ANÁLISE DO RECURSO QUE ORIGINOU O INCIDENTE (CPC, ART. 978, PARÁGRAFO ÚNICO). APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. RECURSO DO MUNICÍPIO.

ACIDENTE DE TRÂNSITO. MOTOCICLISTA QUE SOFRE QUEDA EM BURACO ABERTO EM DECORRÊNCIA DE OBRAS REALIZADAS NA VIA PÚBLICA. PROVAS DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL QUE CONFIRMAM TANTO A EXISTÊNCIA DO BURACO NA PISTADA DE ROLAMENTO QUANTO A AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO NO LOCAL. OMISSÃO ESPECÍFICA DO MUNICÍPIO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NEXO CAUSAL ENTRE O ACIDENTE E A AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR EVIDENCIADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

DANOS MATERIAIS. DANOS EMERGENTES. VALORES DESPENDIDOS PARA O CONserto DA MOTOCICLETA E PARA A AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS POR PROVA DOCUMENTAL NÃO DERRUÍDA PELO RÉU. LUCROS CESSANTES. VÍTIMA QUE LABORAVA COMO CABELEIREIRO. FRATURA DE TORNOZELO (TÍBIA E FÍBULA) QUE O AFASTOU DAS ATIVIDADES LABORAIS POR CINCO MESES. TRABALHADOR AUTÔNOMO. GANHOS MENSAIS AFERIDOS COM BASE NA REMUNERAÇÃO INFORMADA NA DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA DO EXERCÍCIO ANTERIOR. PREJUÍZOS MATERIAIS DEMONSTRADOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

DANOS ESTÉTICOS. TORNOZELO ESQUERDO. CICATRIZ DE GRANDE PORTE (15 CM) EM RAZÃO DAS CIRURGIAS A QUE A VÍTIMA TEVE DE SE SUBMETER. MODIFICAÇÃO FÍSICA EVIDENCIADA POR PROVA PERICIAL E FOTOGRÁFICA. REPARAÇÃO QUE SE IMPÕE.

DANOS MORAIS. LESÕES QUE SUJEITARAM A VÍTIMA A CIRURGIAS, TRATAMENTO FISIOTERÁPICO E AFASTAMENTO DAS ATIVIDADES LABORAIS POR PERÍODO CONSIDERÁVEL. SITUAÇÃO QUE VAI ALÉM DE MERO ABORRECIMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO ESTABELECIDADA EM R\$ 10.000,00. VALOR QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DIANTE DA EXTENSÃO DO DANO CAUSADO. PLEITO DE REDUÇÃO INDEFERIDO.

JUROS DE MORA. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DO TERMO A QUO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO.

RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0000554-58.2011.8.24.0113/50000, da comarca de Camboriú 2ª Vara Cível em que é Suscitante a Egrégia Quarta Câmara de Direito Público.

O Órgão Especial decidiu, por maioria de votos:) Fixar no IRDR a seguinte tese jurídica referente ao Tema n. 17: “O valor recebido pela vítima a título de benefício previdenciário não pode ser deduzido para fins de fixação dos lucros cessantes devidos em razão do mesmo ato ilícito” e, em consequência 1.1) determinar a cessação, a partir da publicação deste acórdão, da suspensão dos recursos e processos sobrestados em razão da matéria, cabendo ao NUGEP adotar as medidas necessárias em decorrência do presente julgamento. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros, que votou no sentido de fixar a seguinte tese: “Em se tratando de lesão temporária (CC, art. 949), o valor dos lucros cessantes até o fim da convalescença equivale à diferença entre os rendimentos habituais da vítima e o benefício previdenciário por ela percebido”, excluindo do voto proferido na sessão de 1o de julho a parte da tese concernente ao art. 950 do Código Civil; e os Exmos. Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes, Jaime Ramos, Ricardo Roesler e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, que acompanharam o voto divergente; 2) por maioria de votos, não acrescentar à tese vencedora redação no sentido de que “fica ressalvada eventual discussão concernente à relação estatutária entre as partes”, vencido, nesse ponto, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, que propôs o acréscimo. Decidiu, ainda, 3) por unanimidade, nos termos do art. 978, parágrafo único, do Código de Processo Civil, negar provimento ao recurso interposto pelo Município de Camboriú, mantendo incólume a sentença proferida nos autos 0000554-58.2011.8.24.0113.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Ricardo Roesler, Desembargadora Denise Volpato, Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Gerson Cherem II, Desembargador Artur Jenichen Filho, Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Desembargador Cláudio Barreto Dutra, Desembargador Luiz

César Medeiros, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Monteiro Rocha, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador 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 e Desembargador Raulino Jacó Brüning. Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Roesler

Florianópolis, 15 de julho de 2020.

Desembargador Roberto Lucas Pacheco
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, disciplinado pelos arts. 976 e seguintes do Código de Processo Civil, suscitado pela Quarta Câmara de Direito Público no bojo da Apelação Cível n. 0000554-58.2011.8.24.0113, em razão da divergência de posicionamentos – tanto nas Câmaras de Direito Civil quanto nas Câmaras de Direito Público – acerca do valor a ser estabelecido na fixação dos lucros cessantes nas hipóteses em que o autor da ação indenizatória percebeu benefício previdenciário em razão do ato ilícito (fls. 289 a 291).

O incidente foi admitido por unanimidade no Órgão Especial para discussão da seguinte tese jurídica: “Possibilidade de cumulação dos lucros cessantes com benefício previdenciário derivado do ato ilícito”, com determinação de suspensão dos processos em trâmite no Estado que tratassem de idêntica questão jurídica (CPC, art. 982, I e § 2.º - fls. 22 a 29).

O Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP desta Corte deu publicidade ao incidente e o cadastrou sob o Tema n. 17, registrando-o, posteriormente, no Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios – BNPR do Conselho Nacional de Justiça, tudo de acordo com o art. 979 do Código de Processo Civil.

Intimado, o Ministério Público manifestou-se nos autos em parecer da lavra da Procuradora de Justiça Gladys Afonso, alvitrando a possibilidade de percepção cumulativa do benefício previdenciário e dos lucros cessantes pela vítima de ato ilícito (fls. 35 a 40).

É o relatório.

VOTO

1. Do incidente de resolução de demandas repetitivas

A divergência de entendimento entre as Câmaras de Direito Público e de Direito Civil e, até

mesmo entre os membros de um mesmo órgão fracionário, quanto à possibilidade de percepção cumulativa de lucros cessantes e de benefício previdenciário decorrente do mesmo ato ilícito, deu origem à instauração do incidente em análise.

A primeira corrente filia-se ao entendimento de que o valor recebido pela vítima do acidente durante o período da convalescença, a título de benefício previdenciário, deve ser levado em conta para estabelecimento dos lucros cessantes devidos em razão do mesmo ato ilícito.

Os desembargadores que advogam esta tese entendem que o benefício acidentário recompõe parcialmente o valor que a vítima perceberia normalmente, caso não tivesse se afastado das atividades laborais, de sorte que os lucros cessantes devem representar a diferença entre o ganho que afluiria à esfera patrimonial da vítima se não tivesse experimentado o dano e o benefício previdenciário a que teve direito em razão do mesmo evento danoso.

Em sentido oposto, a segunda corrente posiciona-se pela fixação dos lucros cessantes sem descontar o valor do benefício previdenciário, ao argumento de que a natureza e origem de cada verba são distintas, de sorte que não podem ser compensadas entre si.

Este é, inclusive, o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDADA.

1. Violação ao artigo 1022 do CPC/15, não configurada. Acórdão estadual que enfrentou todos os aspectos essenciais à resolução da controvérsia de forma ampla e fundamentada, sem omissão. O julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos invocados pelas partes, quando tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio. Precedentes.
2. A alteração das conclusões a que chegou o órgão julgador, no tocante à responsabilidade civil, à ausência de participação da vítima no evento danoso e à base de cálculo do valor da pensão, implica em revolvimento do conjunto fático e probatório dos autos, o que é vedado na via estreita do recurso especial, em razão da Súmula 7/STJ. Precedentes.
3. Consoante entendimento firmado nesta Corte Superior de Justiça, é possível a cumulação da pensão civil de cunho indenizatório com benefício previdenciário, por serem diversas suas origens. Quanto ao termo final da indenização por dano material, a jurisprudência do STJ é no sentido de que a pensão para a viúva deve ser paga até a expectativa média de vida da vítima, segundo a tabela do IBGE na data do óbito, ou até o falecimento da beneficiária. Incidência do teor da Súmula 83/STJ.
4. A revisão da indenização por dano moral apenas é possível na hipótese de o quantum arbitrado nas instâncias originárias se revelar irrisório ou exorbitante. Não estando configurada uma dessas hipóteses, não cabe reexaminar o valor fixado a título de reparação, uma vez que tal análise demanda incursão na seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7 desta Corte. Precedentes.
5. Agravo interno desprovido” (AgInt no AREsp 1.379.673/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 27/11/2019)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE POLICIAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PENSÃO MENSAL ÀS FILHAS. DANOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. VALOR DE 2/3 DOS RENDIMENTOS DA VÍTIMA ATÉ FILHAS COMPLETAREM 25 ANOS DE IDADE. PARA A VIÚVA ATÉ A IDADE PROVÁVEL DO DE CUJUS. PRECEDENTES. DIREITO DE A MÃE/VIÚVA ACRESCEM O VALOR RECEBIDO PELAS FILHAS.

1. A jurisprudência desta Corte é disposta no sentido de que o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto têm origens distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba. Precedentes.

2. Configurada a possibilidade de cumulação da pensão previdenciária e os danos materiais, bem como a dependência econômica das filhas e viúva em relação ao de cujus, afirmada no acórdão recorrido, o valor da pensão mensal deve ser fixado em 2/3 (dois terços) do soldo da vítima, deduzindo que o restante seria gasto com seu sustento próprio, e é devida às filhas menores desde a data do óbito até o limite de 25 (vinte e cinco) anos de idade. Precedentes.

3. Quanto à viúva, a pensão mensal de 2/3 do soldo da vítima à época do evento danoso deverá ser repartida entre as filhas e a viúva, sendo que para as filhas deverá ser pago até a data em que elas completarem 25 anos de idade cada uma, e para a viúva, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até a data em que a vítima (seu falecido cônjuge) atingiria idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, prevista na data do óbito, segundo a tabela do IBGE. Precedentes.

4. Também é pacífico nesta Corte o entendimento jurisprudencial de ser possível acrescentar as cotas das filhas, ao completarem 25 anos, à cota da mãe. Precedentes.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1388266/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 16/05/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. ACIDENTE DE TRÂNSITO. FALECIMENTO DA VÍTIMA. PENSÃO POR MORTE PREVIDENCIÁRIA ACUMULADA COM PENSÃO DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. POSSIBILIDADE.

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

1. Não há falar em violação do artigo 535 do CPC quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.

2. Conforme a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, é possível a cumulação da pensão previdenciária pós-morte com outra de natureza indenizatória.

3. O recurso especial fundado na divergência jurisprudencial exige a observância do contido nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, sob pena de não conhecimento do recurso.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1333073/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 11/10/2012)

Importante gizar que, conquanto o Superior Tribunal de Justiça já tenha há muito pacificado a questão – admitindo a cumulatividade dos lucros cessantes com o benefício previdenciário –, a ausência de um precedente vinculante tem possibilitado a cada julgador interpretar a questão em debate de acordo com suas convicções, situação que tem gerado decisões díspares em casos assemelhados.

É por isso que a uniformização da jurisprudência sobre o tema é salutar e recomendável, na medida em que proporcionará estabilidade e segurança para as relações jurídicas.

Tecidos estes prolegômenos, volta-se o foco para o cerne da controvérsia.

Inicialmente, afigura-se imprescindível contextualizar a relação jurídica previdenciária, que se estabelece entre o Estado e o filiado ao regime previdenciário.

A Constituição Federal, em seu art. 201, assegura a proteção estatal aos filiados ao Regime Geral da Previdência Social:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Assim, a ação estatal no âmbito da Previdência Social se dá pela efetiva proteção do segurado e seus dependentes, efetivando-se por meio da concessão de benefícios e serviços que caracterizam as prestações previdenciárias.

Sobre essa relação, traz-se à baila lição de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

A relação jurídica previdenciária, ou de seguro social é, pois, aquela em que, ao contrário do que ocorre com a relação de custeio, credor é o indivíduo filiado ao regime de previdência ou seus dependentes, e devedor o Estado, por meio da entidade cuja atribuição é a concessão de benefícios e serviços.

O objetivo da relação jurídica de seguro social é a entrega da prestação correspondente ao fato ocorrido com o segurado, seja tal prestação estabelecida como obrigação de dar (o pagamento de benefícios previstos na Lei do Regime de Previdência Social) ou de fazer (a prestação de serviços de reabilitação profissional e as relativas ao serviço social).

A obrigação de prover o benefício não decorre de qualquer circunstância subjetiva; não se perquire de atuação dolosa ou culposa, nem de intenção do segurado em causar o infortúnio. A responsabilidade do ente previdenciário é puramente objetiva, fundada na teoria do risco social, que independe de resposta às indagações subjetivas sobre a causa do evento deflagrador do direito ao benefício.

O ente previdenciário, por seu turno, não tem a menor discricionariedade na concessão do benefício, uma vez preenchidos os requisitos legais para a obtenção desse direito. Não há escolha por parte do administrador. A negativa de concessão do benefício, ou sua concessão, sem motivo justo caracteriza, em tese, falta funcional e delito de prevaricação, posto que, além de violar dever ético-profissional, o agente público que assim agir atingirá direito intangível do indivíduo, causando-lhe prejuízos patrimoniais e morais, pela perda, momentânea ou duradoura, de sua subsistência.

A Previdência Social, por suas entidades, órgãos e agentes, não presta favor algum a seus beneficiários: é o exemplo mais vivo de serviço público na sua acepção mais adequada. Os benefícios e serviços ali deferidos não são objeto de barganha política ou mesmo de favorecimento pessoal. É ato plenamente vinculado o deferimento ou indeferimento da prestação do seguro social (Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 130. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972356/>. Acesso em: 05. Jun.2020).

E com o fito de regular esta relação foi editada a Lei n. 8.213/1991, norma de Direito Público que estabelece os direitos e deveres tanto para os beneficiários do regime quanto para o Estado, na condição de gestor da Previdência Social.

A proteção previdenciária em situação de incapacidade laboral, por exemplo, abrange os benefícios de auxílio-doença, no caso de incapacidade temporária, aposentadoria por invalidez, quando a incapacidade for definitiva e total, impedindo a reabilitação profissional, e o auxílio-acidente, como indenização pela perda definitiva de parte da capacidade de trabalho.

No entanto, o direito à percepção de tais benefícios, além de outros requisitos específicos para cada modalidade, perpassa, necessariamente, pela contrapartida do segurado que, por meio do recolhimento mensal da sua contribuição social, permite o custeio do sistema de Seguridade Social (Lei n. 8.212/91, art. 11, II, e parágrafo único, “a”, “b” e “c”).

Dito isso, passa-se a discorrer sobre os lucros cessantes.

Em tema de responsabilidade civil, calha chamar a atenção para o princípio da reparação integral, cuja finalidade é “repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto, assumindo a árdua tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo, de forma a conceder à vítima uma situação semelhante àquela que detinha” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto et all. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019. 9788553612086. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 04.jun.2020).

Sem perder de vista esse postulado, pode-se dizer que os lucros cessantes – subespécie de dano material que contempla, ainda, os danos emergentes – caracterizam-se pela estimativa do proveito econômico que adviria à vítima caso o dano por ela experimentado não existisse.

O Código Civil trata da matéria nos arts. 949 e 950:

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

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.

Como se vê, os lucros cessantes se inserem no âmbito do direito comum privado, têm natureza reparatória e sancionatória e o seu pagamento compete ao causador do dano. Aqui a relação jurídica é estabelecida diretamente entre ofensor e ofendido.

Nesse diapasão, destacando novamente a natureza distinta das duas verbas, entendo que fixar os lucros cessantes com base na diferença entre os ganhos projetados e o valor recebido a título de benefício previdenciário equivaleria a transferir parte da responsabilidade indenizatória do causador do dano à Previdência Social (e, em parte, ao próprio ofendido, já que ele contribui para o custeio do seguro social), situação que não se coaduna com os princípios que regem a responsabilidade civil.

Em razão do que foi exposto – e, pedindo permissão ao Des. Francisco Oliveira Neto, também com fundamento no judicioso voto que Sua Excelência proferiu na sessão de julgamento, cuja declaração será feita em apartado –, a tese referente ao Tema 17/IRDR deve ser assim fixada: “O valor recebido pela vítima a título de benefício previdenciário não pode ser deduzido para fins de fixação dos lucros cessantes devidos em razão do mesmo ato ilícito”.

2. Julgamento do recurso em que originado o incidente (CPC, art. 978, parágrafo único)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Camboriú da sentença que, nos autos da ação de reparação civil ajuizada contra si por Edgar Natanael Samaniego, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo autor, condenando-o ao pagamento de indenização por danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes), morais e estéticos, nos termos assim constantes da parte dispositiva da sentença:

Ante o exposto, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial para:

a) CONDENAR o réu ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 14.383,70 (quatorze mil, trezentos e oitenta e três reais e setenta centavos), com correção monetária a contar de cada desembolso e juros de mora a partir do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ), com a incidência uma única vez, de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei n. 9.494/97);

b) CONDENAR o réu ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), respectivamente, com correção monetária a contar da data do arbitramento (Súmula n. 362 do STJ) e juros de mora a partir do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ), com a incidência uma única vez, de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei n. 9.494/97).

Condeno o réu, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b”, e “c”, do CPC).

Sem custas pelo réu, em razão da isenção legal (art. 35, alínea “i”, da LC n. 156/97).

Deixo de submeter o presente feito ao reexame necessário, uma vez que o valor da condenação não ultrapassa o limite previsto no § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil.

Em suas razões o apelante busca a reforma da sentença, a fim de serem julgados improcedentes os pedidos formulados pelo autor. Para tanto, aduziu, em síntese, que: a) a responsabilidade civil objetiva não é aplicável ao caso, porquanto não demonstrado o nexo de causalidade entre os danos sofridos pela vítima e a atividade estatal, havendo, apenas uma omissão quanto à ausência de sinalização na via pública; b) os danos materiais não foram comprovados; c) os aborrecimentos experimentados pela vítima em razão do acidente não são suficientes para configurar dano moral passível de indenização; d) os danos estético não ficaram caracterizados, porquanto a cicatriz deixada na perna da vítima em razão do acidente será amenizada com o tempo, não sendo possível de causar abalo anímico suficiente para ser indenizado; e e) houve equívoco no estabelecimento da data inicial para incidência dos juros de mora referentes à reparação pelos danos morais e estéticos, devendo-se considerar, para tanto, a data da sentença e não do evento danoso. Por fim, prequestionou os arts. 5º, X, e 37, § 6º, da Constituição Federal, bem como os arts. 186, 927 e 944 do Código Civil (fls. 242 a 261).

Em contrarrazões o autor refutou as alegações do réu e pugnou pela manutenção da sentença (fls. 266 a 297).

O art. 978, parágrafo único, do Código de Processo Civil prevê 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”.

Assim, passa-se à análise das teses recursais.

Inicialmente, cumpre analisar o pretense afastamento da responsabilidade objetiva do Município de Camboriú.

É cediço que em matéria de responsabilidade civil da Administração Pública o regime – objetivo ou subjetivo – dependerá da natureza da conduta que lhe é imputada.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal estatui que a responsabilidade civil do Estado por ações de seus agentes no exercício da função pública é objetiva, caracterizando-se, pois, mediante a demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre uma e outro, independentemente da comprovação de dolo ou de culpa, esta na modalidade negligência, imprudência ou imperícia.

Todavia, quando o ato lesivo derivar de uma omissão, cumpre analisar, diante das circunstâncias do caso concreto, se havia dever legal de agir genérico ou específico do ente público, o que resultará em responsabilidade civil subjetiva no primeiro caso, sendo imprescindível a demonstração do dolo ou culpa do preposto da Administração Pública, e em responsabilização objetiva no segundo, dado que a omissão implica violação direta do dever de agir.

Essa distinção é muito bem explicada na lição de Marçal Justen Filho:

“A distinção entre atos omissivos e comissivos deriva de que, nestes últimos, é evidente a infração a certo dever. O ato comissivo importa incompatibilidade material com o dever geral de diligência, o que dispensa maiores cogitações acerca do aspecto subjetivo do agente. Há o dever de evitar a prática de certas ações, pois contrárias ao direito ou a valores fundamentais. Se o agente praticar tais condutas, sua atuação será reprovável, sem necessidade de investigar profundamente os aspectos relacionados com a formação da sua vontade.

Assim, o agente estatal que provoca um acidente de trânsito, ao trafegar sem observância do dever de diligência mínimo, pratica uma conduta comissiva.

Já nos atos omissivos, é necessário estabelecer uma distinção. Existem hipóteses em que o direito impõe ao Estado o dever de agir de modo específico e determinado. A ausência de adoção da conduta comandada pelo direito configura uma omissão indevida em sentido próprio. Se o Estado omitir a conduta que era juridicamente obrigatório adotar, há uma inquestionável infração à ordem jurídica. Pode-se aludir a omissão indevida em sentido próprio.

Mas há casos em que o Estado dispõe de uma competência genérica para atuar, sem que o direito determine a conduta específica a adotar. Em tais hipóteses, poderá consumir-se algum dano sem que tal configure uma atuação reprovável do Estado. Mas poderá haver casos em que caberá a responsabilização. O caso pode ser indicado pela expressão ‘omissão indevida em sentido impróprio’, que se verifica quando a omissão é um meio apto a gerar um resultado antijurídico.

[...]

Em suma, existem duas categorias de disciplina jurídica da omissão estatal. Não é possível unificar o tratamento jurídico atinente a ambas. Deixar de agir quando a lei manda que o sujeito aja é juridicamente equivalente a agir quando a lei proíbe a ação. Num caso, a lei diz: ‘é proibido fazer’; noutro, estabelece: ‘é obrigatório fazer’. A conduta que infringe o dever, no primeiro caso, consiste numa ação; no segundo, é uma omissão.

Nos casos em que o direito estabelecer que a omissão estatal é em si mesma ilícita (omissão própria), o tratamento jurídico será semelhante ao adotado para a atuação estatal ativa.

Nas hipóteses em que existir um comando genérico autorizando o Estado atuar (omissão imprópria), será descabido reputar que a mera e simples inação produzirá a responsabilidade civil do Estado. Nesse caso, a responsabilização apenas surgirá se houve omissão juridicamente reprovável, consistente na infração a um dever de diligência. [...]

É necessário insistir que não existe diferença relativamente à reprovabilidade quando se trata de omissão imprópria e omissão própria. Em todos os casos, é necessário avaliar a conduta estatal e verificar se houve infração a um dever de diligência. A conduta, considerada em si mesma, é insuficiente para autorizar uma qualificação jurídica. O que se passa é que o dever de diligência apresenta configurações distintas nas duas

situações. No caso da omissão própria, há um dever de diligência preciso e determinado. No caso da omissão imprópria, o dever de diligência não tem conteúdo exato.

Portanto, o tratamento jurídico dos atos omissivos e comissivos é único e equivalente. A responsabilização civil dependerá da infração a um dever jurídico de diligência. Essa infração se presumirá reprovável, uma vez que o dever jurídico de diligência, imposto ao Estado, importa a objetivação do elemento subjetivo da conduta. O agente tem o dever funcional de conhecer seus deveres, de prever as consequências da infração a eles e de arcar com os resultados. A infração a esse dever importa elemento subjetivo reprovável.

Se houver regra (mesmo técnica) determinando a obrigatoriedade da atuação em situações determinadas, o panorama jurídico atinente ao ato omissivo é idêntico ao dos atos comissivos. [...] Em todos esses casos, há o dever de ofício de omitir ou de atuar. A infringência a tais deveres produz a obrigação de o Estado responder pelas perdas e danos derivados.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo [livro eletrônico]. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, cap.18, item 6.6. Disponível em: Acesso em: 06.jun.2020).

Em assim sendo, tem-se que a omissão no dever legal equipara-se a uma ação, por consubstanciar violação positiva a uma obrigação de fazer, pelo que a responsabilidade civil é objetiva, caracterizando-se com a ação do agente, o dano à vítima e o liame de causalidade entre um e outro, independentemente de culpa, forte no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Mutatis mutandis, colhe-se:

INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. QUEDA DE MOTOCICLETA. BURACO NA PISTA. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. OMISSÃO ESPECÍFICA DA ENTIDADE AUTÁRQUICA A ENSEJAR A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. DANOS MORAIS. ABALO ANÍMICO NÃO COMPROVADO. LESÕES SUPERFICIAIS. APELO DO RÉU CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA. (TJSC, Apelação Cível n. 0301880-57.2015.8.24.0042, de Maravilha, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 16-04-2019).

Ação de indenização. Acidente de trânsito. Buraco na via pública. Ausência de reparos de responsabilidade do MUNICÍPIO DE BIGUAÇU. Local sem sinalização adequada. Aplicação da responsabilidade civil objetiva. Inteligência do art. 1º do CTB. Danos materiais comprovados. Ausência de excludentes do nexo causal. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. EXEGESE DO ART. 85, §11 DO CPC/2015. Recurso desprovido. A ocorrência de chuva e as más condições das vias públicas não configuram, de regra, caso fortuito ou força maior aptos ao afastamento da responsabilidade em acidente de trânsito, porquanto não representam fatos imprevisíveis e mesmo inevitáveis. (TJSC, Des. Eládio Torret Rocha). A deterioração da camada asfáltica ou a proliferação de buracos, irregularidades, reentrâncias, bueiros abertos ou salientes e outras irregularidades nas vias públicas de passagem de veículos e de pedestres caracterizam omissão desidiosa do Poder Público, que responderá pelos danos que ocorram em razão dessas irregularidades (Rui Stoco). (TJSC, Apelação Cível n. 0804081-41.2013.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 25-09-2018).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM FACE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. CULPA CONCORRENTE. INCONFORMISMO DAS RÉS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE MUNICIPAL. APONTADA

RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA EMPRESA CONTRATADA PARA REALIZAR A OBRA. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PRESENTE. Em que pese a obra ter sido realizada por empresa contratada pela municipalidade, a fiscalização da correta execução do serviço recai sobre o ente público, sendo este parte legítima para responder pela demanda. RESPONSABILIDADE CIVIL. BURACO. OBRA NA PISTA DE ROLAMENTO. AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO E DA EMPRESA PRESTADORA DO SERVIÇO. DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. PRESSUPOSTOS PREENCHIDOS. DEVER DE INDENIZAR. O disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, refere-se à responsabilidade objetiva do ente público e das empresas prestadoras de serviços públicos pela ocorrência de atos comissivos que causem prejuízo a terceiros. No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm firmado o posicionamento de que em havendo conduta omissiva específica, como no caso em comento, a responsabilidade igualmente será objetiva. Não demonstradas excludentes de responsabilidade e comprovada a ocorrência do dano e a omissão das rés quanto ao dever de manutenção da pista de rolamento e sinalização das obras empreendidas, além do nexo de causalidade, cabível a condenação das demandadas ao ressarcimento dos prejuízos suportados. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0008207-43.2008.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. 09-08-2018).

No caso vertente, o município tinha o dever legal de manter e conservar a via pública em condições de trafegabilidade, no que se insere a obrigação de sinalizar adequadamente a área em obras.

Contudo, das provas coligidas aos autos, especialmente as fotografias juntadas às fls. 69 a 73 e a prova testemunhal (CD de fl. 195), ficou evidenciado que nenhuma sinalização indicando que a galeria estava aberta e alertando para o risco de queda havia no local. Tal fato, aliás, não foi negado pela municipalidade, que em suas razões limitou-se a afirmar que conduta omissiva não é passível de responsabilização pela teoria objetiva, tese que fica afastada nos termos aqui apresentados.

Quanto ao nexo de causalidade entre a omissão do réu e os danos sofridos pelo autor, não há dúvida de que a causa eficiente do acidente de trânsito foi a existência de um buraco aberto durante obras de pavimentação da Rua Minas Gerais, o qual estava desprovido de qualquer sinalização indicativa, fato que contribuiu decisivamente para o evento danoso.

Diante desse quadro, à luz da teoria da responsabilidade objetiva, uma vez demonstrado o nexo causal entre a omissão específica do Município de Camboriú e os danos causados ao autor, configurada a obrigação de indenizar.

Quanto aos danos sofridos pelo autor, a sentença recorrida, da lavra da juíza Ana Vera Sganzerla Truccolo, mostra-se irrepreensível, vez que analisou a questão com acerto à luz dos preceitos legais. Dessarte, em homenagem à prolatora e com o fito de evitar tautologia, transcrevo o excerto que segue, adotando como parte integrante das razões de decidir:

1. Dos danos materiais

No tocante à reparação pelos danos materiais, compreendendo os lucros cessantes e os danos emergentes, razão assiste ao autor, conforme se verá adiante.

Como é cediço, as perdas e danos compreendem o dano emergente e os lucros cessantes, conforme preceitua o art. 402 do Código Civil: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (destacou-se)

1.1 Dos danos emergentes

Alega o autor na inicial que sofreu danos materiais (emergentes) na importância total de R\$ 1.883,70 (mil, dzentos e quinze reais e noventa e quatro centavos) sendo R\$ 1.215,94 (mil, dzentos e quinze reais e noventa e quatro centavos) referente ao orçamento de menor valor para o conserto da motocicleta envolvida no acidente e R\$ 667,76 (seiscentos e sessenta e sete reais e setenta e seis centavos) referentes a gastos com medicamentos. Efetivamente, o autor comprovou ter despendido a quantia de R\$ 667,76 (seiscentos e sessenta e sete reais e setenta e seis centavos) com relação aos gastos com medicamentos receitados por seu médico (fl. 40), conforme se infere dos comprovantes de pagamentos, notas fiscais e recibos de fls. 41-43.

Assim, em que pese tenha o réu impugnado os documentos na contestação, sob o argumento de que foram comprados medicamentos além do necessário, tendo em vista a ausência de receita médica, bem como pelo fato de não se saber ao certo se os valores despendidos foram efetivamente gastos com os fármacos, não comprovou o alegado, motivo pelo qual entendo que as despesas médicas, bem como os gastos com medicamentos restaram devidamente demonstrados nos autos.

No que tange ao conserto da motocicleta envolvida no acidente, o autor juntou aos autos três orçamentos (fls. 45, 46 e 47), no valor de, respectivamente, R\$1.683,48 (mil, seiscentos e oitenta e três reais e quarenta e oito centavos), R\$1.339,30 (mil, trezentos e trinta e nove reais e trinta centavos) e R\$1.215,94 (mil, dzentos e quinze reais e noventa e quatro centavos), de modo que prevalece o orçamento de menor valor, no caso, o indicado à fl. 47 (R\$ 1.215,94), devendo o réu arcar, também, com os custos do orçamento para o conserto da motocicleta utilizada pelo autor no dia do infortúnio no montante de R\$ 1.215,94 (mil, dzentos e quinze reais e noventa e quatro centavos).

Conforme entendimento sedimentado, a existência de mais de um orçamento que retrata o custo do conserto de avarias causadas por acidente de trânsito é prova suficiente da extensão dos danos a serem reparados (Apelação Cível n. 2013.077846-4, de Joinville, rel. Des. Subst. Odson Cardoso Filho, j. em 12-12-2013).

Assim, comprovados os danos emergentes, deve o réu Município de Camboriú indenizá-las no valor total de R\$ 1.883,70 (mil, oitocentos e oitenta e três reais e setenta centavos) ao autor.

1.2 Dos lucros cessantes

Por sua vez, no que pertine aos lucros cessantes, alega o autor que em razão dos danos sofridos ficou 5 (cinco) meses sem poder trabalhar, razão pela qual deixou de auferir a importância de R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais) haja vista que percebia mensalmente a quantia de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Consoante se infere dos atestados médicos de fl. 38, o autor em 26-10-2010 ficou afastado do seu trabalho pelo prazo de 90 (noventa) dias e em 26-1-2011 por mais 60 (sessenta) dias, donde se conclui que ficou basicamente 5 (cinco) meses sem poder trabalhar, em que pese as testemunhas tenham divergido com relação a esse ponto, informando que o autor ficou sem trabalhar por 2 meses e a outra por 5 meses (mídia digital de fl. 195-v).

Ademais, muito embora as testemunhas tenham informado em juízo que o autor era cabeleireiro responsável por cortes de cabelo e que, mesmo na sua ausência o salão continuou funcionando, pois a sua mulher também trabalhava no local, a redução da renda familiar, ainda que não haja nos autos prova nesse sentido é evidente, uma vez que o autor deixou de auferir a quantia mensal que recebia ao executar o serviço de corte de cabelo no salão que trabalhava, esta sim demonstrada nos autos.

Logo, comprovado o afastamento do autor de suas atividades profissionais, resta, agora, perquirir acerca do valor por ele auferido mensalmente.

Embora não haja qualquer documento nos autos que indique que o autor percebia a título de salário a importância de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) mensalmente, da análise do documento de fl. 58 pode-se fazer uma média dos valores por ele auferidos no decorrer do ano de 2010, o que justifica de certa forma o valor por ele pleiteado na inicial (R\$ 2.500,00). O aludido relatório, que indica como valor total auferido pelo autor nos últimos 11 (onze) meses antes do infortúnio aponta o montante de R\$ 26.750,00 que guarda certa relação com os valores declarados no imposto de renda, conforme declarações de fls. 59-64, referente ao exercício de 2010 e ano-calendário 2009 (R\$ 24.120,00) e 147-152, referente ao exercício 2011 e ano-calendário 2010 (R\$ 22.420,00), ainda que este último valor não corresponda ao informado no relatório de fl. 58.

Por outro lado, era ônus do réu em desconstituir tais documentos, o que não ocorreu (art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil).

Portanto, faz jus o autor ao pagamento de indenização por danos materiais no valor total de R\$ 14.383,70 (quatorze mil, trezentos e oitenta e três reais e setenta centavos).

2. Do dano estético

O dano estético também restou demonstrado.

Segundo a doutrina, dano estético indenizável decorre de aleijão ou deformidade, sendo que “haverá aleijão, se o ofendido perde um braço, uma perna, seus movimentos, ou então um dos sentidos, como o da audição. Quanto à deformidade, é preciso que haja o dano estético, que o ofendido cause impressão penosa ou desagradável; se ela não produz tal impressão, não se concede”. (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 409) Ainda:

É qualquer modificação. Aqui não se trata apenas das horripilantes feridas, dos impressionantes olhos vazados, da falta de uma orelha, da amputação de um membro, as cicatrizes monstruosas ou mesmo do aleijão propriamente dito.

Para a responsabilidade civil basta a pessoa ter sofrido uma ‘transformação’, não tendo mais aquela aparência que tinha. Há, agora, um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior. (MAGALHÃES, Teresa A. Lopes de. O Dano estético, Responsabilidade civil, São Paulo: RT, 1980, p. 18-19).

No caso em apreço, o dano estético sofrido pelo autor restou indubitavelmente comprovado por meio das fotografias de fls. 153-155, as quais demonstram que o acidente deixou cicatriz de grande porte em sua perna esquerda.

Ressalto que já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que

“Dano estético não é apenas o aleijão, mas toda e qualquer deformidade que implique, ainda que minimamente, um afetamento da vítima” (AC n. 47.094, Des. Eder Graf).

Ainda que se alegue que a cicatriz do autor não lhe cause constrangimento social, é preciso levar em conta que a cicatriz oriunda do acidente resultou em uma modificação sensível na perna esquerda do autor com relação à sua aparência anterior. Ademais, além da alteração externa física, o outro elemento configurador desta espécie de dano é afeto a moral do indivíduo, o qual se sente diminuído esteticamente, em parâmetros que não são aferíveis em face da subjetividade.

Logo, demonstrada a lesão permanente na perna esquerda do autor em razão do acidente de trânsito, exsurge a responsabilidade do réu ao pagamento de indenização por dano estético cujo montante aplico em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3. Dos danos morais

No caso dos autos, o dano moral decorre do próprio acidente, da intranquilidade experimentada, e independe de outras provas. Consiste no dano moral presumido ou *in re ipsa* que independe de dilação probatória, uma vez que a lesão extrapatrimonial é presumida.

A propósito, ensina Sérgio Cavalieri Filho:

Nesse ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*.; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum. (FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101 e 102)

Na hipótese dos autos, o dano moral revelou-se pelo sofrimento e aflição suportados pelo autor que sofreu 2 (duas) fraturas na perna esquerda (fratura de tíbia - fl. 32 e do terço distal de fíbula - fl. 37), tendo sido submetido a 3 (três) cirurgias, restando afastado de sua atividade laborativa por 5 (cinco) meses e passando a perceber benefício assistencial pelo INSS (fl. 65), em razão da constatação de incapacidade laborativa.

Assim, entendo que os danos experimentados pelo autor ultrapassaram a esfera do mero dissabor ou aborrecimento cotidiano, consistindo em verdadeiro abalo anímico, diante da limitação de sua liberdade de ir e vir, além da aflição decorrente da insegurança gerada com relação ao seu futuro.

Desta forma, configurado o dano, resta, pois, apurar o quantum devido.

A reparação do dano moral é o *pretium doloris*, que, se não repara integralmente o mal feito, ao menos procura minimizar o sofrimento do ofendido, pela compensação pecuniária, a qual, como sanção que é, deve ser dosada não só de acordo com as condições sociais do ofensor e do ofendido, como também de acordo com a extensão do dano, levando-se em conta o seu caráter punitivo, de modo a evitar o enriquecimento ilícito da vítima. Diante da inexistência de parâmetros legais para fixação do valor do dano extrapatrimonial, valho-me dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para se chegar ao valor do quantum devido.

Logo, embora os danos morais sejam inestimáveis, atento, porém, aos fatores acima mencionados e, analisadas as peculiaridades do presente caso, em que a culpa dos réus deve ser considerada grave, e ciente de que a indenização não deve ser demasiadamente elevada a ponto de tornar-se fonte de enriquecimento, e que nem há de ser tão inexpressiva de modo a não atender aos fins a que se destina, fixo a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Por fim, o liame de causalidade entre o ato ilícito e os danos experimentados pelo autor também restou comprovado no caso em tela, na medida em que os prejuízos sofridos pelo demandante decorreram do ato ilícito cometido pelo réu Município de Camboriú em razão da omissão específica caracterizada pelo dever específico de agir, fiscalizando e sinalizando o local para prevenir acidentes.

Portanto, configurado o dano e estabelecido o nexo de causalidade entre este e a conduta do réu, a procedência dos pedidos formulados na inicial é medida que se impõe.

Em adendo a essa fundamentação e tendo em vista a impugnação específica do apelante nesse ponto, cumpre discorrer sobre o valor fixado para a indenização dos danos morais, que o apelante pretende seja reduzido para o patamar de R\$ 5.000,00.

O art. 944, caput, do Código Civil estabelece que o valor da indenização é medido pela extensão do dano causado.

Ainda que no exercício da discricionariedade do julgador, este elemento subjetivo e o binômio razoabilidade-proporcionalidade servem de balizas para o estabelecimento da indenização em valor suficiente para compensar o abalo moral experimentado pela vítima e, também, penalizar e educar o ofensor, com vistas a coibir nova conduta danosa.

À luz dessas premissas, entendo que o valor fixado a título de danos morais é adequado e não merece reparo, uma vez que em razão do acidente o autor sofreu fratura no tornozelo, precisou se submeter a duas cirurgias, permaneceu em internação hospitalar por cerca de uma semana e teve de se submeter a tratamento fisioterápico por tempo considerável para reabilitação da lesão.

Por fim, razão não assiste ao apelante no tocante ao marco inicial para a incidência dos juros moratórios da indenização pelos danos morais e estéticos, que pretende sejam contados a partir da sentença.

In casu, tem aplicação o enunciado da Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

A aplicabilidade da referida súmula vem há muito assentada pelo Grupo de Direito Público desta Corte:

COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA - ART. 555, § 1º, DO CPC - RESPONSABILIDADE CIVIL - JUROS DE MORA SOBRE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TERMO A QUO - APLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO STJ - DATA DO EVENTO - ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL - MATÉRIA RECENTEMENTE REAFIRMADA PELA SEGUNDA SEÇÃO DAQUELA CORTE SUPERIOR - RECURSO DESPROVIDO É assente o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, recentemente reafirmado por sua Segunda Seção (REsp n. 1.132.886/SP, julgado em 23.11.2011; Rcl n. 6.111/GO, julgada em 29.2.2012), de que o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito corresponde à data do evento danoso (Súmula 54 STJ). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.007033-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Rodrigo Collaço, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 09-05-2012).

Logo, o dies a quo para os juros de mora devem ser contados a partir da data do acidente, ou seja, 26.10.2010.

Por todas as razões expostas, voto no sentido de: 1) Fixar no IRDR a seguinte tese jurídica referente ao Tema n. 17: “O valor recebido pela vítima a título de benefício previdenciário não pode ser deduzido para fins de fixação dos lucros cessantes devidos em razão do mesmo ato ilícito” e, em consequência 1.1) determinar a cessação, a partir da publicação deste acórdão, da suspensão dos recursos e processos sobrestados em razão da matéria, cabendo ao NUGEP adotar as medidas necessárias em decorrência do presente julgamento; 2) Nos termos do art. 978, parágrafo único, do Código de Processo Civil, negar provimento ao recurso interposto pelo Município de Camboriú, mantendo incólume a sentença proferida nos autos n. 0000554-58.2011.8.24.0113.

É como voto.

Ação Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0000554-58.2011.8.24.0113/50000

Declaração de Voto Vista do Exmo. Sr. Francisco Oliveira Neto

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas instaurado para a definição da seguinte tese: “Possibilidade de cumulação dos lucros cessantes com benefício previdenciário derivado do ato ilícito”.

Solicitei vista dos autos para melhor analisar se há, ou não, fundamento que sustente a dedução do valor recebido a título de benefício previdenciário dos lucros cessantes devidos por força dos artigos 949 e 950 do Código Civil.

E, assim como o relator, concluí inexistir fundamento legal, doutrinário ou jurisprudencial que possa amparar a tese de abatimento da verba em uma das hipóteses legais.

De início, relembre-se que os lucros cessantes constituem uma espécie de danos materiais, representando, em essência, o que a vítima deixou “de auferir, razoavelmente, em razão do evento danoso” (Álvaro Villaca Azevedo. *Curso de direito civil – teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 13ª ed., São Paulo: Saravia, 2019), conforme preleciona o artigo 402 do Código Civil (“*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*” - grifou-se).

Em se tratando da indenização decorrente de responsabilidade civil, há a previsão legal de pagamento dos lucros cessantes nos artigos 949 e 950 do CC/02:

“Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos **lucros cessantes até ao fim da convalescença**, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” (grifou-se).

“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.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez” (grifou-se).

A doutrina não faz distinção quanto à natureza jurídica dos lucros cessantes decorrentes do art. 949, e do art. 950, de modo que, tanto a percepção da verba durante o tratamento, quanto após a consolidação da incapacidade, possuem a mesma essência.

Eduardo Oliveira, em sua obra *Código Civil Anotado e Comentado*, 2ª edição. Grupo GEN, 04/2010. [Minha Biblioteca], interpreta os preceitos de forma similar:

Art. 949: “Lucros cessantes indenizáveis: No art. 949, o Código Civil de 2002 estabelece a maneira de calcular a indenização por defeito físico, temporário ou permanente, que repercute sobre a capacidade laborativa do ofendido. Não há referência especial a fazer ao dispositivo. Contudo, a expressão lucros cessantes nos sugere a reafirmação dos conceitos que a caracterizam. Existe lucro cessante sempre que, para alcançá-lo, não teria o prejudicado de desenvolver qualquer atividade excepcional; quando a realização do lucro dependeria de simples aceitação ou do cumprimento de condição potestativa, a menos que se demonstre que o prejudicado desdenharia a oportunidade que se lhe ofereceria; quando o ganho seria o resultado normal da atividade comum; quando, intervindo a atividade de terceiro, esteja ela garantida por um contrato; quando o lesado prova que circunstâncias especiais lhe permitiriam lucros superiores aos ordinariamente previstos” (pág. 843).

Art. 950: “Indenização mesmo que não haja perda do emprego: I. Diversamente do benefício previdenciário, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do empregador, que reduziu a sua capacidade laboral em caráter definitivo, inclusive pelo natural obstáculo de ensejar a busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho. II. Destarte, ainda que mantido o empregado nas suas funções anteriores, o desempenho do trabalho com maior sacrifício em face das sequelas permanentes há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão indenizatória parcial, independentemente de não ter havido perda financeira concretamente apurada (STJ, REsp. 478.796/RJ, 4a T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 16.02.2004, p. 261)” (pág. 845).

Em comentário ao art. 950 do Código Civil, Rosália T.V. Ometto, discorre tratar-se de regra de natureza semelhante à contida no art. 949:

“Este artigo é semelhante ao antecedente, entretanto mais específico quanto à extensão do dano, ao impossibilitar o trabalho (ofício ou profissão) do lesado ou provocar a diminuição da capacidade laborativa em decorrência do dano. Assim, a legislação pune o lesante que imputar tal situação ao lesado, situação esta que perdurará até a convalescença, em que havendo o pagamento da obrigação, esta se extingue; entretanto, se o dano ocasionar a diminuição da capacidade laborativa, gerando invalidez ou redução de ganhos, o lesante será obrigado a prestar pensão no valor que o lesado auferia na época dos fatos ou a diferença entre o que ganhava e o que passou a ganhar depois do dano sofrido” [(coord.), MACHADO, Costa (org.); CHINELLATO, Silmara J. *Código Civil Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo*. Editora Manole, 01/2017. [Minha Biblioteca] - fl. 774 – grifou-se).

E, após confirmar a natureza idêntica das disposições legais, conclui que “O dever de indenizar decorre unicamente da perda da capacidade laboral, sendo que a indenização de cunho civil não se confunde com aquela de natureza previdenciária, posto que a civil busca o ressarcimento da lesão física causada, não propriamente a mera compensação sob a ótica econômica (STJ, REsp n. 1.062.692, 3a T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.10.2011, DJe 11.10.2011)” (pág. 776).

Diante da natureza e da índole civil do pagamento dos lucros cessantes no caso dos artigos 949 e 950 do CC/02, a ser paga pelo causador do dano em decorrência da responsabilidade civil, não se extrai das lições doutrinárias razões que embasem a diferenciação de tratamento atribuída aos lucros cessantes pagos por força de um ou de outro artigo.

Em verdade, o recebimento dessa espécie de dano material não interfere na questão previdenciária, uma vez que se tratam de parcelas pagas com fundamento distinto. A relação previdenciária decorre da seguridade social, vínculo estabelecido entre a vítima e o INSS, no qual ela própria contribuiu para o sistema, por intermédio do pagamento de contribuições mensais visando obter renda na sua inatividade ou, em caso de necessidade, a percepção de benefício que a substitua, a fim de manter sua subsistência.

É o que se extrai da doutrina:

Carlos Roberto Gonçalves explica: “O entendimento generalizado na doutrina é o de que a indenização de natureza previdenciária, paga em geral também sob a forma de pensão mensal, não mantém com o fato determinador do prejuízo qualquer relação de causalidade, senão apenas de ‘ocasião’. Seria paga mesmo que o contribuinte tivesse falecido de morte natural. Por essa razão, **não se deduzem da indenização por ato ilícito, exigida pelo direito comum, as quantias recebidas pela vítima ou seus beneficiários, dos institutos previdenciários ou assistenciais, que se acumulam.** Na jurisprudência, esse entendimento tem também prevalecido” (Responsabilidade Civil. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2015. Minha Biblioteca – Saraiva – grifou-se).

Cristiano Chaves adota idêntico posicionamento:

“Por fim, cabe esclarecer que a indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício que a vítima receba de ente previdenciário. O benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos emergentes ou lucros cessantes. Este, pelo direito comum; aquele assegurado pela Previdência, que resulta da contribuição compulsória feita pelo segurado. Daí inexistir bis in idem quando a vítima pleiteia pensão decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional, que possui natureza cível (art. 950, CC), cumulativamente à aposentadoria pelo regime geral da previdência. Assim, os proventos recebidos mensalmente do INSS pela vítima não serão compensados ou deduzidos do valor da responsabilidade civil atribuída ao empregador. Aliás, ocorrido o acidente e trabalho, sobrevém o período do tratamento médico até o fim da convalescença, ou seja, até a cura ou a consolidação das lesões. Nessa etapa, cabe a indenização de todas as despesas necessárias para o tratamento, bem como dos lucros cessantes, que no caso do acidente de trabalho representam o valor da remuneração mensal que a vítima percebia. Depois da convalescença ou da consolidação das lesões, decidindo-se pela incapacidade para o trabalho, o valor que era devido mensalmente pelo empregador como reparação dos lucros cessantes passa a ser devido a título de pensão vitalícia. O art. 950 do Código Civil expressamente prevê o pagamento dos lucros cessantes até o fim da convalescença e do pensionamento a partir de então” (Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2017 -grifou-se).

Logo, doutrinariamente, não há diferenciação entre a natureza dos artigos 949 e 950 do CC/02 permitindo a dedução do benefício previdenciário da indenização pelos lucros cessantes.

No STJ está consolidada a possibilidade de cumulação dos lucros cessantes decorrente de ato ilícito (fundado na responsabilidade civil) e de benefício previdenciário (de índole previdenciária).

O Tribunal não diferencia o tema e o entendimento é aplicado às questões apreciadas sob a

ótica do art. 949, CC/02, como também do art. 950, CC/02, a significar que não deve ser deduzido da reparação por lucros cessantes o valor recebido a título de benefício previdenciário.

O tema foi exaustivamente apreciado em acórdão da lavra do eminente Ministro Luiz Fux, do seguinte modo: “O benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto ambos têm origens distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum” (...), podendo cumular-se o benefício previdenciário e a indenização por danos materiais decorrente da configuração desta responsabilidade”.

Na ocasião, esclareceu que **“A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba.** Precedentes: REsp 823.137/MG, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 30.06.2006; REsp 750.667/RJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves; Quarta Turma, DJ 30.10.2005; REsp 575.839/ES, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 14.03.2005; REsp 133.527/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, DJ 24.02.2003)” (REsp n. 922.951/RS, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 17.12.09 – grifou-se).

Referida orientação é aplicada até os dias atuais para os casos apreciados tanto sobre a égide do art. 949, quanto do art. 950 do CC/02, sem distinção entre elas.

Confira-se decisão exarada recentemente, em 19.5.2020, em que foi dado provimento a recurso especial para permitir a cumulação do benefício previdenciário com os lucros cessantes:

“O Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de afastar a identidade entre o benefício previdenciário e a reparação civil por ato ilícito, pois o benefício pago pelo INSS configura autêntico seguro social em decorrência do vínculo pelas contribuições vertidas pelo seguro, o que não obsta a cumulação das vantagens e não ofende o princípio da reparação integral, porquanto a indenização paga a título de lucros cessantes corresponde à contraprestação pelo ilícito civil sofrido pela vítima, conforme positivado no artigo 944 do Código Civil, e seguintes” (AREsp n. 1581256/MS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19.5.2020 – grifou-se).

Idêntico entendimento é aplicado às hipóteses em que a perda da capacidade laborativa é temporária:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE DE VEÍCULO. RESPONSABILIDADE. INCAPACIDADE PARCIAL TEMPORÁRIA. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PENSÃO. CABIMENTO. (...) **O dever de indenizar decorre unicamente da perda temporária da capacidade laboral, que, na hipótese foi expressamente reconhecida pelo acórdão recorrido.**

5. A indenização civil, diferentemente da previdenciária, busca o ressarcimento da lesão física causada, não propriamente a mera compensação sob a ótica econômica. (...)” (REsp n. 1306395/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 4.12.12 – grifou-se).

Ademais, ao tratar especificamente sobre o art. 949 do Código Civil, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça salientou “Uma vez comprovado o dano, mesmo que não constasse expressamente na sentença a obrigação ao pagamento das despesas até a convalescença, disso não se desoneraria o réu, haja vista que essa obrigação decorre da própria lei, a teor do que preceitua o art. 949 do CC. A recuperação pelo dano sofrido, portanto, há de ser integral, de modo a restabelecer a lesado o estado anterior à ocorrência do evento danoso” (REsp n. 1219079/RS, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 1º.3.11).

Como se pode observar, o Superior Tribunal de Justiça admite a cumulação da indenização por dano material (no qual estão inseridos os lucros cessantes) com o benefício previdenciário, ao analisar a questão sob a perspectiva dos dois dispositivos (art. 949 e art. 950 do CC/02), como também adota idêntica solução aos casos relacionados à responsabilidade civil comum com aqueles atinentes a acidente de trabalho.

Constata-se, assim, uma tendência a resguardar o princípio de que a reparação deve ser a mais ampla possível. Ademais, há dois enunciados indicando que a indenização decorrente de ato ilícito deve ser integral e ampla: súmula n. 37 (“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”) e súmula n. 387 (“É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”).

Destarte, prevalece no STJ a tese da possibilidade da cumulação dos lucros cessantes com benefício previdenciário, sem se cogitar a dedução nesses casos (art. 949, ou art. 950, CC).

Acrescente-se que após a vigência da EC n. 45/04 a matéria também é apreciada pela Justiça do Trabalho, por força da nova redação dada ao inciso VI do art. 114 da Constituição Federal, atribuindo-lhe competência para processar e julgar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

Desse modo, assim como o STJ, o Tribunal Superior do Trabalho possui decisões sobre o tema, as quais devem ser consideradas, notadamente para se fixar uma tese de natureza repetitiva como é o caso do presente IRDR.

E, nesse aspecto, destaco recente acórdão proferido pela 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no dia 10.6.2020, que reformou acórdão proferido pelo TRT-4 que havia limitado o lucro cessante “à diferença entre o valor do benefício previdenciário percebido e a remuneração que teria recebido se em atividade estivesse, pelo afastamento em benefício previdenciário”, para reconhecer a possibilidade de percepção simultânea das verbas.

Muito embora não se desconheça a peculiaridade de se tratar de responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho, o TST proveu o recurso que tratava sobre incapacidade temporária “para deferir o pagamento da indenização por dano material, sem o desconto do benefício previdenciário”, sob a justificativa que “as referidas prestações não se confundem, porquanto possuem naturezas distintas, uma civil e outra previdenciária, estando a cargo de pessoas diversas. Trata-se, portanto, de indenizações distintas, que não se excluem, não havendo óbice à sua cumulação”, assim ementado:

II – RECURSO DE REVISTA. DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. CUMULAÇÃO COM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. 1.1. Nos termos do art. 950 do CCB, ‘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’. 1.2. Por outro lado, **a indenização por danos materiais e o benefício previdenciário não se confundem e possuem naturezas distintas, estando a cargo de titulares diversos. Não há óbice à sua cumulação.** Recurso de revista conhecido e provido” (TST, ARR n. 20454-79.2017.5.04.0030, rel. Min. Alberto Bressiani, 3ª Turma, j. 10.6.2020 – sem grifos no original).

Na ocasião, o relator destacou a entendimento doutrinário e a jurisprudência daquela Corte – assim como faz o STJ - no sentido da distinção da natureza das verbas e no caráter de seguro social da prestação paga pelo INSS:

“Na lição do eminente Ministro Mauricio Godinho Delgado (“Curso de Direito do Trabalho”, 11ª edição, Editora LTr, 2012, pág. 623), ‘será do empregador a responsabilidade pelas indenizações por dano material, moral ou estético decorrentes de lesões vinculadas à infortunistica do trabalho, **sem prejuízo do pagamento pelo INSS do seguro social, é claro**”.

(...)

“(…) D) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. (...) 3. DOENÇA OCUPACIONAL. LUCROS CESSANTES. PERCENTUAL. CUMULAÇÃO COM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. A lei civil estipula critérios relativamente objetivos para a fixação da indenização por danos materiais. Esta envolve as ‘despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença’ (art. 1.538, CCB/1.916; art. 949, CCB/2002), podendo abranger, também, segundo o novo Código, a reparação de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (**art. 949, CCB/2002**). É possível que tal indenização atinja ainda o estabelecimento de ‘uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu’ (art. 1.539, CCB/1916; **art. 950, CCB/2002**). Na hipótese, a Reclamante gozou de sucessivos benefícios previdenciários para tratamento das patologias ocupacionais (tendinopatia do ombro, síndrome do túnel do carpo bilateral epicondilite lateral) até a sua aposentação. Nesse passo, vale salientar que o prejuízo material é nítido, uma vez que a Reclamante teve comprometida sua capacidade laborativa plena, com redução da chance de concorrer no mercado de trabalho. O Tribunal de origem consignou que, segundo o perito judicial, as lesões ocupacionais ‘perduraram até o final do ano de 2012’ e que a Reclamante não apresenta quadro clínico atual de patologia ocupacional, remanescendo, apenas, a artrite reumatoide - patologia degenerativa da qual a Autora é portadora, desde o ano de 2006, e que implicou a sua aposentadoria por invalidez comum. Por outro lado, o Tribunal Regional condenou o Reclamado ao pagamento de lucros cessantes, correspondentes à diferença entre a remuneração e os benefícios previdenciários percebidos, de janeiro de 2009 a dezembro de 2012 (inclusive), observado o prazo prescricional. Contudo, considerando-se que a incapacidade é total nos períodos em que houve o afastamento da atividade laboral para o gozo de benefício previdenciário, há o direito à percepção de indenização do referido período no importe de 100% da última remuneração que antecedeu o afastamento previdenciário. Ademais, são cumuláveis a indenização por danos materiais (lucros cessantes) e o benefício previdenciário, pois o art. 121 da Lei 8.213/91, ao se referir a acidente do trabalho, evidencia a natureza distinta das prestações devidas pela Previdência Social daquela que decorre da responsabilidade civil da empresa. **Os lucros cessantes ou a**

pensão indenizatória resultam da incapacidade decorrente da doença ocupacional, envolvendo a culpa do empregador evidenciada na decisão recorrida. **A parcela não se confunde, portanto, com o benefício previdenciário, que tem natureza distinta porque decorre do dever de prestação assistencial pelo Estado de forma ampla.** Recurso de revista conhecido e provido no tema. (...)’ (ARR-467-96.2013.5.04.0030, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 12.4.2019).

‘(...) II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. (...) INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES DURANTE O PERÍODO DO AFASTAMENTO PREVIDENCIÁRIO. O Tribunal Regional, embora tenha reconhecido a existência de nexos de concausalidade entre as doenças da reclamante e o trabalho desempenhado e tenha registrado ser incontroverso nos autos o gozo de benefício previdenciário (B-31), negou provimento à pretensão de lucros cessantes referentes ao período do afastamento pelo INSS. Em casos análogos, em que reconhecido o nexo causal/concausal entre a patologia e o trabalho, **a jurisprudência do TST, à luz do princípio da restitutio in integrum, tem se firmado no sentido de que no período do afastamento previdenciário é devida indenização por danos materiais no importe de 100% da última remuneração percebida. Isso porque nesses períodos fica caracterizada a incapacidade total e temporária, uma vez que o empregado fica impossibilitado de exercer suas atividades até o fim da convalescença. Precedentes.** Portanto, incontroversa a existência de afastamento em razão da inabilitação total e temporária para o exercício do cargo e estabelecido o nexo concausal das doenças que acometeram a reclamante e o trabalho, o valor da pensão deve ser calculado no importe da última remuneração auferida pela reclamante antes do seu afastamento até o fim da convalescença. **Esclareça-se que a indenização decorrente de doença do trabalho tem natureza diversa do benefício previdenciário pago pelo INSS, pelo que podem ser cumulados e não podem ser compensados. Precedentes.** Demonstrada violação ao art. 950 do Código Civil, condena-se a reclamada ao pagamento de indenização por danos materiais calculada no importe da última remuneração auferida pela reclamante antes do seu afastamento previdenciário até o fim da convalescença. Recurso de revista conhecido e provido. (...)’ (RR-27-81.2016.5.11.0004, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 19.11.2019).

‘RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. (...) 3. **DANOS MATERIAIS. PERÍODO DE INVALIDEZ TEMPORÁRIA (03/10/2006 ATÉ 31/07/2008). PENSÃO MENSAL. CUMULAÇÃO COM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE.** I. O art. 121 da Lei nº 8.213/1991 estabelece que o ‘pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente de trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem’. Dessa forma, percebe-se que a indenização por danos materiais e os benefícios previdenciários, como é o caso do auxílio-doença acidentário, possuem naturezas jurídicas distintas e podem ser cumulados, sem que o recebimento de uma verba implique a exclusão ou a redução da outra. Portanto, **inexiste óbice legal para a percepção simultânea de benefício previdenciário e de indenização por danos materiais, na forma de pensão mensal. Precedentes do TST.** II. Assim, ao decidir que o benefício previdenciário deve ser deduzido do valor arbitrado à pensão mensal, a Corte Regional divergiu da jurisprudência desta Corte Superior e violou o art. 121 da Lei nº 8.213/1991. III. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (...)’ (RR-151800-08.2007.5.01.0057, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 21.9.2018).

‘AGRAVO DO RÉU EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO DO AUTOR. LEI Nº 13.015/2014. CPC/2015. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, é plenamente possível a cumulação de pensão mensal paga pelo empregador, a título de indenização por danos materiais decorrentes de acidente do trabalho, com o auxílio-doença acidentário, aposentadoria por invalidez ou pensão por morte, pagos pelo órgão previdenciário. Registre-se, ainda, que **não há que se falar em compensação da indenização por danos materiais, na forma de pensionamento mensal, com o benefício pago pelo INSS, a teor do disposto no artigo 950 do Código Civil e na forma**

da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça. No caso, não obstante o Tribunal Regional tenha afirmado que ‘Não se olvida que o recebimento de benefício previdenciário (pensão por morte como dependente), assim como o recebimento do seguro de vida, não excluem o direito do empregado à indenização por danos materiais, se configurado o fato gerador para tanto, até mesmo porque os benefícios ostentam natureza e fundamentos diversos’, acrescentou que ‘não ficou demonstrado o fato gerador da indenização por danos materiais na vertente dos lucros cessantes, eis que não se vislumbra a existência de perda patrimonial que exceda os valores já recebidos pelo autor da demanda a título de pensão’. Nesse contexto, está em dissonância com a jurisprudência desta Corte Superior. Agravo conhecido e não provido. (...)’ (Ag-ARR-10765-87.2015.5.03.0004, 7ª Turma, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 25.10.2019).

‘RECURSO DE REVISTA (...) DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. Comprovado o evento danoso, o nexo causal e a culpa da reclamada por não adotar medidas de segurança aptas a coibir o aparecimento de doença ocupacional, deve recair sobre ela a responsabilidade pelo dano material causado ao reclamante. De outra parte, **a jurisprudência do TST se firmou no sentido de ser cabível a cumulação do pagamento de indenização por danos materiais com a percepção de benefício previdenciário nos casos de indenização por acidente de trabalho, porquanto são absolutamente distintas e autônomas a indenização acidentária, a cargo da Previdência Social, e que é concedida ao acidentado independentemente de prova de ato ilícito praticado pelo empregador.** Recurso de revista não conhecido. (...)’ (RR-1876-80.2010.5.15.0071, 8ª Turma, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 7.12.2018)” (TST, ARR n. 20454-79.2017.5.04.0030, rel. Min. Alberto Bressiani, 3ª Turma, j. 10.6.2020 – sem grifos no original).

Portanto, denota-se que o Tribunal Superior do Trabalho entende ser possível a cumulação dos lucros cessantes e do benefício previdenciário, seguindo, inclusive, orientação do Superior Tribunal de Justiça.

A partir de tais ponderações, não vislumbro da doutrina e da jurisprudência pátria diferença sobre a natureza dos lucros cessantes recebidos com base no art. 949 do CC/02 (temporária, durante o tratamento) e no art. 950 do CC/02 (definitiva, após a consolidação lesão), uma vez que, em ambas as situações, o ofendido deve obter a reparação pelo que “razoavelmente deixou de lucrar” (art. 402 do CC/02), sem abatimento do benefício que vier a ser pago pelo INSS pelo mesmo fato.

Por fim, destaco que a alegação arguida pelo eminente Desembargador Jaime Ramos acerca de questão semelhante envolvendo os servidores públicos vinculados a regime próprio de previdência. A proposição apresentada por sua excelência seria no sentido de que, nesse caso, haveria possibilidade do abatimento do valor pago a título de benefício previdenciário, sob o argumento de que o pagamento de ambas as verbas seria efetuada pelo mesmo ente federativo, o qual, inclusive, já efetua o recolhimento de sua cota-parte das contribuições em benefício do servidor.

Não vislumbro que a solução seria diferente em se tratando de indenizações a serem pagas em benefício de servidores vinculados ao regime próprio de previdência, uma vez que (a) a natureza das prestações continuam distintas: uma é paga decorrente do vínculo da responsabilidade civil e outra sob a relação previdenciária; (b) assim como no regime próprio, no âmbito do INSS, o empregador

também efetua o recolhimento da cota patronal da contribuição em benefício do servidor e, em caso de acidente laboral, arcará com a indenização por lucros cessantes sem abatimento do benefício previdenciário que o trabalhador vier a receber. É, inclusive, a exata situação do julgado retro citado proferido recentemente pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse cenário, entendo que na tese a ser fixada no presente IRDR não há que se fazer ressalva em relação aos entes federativos, até porque as próprias cortes superiores não o fazem.

Diante das razões expostas, acompanho o voto do eminente relator por entender que não há fundamento legal, doutrinário ou jurisprudencial que vede a percepção integral das duas verbas, ou que justifique a dedução do benefício previdenciário do valor pago a título de danos materiais, na espécie de lucros cessantes.

É o voto vista.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Francisco Oliveira Neto
Desembargador

Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) Nº 5007684-47.2020.8.24.0000/SC

Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AUTOR: Procurador Geral - MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - Florianópolis

RÉU: Prefeito - MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL/SC - São Francisco do Sul

RÉU: Câmara de Vereadores - MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL/SC - São Francisco do Sul

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA INTERESSADO: MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL/SC

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 102, CAPUT, E § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 008/2003, DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL. DISPOSITIVOS QUE LIMITAM E DIFERENCIAM A CONCESSÃO DE LICENÇA A SERVIDOR QUE ADOTA CRIANÇA COM IDADE INFERIOR A SETE ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA PRIORIDADE DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA PROTEÇÃO INTEGRAL (CF, ARTS. 226 E 227). TEMA 782 DO STF. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. É viável o controle concentrado da lei municipal tendo como parâmetro norma da Constituição Federal quando esta for de reprodução obrigatória, ainda que ela não conste formalmente do texto da Constituição estadual (STF - ADI 5646, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 7-2-2019).
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 778.889, firmou a seguinte tese (Tema 782): “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade (I) da expressão “de criança até um ano de idade” prevista no caput do artigo 102 e (II) da integralidade do § 1º da Lei Complementar n. 008, de 30 de outubro de 2003, alterados pela Lei Complementar n. 22, de 10 de junho de 2009, do Município de São Francisco do Sul, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 04 de novembro de 2020.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina propõe ação direta de inconstitucionalidade contra o artigo 102, caput, e § 1º, da Lei Complementar n. 8, de 30 de outubro de 2003, do Município de São Francisco do Sul, assim redigidos:

Art. 102. À servidora que adotar ou tiver a guarda judicial de criança até um ano de idade serão concedidos 120 (cento e vinte) dias de licença remunerada para a adaptação do adotado ao novo lar, podendo esta ser prorrogada por mais 60 (sessenta) dias, na forma estabelecida no art. 100 desta Lei.

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de um e até sete anos de idade, o prazo de que trata o “caput” do artigo será de 60 (sessenta) dias.

Alega que tais dispositivos “na mesma medida em que conferem o direito a licença maternidade, diferencia-o em relação às mães biológicas e adotivas, estabelecendo ainda um critério que se pauta pela idade da criança para determinação do período de afastamento a ser gozado”, incorrendo “em discriminação indevida ao restringir a proteção a determinado grupo de crianças em detrimento de outras que se encontram na mesma situação, distinguindo, implicitamente, a maternidade e a paternidade biológica em prejuízo daquela decorrente da adoção, quando, para todos os efeitos, a Constituição veda esta distinção”.

Sustenta violação aos “princípios da isonomia, da proteção integral, do melhor interesse da criança, da dignidade da pessoa humana e de seus correlatos, além de contrariarem o artigo 4º, caput e os artigos 27, incisos XIII e XIV, 186 e 187, todas da Constituição do Estado de Santa Catarina (CESC/89), bem com dos artigos da 5º, caput, e 227, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)”.

Finaliza postulando a declaração de inconstitucionalidade da expressão “de criança até um ano de idade” prevista no caput do artigo 102, e da integralidade do § 1º, ambos da Lei Complementar n. 008, de 30 de outubro de 2003.

Não havendo pedido de medida cautelar, imprimi o rito amplo e monofásico estabelecido para o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade.

O Município de São Francisco do Sul, por meio de sua Procuradora-Geral, requereu a procedência do pedido, invocando precedentes do STF (RE 778889, Tema 782) e desta Corte (ADI 9190759- 36.2011.8.24.0000) (ev. 16).

Notificada, a Câmara Municipal de São Francisco do Sul prestou informações, sustentando inicialmente a inexistência de inconstitucionalidade formal. Afirmou, ainda, que não há na Constituição Estadual tratamento específico quanto à licença-adotante, motivo pelo qual é incabível o controle concentrado da lei municipal perante este Tribunal de Justiça Catarinense. Ao final, requereu a improcedência da ação (evento 17).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Davi do Espírito Santo, opinou pela procedência da ação (ev. 25).

Vieram os autos.

VOTO

As normas questionadas na presente ação possuem a seguinte conformação:

Art. 102. À servidora que adotar ou tiver a guarda judicial de criança até um ano de idade serão concedidos 120 (cento e vinte) dias de licença remunerada para a adaptação do adotado ao novo lar, podendo esta ser prorrogada por mais 60 (sessenta) dias, na forma estabelecida no art. 100 desta Lei.

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de um e até sete anos de idade, o prazo de que trata o 'caput' do artigo será de 60 (sessenta) dias.

Como se vê, os dispositivos transcritos fixam prazos diversos para a concessão da licença remunerada em função da idade da criança adotada e, ao assim fazer, promovem distinção entre os prazos de licença gestação e licença adoção quando a criança tiver mais de um ano de idade, dispondo que para este grupo o prazo será de apenas 60 (sessenta) dias.

A matéria encontra-se pacificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que essa diferenciação viola o princípio da isonomia e também o artigo 227, § 6º, da C/F/88, que assim dispõe:

Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Veja-se:

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

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

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

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

4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.
5. Mutação constitucional. Altera o da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.
6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei n  8.112/1990 e dos parágrafos 1  e 2  do artigo 3  da Resolução CJF n  30/2008.
7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir   recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruic o do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7 , XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante (STF - Tema 782, Recurso Extraordinário 778.889/PE, rel. Min. Roberto 1 Barroso, j. 10.3.2016).

Nesse julgado, a tese de repercussão geral - vinculante para esta Corte - ficou assentada nos seguintes termos:

Tese da repercussão geral: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações.

Em rela o   licença adotante, não   possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

Portanto, na linha desse precedente vinculante do STF, não pode a lei instituir prazos diferenciados para a licença maternidade concedida às servidoras gestantes e às adotantes; e, entre filhos adotados, não   legítima a diferenciação do prazo da licença em função da idade da criança adotada.

Entendimento diverso, diz o julgado, “contrariaria a proteção constitucional à maternidade (CF, art. 6  e 7 , XIII), a prioridade do superior interesse da criança, a doutrina da proteção integral (CF, arts. 226 e 227), o direito dos filhos adotados à igualdade de tratamento com filhos biológicos (CF, art. 227,   6 ), o direito da mulher adotante   dignidade,   igualdade e à autonomia (CF, art. 5 , caput e inc. III) e o princípio da proporcionalidade em sua vertente de proibição   proteção deficiente (CF, art. 5 , LV)”.

Finalmente, diversamente do assentado nas informações prestadas pela Câmara Municipal de São Francisco do Sul,   viável o controle concentrado da lei municipal tendo como parâmetro norma da Constituição Federal quando esta for de reprodução obrigatória (caso da norma contida no artigo 227,   6 , da C/F/88), ainda que ela não conste formalmente no texto da Constituição estadual.

Confira-se da jurisprudência do STF:

As normas constitucionais de reprodução obrigatória, por possuírem validade nacional, integram a ordem jurídica dos Estados-membros ainda quando omissas em suas Constituições estaduais, inexistindo qualquer discricionariedade em sua incorporação pelo ordenamento local. [...] Como tese de julgamento, firma-se o seguinte entendimento: É constitucional o exercício pelos Tribunais de Justiça do controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição da República, quando se tratar de normas de reprodução obrigatória 4 pelos Estados-membros (STF - ADI 5646, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 7-2-2019).

Além disso, ainda que a disposição do citado artigo 227, § 6º, da C/F/88, não revelasse norma de reprodução obrigatória, ela (e também todas as outras normas e princípios invocados no precedente antes citado) integra formalmente o texto da Constituição Estadual pela técnica da remissão, nos termos dos artigos 4º e 187 da Carta catarinense, assim redigidos:

Art. 4º O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, observado o seguinte [...];

Art. 187: O Estado assegurará os direitos da criança, do adolescente e do jovem previstos na Constituição Federal.

A respeito do tema, registro acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello:

[é] 'legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro', [já que] 'com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o 'corpus' constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo.' (STF - Rcl 10.500-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 29/9/2011)

Issoposto, voto no sentido de julgar procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade (I) da expressão “de criança até um ano de idade” prevista no caput do artigo 102 e (II) da integralidade do § 1º da Lei Complementar n. 008, de 30 de outubro de 2003, alterados pela Lei Complementar n. 22, de 10 de junho de 2009, do Município de São Francisco do Sul.

Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) Nº 4035878-45.2018.8.24.0000/SC

Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu

AUTOR: SINDICATO DOS SERVIDORES PUBLICOS MUNICIPAIS DE JARAGUA DO SUL E REGIAO

ADVOGADO: LUIZ HENRIQUE ORTIZ ORTIZ (OAB SC024119)

ADVOGADO: CESAR ANTONIO LENZI (OAB SC014926)

RÉU: CÂMARA DE VEREADORES DE JARAGUÁ DO SUL ADVOGADO: ARIANE CRISTINE CORREA (OAB SC035659) ADVOGADO: VITÓRIA TOLEDO DE ARAGÃO (OAB PR061231)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N. 7595/2018, DE JARAGUÁ DO SUL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS PARA A DEFESA DE MATÉRIA QUE AFETA A CLASSE DOS PROFESSORES MUNICIPAIS. INOCORRÊNCIA. PROFESSORES QUE SÃO TAMBÉM SERVIDORES PÚBLICOS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA MANIFESTA. MÉRITO. PROIBIÇÃO DE LECIONAMENTO DE TEMA DE IDEOLOGIA DE GÊNERO NO AMBIENTE DAS ESCOLAS MUNICIPAIS. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA AFETA ÀS ORIENTAÇÕES GERAIS DA EDUCAÇÃO, DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO FEDERAL. DISPOSITIVO DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA IMPLÍCITA NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA HOSTILIZADA QUE AFRONTA OS PRINCÍPIOS MAIS CAROS À REPÚBLICA E AOS CIDADÃOS, TAIS COMO O PACTO FEDERATIVO, O PLURALISMO POLÍTICO, A LIBERDADE CULTURAL E DE ORIENTAÇÃO SEXUAL, A DIGNIDADE HUMANA, A FELICIDADE E TAMBÉM PRECEDENTES ATUALÍSSIMOS DO STF A RESPEITO DO TEMA EM QUESTÃO, IGNORANDO-SE A REALIDADE EXTERIOR. DEMANDA JULGADA PROCEDENTE.

‘NINGUÉM, ABSOLUTAMENTE NINGUÉM, PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. OS HOMOSSEXUAIS, POR TAL RAZÃO, TÊM DIREITO DE RECEBER A IGUAL PROTEÇÃO TANTO DAS LEIS QUANTO DO SISTEMA POLÍTICO-JURÍDICO INSTITUÍDO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, MOSTRANDO-SE ARBITRÁRIO E INACEITÁVEL QUALQUER ESTATUTO QUE PUNA, QUE EXCLUA, QUE DISCRIMINE, QUE FOMENTE A INTOLERÂNCIA, QUE ESTIMULE O DESRESPEITO E QUE DESIGUALE AS PESSOAS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL.

O POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, QUE REPRESENTA - CONSIDERADA A CENTRALIDADE DESSE PRINCÍPIO ESSENCIAL (CF, ART. 1º, III) - SIGNIFICATIVO VETOR INTERPRETATIVO, VERDADEIRO VALOR-FONTE QUE CONFORMA E INSPIRA TODO O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE EM NOSSO PAÍS, TRADUZ, DE MODO EXPRESSIVO, UM DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTA, ENTRE NÓS, A ORDEM REPUBLICANA E DEMOCRÁTICA CONSAGRADA PELO SISTEMA DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. DOCTRINA. - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA BUSCA DA FELICIDADE, QUE DECORRE, POR IMPLICITUDE, DO NÚCLEO DE QUE SE IRRADIA O POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ASSUME PAPEL DE EXTREMO RELEVNO NO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO, GOZO E EXPANSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUALIFICANDO-SE, EM FUNÇÃO DE SUA PRÓPRIA TELEOLOGIA, COMO FATOR DE NEUTRALIZAÇÃO DE PRÁTICAS OU DE

OMISSÕES LESIVAS CUJA OCORRÊNCIA POSSA COMPROMETER, AFETAR OU, ATÉ MESMO, ESTERILIZAR DIREITOS E FRANQUIAS INDIVIDUAIS. - ASSISTE, POR ISSO MESMO, A TODOS, SEM QUALQUER EXCLUSÃO, O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO, QUE SE QUALIFICA COMO EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA. POSITIVAÇÃO DESSE PRINCÍPIO NO PLANO DO DIREITO COMPARADO' (STF, MIN. CELSO DE MELLO).

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade formal e material da Lei Municipal n. 7595/2018, de Jaraguá do Sul, com efeitos “ex tunc”, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de novembro de 2020.

RELATÓRIO

O Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Jaraguá do Sul e Região - SINSEP aforou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido cautelar, em face da Lei n. 7.595/2018, que dispõe sobre a proibição de lecionamento de qualquer temática relacionada à ideologia de gênero no âmbito da rede pública de ensino do Município.

Sustenta o autor, em suma, que haveria vícios de caráter formal e material na norma impugnada. Diz que o Município de Jaraguá do Sul ultrapassou sua competência suplementar ao legislar sobre regras gerais de educação. A ofensa material decorreria do fato de que a norma afronta os arts 161 e 162 da Constituição Catarinense, cujos preceitos seriam os de que a educação deve ser voltada à cidadania e ao pluralismo, tendo fundamento na liberdade e solidariedade.

Requeru o deferimento da medida cautelar com o objetivo de obter a suspensão imediata da norma objurgada e com efeitos ex tunc, evidenciando-se o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ao final, requereu a declaração da sua inconstitucionalidade (fls. 01-16).

Determinei a notificação do Presidente da Câmara de Vereadores para prestar informações, bem como a do Procurador-Geral do Município, com a posterior remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 56).

A Câmara de Vereadores do Município de Jaraguá do Sul (fls. 59 e 190), por seu Presidente, aduziu, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do SINSEP, sob o argumento de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que somente entidades sindicais de “terceiro grau” poderiam propor a ação direta. No mérito, argumentou que: a) a municipalidade tem competência para legislar sobre direito local e, portanto, sobre a matéria da norma atacada; b) todas as etapas do processo legislativo que deram origem à Lei n. 7.595/2018 foram respeitadas; c)

não há qualquer determinação, no texto constitucional, de que o tema ‘ideologia de gênero’ deve ser tratado na rede de ensino; e d) o papel fundamental que os professores possuem na educação não os autoriza a tratar de ideologia de gênero, pois isso significaria extrapolar a missão da escola e a violação dos direitos dos pais de educarem seus filhos. Por fim, afirmou estarem ausentes os requisitos para a concessão da liminar (fls. 61-75).

O Procurador-Geral do Município (fls. 206-207 e 210-228), instado, defendeu a constitucionalidade da lei, argumentando, em suma, que: a) a ideologia de gênero, em sala de aula, “colide com aspectos sensíveis da religiosidade e da moralidade praticada por grande parte das famílias brasileiras e também na comunidade de Jaraguá do Sul” (fl. 212); b) o direito dos pais de que seus filhos sejam educados conforme a sua convicção moral deve ser considerado perante o direito à liberdade e à pluralidade de ensino; c) a norma atende ao clamor popular, preserva a vida privada da família e protege o “direito fundamental dos pais de terem prioridade na educação dos seus filhos sobre o comportamento moralmente adequado e socialmente esperado em relação a figura da mulher e do homem” (fl. 213; sic); d) apenas os regimes totalitários possuem a pretensão de controlar os aspectos mais íntimos da consciência humana; e) os arts. 4º, 186 e 187, §2º, III, da CESC, protegem a família e dão prioridade aos pais no seguimento moral de seus filhos; f) o debate sobre diversidade e sexualidade estaria preservado no âmbito do ensino, uma vez que outras leis municipais o garantem, sendo excluída apenas a questão da ideologia de gênero; g) o município tem competência para tratar da matéria; e h) deve ser aplicada a interpretação conforme a Lei n. 7.595/2018, de modo a: h.1) ser permitida apresentação do tema da “identidade de gênero” em sala de aula, desde que como sendo somente uma corrente teórica, conforme o art. 162, II, da CESC; h.2) devem ser vedadas “as metodologias de ensino (independentemente da disciplina) que buscam realizar uma desconstrução na criança e no adolescente da sua identidade de gênero, levando-as a crer que o fato de serem biologicamente homens ou mulheres não possui nenhuma relevância para a formação da sua identidade e que os padrões de comportamento e os valores ensinados pelos pais são apenas ferramentas de dominação e cerceamento da liberdade individual” (fl. 226); h.3) deve ser proibido o uso de “livros e cartilhas que pretendem doutrinar as crianças e adolescentes nestas concepções” (fl. 226), mas não aqueles que tratam do tema como se apenas corrente teórica fosse; h.4) seja suprimido, do art. 1º, a expressão “privada”, pois o Município não teria competência para regular práticas pedagógicas nas instituições particulares .

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Durval da Silva Amorim, manifestou-se pela procedência da ação.

Este é o relatório.

VOTO

Antes de adentrar, no mérito, crucial examinar a preliminar lançada pela Câmara de Vereadores de Jaraguá do Sul, no sentido da ilegitimidade ativa do Sindicato dos Servidores Públicos ora autor.

Pois bem.

Aventou-se a ilegitimidade ativa do SINSEP sob o fundamento de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que somente entidades sindicais de “terceiro grau” poderiam propor a ação direta. A afirmação não merece acolhimento.

Em primeiro lugar, registro que a Constituição do Estado de Santa Catarina, no seu artigo 85, enumerou os legitimados para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Art. 85 - São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face desta Constituição: I - o Governador do Estado; II - a Mesa da Assembleia Legislativa ou um quarto dos Deputados Estaduais; III - o Procurador-Geral de Justiça; IV - o Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil; V - os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa; VI - as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual; VII - o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, os sindicatos e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal. (Grifou-se)

Tenho por certo que o Sindicato ingressa entre os legitimados especiais para a propositura da ação direta e, por isso, diferentemente dos legitimados universais, carecem demonstrar, por exemplo, a pertinência temática entre o objeto da demanda e os interesses que defende no exercício de suas funções típicas. Na espécie, assim decidiu o STF:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA: PERTINÊNCIA TEMÁTICA. I. - A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativa e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. II. - Precedentes do STF: ADIn 305-RN (RTJ 153/428); ADIn 1.151-MG (“DJ” de 19.05.95); ADIn 1.096-RS (“LEX-JSTF”, 211/54). III. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida (ADI 1519 MC, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/1996, DJ 13-12-1996 PP-50159 EMENT VOL-01854-01 PP-00214).

Soa evidente que a preliminar lançada pela Câmara de Vereadores de Jaraguá do Sul, no sentido de que a entidade Sindical deve ostentar natureza de “terceiro grau”, somente se aplica ao controle concentrado de constitucionalidade voltado à defesa da Constituição da República, exercido exclusivamente no âmbito do STF, daí porque aquela Corte, inclusive, menciona o caráter superlativo das chamadas “confederações sindicais” de âmbito nacional, legitimadas, ab initio, para a salvaguarda da Constituição, desde que demonstrada, ainda, a pertinência temática.

Todavia, no caso da defesa da Constituição Estadual contra leis municipais, não é possível exigir semelhante qualificação, dado o caráter local em que se desenvolve esse controle, cujo debate jurídico-político se desenvolve num âmbito muito mais restrito que a ADI deflagrada perante o STF.

Noutro norte, na esteira da doutrina, convém lembrar que os sindicatos “são entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida” (DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.511).

Sob esse prisma, tenho que a defesa do direito dos professores orientarem seus alunos sob as distinções de gênero, com vistas à inclusão social, à não discriminação, é um problema que se insere no espectro de atuação do Sindicato autor, que representa os servidores públicos municipais em geral, entre os quais figuram os Professores do Município, havendo, destarte, relação direta com o interesse dos servidores públicos de Jaraguá do Sul.

Aliás, do art. 1., do Estatuto do SINSEP, colhe-se que o Sindicato “(...) é constituído para fins de estudo, coordenação, proteção e representação legal dos interesses dos Servidores Públicos Municipais de sua base territorial, visando: melhorias nas condições de vida e trabalho de seus representados” (art. 1.).

Afasta-se, pois, a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam.

No tocante ao mérito, tenho, para logo, que houve ofensa direta à competência privativa da União para tratar das diretrizes e bases da educação, o que claramente se observa do art. 22, XXIV, da CRFB, *in verbis*: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXIV - diretrizes e bases da educação nacional”. Esses dispositivos são de repetição implícita obrigatória na Constituição do Estado de Santa Catarina, nos termos da Constituição da República. Assim, no âmbito da competência suplementar dos Municípios, cabe-lhes apenas tratar de assuntos de interesse local, assim caracterizados os que não ultrapassam os seus limites territoriais. Inegavelmente, proibir o lecionamento de ideologias de gênero é matéria de relevo nacional, privativa da União, pois afeta as diretrizes e bases da educação. A norma sob ataque está assim redigida:

Dispõe sobre a proibição de lecionamento de qualquer temática relacionada a ideologia de gênero no âmbito educacional no Município de Jaraguá do Sul e traz outras considerações.

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JARAGUÁ DO SUL, no uso das atribuições que lhe são conferidas, FAZ SABER a todos os habitantes deste Município, que a Câmara Municipal aprovou e ele promulga a seguinte Lei: Art. 1º É defeso aos profissionais da educação, dentro das instituições de ensino escolar do Município de Jaraguá do Sul, privada ou pública, a inserção, na grade curricular das escolas, a orientação política pedagógica aplicada à implantação e ao desenvolvimento de atividades pedagógicas que visem à reprodução do conceito de ideologia de gênero, orientação sexual e congêneres. Parágrafo único. Considera-se, para efeito desta Lei, como ideologia de gênero a ideologia segundo a qual os dois sexos, masculino e feminino, são considerados construções culturais e sociais. Art. 2º Fica também coibida a utilização de qualquer meio pedagógico que possa conduzir a concepções ideológicas condizentes a gêneros e orientação sexual. Parágrafo único. Para efeitos desta proibição, considera-se meios pedagógicos a exposição de livros, cartilhas, panfletos ou

similares que contenham ou se refiram, direta ou indiretamente, a ideologia de gênero, orientação sexual e congêneres. Art. 3º O Plano Municipal de Educação deve adequar-se as exigências previstas e regulamentadas por esta Lei Municipal. Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

No exercício de sua competência legislativa constitucional, aliás, a União editou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996), assegurando no art. 3º o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a vinculação entre a educação escolar e as práticas sociais. Confira-se:

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...]II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; [...]XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Esse pluralismo de ideias nada mais é do que uma das faces do pluralismo político erigido pela Carta da República como princípio fundamental. Observe-se:

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

(...) o pluralismo político.

No ponto, urge esclarecer que, para a doutrina,

Do ponto de vista normativo, o reconhecimento constitucional do pluralismo como um dos fundamentos do Estado brasileiro impõe a opção por uma sociedade na qual a diversidade e as liberdades devem ser amplamente respeitadas. O pluralismo político deve ser compreendido em um sentido amplo, de modo a abranger não apenas a dimensão político-partidária (CF, art. 17), mas também a religiosa (CF, art. 19), a econômica (CF, art. 170), a de ideias e de instituições de ensino (CF, art. 206, III), a cultural (CF, arts. 215 e 216) e a dos meios de informação (CF, art. 220). Este fundamento é concretizado, ainda, por meio do reconhecimento e proteção das diversas liberdades, dentre elas, a de opinião, a filosófico-religiosa, a intelectual, artística, científica, a de comunicação, a de orientação sexual, a profissional, a de informação, a de reunião e de associação (CF, art. 5., IV, VI, IX, X, XIII, XIV, XVI, e XVII) (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. NOVELINO, MARCELO. Constituição Federal. 5 ed. Salvador: JusPovm, 2014. p. 15-16),

Assim, a bem de supostamente salvaguardar a moralidade e os princípios religiosos, o Legislativo jaguarense-do-sul atingiu nada mais, nada menos que os princípios fundantes da República Brasileira, a saber: o pacto federativo, pois ao invadir a competência privativa da União para legislar sobre regras gerais de educação, vai de encontro ao princípio estruturante da Federação,

que é o respeito à repartição de competências legislativas; as liberdades constitucionais, entre as quais a liberdade de expressão, de educação e liberdade cultural; agride a Constituição, pacto social que tem suas origens no ano de 1985, com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, que representava, por sua vez, uma sociedade com anseio de liberdade e de pluralismo, cujo desfecho, em 1988, se deu com a promulgação da vigente Carta da República.

O discurso legislativo jarguarenses-do-sul agride não apenas a Constituição, mas a dignidade da pessoa humana na sua origem, e a própria realidade, que, tudo indica, parece querer esconder, como se devessemos sentir vergonha da orientação sexual alheia ou de dela tratar nas salas de aula. Pela mesma moralidade que defendaram, deveriam ter-se dignado a expungir espontaneamente a norma do ordenamento jurídico, sem que tivesse esta Corte que se manifestar sobre o escracho constitucional promovido pelo Legislativo daquela cidade. O ataque normativo à Constituição contraria sucessivas manifestações do STF a respeito da liberdade sexual:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE

FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em conseqüência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.(RE 477554 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220-01 PP-00572)

Na prática, a Lei levaria os professores à exposição do ridículo. A realidade permeia os jovens,

cientes e espertos para o que acontece no mundo exterior. Mas os professores, ceifados em sua liberdade, não poderiam, por exemplo, como ocorria nas gerações anteriores, trazer aos adolescentes portadores de hormônios em ebulição, as famosas palestras de orientação sexual, palestras estas, há episódios públicos e notórios, foram ministradas até mesmo em colégios tradicionais católicos, em que a separação de gênero ocorria nos pátios e até mesmo em salas de aula. Capazes de orientar a chamada “gravidez não programada”, tais palestras são ainda hoje muito úteis para evitar a propagação de doenças sexualmente transmissíveis. O que querem, afinal, os senhores legisladores locais? Que as crianças e adolescentes do Município de Jaraguá do Sul aprendam sobre ideologia de gênero nas redes sociais, onde não há nenhum controle ou preocupação científica com o conteúdo “viralizado”? É onde vai desaguar a norma, se não for imediatamente obstada: na desorientação geral.

Em situações análogas, o STF concedeu medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Observe-se a decisão proferida pelo STF em acórdão da lavra do Min. Luis Roberto Barroso na ADPF 461:

Direito à educação. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Lei municipal que veda o ensino sobre gênero e orientação sexual, bem como a utilização desses termos nas escolas. Procedência do pedido. 1. Violação à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF/88, art. 22, XXIV), bem como à competência deste mesmo ente para estabelecer normas gerais em matéria de educação (CF/88, art. 24, IX). Inobservância dos limites da competência normativa suplementar municipal (CF/88, art. 30, II). 2. Supressão de domínio do saber do universo escolar. Desrespeito ao direito à educação com o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição. Dever do Estado de assegurar um ensino plural, que prepare os indivíduos para a vida em sociedade. Violação à liberdade de ensinar e de aprender (CF/88, arts. 205, art. 206, II, III, V, e art. 214). 3. Comprometimento do papel transformador da educação. Utilização do aparato estatal para manter grupos minoritários em condição de invisibilidade e inferioridade. Violação do direito de todos os indivíduos à igual consideração e respeito e perpetuação de estigmas (CF/88, art. 1º, III, e art. 5º). 4. Violação ao princípio da proteção integral. Importância da educação sobre diversidade sexual para crianças, adolescentes e jovens. Indivíduos especialmente vulneráveis que podem desenvolver identidades de gênero e orientação sexual divergentes do padrão culturalmente naturalizado. Dever do estado de mantê-los a salvo de toda forma de discriminação e opressão. Regime constitucional especialmente protetivo (CF/88, art. 227). 5. Declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, X, da Lei 3.468/2015. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente (ADPF 461, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 21-09-2020 PUBLIC 22-09-2020).

Tenho que esses argumentos são por si só suficientes para a decretação da inconstitucionalidade da Lei atacada, com efeitos *ex tunc*, isto é, desde o início, evitando-se assim que os professores seja punidos por fatos pretéritos e inconstitucionais, acaso tenham mencionado algum tema relacionado à ideologia de gênero.

Ante o exposto, voto por julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade formal e material da Lei Municipal n. 7595/2018, de Jaraguá do Sul, com efeitos *ex tunc*.

Ação Rescisória (Grupo Civil/Comercial) Nº 5000894-47.2020.8.24.0000/SC

Relator: Desembargador Luiz César Medeiros

AUTOR: PROCONSULT PROJETO CONSULTORIA E CONSTRUCAO LTDA

RÉU: COMFLORESTA CIA CAT. DE EMPR. FLORESTAIS

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - ALEGAÇÃO DE QUE, POR MÁ-VALORAÇÃO DA PROVA, ACOLHEU-SE PEDIDO SECUNDÁRIO EM DETRIMENTO AO PRINCIPAL - CUMULAÇÃO ALTERNATIVA DE PEDIDOS - INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA - ESCOLHA DO JUÍZO - CPC, ART. 326, PARÁGRAFO ÚNICO - INTERESSE DE AGIR NA RESCISÓRIA - AUSÊNCIA - ERRO DE FATO - PRONUNCIAMENTO JUDICIAL - CPC, ART. 966, INC. VI E § 1º - INOCORRÊNCIA

1 Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, “na cumulação subsidiária/eventual, prevista no art. 326, caput do Novo CPC, o autor estabelece uma hierarquia entre os pedidos, deixando claro na petição inicial que prefere o acolhimento do pedido anterior, e que somente na eventualidade de esse pedido ser rejeitado ficará satisfeito com o acolhimento do pedido posterior”.

Por seu turno, “na cumulação alternativa, prevista no parágrafo único do art. 326 do Novo CPC, o autor acumula os pedidos, mas não estabelece uma ordem de preferência entre eles, de maneira que a escolha do pedido a ser acolhido fica a cargo do juiz, dando-se o autor igualmente satisfeito com o acolhimento de qualquer um deles. [...] Nessa espécie de cumulação, o acolhimento de qualquer um dos pedidos não gera interesse recursal ao autor” (Manual de Direito Processual Civil. 10. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 151).

2 No caso, na ação rescindenda, em que se debateu contrato de compra e venda de imóvel cuja área era menor do que a negociada, fez-se pedidos de complementação da terra faltante ou de indenização equivalente, sem estabelecer nenhuma hierarquia entre as pretensões. Tratava-se, portanto, de cumulação alternativa de pedidos, quando a escolha de qual seria acolhido fica a cargo do juiz.

3 Diante dessas características, por inutilidade, falta interesse de agir à ação rescisória tendente a anular julgado que acolheu a pretensão somente agora tratada como secundária (indenizatória) em detrimento àquela que, nesta demanda, é reputada como principal (complementação de área).

4 Afinal, consoante noção cediça, “o interesse de agir é condição da ação, e, assim, corresponde à apreciação de questões prejudiciais de ordem processual relativas à necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional, que devem ser averiguadas segundo a teoria da asserção. O provimento jurisdicional pleiteado pelo autor deve ser, em abstrato, capaz de lhe conferir um benefício que só pode ser alcançado com o exame de uma situação de fato que possa ser corrigida por meio da pretensão de direito material citada na petição inicial. Em outras palavras, só é útil, necessária e adequada a tutela jurisdicional se o provimento de mérito requerido for apto, em tese, a corrigir a situação de fato mencionada na inicial” (REsp n. 1.431.244, Min. Nancy Andrighi).

5 Nada obstante, eventual equívoco na análise das provas da ação rescindenda não configura erro de fato, necessário para autorizar sua revisão por meio da demanda rescisória, quando foram objeto de controvérsia naqueles autos, a qual foi composta por meio de pronunciamento judicial.

Com efeito, 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 sua reforma. Não há como acolher a ação rescisória se não verificada a afronta aos pressupostos que a regem.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, julgar improcedente o pedido e condenar a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, determinando a reversão a favor da requerida da quantia de que trata o art. 968, inc. II, do Código de Processo Civil, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 14 de outubro de 2020.

RELATÓRIO

PROCONSULT PROJETO CONSULTORIA E CONSTRUÇÃO LTDA. protocolizou a presente ação rescisória em face de COMFLORESTA CIA CAT. DE EMPR. FLORESTAIS, em relação à “ação ordinária de prestação de obrigação” anteriormente ajuizada em face desta, cujo pedido foi julgado parcialmente procedente, determinando-se indenização por área entregue a menos, asseverando que a decisão rescindenda fere o art. 966, inc. VIII e § 1º, do Digesto Processual Civil.

Afirma que o acórdão cuja rescisão é pretendida insurgiu em erro de fato ao considerar que inexistia área contígua de propriedade da ré para ser entregue à autora, o que fez com que o pleito principal na demanda original (complementação de área) não tenha sido acolhido, atendendo-se apenas o subsidiário (indenização).

Salienta, também, que “acerca do fato (existência de área disponível para cumprimento da obrigação de entrega de área complementar) não houve controvérsia entre as partes, nem pronunciamento judicial de mérito no processo originário”. Isso porque, após a peça defensiva, os debates limitaram-se em verificar “se a venda foi ad corpus ou ad mensuram e, a depender disso, qual seria a exata medida da extensão da área faltante”.

Aduz que tanto a prova testemunhal, quanto a documental e a pericial atestam que a requerida era proprietária de imóvel lindeiro ao da requerente, conjunto probatório, ademais, ratificado pela ausência de argumento em contrário na contestação da ação rescindenda.

Com isso e uma vez que “tanto a sentença proferida pelo Juiz de piso quanto o acórdão reformador-substitutivo do TJSC (decisão rescindenda) reconheceram que se tratava de venda ad mensuram” e que foi entregue gleba menor do que a negociada entre as litigantes, deveria ter sido

acolhido o pleito principal, complementando a área faltante, não o sucessivo, de reparação por valor equivalente.

Esse pleito principal somente não foi acolhido, sustenta, porque o Juízo rescindendo equivocou-se ao concluir que “inexistem nos autos elementos indicando a existência de área disponível para o cumprimento da obrigação de entregar área complementar”. É justamente essa passagem que deixa “evidente que o acórdão integrado encontra fundamento em ‘erro de fato verificável do exame dos autos’ (CPC, art. 966, inciso VIII)”.

Diante desses argumentos, requer a rescisão do acórdão objurgado e o julgamento de procedência da ação rescindenda, com a condenação da parte ré a complementar a área faltante (ev. 1).

A requerida, COMFLORESTA CIA CAT. DE EMPR. FLORESTAIS, apresentou resposta, na forma de contestação, na qual refutou os argumentos da peça vestibular, alegando que inexistia pedido subsidiário, pois o pleito era alternativo, de modo que falta interesse à presente pretensão.

Alegou, ainda, a inviabilidade da rescisória, porquanto houve pronunciamento judicial acerca do fato e que as provas produzidas na ação rescindenda demonstraram a impossibilidade de entregar área complementar, devendo ser extinta a ação ou julgados improcedente os pedidos (ev. 30).

Após o processo ter sido retirado de pauta (ev. 37) a pedido da autora (ev. 36), esta apresentou réplica (ev. 46).

Os autos vieram conclusos.

VOTO

1 Trata-se de verificar se o acórdão (ev. 1, out13, p. 40-57 e p. 75-76) é passível de ser rescindido com fundamento no art. 966, inc. VIII e § 1º, do Código de Processo Civil, que dispõe:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato 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”.

A ação originária fora ajuizada pela ora autora em face da ora ré, para que esta fosse compelida a entregar área faltante do imóvel entre elas negociado ou a reparar o prejuízo.

O Magistrado julgou procedente o pedido, condenando a requerida ao pagamento de indenização equivalente à área faltante.

Houve apelação de ambas as partes, desprovendo-se a da demandada, mas se acolhendo parcialmente a da demandante, a fim de aumentar a área a ser indenizada.

Posteriormente, os embargos de declaração, por meio dos quais a autora questionava a falta de análise do pedido de entrega da gleba faltante, foram rejeitados, sob o fundamento de que inexistia prova de que a ré fosse proprietária de imóvel contíguo ao negociado entre as litigantes.

2 A ação rescisória é tempestiva, nos termos do art. 975 do Código de Processo Civil (ev. 1, out16, p. 57) e o recolhimento das custas e do depósito previsto no art. 968, inc. II, dessa lei foi efetuado (ev. 4).

2.1 Por sua vez, o julgamento antecipado é cabível (CPC, art. 355), uma vez que, diante da causa de pedir e dos documentos até aqui apresentados, a produção de demais elementos probatórios mostra-se completamente inócua para a apreciação do direito trazido à análise.

3 A requerente argumenta que no julgado rescindendo incidiu-se em erro de fato, porquanto a prova lá realizada demonstrou que a requerida tinha área contígua ao imóvel entre elas negociado, questão que não foi objeto de controvérsia nem de pronunciamento judicial. Com isso, pleiteia o reconhecimento de que o acórdão rescindendo incorreu no erro de fato de que trata o inc. VIII do art. 966 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual se deixou de atender o pleito principal da ação originária (complemento de área), para deferir o secundário (indenização equivalente).

Sem razão

Diferentemente do que sustenta a requerente, a demanda de origem não comporta pedidos sucessivos, mas, isto sim, alternativos, ou, mais apropriadamente, há cumulação alternativa de pedidos.

Nesse aspecto, importante trazer à análise o pedido tal qual redigido na petição inicial da ação rescindenda:

“6. Requer-se a Vossa Excelência, com fundamento nas razões de fato e de direito, que haja por bem em julgar procedente a ação em todos os seus termos, uma vez que as requeridas têm a obrigação de entregar à A. a porção de área faltante ou de devolver-lhe a diferença do preço recebida a maior, devidamente corrigido, no equivalente a 38 (trinta e oito) hectares, a ser apurado em liquidação, a fim de que venha a autora a ter seu patrimônio recomposto” (ev. 1, out4, p. 10) [sem grifo no original].

Veja-se que, em que pese o pleito de complementação de área, na ordem, preceda o de indenização equivalente, não há hierarquia entre eles, nem passa a ideia de exclusão, isto é, de atendimento do segundo apenas se não o fosse o primeiro, como quis fazer crer a autora quando apresentou réplica à contestação.

Igualmente, na fundamentação da petição inicial, essa ordem se repete, mas em nenhuma

das três oportunidades em que o tema é tratado a autora hierarquizou sua pretensão, buscando dar destaque ou prevalência a uma delas especificamente. Por seus argumentos, para ela, tanto fazia receber a área ou a indenização, pois qualquer uma das alternativas lhe seria suficiente para recompor o patrimônio. Confira-se:

“E, como as requeridas não se dignaram a entregar a área faltante e/ou devolver o preço recebido a maior, a requerente promoveu [...] medida cautelar de interpelação [...], mesmo assim nada foi resolvido pelas requeridas no que diz respeito ao cumprimento do contrato de compra e venda” (ev. 1, out4, p. 7, § 6º). [não grifado no original]

“Salienta-se que as requeridas receberam integralmente o preço das áreas vendidas das mãos da requerente, e, por conseguinte, estão obrigadas a entregar a área faltante ou pagar o valor equivalente às mesmas [sic] à autora” (ev. 1, out4, p. 8, § 4º). [não grifado no original]

“Vale dizer que a requerente pagou preço certo pedido pelas requeridas das terras que adquiriu ‘ad mesuram’, e com a ocorrência de falta de área de 38 (trinta e oito) hectares, ficou desfalcada no seu patrimônio, assim só resta às requeridas a reparar esta perda entregando porção do terreno faltante ou o seu equivalente em dinheiro, para recompor o patrimônio da A.” (ev. 1, out4, p. 8, § 6º). [não grifado no original]

Ora, à diferença do que se defende na demanda atual, naquela outra, como se vê, não foi passada nenhuma ideia de subsidiariedade entre as pretensões. Afinal, em todos os momentos em que a autora da ação rescindenda se manifestou, deixou claro que, para ela, tanto fazia a forma de ter o patrimônio recomposto, seja com a entrega das terras faltantes, seja com a restituição de quantia equivalente.

Cumpre salientar que a possibilidade de se fazer a cumulação alternativa de pedidos é tratada no parágrafo único do art. 326 do Código de Processo Civil (“É lícito formular mais de um pedido, alternativamente, para que o juiz acolha um deles”) - sem equivalente no Digesto de 1973, mas que encontrava respaldo no art. 292 -, para as situações em que, para o autor, é indiferente qual das suas pretensões seja acolhida, desde que ele tenha êxito em uma delas.

Nessa espécie, qualquer uma das prestações satisfaz de igual maneira a obrigação e o autor formula dois ou mais pedidos, postulando o acolhimento de apenas um deles, sem estabelecer uma ordem de preferência, de modo que o provimento de um exclui o outro.

Já o pleito subsidiário é regulado pelo caput do art. 326 do Digesto Processual Civil (equivalente ao CPC/1973, art. 289), e, quando ocorre, há cumulação eventual de pedidos, tendo em vista que há um pedido principal e outros subsidiários, que só serão examinados caso aquele seja rejeitado. Nesta espécie, é estabelecida uma ordem de preferência, de modo que o magistrado somente analisará o segundo caso o primeiro tenha sido rejeitado.

Sobre essa matéria, Daniel Amorim Assumpção Neves explica que as cumulações alternativa e subsidiária são subespécies da chamada cumulação imprópria, isto é, “somente um dos pedidos cumulados pode ser acolhido, ou seja, na melhor das hipóteses para o autor, a procedência de sua

pretensão significará o acolhimento de um dos pedidos” (Manual de Direito Processual Civil. 10. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 151). Continua o processualista:

“Na cumulação subsidiária/eventual, prevista no art. 326, caput do Novo CPC, o autor estabelece uma hierarquia entre os pedidos, deixando claro na petição inicial que prefere o acolhimento do pedido anterior, e que somente na eventualidade de esse pedido ser rejeitado ficará satisfeito com o acolhimento do pedido posterior. [...].

Na cumulação alternativa, prevista no parágrafo único do art. 326 do Novo CPC, o autor acumula os pedidos, mas não estabelece uma ordem de preferência entre eles, de maneira que a escolha do pedido a ser acolhido fica a cargo do juiz, dando-se o autor igualmente satisfeito com o acolhimento de qualquer um deles. [...] Nessa espécie de cumulação, o acolhimento de qualquer um dos pedidos não gera interesse recursal ao autor” (op. cit. loc. cit.) [sem grifo no original].

Na ação originária, sem dúvida, poderiam ter sido formulados pedidos subsidiários, para que somente fosse analisado o pleito indenizatório diante da impossibilidade de atendimento ao de complementação de área. Nada obstante, como dito, a autora, naquela ação, deixou claro que se contentava com qualquer uma dessas prestações, não tendo feito nenhuma hierarquia entre elas.

Não se olvida, outrossim, da disposição do art. 1.136 do Código Civil de 1916 (equivalente ao art. 500 do atual), dando conta de que o comprador prejudicado pode pleitear a complementação de área, direito que será substituído por indenização somente na impossibilidade daquele ser prestado:

“Art. 1136. Se, na venda de um imóvel, se estipular preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contracto ou abatimento proporcional do preço. Não lhe cabe, porém, esse direito, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referencia às suas dimensões”.

A existência desse direito de preferir a complementação ao invés da indenização, porém, não elimina o dever de o prejudicado indicar na petição inicial a prevalência de uma composição à outra, justamente o que se deixou de fazer na peça introdutória da demanda rescindenda.

Aliás, conforme a própria autora confessou em sua réplica (ev. 46, p. 4), em mais de uma oportunidade em que se manifestou durante a ação rescindenda, ela tratou os pedidos daquela demanda como alternativos. O que fica claro, pela leitura da réplica, é que a requerente pretende modificar o caráter do pedido originário, atribuindo a ele, somente neste momento, a característica de subsidiariedade, isto é, de que o pleito de indenização deveria ser atendido apenas caso impossível a complementação da área. Ela poderia ter assim se posicionado anteriormente, mas não o fez.

É bem verdade que os Magistrados que participaram do Juízo rescindendo, tanto em primeira

quanto em segunda instância, trataram os pedidos como subsidiários (embora, na sentença, num primeiro momento, o Juiz tenha se referido a eles como alternativos - ev. 1, out12, p. 1). Com a devida vênia, dadas as premissas anteriormente tratadas, essa compreensão foi equivocada, decorrendo talvez da necessidade de maior atenção ao ponto que então era mais controvertido: definir se a venda fora ad corpus ou ad mesuram.

Apenas para registro, não se descarta da existência de pedidos alternativos propriamente ditos, tratados no art. 325 da legislação processual civil (“O pedido será alternativo quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo”) - equivalente ao CPC/1973, art. 288 -, os quais têm uso para compor relações contratuais em que a escolha do modo de cumprimento da obrigação recai ao devedor. Não é dessa espécie de alternatividade, porém, que os autos tratavam, mas, como dito, daquela em que o autor da demanda concede ao juízo a prerrogativa da escolha (CPC, art. 326, parágrafo único).

Havia, portanto, cumulação alternativa de pedidos, e, do modo como efetuados, coube ao Juiz definir qual deles acolher para aplicar a melhor solução ao caso concreto.

3.1 Diante disso, o debate proposto nesta ação rescisória é de todo irrelevante.

Afinal, a demandante quer demonstrar que, ao se concluir, no decisum rescindendo, que a entrega de área adjacente seria impossível, incorreu-se em erro de fato, o que fez com que se concedesse apenas o pedido que seria subsidiário (indenizatório), não o principal (complementação da área).

Apurar a existência do alegado erro de fato, portanto, somente serviria para permitir o acolhimento do alegado pleito principal, mas, conforme se concluiu no tópico anterior, estava-se diante de cumulação alternativa de pedidos, em que inexistia hierarquia entre os pleitos iniciais.

É cediço que, para a regular existência da demanda, há necessidade de se fazerem presentes as chamadas condições da ação: legitimidade da parte e interesse de agir ou processual.

Esta última condição subdivide-se em três modalidades: necessidade (sem ir a juízo, a pretensão não será obtida), adequação (o tipo de demanda comporta o pedido) e utilidade (o provimento gerará ganho de direito material).

Com efeito, “o interesse de agir é condição da ação, e, assim, corresponde à apreciação de questões prejudiciais de ordem processual relativas à necessidade, utilidade e adequação do provimento jurisdicional, que devem ser averiguadas segundo a teoria da asserção. O provimento jurisdicional pleiteado pelo autor deve ser, em abstrato, capaz de lhe conferir um benefício que só pode ser alcançado com o exame de uma situação de fato que possa ser corrigida por meio da pretensão de direito material citada na petição inicial. Em outras palavras, só é útil, necessária e adequada a tutela jurisdicional se o provimento de mérito requerido for apto, em tese, a corrigir a situação de fato mencionada na inicial” (REsp n. 1.431.244, Min. Nancy Andrigli).

Na lição de Nelson e Rosa Nery:

“Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para 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” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1113).

Sobre o tema, Joel Dias Figueira Júnior acrescenta:

“O interesse de agir é um outro requisito de validade da demanda, e, como tal, aparece no plano jurídico processual como afirmação hipotética do autor, referente a sua necessidade de obter a tutela jurisdicional do Estado à satisfação das pretensões deduzidas.

Assim, ao propor a demanda, ao lado dos demais requisitos das chamadas condições da ação, deverá o autor demonstrar o seu interesse de agir em juízo, sob pena de indeferimento liminar da peça [...].

Em outras palavras, é condição da ação o interesse de agir, consistente na necessidade de obter-se através do processo a proteção do seu interesse violado.

Para tanto, configura tal interesse a utilidade e a necessidade da tutela requerida como único meio de satisfazer a pretensão, à evidência de dano ou perigo de dano jurídico. Sendo a tutela jurisdicional desnecessária para o fim colimado, o autor é carecedor de ação, impondo-se a extinção do processo.’ (TJSC, AC 96002400-0, Tubarão, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu)” (Comentários ao código de processo civil: v. 4. tomo II. Do processo de conhecimento, arts. 282 a 331 [coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva]. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 186/188).

A respeito da utilidade do provimento judicial, neste sentido decide esta Corte:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGADO SUPOSTO IMPEDIMENTO NA TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO EM DECORRÊNCIA DE RESTRIÇÃO ORIUNDA DE AÇÃO JUDICIAL PROPOSTA CONTRA O VENDEDOR PROPRIETÁRIO REGISTRAL. AUTOMÓVEL TRANSFERIDO NO DIA DA ALIENAÇÃO SEM NENHUM OBSTÁCULO. CONSULTA À PLATAFORMA VIRTUAL DO DETRAN/SC QUE INDICA AUSÊNCIA DE GRAVAME NA DATA INDICADA PELOS AUTORES. DEMANDA PROPOSTA APÓS A EFETIVAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. HONORÁRIOS RECURSAIS ARBITRADOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO” (AC n. 0300464-92.2014.8.24.0073, Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATOS JURÍDICOS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA INVALIDADE DE SENTENÇA QUE HOMOLOGOU CESSÃO DE DIREITOS E CRÉDITOS ORIUNDOS DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA FORMULADO PELO DEVEDOR/PROMITENTE COMPRADOR. ALMEJADA TAMBÉM A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA PROCURAÇÃO OUTORGADA PELOS CESSIONÁRIOS PARA AUTORIZAR A TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. RECURSO DO AUTOR. TESE DE NULIDADE FUNDADA NA AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR/PROMITENTE COMPRADOR ACERCA DA CESSÃO DE CRÉDITOS/DIREITOS. PROVIDÊNCIA QUE NÃO CONSTITUI CONDIÇÃO DE VALIDADE DO NEGÓCIO, APENAS VISA PROTEGER O

DEVEDOR CONTRA O PAGAMENTO LIBERATÓRIO EVENTUALMENTE EFETUADO AO CREDOR ORIGINAL/CEDENTE. PROVIMENTO JURISDICIONAL PERSEGUIDO QUE NÃO TEM UTILIDADE AOS INTERESSES DO AUTOR. QUITAÇÃO DA DÍVIDA, PRÉVIA À CESSÃO, RECONHECIDA PELOS CESSIONÁRIOS, QUE NÃO SE OPÕEM À TRANSFERÊNCIA DO BEM AO PROMITENTE COMPRADOR. VIA ELEITA INADEQUADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO. HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO” (AC n. 0005011-06.2010.8.24.0005, Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos).

Desse modo, haja vista as características antes apontadas, falta na demanda interesse de agir na modalidade utilidade, porquanto o julgamento não teria resultado profícuo à requerente. Afinal, de que adiantaria ser reconhecido um suposto erro de fato no julgado rescindendo, necessário para acolhimento de um alegado pedido principal, já que inexistente essa espécie de pretensão na ação original.

Ratifica-se: já que não foi estabelecida preferência entre os pleitos iniciais, existia cumulação alternativa de pedidos, por meio dos quais a autora da ação rescindenda atribuiu ao Juízo o direito de escolha de qual pretensão deveria ser atendida.

Assim, ausente interesse processual, não há como acolher o pleito rescisório.

4 Ademais, não bastasse esse fundamento, o alegado erro de fato, no caso específico, porquanto houve debate e decisão de mérito acerca do tema, não preenche os requisitos do art. 966, inc. VIII e § 1º, do Digesto Processual Civil, anteriormente reproduzido.

A pretensão inicial está baseada na premissa que houve erro de fato e que, sobre este, inexistiu controvérsia nem decisão judicial.

Neste aspecto, contudo, conquanto a autora esteja certa ao alegar que, na demanda rescindenda, a ré não discorrera sobre a inexistência de imóvel contíguo de propriedade desta para que pudesse complementar a área faltante, a controvérsia se instalou porque a requerente ventilou essa temática, seja nos questionamentos ao perito e às testemunhas, nas alegações finais, nas razões de apelação e de embargos de declaração e nos fundamentos dos recursos à Corte Superior.

Com efeito, na petição inicial desta rescisória, a requerente fez ver que não apenas o perito tratou do tema, e o fez em mais de um tópico do laudo pericial principal e do complementar, ao responder quesitos por ela apresentados, como também duas testemunhas responderam questionamentos sobre os proprietários dos imóveis vizinhos ao do objeto da ação rescindenda.

Ora, se inexistisse dúvida sobre isso, os questionamentos formulados na fase instrutória nem sequer precisariam ser feitos.

Aliás, a controvérsia sobre o tema era tamanha que levou a autora, nas alegações finais da ação rescindenda, a defender a necessidade de acolhimento do pleito indenizatório, diante da impossibilidade de complementação:

“Havendo área menor, cumpre restituir, com as atualizações pertinentes, o que foi pago a mais, haja vista que entregar a área faltante é praticamente impossível, pois, como esclareceu o perito, há sobreposição de áreas, o objeto vendido a bem dizer não existia completamente.

[...]

Concluindo, requer seja a requerida condenada a restituir o valor correspondente a 84,11 hectares, conforme constatou a perícia, acrescido de correção monetária e juros legais, contatos a partir da propositura da ação, valor este a ser apurado em liquidação de sentença” (ev. 1, out11, p. 59 e 61-62).

Depois, após deferir-se o ressarcimento na sentença, a demandante voltou a pugnar pela complementação da área em apelação (ev. 1, out12, p. 44-63 - salienta-se que a necessidade de complementação foi tratada em um único parágrafo de um recurso com 19 folhas), petição esparsa (ev. 1, out13, p. 4-6), embargos de declaração (ev. 1, out13, p. 60-64), recurso especial (ev. 1, out14, p. 19-25) e agravo em recurso especial (ev. 1, out15, p. 38-43).

Importante verificar também que, na sentença rescindenda, o Magistrado expressamente fez constar que não acolhia o pleito de complementação de área “porque, conforme se apurou na instrução processual, a autora adquiriu os imóveis contíguos” (ev. 1, out12, p. 5). Talvez o tenha feito induzido pela própria autora daquela demanda, haja vista os argumentos existentes em suas alegações finais, antes mencionados. Ainda que essa afirmação do Juiz tenha decorrido de má-avaliação da prova, na linha do que sustenta a requerente, fato é que isso demonstra que houve decisão de mérito sobre o tema. A justeza da decisão não é objeto de ação rescisória.

O tema foi novamente enfrentado em embargos de declaração ao acórdão rescindendo, quando o Órgão Fracionário expressamente repeliu a possibilidade de complementação, ao afirmar que “inexistem nos autos elementos indicando a existência de área disponível para o cumprimento da obrigação de entregar área complementar” (ev. 1, out13, p. 76).

Como se percebe, em que pese, efetivamente, conforme já mencionado anteriormente, tanto os litigantes quanto os julgadores tenham se atido mais ao ponto central da demanda, qual seja, verificar se a venda fora ad corpus ou ad mesuram, houve, sim, debates laterais, entre eles, no que interessa ao deslinde desta demanda, a possibilidade de complementar a área negociada. Aliás, diante das duas decisões mencionadas nos parágrafos anteriores, não há como sustentar que inexistiu pronunciamento judicial sobre o tema.

Desse modo, posto que o erro de fato realmente tivesse existido, e não se entra nessa seara neste momento, esse lapso trataria de questão debatida no processo original e sobre a qual houve decisão meritória, tanto na sentença, quanto no julgamento de embargos de declaração opostos contra o acórdão que compôs a apelação.

Com isso, ao pleitear a averiguação desse ponto novamente, a requerente transmuda o caráter da rescisória, fazendo com que seus argumentos demonstrem a tentativa de submeter a ação

rescindenda a uma nova instância recursal. Tenciona-se, isto sim, a análise sobre uma “eventual ‘injustiça’ no exame da prova, no julgamento da causa e do recurso, [o que] não autoriza a rescisão do acórdão”(AR n. 4010593-84.2017.8.24.0000, Des. Newton Trisotto).

Em situações semelhantes, este Órgão Julgador já repeliu o cabimento de ação rescisória:

“AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE SE PRETENDE DESCONSTITUIÇÃO PROFERIDA EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. [...] ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ REQUERIDO PELA RÉ. ANIMUS DE LESAR NÃO EVIDENCIADO DIANTE DAS SINGULARIDADES DA CAUSA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ‘1. A rescisão do julgado fundada no inciso IX do art. 485 do CPC ocorre quando, na sentença que se pretende rescindir, afirma-se a ocorrência de fato inexistente ou é negado fato que existe. 2. Para que a rescisão seja possível, o erro deve ser relevante para o julgamento da questão, apurável mediante simples exame, bem como não pode ter havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato. 3. Nas hipóteses em que não demonstrado erro de fato determinante para o deslinde da causa, fica afastada a procedência do pedido rescisório’ (STJ, AgInt no AREsp n. 1093476/SP, rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, j. em 24-9-2019, DJe 16-10-2019). [...]” (AR n. 4008250-81.2018.8.24.0000, Des. Fernando Carioni).

“AÇÃO RESCISÓRIA. [...] QUESTÕES EXPRESSAMENTE RESOLVIDAS OU JAMAIS AVENTADAS NO PROCESSO ORIGINÁRIO QUE NÃO SE SUBSUMEM AO CONCEITO DE ERRO DE FATO (§ 1º DO ART. 966 DO CPC). O erro de fato deve emergir de uma questão suscitada, mas não resolvida no processo. Se houve controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato, ou se o juízo não foi instado a se manifestar a respeito, inviável o uso da ação rescisória com fundamento no art. 966, inciso VIII, do CPC. DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA” (AR n. 4017624-58.2017.8.24.0000, Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos).

“AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM RESCISÃO DE CONTRATO E COBRANÇA DE ALUGUÉIS E DEMAIS ENCARGOS. [...] ERRO DE FATO (ART. 966, INC. VIII, DO CPC). INOCORRÊNCIA. CONCLUSÃO DO JULGADO QUE FOI ALCANÇADA APÓS A ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO EXISTENTE NOS AUTOS DA AÇÃO DE DESPEJO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO” (AR n. 4010060-28.2017.8.24.0000, Des. Cláudia Lambert de Faria).

Por esses fundamentos, posto que ultrapassa da a falta de interesse processual de que se tratou no tópico anterior, a demanda seria julgada improcedente porque o ponto a que se atribui a característica de erro de fato foi objeto de análise na ação rescindenda.

Dessa maneira, por qualquer dos primas analisados, o pedido rescisório deve ser julgado improcedente, com base no art. 487, inc. I, do Digesto Processual Civil.

5 Por conseguinte, condena-se a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, a teor do art. 85, § 2º, do Código

de Processo Civil, para o que se levou em consideração a simplicidade da causa e o labor realizados pelos causídicos, nestes pouco mais de seis meses de trâmite processual.

6 Ante o exposto, voto por julgar improcedente o pedido e condenar a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, determinando a reversão a favor da requerida da quantia de que trata o art. 968, inc. II, do Código de Processo Civil.

Incidente de Assunção Competência n. 0319778-61.2016.8.24.0038/50000, de Joinville

Relator: Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC). AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO.

(I) ADMISSIBILIDADE. JUÍZO POSITIVO. DISCUSSÃO ACERCA DA IMPRESCINDIBILIDADE DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PARA AJUIZAMENTO DE DEMANDA JUDICIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SOBRE A APLICABILIDADE DO PRECEDENTE FIRMADO PELO STF, NO RE N. 631.240, À ESPÉCIE. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA, À LUZ DO ART. 926 DO CPC.

(II) FIXAÇÃO DA TESE JURÍDICA.

“Em analogia ao que ficou definido pela Suprema Corte no RE n. 631.240, nas ações de seguro de vida em grupo propostas após o respectivo julgamento (03-09-2014), faz-se necessário demonstrar o prévio requerimento administrativo. Ausente o pedido extrajudicial, não há falar em interesse de agir, salvo se na contestação, ou no recurso, a seguradora impugna a pretensão deduzida com termos reveladores de que seria rejeitada caso formulada administrativamente”.

(III) CASO CONCRETO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

APELO DA AUTORA. AVENTADA DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA. TESE ACOLHIDA. HIPÓTESE EM QUE, A DESPEITO DA APLICABILIDADE DO PRECEDENTE DO STF, HOUVE CLARA RESISTÊNCIA À PRETENSÃO, CONFIGURADA PELA DEFESA OFERTADA EM SEDE DE CONTESTAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

SENTENÇA REFORMADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Assunção de Competência n. 0319778-61.2016.8.24.0038/50000, da comarca de Joinville 2ª Vara Cível em que é Suscitante Egrégia Sétima Câmara de Direito Civil e suscitados Carla Regina Schuardt Borgogno e Metropolitan Life Seguros e Previdência Privada S/A:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime: (1) admitir o Incidente de Assunção de Competência; e, por maioria de votos, (2) fixar a seguinte tese: **“Em analogia ao que ficou definido pela Suprema Corte no RE n. 631.240, nas ações de seguro de vida em grupo propostas após o respectivo julgamento (03-09-2014), faz-se necessário demonstrar o prévio requerimento administrativo. Ausente o pedido extrajudicial, não há falar em interesse de agir, salvo se na contestação, ou no recurso, a seguradora impugna a pretensão deduzida com termos**

reveladores de que seria rejeitada caso formulada administrativamente”; e (3) no caso concreto, dar provimento ao recurso, para desconstituir a sentença e, diante da necessidade de confecção de laudo pericial e eventualmente de outras provas, determinar o retorno dos autos à origem para regular instrução e processamento do feito. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmo(a)s. Srs. Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade (Relator), Desembargadora Haidée Denise Grin, Desembargador Selso de Oliveira, Desembargador Osmar Nunes Júnior, Desembargador Luiz Felipe Schuch, Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Monteiro Rocha, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Marcus Túlio Sartorato, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargador Raulino Jacó Brüning, Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, Desembargador João Batista Góes Ulysséa, Desembargadora Denise Volpato, Desembargador Stanley Braga, Desembargador Saul Steil, Desembargadora Cláudia Lambert de Faria, Desembargador Rubens Schulz, Desembargador André Carvalho, Desembargador André Luiz Dacol, Desembargador Gerson Cherem II, Desembargadora Rosane Portella Wolff, Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos e Desembargador José Agenor de Aragão. Vencido, e fará declaração de voto, o Exmo. Sr. Desembargador Gerson Cherem II, acompanhado pelo Exmo. Sr. Desembargador Raulino Jacó Brüning.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Desembargador Luiz César Medeiros.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Mário Gemin.

Florianópolis, 09 de dezembro de 2020.

Álvaro Luiz Pereira de Andrade
RELATOR

RELATÓRIO

Cátia Regina Schuardt Borgogno propôs, perante a 2ª Vara Cível da comarca da Joinville, ação de cobrança contra Metropolitan Life Seguros e Previdência Privada S/A, objetivando receber indenização securitária.

Aduziu, em síntese, que aderiu ao seguro de vida em grupo ofertado pela ré, por intermédio da sua empregadora Krona Indústria de Plásticos Ltda. Relatou ter sido diagnosticada com câncer de colo de útero, sendo também portadora de discopatia em coluna lombar multisegmentar e espondilose.

Disse ter obtido junto ao INSS benefício previdenciário de auxílio-doença, em decorrência das moléstias que a acometem. Por tal razão, sustentou fazer jus à indenização securitária relativa à invalidez permanente, no valor total do capital individual segurado. Em caráter subsidiário, requereu a condenação da ré ao pagamento de “*indenização proporcional à graduação de incapacidade do segmento corporal, sentido ou função, [...] mediante aplicação da tabela de danos pessoais e valores indenizáveis*” (p. 13).

Citada, a requerida ofereceu contestação, invocando, em preliminar, a carência de ação por ausência de interesse de agir. Asseverou que a falta de reclamação na via administrativa, com a entrega da documentação necessária à percepção da cobertura, inviabiliza a propositura da demanda. No mérito, defendeu que o quadro clínico da demandante não se enquadra nas coberturas contratadas. Pontuou estar-se diante de invalidez parcial por doença, a qual não preenche os critérios médicos de Invalidez Funcional Permanente e Total por Doença – IFPD. Salientou, ainda, que a percepção de auxílio-doença pelo INSS não é vinculante, notadamente porque a autora não apresenta perda de sua existência independente, não estando absolutamente inapta para o trabalho ou para atividades diárias e rotineiras.

Após a réplica, sobreveio sentença de extinção, sem resolução do mérito, cuja parte dispositiva tem a seguinte redação:

ISSO POSTO, julgo extinto o feito, sem apreciação do mérito, por ausência de interesse processual, com fundamento no art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao patrono do réu, que fixo em 10% do valor dado à causa, cuja exigibilidade fica suspensa diante da gratuidade da Justiça deferida à pp. 39.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Irresignada, a autora apelou, argumentando, resumidamente, que o provimento objurgado afronta a garantia constitucional de acesso à justiça, haja vista ser incontestado a dispensa de pedido administrativo. Mencionou ser assente no STJ o entendimento de que, analogicamente nos casos do INSS, quando for pública e notória a negativa do pleito na via administrativa será desnecessária a exigência do prévio requerimento. Explicou que as seguradoras costumadamente oferecem resistência injustificada à liberação das verbas indenizatórias, não sendo possível exigir o esgotamento da via administrativa de antemão ao ingresso em juízo. Discorreu acerca da violação ao direito constitucional de acesso à justiça, destacando a inaplicabilidade do entendimento firmado no RE n. 631.240 à espécie, vez que se está diante de demanda envolvendo seguro privado e não ação de natureza previdenciária. Sob esse aspecto, ponderou que a contestação apresentada pela requerida caracteriza resistência à pretensão inicial, o que afasta a falta de interesse de agir, colacionando diversos julgados no sentido da desnecessidade do esgotamento da via administrativa.

Ao final, pugnou pela anulação da sentença, em razão do flagrante cerceamento do seu direito de defesa. Subsidiariamente, postulou que a peça defensiva seja considerada como resistência ao pedido indenizatório formulado, dispensando-se o requerimento administrativo, hipótese em que a decisão atacada igualmente deve ser cassada, a fim de que os autos retornem à instância de origem para regular processamento do feito.

Nas contrarrazões, a demandada requereu a fixação de honorários advocatícios referente à fase recursal.

Ato contínuo, os autos ascenderam a este egrégio Tribunal de Justiça, sendo distribuído a este Relator.

Em 06-06-2019, a Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, afetar o julgamento ao Grupo de Câmaras de Direito Civil com a instauração do Incidente de Assunção de Competência (art. 947 do CPC), a fim de superar divergência jurisprudencial desta Corte a respeito da questão jurídica: “(des)necessidade de prévio requerimento administrativo para a propositura de ações judiciais versando sobre seguro de vida em grupo”.

Com vista, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da Exma. Dra. Gladys Afonso, emitiu parecer pela admissão do presente incidente, fixando a tese jurídica no sentido “*de ser, em analogia ao precedente do STF (RE n. 631.240), imprescindível o prévio acionamento da seguradora na esfera extrajudicial, sob pena de carecer ao autor interesse de agir*” (pp. 9-16).

É o suficiente relatório.

VOTO

Cuida-se de Incidente de Assunção de Competência suscitado pela Sétima Câmara de Direito Civil, por entender conveniente compor divergência jurisprudencial entre as Câmaras de Direito Civil desta Corte frente à relevante questão de direito debatida na Apelação Cível n. 0319778-61.2016.8.24.0038, com afetação do julgamento a este Grupo de Câmaras de Direito Civil, consoante preconizam o art. 947, § 4º, do CPC¹, e o art. 64, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça².

(1) Da admissibilidade

De acordo com o art. 947 supracitado, admite-se a instauração do Incidente de Assunção de Competência quando o julgamento da insurgência recursal envolver: (i) *relevante questão de direito*, (ii) *com grande repercussão social* e (iii) *sem repetição em múltiplos processos*.

Conforme adverte Daniel Amorim Assumpção Neves, o legislador estabeleceu “*vários conceitos indeterminados para serem preenchidos no caso concreto, como o que é relevante, quais questões têm grande repercussão social e quantos são os processos para serem considerados diversos*”³.

Ao tratar dos referidos pressupostos, Fredie Didier Jr. enfatiza:

[...] como primeiro pressuposto, a existência de *relevante questão de direito*. O julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária envolve relevante questão de direito que mereça ter sua cognição ampliada, com contraditório mais qualificado e fundamentação reforçada, a fim de firmar um precedente sobre o tema, prevenindo ou eliminando a divergência jurisprudencial.

1 Art. 947. [...]. § 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.

2 Art. 64. [...] – uniformizar a jurisprudência por meio da edição de súmulas e do processamento e julgamento do incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas, ressalvada a competência do Órgão Especial;

3 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 10.Ed. Salvador: Ed. JusPodivm. p. 1436.

A questão de direito envolvida no caso, além de relevante, pode ser de direito material ou de direito processual. Não restrição de matéria. Qualquer questão de direito que seja relevante, independentemente do tema, pode ensejar a instauração do incidente de assunção de competência, transferindo o julgamento para um órgão de maior composição que, ao julgar o caso, irá firmar precedente obrigatório.

Não basta, porém, que a questão seja relevante. É preciso, ainda, que haja *grande repercussão social*. O termo é indeterminado, concretizando-se a partir dos elementos do caso, mas é possível utilizar como parâmetro ou diretriz o disposto no art. 1.035, § 1º, do CPC, que trata da repercussão geral, devendo-se considerar a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Ao lado disso, há também um pressuposto *negativo*. Não cabe o incidente de assunção de competência se houver repetição da discussão em múltiplos processos. A existência de múltiplos processos convoca a instauração de instrumentos destinados ao julgamento de causas repetitivas, que compreendem o incidente de resolução de demandas repetitivas ou os recursos repetitivos. Havendo múltiplos processos em que se discute questão repetitiva, não cabe o incidente de assunção de competência. Este é cabível para questões relevantes, de grande repercussão social, em processo específico ou em processos que tramitem em pouca quantidade.⁴

Em relação à “*relevância da matéria*”, Daniel Assumpção menciona que esta se fará presente “*sempre que houver grande repercussão social na solução da questão e que sua solução implique interesse público*”⁵.

No caso, pode-se afirmar que a solução da questão traduz relevante interesse público, na medida em que resultará segurança jurídica ao jurisdicionado, pois poderá precaver-se quanto a adoção de providências prévias ao ingresso perante o Poder Judiciário, caso se entenda pela imprescindibilidade da postulação da cobertura securitária previamente na via administrativa.

Não obstante a inexistência propriamente de *multiplicidade* de processos, reputa-se haver quantidade expressiva de demandas versando sobre a matéria em apreço, notadamente em comarcas sedes de empresas que atuam no ramo do agronegócio, que se destacam em Santa Catarina, no cenário nacional e internacional, e que têm elevado número de funcionários/segurados. Tal circunstância, salvo melhor juízo, denota considerável repercussão da controvérsia na sociedade.

No que se refere a não repetição do tema em múltiplos processos, faz-se necessário anotar o posicionamento do eminente Desembargador Carlos Roberto da Silva, segundo o qual o incidente a ser suscitado, na espécie, deveria ser o de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 976, *caput* e §§).

Por tal razão, caso se entendesse ser hipótese de IRDR ao invés de IAC, à luz do princípio da fungibilidade, o incidente poderia ser recebido e apreciado, como forma de uniformização

4 DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 664-665.

5 *Ob. Cit.* P. 1436.

do entendimento do TJSC, seguindo o disposto no art. 926, *caput*, do CPC: “**os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente**”, a critério deste colendo Grupo de Câmaras de D. Civil.

(II) Questão jurídica e divergência jurisprudencial

Superada a admissibilidade, a tese jurídica discutida perpassa pela definição do alcance a ser atribuído ao precedente firmado pelo STF, em sede de repercussão geral, no RE nº 631.240/MG, sob a relatoria do Min. Roberto Barroso, em 03-09-2014⁶, que tem a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

3) A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

4) A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas.

5) A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

6) Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

7) Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

8) Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

9) Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter

6 DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 10/11/2014 - ATA Nº 167/2014. DJE nº 220, divulgado em 07/11/2014 <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350>>

o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

10) Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

11) Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.

Discute-se, resumidamente, a possibilidade de aplicar-se, por analogia, o entendimento assentado no referido julgado aos conflitos privados envolvendo a cobrança de seguro de vida em grupo.

Após deliberar sobre o tema, a Suprema Corte decidiu pela necessidade de prévio requerimento administrativo para a propositura de ações previdenciárias, consignando que “*a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo*”. Entretanto, fez algumas ressalvas, pormenorizando uma “*fórmula de transição*” onde aborda os efeitos da decisão às ações propostas antes e após 03-09-2014 (data do julgamento).

Dito isso, observam-se julgados deste Tribunal que adotam o entendimento sedimentado pela Suprema Corte, no sentido de que a ausência de prévio requerimento administrativo à seguradora inviabiliza a postulação judicial, dada a falta de interesse/necessidade do pedido, julgando extinto o processo sem apreciação do mérito (ainda que sem ressalvas, ou seja, mesmo após apresentação de resposta pela seguradora e que o pedido inicial tenha sido julgado *procedente*, no todo ou em parte).

Nesse rumo, citam-se:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. INDENIZAÇÃO POR INVALIDEZ PERMANENTE DECORRENTE DE ACIDENTE - IPA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. PRETENDIDO O PAGAMENTO INTEGRAL DA INDENIZAÇÃO PELO AUTOR E A REFORMA DA SENTENÇA PELA REQUERIDA, SOB O FUNDAMENTO DE NÃO ESTAR COMPROVADA INVALIDEZ. NÃO CONHECIMENTO. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR SUSCITADA EM CONTESTAÇÃO DEVIDO A AUSÊNCIA DO INDISPENSÁVEL PROCESSO ADMINISTRATIVO E NÃO ANALISADO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. AÇÃO AJUIZADA APÓS TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 631.240. IMPRESCINDIBILIDADE DO SEGURADO REQUERER ADMINISTRATIVAMENTE O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PELA PARTE AUTORA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR CONFIGURADA. EXTINÇÃO DO FEITO, DE OFÍCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, VI

DO CPC. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA PASSÍVEL DE CONHECIMENTO EM QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO, INCLUSIVE, DE OFÍCIO. HONORÁRIOS RECURSAIS. EXEGESE DO ART. 85, §11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300005-77.2016.8.24.0087, de Lauro Müller, rel. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 30-07-2020).

A esse acórdão, seguiram-se embargos de declaração rejeitados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. **ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A FALTA DE INTERESSE DE AGIR POR AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E JULGOU EXTINTO O FEITO. INSURGÊNCIA DO REQUERENTE. ALEGADA A NECESSIDADE DE ANÁLISE DA TEMÁTICA ACERCA DA RESISTÊNCIA APRESENTADA PELA SEGURADORA. INSUBSISTÊNCIA.** ARESTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MANIFESTO PROPÓSITO DE REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA PARA ADEQUAR A DECISÃO AO ENTENDIMENTO DO EMBARGANTE. REANÁLISE DE QUESTÕES APRECIADAS. DESCABIMENTO. HIPÓTESES DO ART. 1.022 DO CPC NÃO VERIFICADAS. REQUERIMENTO DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS LEGAIS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. INACOLHIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 1.022 DO CPC. INCIDÊNCIA DA MULTA ESTATUÍDA NO §2º DO ART. 1.026 DO CPC QUANDO DESVIRTUADO O MANEJO DOS ACLARATÓRIOS, BUSCANDO REAVIVAR O DEBATE EM TORNO DO TEMA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E REJEITADOS. (TJSC, Embargos de Declaração n. 0300005-77.2016.8.24.0087, de Lauro Müller, rel. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 24-09-2020).

No mesmo rumo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DO AUTOR. CONTRARRAZÕES DA SEGURADORA. MATÉRIA VERTIDA EM CONTESTAÇÃO E DECIDIDA EM DECISÃO SANEADORA EXARADA QUANDO VIGENTE O CPC/15. TODAVIA, DECISUM QUE NÃO ERA AGRAVÁVEL. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. ANÁLISE POR ESTE ÓRGÃO POR FORÇA DO QUE DISPÕE O § 1º DO ART. 1.009 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRELIMINAR. **AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INTERESSE DE AGIR NÃO DELINEADO.** OBSERVÂNCIA AO PRECEDENTE FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE N. 631.240/MG, APLICÁVEL ÀS ESPECIFICIDADES DO CASO EM ANÁLISE. DECISUM REFORMADO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. HONORÁRIOS RECURSAIS EM FUNÇÃO DO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. (TJSC, Apelação Cível n. 0300507-73.2016.8.24.0068, de Seara, rel. André Carvalho, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 15-09-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. **SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.** RECURSO DA PARTE DEMANDANTE. ADMISSIBILIDADE. PRELIMINAR DE MÉRITO. **CARÊNCIA DE AÇÃO.** DEMANDA AJUIZADA APÓS A DECISÃO

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 631.240/MG. **INDISPENSABILIDADE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO ANTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE REQUERIMENTO EXTRAJUDICIAL PELA PARTE AUTORA. EXIGÊNCIA DE PROVOCAÇÃO DA VIA ADMINISTRATIVA QUE NÃO REPRESENTA IMPEDIMENTO AO ACESSO À JUSTIÇA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DO FEITO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS MOLDES DO ART. 485, VI, DO CPC.** RECURSO PREJUDICADO. (TJSC, Apelação Cível n. 0310440-94.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 09-06-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. **PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA SEGURADORA REQUERIDA. ADMISSIBILIDADE. PRELIMINAR DE MÉRITO. CARÊNCIA DE AÇÃO. DEMANDA AJUIZADA APÓS A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 631.240/MG. INDISPENSABILIDADE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO ANTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO. REQUERIMENTO EXTRAJUDICIAL NÃO DEMONSTRADO. EXIGÊNCIA DE PROVOCAÇÃO DA VIA ADMINISTRATIVA QUE NÃO REPRESENTA IMPEDIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS MOLDES DO ART. 485, VI, DO CPC/15. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS A FIM DE REFLETIR O RESULTADO DO PRESENTE JULGAMENTO. CONDENAÇÃO DO DEMANDANTE AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ESTES FIXADOS NOS TERMOS DO ART. 85, § 2º, DO CPC/15.** RECURSO PREJUDICADO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300500-43.2016.8.24.0016, de Capinzal, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 09-06-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. **SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO COM FUNDAMENTO NA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INCONFORMISMO DOS AUTORES. DEFENDERAM A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA, E POR CONSEQUÊNCIA A DESNECESSIDADE DO PLEITO ADMINISTRATIVO PARA A INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO SE COBRANÇA SECURITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL (RE N. 631.240/MG). TEMA 350 DO STF. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, AOS SEGUROS EM GERAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO QUE IMPEDE O POSTULAMENTO JUDICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. CARÊNCIA DA AÇÃO PELA FALTA DE INTERESSE DE AGIR MANTIDA.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301664-72.2018.8.24.0016, de Capinzal, rel. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 14-05-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. **INVALIDEZ POR DOENÇA DESENCADEADA PELA ATIVIDADE LABORATIVA. SENTENÇA QUE JULGOU EXTINTO O FEITO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. INSURGÊNCIA DA REQUERENTE. [...] PRETENDIDA A REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE NÃO FOI SUSPENSO O FEITO E INTIMADA A PARTE AUTORA PARA PROVIDENCIAR O REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSUBSISTÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE DO SEGURADO REQUERER ADMINISTRATIVAMENTE O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA, APÓS TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 631.240. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PELA PARTE AUTORA ANTES DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR CONFIGURADA. EXTINÇÃO DO FEITO QUE DEVE SER MANTIDA. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** (TJSC, Apelação Cível n. 0301057-23.2016.8.24.0083, de Correia Pinto, rel. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 23-07-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DA PARTE AUTORA. ADMISSIBILIDADE. PRELIMINAR DE MÉRITO. CARÊNCIA DE AÇÃO. DEMANDA AJUIZADA APÓS A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 631.240/MG. **INDISPENSABILIDADE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO ANTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO.** INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO EXTRAJUDICIAL PELA PARTE AUTORA. EXIGÊNCIA DE PROVOCAÇÃO DA VIA ADMINISTRATIVA QUE NÃO REPRESENTA IMPEDIMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA. **FALTA DE INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADA.** QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DO FEITO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS MOLDES DO ART. 485, VI, DO CPC. RECURSO PREJUDICADO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300405-72.2014.8.24.0019, de Concórdia, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 09-06-2020).

AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. **NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.** INTERPRETAÇÃO DO RE N. 631.240/MG. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. **FALTA DE INTERESSE DE AGIR.** PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301615-75.2017.8.24.0045, de Palhoça, rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 04-02-2020).

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO. SEGURO DE VIDA INDIVIDUAL. AÇÃO DE COBRANÇA. **PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.** INSURGÊNCIA DA RÉ. PRELIMINAR DE **CARÊNCIA DE AÇÃO.** **AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.** **CABIMENTO.** **INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO.** **ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE VEM SENDO ADOTADO EM CASOS DE SEGURO DE VIDA.** PRECEDENTES DA CÂMARA. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE CONTESTAÇÃO, ADEMAIS, QUE NÃO SUPRE A NECESSIDADE DE PLEITO ADMINISTRATIVO ANTERIOR À PROPOSITURA DA DEMANDA. SENTENÇA REFORMADA. **EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.** READEQUAÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO DA RÉ CONHECIDO E PROVIDO. APELO DO AUTOR PREJUDICADO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300654-82.2015.8.24.0085, de Coronel Freitas, rel. Jairo Fernandes Gonçalves, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 28-01-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SENTENÇA EXTINTIVA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA. **ALEGAÇÃO DE QUE O ESGOTAMENTO ADMINISTRATIVO NÃO É CONDIÇÃO DA AÇÃO.** **TESE RECHAÇADA.** **AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO QUE IMPEDE O POSTULAMENTO JUDICIAL.** ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL (RE N. 631.240/MG). TEMA 350 DO STF. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, AOS SEGUROS EM GERAL. **PRETENSÃO RESISTIDA DA SEGURADORA NÃO DEMONSTRADA PELA AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO.** **CARÊNCIA DA AÇÃO PELA FALTA DE INTERESSE DE AGIR.** PRECEDENTES DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA INCÓLUME. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0315748-12.2018.8.24.0038, de Joinville, rel. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 04-07-2019).

Por outro lado, inferem-se precedentes considerando desnecessário o esgotamento da via administrativa. Dentre as razões adotadas, prevalece o entendimento de que: (i) o paradigma proferido pelo STF não é aplicável aos seguros de vida privado; (ii) caso a seguradora tenha apresentado contestação, impugnando o mérito da demanda, resta evidenciada a resistência à

pretensão formulada e, via de consequência, o interesse de agir do segurado; (iii) a extinção do processo, por ausência de interesse de agir, configura afronta aos princípios do acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição.

Seguindo essa linha de raciocínio, colhem-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. **SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO** ANTE O INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, NA FORMA DOS ARTIGOS 321, PARÁGRAFO ÚNICO, 330, III E 485, I, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INSURGÊNCIA DA AUTORA. SUSTENTADA DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PARA O INGRESSO DE AÇÃO JUDICIAL VISANDO O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA ACOLHIDA, PORQUANTO, DE FATO, **NÃO É EXIGÍVEL O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PARA TAL DESIDERATO.** DEMAIS, OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA E DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. EXEGESE DO ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE SE IMPÕE. [...] *Mutatis mutandis*, “Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha concluído, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 631.240/MG - com repercussão geral reconhecida -, que há necessidade de prévio requerimento administrativo para justificar o interesse de agir em demandas referentes à concessão de benefício previdenciário, tal entendimento não é aplicável ao caso concreto. Isso porque, **tratando-se de seguro de vida em grupo, relação eminentemente privada, não há identidade da discussão travada naqueles autos com a matéria ora debatida, não vinculando a aplicação do posicionamento lá vitorioso a estes autos.**” (TJSC, Apelação Cível n. 0308371-17.2017.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 22-08-2019). SENTENÇA CASSADA PARA DETERMINAR A REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA O PROSSEGUIMENTO REGULAR DO FEITO. PREJUDICADAS AS DEMAIS TESES RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300970-44.2018.8.24.0068, de Seara, rel. José Maurício Lisboa, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 18-06-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. **SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR,** EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. RECURSO DO AUTOR. **1. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. GARANTIA CONSTITUCIONAL,** SOB PENA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO ACESSO À JUSTIÇA E INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. **PRECEDENTE FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 631.240 QUE NÃO SE APLICA AO CASO.** SENTENÇA CASSADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA A DEVIDA TRAMITAÇÃO. **2. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** (TJSC, Apelação Cível n. 0308371-17.2017.8.24.0008, de Blumenau, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 22-08-2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. **SENTENÇA EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO,** FUNDADA NO ART. 485, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCONFORMISMO DA AUTORA. INTERESSE PROCESSUAL. **INEXISTÊNCIA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO QUE NÃO OBSTA O CONHECIMENTO DO PLEITO PELO PODER JUDICIÁRIO.** INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DAS DEMANDAS CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL QUE CONSTITUI SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE NÃO ABRANGE A ESPÉCIE EM TELA. PRECEDENTES. SENTENÇA CASSADA. [...]

POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DA AÇÃO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA. AUTORIZAÇÃO DO ART. 1.013, § 3º, DA LEI N. 13.105/2015. [...] IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. SUCUMBÊNCIA. ÔNUS QUE DEVE SER IMPUTADO À AUTORA, ANTE SUA DERROTA INTEGRAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ESTIPULAÇÃO EM PROL DO PATRONO DA SEGURADORA, NA FORMA DO ART. 85, § 2º, DA NORMA PROCESSUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (TJSC, Apelação Cível n. 0310387-48.2017.8.24.0038, de Joinville, rel. Rosane Portella Wolff, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 16-07-2020).

No entanto, coexiste outra corrente que tem prevalecido na Quarta e Quinta Câmaras de Direito Civil, a qual aplica aos processos de seguro de vida privado as mesmas regras de modulação dos efeitos traçadas pelo STF no RE supracitado: caso a demanda securitária tenha sido ajuizada **antes** do julgamento do RE não é possível exigir o prévio requerimento administrativo⁷; caso a demanda tenha sido ajuizada **após** o julgamento do RE é possível exigir o pedido administrativo, extinguindo o feito por falta de interesse⁸.

Destacam-se ementas dos referidos órgãos fracionários:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE. RECURSO DO AUTOR.

AÇÃO PROPOSTA APÓS A TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 631.240. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO FORMULADO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA E APRESENTADO NOS AUTOS SOMENTE EM GRAU DE RECURSO. PLEITO EXTRAJUDICIAL QUE DEVE SER ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR CONFIGURADA. SENTENÇA MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0303544-64.2016.8.24.0018, de Chapecó, rel. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 23-04-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA COLETIVO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. [...]

FALTA DE INTERESSE DE AGIR. RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA QUE NÃO IMPLICA RECONHECIMENTO DE PLENA E IRREVOGÁVEL QUITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE POSTULAR A COMPLEMENTAÇÃO EM JUÍZO. ARGUMENTO REJEITADO.

INÉPCIA DA INICIAL DIANTE DA AUSÊNCIA DE DOCUMENTO ESSENCIAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO QUE OCORREU DEPOIS DE 03/09/2014. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF (RE N. 631.240/MG) DE QUE É NECESSÁRIO O PRÉVIO REQUERIMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTE QUE VEM SENDO ADOTADO, TAMBÉM, NOS CASOS DE SEGURO DE VIDA. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA QUE, POR SI SÓ, JÁ DEMONSTRA TER O AUTOR FORMULADO PEDIDO ANTERIOR À PROPOSITURA DA AÇÃO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR QUITADO.

7 Apelação Cível n. 0304319-50.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 28-07-2020.

8 Apelação Cível n. 0301085-57.2014.8.24.0019, de Concórdia, rel. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 28-07-2020.

PRESUNÇÃO DE QUE O PLEITO SERIA NEGADO, PORQUANTO A SEGURADORA JÁ EFETUOU O PAGAMENTO DA IMPORTÂNCIA QUE ENTENDIA DEVIDA. TESE AFASTADA. [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 0300680-92.2017.8.24.0026, de Guaramirim, rel. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 03-12-2019).

Também já decidimos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. APELO DO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO. INSURGÊNCIA DA DEMANDADA. ALEGADA CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO VERGASTADO. DEFESA DA TESE DE DECURSO DO PRAZO DELETÉRIO. INACOLHIMENTO. DECISÃO COMBATIDA QUE AFASTOU A PRESCRIÇÃO RECONHECIDA PELO JUÍZO A QUO. EVIDENCIADO O INTUITO DE REDISCUTIR MATÉRIA JÁ SUBMETIDA AO CRIVO DO COLEGIADO. AUSÊNCIA DAS MÁCULAS PREVISTAS NO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. ALEGADA OMISSÃO EM RELAÇÃO À **PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES. ARGUMENTO DE INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.** ACOLHIMENTO. SUPRIMENTO NECESSÁRIO. ACLARAMENTO DO VÍCIO SEM EFEITOS MODIFICATIVOS AO JULGADO. **CONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO DE CONDIÇÕES PARA O REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO, O QUE NÃO TRADUZ OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), CONFORME RECONHECIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL (RE 631.240/MG). PRECEDENTE INAPLICÁVEL AO CASO. AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE A 3-9-2014. PRETENSÃO RESISTIDA CARACTERIZADA PELA DEFESA APRESENTADA, QUE CONTESTA O MERITUM CAUSAE. INTERESSE DE AGIR VERIFICADO.** EMBARGOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES. (TJSC, Embargos de Declaração n. 0009361-23.2013.8.24.0008, de Blumenau, rel. Carlos Roberto da Silva, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 16-04-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. INVALIDEZ PERMANENTE POR ACIDENTE (IPA). SENTENÇA DE **PROCEDÊNCIA.** IRRESIGNAÇÃO DA REQUERIDA. ACORDO EXTRAJUDICIAL PACTUADO ENTRE AS PARTES. INVIABILIDADE. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO INDICANDO PREJUÍZO AO INTERESSE DO INCAPAZ. ACORDO QUE ENSEJARIA A RENÚNCIA DE PARTE SUBSTANCIAL DO CRÉDITO AO QUAL O AUTOR FAZ JUS. RECUSA HOMOLOGATÓRIA QUE SE FAZ DEVIDA. **PRELIMINAR.** AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. “POSTULAÇÃO DE EXTINÇÃO DA DEMANDA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. FUNDAMENTO NA CONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO DE CONDIÇÕES PARA O REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO, O QUE NÃO TRADUZ OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (CFRB, ART. 5º, XXXV), CONFORME RECONHECIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL (RE N. 631.240/MG). APLICABILIDADE DO PRECEDENTE, POR ANALOGIA, ÀS PRETENSÕES DE CONCESSÃO ORIGINAL DE VANTAGENS JURÍDICAS QUE NECESSITEM DE INICIATIVA DO INTERESSADO. **PRELIMINAR AFASTADA,** TODAVIA, NA HIPÓTESE VERSADA NOS AUTOS, EM RAZÃO DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO FIRMADAS NO JULGAMENTO PARADIGMA, APLICÁVEIS AOS PROCESSOS INICIADOS ATÉ 3-9-2014” (TJSC, Apelação Cível n. 0020824-63.2012.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Luiz Felipe Schuch, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 29-08-2019). **AÇÃO AJUIZADA EM NOVEMBRO DE 2011. RESISTÊNCIA**

À PRETENSÃO DEFINIDA PELA APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADO. PREFACIAL AFASTADA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. PRAZO DE UM ANO CONTADO A PARTIR DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ PELA SEGURADA. ARTIGO 206, § 1º, INCISO II, ALÍNEA B, DO CÓDIGO CIVIL E SÚMULA N. 278 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. “Súmula 278. O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral. “ CIÊNCIA DO SEGURADO SOBRE A INVALIDEZ OCORRIDA 6 (SEIS) MESES APÓS O SINISTRO. LIDE PROPOSTA 9 (NOVE) MESES DEPOIS DA CIÊNCIA. LAPSO TEMPORAL NÃO TRANSCORRIDO. PREFACIAL REJEITADA. MÉRITO. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0048384-51.2011.8.24.0038, de Joinville, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 31-10-2019, deste Relator).

Outra vertente jurisprudencial, anteriormente adotada pela Segunda Câmara de Direito Civil, no sentido de que o precedente firmado pela Suprema Corte deve ser aplicável às demandas privadas, excetuando, contudo, a extinção da ação, por falta de interesse de agir, quando a seguradora houver apresentado contestação:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA EXTINTIVA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 485, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). RECURSO DO AUTOR.

TESE DE DISPENSABILIDADE DO PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO SOB ARGUMENTO DE QUE A EXIGÊNCIA VIOLA O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 631.240. PRECEDENTE APLICÁVEL AO CASO. AÇÃO AJUIZADA APÓS 3-9-2014. TODAVIA, **INTERESSE PROCESSUAL VERIFICADO DIANTE DA PRETENSÃO RESISTIDA CARACTERIZADA PELA DEFESA APRESENTADA EM CONTESTAÇÃO.** SENTENÇA REFORMADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

“Se na contestação ou na resposta ao recurso a seguradora impugna a pretensão deduzida pelo beneficiário do seguro com termos reveladores de que seria rejeitada caso formulada na seara administrativa, não há se falar em ausência de interesse de agir de modo a justificar a extinção do processo” (Agravo de Instrumento n. 4010293-25.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Newton Trisotto, desta Câmara, j. 10-8-2017). (TJSC, Apelação Cível n. 0308623-20.2017.8.24.0008, de Blumenau, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 03-10-2019).

Ainda há pouco:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA PELO MAGISTRADO DE ORIGEM. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA. ALEGAÇÃO DE QUE A DATA DA CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA NÃO GERA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE LABORAL DO SEGURADO. ACOLHIMENTO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO QUE POSSUI CARÁTER

TEMPORÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER A INCAPACIDADE DE FORMA PERMANENTE. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO ANUA. SENTENÇA CASSADA. [...] **FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL (RE N. 631.240/MG). TEMA 350. APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO QUE CONFIGURA O INTERESSE DE AGIR PELA RESISTÊNCIA À PRETENSÃO DO AUTOR. PREFACIAL AFASTADA. MÉRITO. [...]** (TJSC, Apelação Cível n. 0003419-40.2014.8.24.0019, de Concórdia, rel. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 27-02-2020).

Vejam-se, acima, neste sentido, os demais precedentes mencionados da 7ª Câmara de D. Civil (Embargos de Declaração n. 0009361-23.2013.8.24.0008, de Blumenau, rel. Carlos Roberto da Silva, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 16-04-2020; Apelação Cível n. 0048384-51.2011.8.24.0038, de Joinville, deste Relator, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 31-10-2019).

Frente a esse apanhado jurisprudencial, tem-se que entre as Câmaras de Direito Civil parece prevalecer o entendimento de que o precedente firmado pelo STF deve ser aplicado, por analogia, aos seguros privados, sendo exigível o prévio pedido administrativo no âmbito privado, sob pena de extinção por falta de interesse de agir.

Este colendo Grupo de Câmaras de Direito Civil já referendou a aplicação, por analogia, do referido Recurso Extraordinário n. 631.240, aos seguros DPVAT, aprovando o enunciado nº 37 da sua Súmula⁹ (sessão de 10-4-2019), nos seguintes termos:

Em analogia ao que ficou definido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 631.240, nas ações de cobrança ajuizadas após o respectivo julgamento (3.9.2014), faz-se necessário prévio requerimento administrativo de pagamento do Seguro DPVAT, sem o que não se faz presente o interesse processual.

De todo modo, a questão voltou a ser objeto de debate, agora sob a perspectiva da aplicação do referido precedente aos seguros de vida de cunho eminentemente privado.

Embora não se desconheça que nas pretensões direcionadas contra a Previdência Social não existe, em regra, um direito previamente reconhecido, tal como ocorre nos contratos de seguros privados entabulados entre segurados e seguradoras, é irrefutável concluir que a exigibilidade do prévio requerimento administrativo contribui para a **celeridade** dos serviços prestados pelo Judiciário, sobretudo à duração razoável do processo constitucionalmente assegurada (art. 5º, LXXVIII, CF).

Igualmente inegável que a jurisprudência do STF tem gradualmente se manifestado no sentido de que *“a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º,*

⁹ <<https://www.tjsc.jus.br/documents/557855/3390160/S%C3%BAmula+37/eb8b8a08-51c8-83b4-bc17-8c2298f7d335>> consultado nesta data

XXXV, da Constituição” (RE n. 631.240). Inclusive, nesse particular, observam-se julgados reafirmando a premissa de que, para se caracterizar a presença de interesse em agir é preciso haver *necessidade* de ir a juízo, exigência que não configura ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A propósito, mostra-se oportuna a transcrição de trecho do parecer exarado pela douta Procuradora de Justiça, Dra. Gladys Afonso, que bem analisou a temática em comentário:

Na prática, o interesse de agir pode ser resumido como a existência de necessidade justificável da parte autora para promover a movimentação da máquina judicial e de utilidade do pronunciamento judicial para a resolução do problema exposto ao juízo, definição que remonta ao binômio necessidade/utilidade. [...]

Ademais, a judicialização de toda e qualquer demanda, deve ser evitada, quando a solução pode ser alcançada na via administrativa. O Tribunal de Justiça Catarinense, tem buscado diversas maneiras para diminuir conflitos e consequentemente a Judicialização. A diminuição dos custos sociais, deve sempre ser vista, como uma forma de resolução de conflitos.

Conclui-se, portanto, que a tese jurídica vinculante a ser fixada neste IAC, deve ser no sentido de aplicar, às ações de seguro de vida privado, o parâmetro fixado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 631.240, de molde a exigir a comprovação de anterior pedido administrativo e definir a provocação como pressuposto do interesse de agir. (pp. 14-15).

Ademais, com a devida vênia aos entendimentos dissonantes, não se pode perder de vista que, conforme muito bem salientado pelo eminente Des. Newton Trisotto, “*os custos patrimoniais do processo são suportados pela sociedade; os não patrimoniais por todos aqueles que buscam a prestação jurisdicional. Será esta mais lenta quanto maior o número de processos*” (Agravado de Instrumento n. 4010293-25.2017.8.24.0000, de Lages, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 10-08-2017).

(III) Proposta de tese jurídica a ser fixada

A proposição ora encaminhada coaduna-se com o entendimento que, como dito, *parece* prevalecer nas Câmaras de Direito Civil no sentido de que, em analogia ao que decidiu o STF no RE n. 631.240, nas ações de seguro de vida propostas posteriormente ao referido julgamento, faz-se necessária a prévia postulação na esfera administrativa, sob pena de extinção da demanda, por falta de interesse processual.

Entretanto, acrescenta-se, na esteira do que já decidiu a Segunda Câmara de Direito Civil, **a impossibilidade de serem extintas ações, por falta de interesse processual, quando a seguradora houver apresentado contestação** quanto ao mérito, opondo-se claramente ao pedido.

A própria ementa do Acórdão no Recurso Extraordinário 631.240, não modificado pelos embargos de declaração que se seguiram, ressalva que “**a exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado**”.

E a fundamentação também deixa explícita:

“33. Portanto, no primeiro grupo de ações (em que se pretende a obtenção original de uma vantagem), a falta de prévio requerimento administrativo de concessão deve implicar a extinção do processo judicial sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir. No segundo grupo (ações que visam ao melhoramento ou à proteção de vantagem já concedida), não é necessário prévio requerimento administrativo para ingresso em juízo, salvo se a pretensão depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração. Há, ainda, uma terceira possibilidade: **não se deve exigir o prévio requerimento administrativo quando o entendimento da Autarquia Previdenciária for notoriamente contrário à pretensão do interessado. Nesses casos, o interesse em agir estará caracterizado.**

34. Não caberia aqui enunciar todas as hipóteses de presunção de indeferimento administrativo, já que isto inclusive pode variar no tempo. A questão deverá ser devidamente enfrentada na motivação da sentença da ação previdenciária, com observância das premissas acima”.

Conforme, ainda, o Ministro Relator:

“As teses centrais são: A concessão inicial de benefício depende de prévio requerimento administrativo; a revisão de benefício, salvo se demandar comprovação de matéria de fato, independe de prévio requerimento administrativo; e **as situações em relação as quais existe posição notória e reiterada do INSS contrária à postulação também se dispensa o requerimento administrativo**”.

Já a ementa do acórdão TJSC, do eminente Des. Newton Trisotto encontra-se assim redigida:

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. SEGURO DPVAT. AÇÃO DE COBRANÇA. PEDIDO DA SEGURADORA VISANDO A EXTINÇÃO DO PROCESSO ANTE A INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO REJEITADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

01. Os contratos de seguro submetem-se às regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 3º, § 2º; REsp n. 1.352.419, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; REsp n. 347.752, Min. Herman Benjamin). O denominado “seguro DPVAT” (Lei n. 6.194/1974), mais que qualquer outro, reveste-se de “cunho eminentemente social” (REsp n. 1.358.961, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; REsp n. 1.187.311, Min. Massami Uyeda; RE n. 631.111, Min. Teori Zavascki), pois “transfere para o segurador os efeitos econômicos do risco da responsabilidade civil do proprietário de veículo automotor terrestre, independentemente da apuração de culpa” (REsp n. 1.325.874, Min. Luis Felipe Salomão). Por isso, não só as disposições da lei mas também todas as questões de fato relacionadas à pretensão deduzida devem ser “interpretadas de maneira mais favorável” ao beneficiário do seguro (CDC, art. 47), atentando-se para os “fins sociais a que ela se dirige” (LINDB, art. 5º) e para a advertência do Ministro Marco Aurélio: “Toda e qualquer interpretação consubstancia ato de vontade, devendo o intérprete considerar o objetivo da norma. Descabe fixação de alcance de modo a prejudicar aquele que a norma almeja proteger” (AgRgAI n. 218.668). Dúvidas quanto à existência de prévio requerimento administrativo resolvem-se em favor do beneficiário do seguro.

02. O direito é “ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida” (Albino Lima). Porém, “a vida é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. Cabe à jurisprudência, e portanto ao Judiciário, a insubstituível tarefa de, observados os valores que o direito não pode descuar, atualizar o sentido dos preceitos legais e a atualidade das formulações teóricas, adaptando uns e outros aos renovados fatos que a vida oferece todos os dias” (Clèmerson Merlin Clève). A jurisprudência, como “filha da vida”, tem por função “manter o ordenamento jurídico vivo e sintonizado com a realidade” (REsp n. 23.498, Min. Humberto Gomes de Barros). O Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 89) e o Supremo Tribunal Federal haviam consolidado o entendimento de afastar “a exigibilidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário” (T-2, AgRgRE n. 545.214, Min. Joaquim Barbosa; T-1, AgRgRE n. 549.238, Min. Ricardo Lewandowski). Todavia, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 631.240, a Corte Constitucional decidiu que: I) “A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo”; II) “A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas”. Ressalvou que “a exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado” (Min. Roberto Barroso). Aplicou o precedente a causas relacionadas com o seguro Dpvt (RE n. 824.712, Min. Cármen Lúcia).

03. Se na contestação ou na resposta ao recurso a seguradora impugna a pretensão deduzida pelo beneficiário do seguro com termos reveladores de que seria rejeitada caso formulada na seara administrativa, não há se falar em ausência de interesse de agir de modo a justificar a extinção do processo. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4010293-25.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Newton Trisotto, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 10-08-2017).

Consoante ponderou o ilustre Des. Relator:

“Nessa mesma linha, há muito venho sustentando que:

“O fato de o autor não ter deduzido extrajudicialmente a sua pretensão não autoriza a extinção do processo, por ausência de interesse de agir (CPC, art. 267, inc. VI), se os termos da contestação ou do recurso revelam, estreme de dúvidas, que o requerimento administrativo seria rejeitado” (AC n. 2012.040177-3).

Os termos da contestação revelam, estreme de dúvida, que haveria resistência da demandada ao deferimento da pretensão do beneficiário do seguro se deduzida na seara administrativa”.

Logo, em atenção à orientação dominante nesta Corte e à imperiosa uniformização jurisprudencial preconizada no art. 926 do CPC, sem descuidar do entendimento já assentado por este egrégio Grupo de Câmaras (Súmula 37), propõe-se a fixação da seguinte **tese jurídica**:

Em analogia ao que ficou definido pela Suprema Corte no RE n. 631.240, nas ações de seguro de vida em grupo propostas após o respectivo julgamento (03-09-2014), faz-se necessário demonstrar o prévio requerimento administrativo. Ausente o pedido extrajudicial, não há falar em interesse de agir, salvo se na contestação, ou no recurso, a seguradora impugna a pretensão deduzida com termos reveladores de que seria rejeitada caso formulada administrativamente.

(IV) Caso concreto

Fixada a compreensão jurídica a orientar o julgamento da apelação cível que motivou o presente incidente, passa-se à análise do caso concreto.

A pretensão autoral consiste na condenação da demandada ao pagamento de indenização securitária por invalidez permanente.

Em sede de contestação, a requerida alegou, preliminarmente, a ausência de interesse processual, em razão de a postulante não ter iniciado o processamento administrativo. No mérito, defendeu, em linhas gerais, que a inaptidão funcional alegada na petição inicial não se enquadrava nas coberturas previstas na apólice, devendo ser julgado improcedente o pedido.

Ao sentenciar, a juíza da 2ª Vara Cível da comarca de Joinville, considerando a ausência de prova do requerimento extrajudicial, extinguiu o feito, sem apreciação do mérito, por falta de interesse processual, com amparo no art. 485, VI, do CPC.

Irresignada, a parte autora interpôs apelação, sustentando, dentre vários argumentos, que a contestação apresentada pela requerida caracteriza resistência à pretensão inicial, a afastar a falta de interesse de agir.

Assiste-lhe razão.

Embora seja aplicável, ao caso, o entendimento assentado pelo STF quanto à necessidade do prévio pedido na esfera administrativa, não se pode ignorar que a argumentação meritória exposta na contestação torna possível antever o insucesso do pleito extrajudicial.

Uma vez judicializada a demanda e devidamente triangularizada a relação processual, com o oferecimento de peça defensiva que ataca o mérito da pretensão, afigura-se, com a devida vênia aos entendimentos divergentes, contraproducente falar em ausência de interesse processual¹⁰.

Desse modo, à luz da tese jurídica proposta, dá-se provimento ao recurso, para desconstituir a sentença e, diante da necessidade de confecção de laudo pericial e eventualmente de outras provas, determinar o retorno dos autos à origem para regular instrução e processamento do feito.

Esse é o voto.

10 Reitera-se: “Se na contestação ou na resposta ao recurso a seguradora impugna a pretensão deduzida pelo beneficiário do seguro com termos reveladores de que seria rejeitada caso formulada na seara administrativa, não há se falar em ausência de interesse de agir de modo a justificar a extinção do processo” (Agravo de Instrumento n. 4010293-25.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Newton Trisotto, desta Câmara, j. 10-8-2017)” (TJSC, Apelação Cível n. 0308623-20.2017.8.24.0008, de Blumenau, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 03-10-2019) – conforme acima antes transcrito.

Ação Rescisória n. 0117521-98.2015.8.24.0000, de Lages

Relator: Des. Luiz Felipe Schuch

AÇÃO RESCISÓRIA. PLEITO DE DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO PROLATADO EM AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA AÇÃO ORIGINÁRIA. DEMANDA RESCISÓRIA PROPOSTA PELO ADVOGADO PRESTADOR DOS SERVIÇOS E RESPECTIVA BANCA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E DE ERRO DE FATO (ART. 485, V E IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973).

PRELIMINARES. AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA NO PERÍODO DE DOIS ANOS APÓS O ESGOTAMENTO DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DO ÚLTIMO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL NO FEITO ORIGINÁRIO. ART. 495 DO ANTIGO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SÚMULA 401 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECADÊNCIA AFASTADA. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE COBRANÇA DA VERBA HONORÁRIA. INVIABILIDADE DE DISCUSSÃO DA MATÉRIA EM *IUDICIUM RESCINDENS*, POR SER ESTRANHA AO PLEITO DE RESCISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PORTERIOR EM *IUDICIUM RESCISSORIUM* EM RAZÃO DE A QUESTÃO NÃO TER SIDO AVENTADA NO FEITO PRIMITIVO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. DEMANDA VALORADA EM CONFORMIDADE COM O MONTANTE PLEITEADO NA AÇÃO ORIGINÁRIA DE COBRANÇA, DEVIDAMENTE ATUALIZADO. QUANTIA QUE REFLETE O PROVEITO ECONÔMICO A SER OBTIDO EM CASO DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. TESE AFASTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* NA AÇÃO RESCISÓRIA DO PATRONO DO ESPÓLIO ACIONADO NA PRIMEIRA DEMANDA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AUTÔNOMO EM DISCUSSÃO NESTE PROCESSO. AUSÊNCIA DE VÍNCULO JURÍDICO COM O OBJETO LITIGIOSO. DIREITO MERAMENTE REFLEXO À VERBA HONORÁRIA DEPENDENTE DO RESULTADO DO LITÍGIO ENTRE SEU CONSTITUINTE E A PARTE ADVERSA. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO COM RELAÇÃO AO ALUDIDO CAUSÍDICO.

JULGAMENTO ANTECIPADO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS ALÉM DAQUELAS JÁ CONSTANTES DOS AUTOS. INVIABILIDADE, ADEMAIS, DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL QUANDO FULCRADA A AÇÃO RESCISÓRIA EM SUPOSTA OFENSA A NORMA JURÍDICA E ERRO DE FATO.

JUÍZO RESCINDENTE. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. ADMISSIBILIDADE DE A AÇÃO RESCISÓRIA FUNDAR-SE NA ALEGAÇÃO DE OFENSA A LEI PROCESSUAL. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE DEIXOU DE RELATAR E APRECIAR INSURGÊNCIA RECURSAL ATINENTE À INCLUSÃO *EX OFFICIO* DE ADVOGADO SÓCIO DA BANCA ACIONANTE NO POLO ATIVO DAQUELA DEMANDA. OBLÍVIO APONTADO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIO NÃO SANADO PELO RESPECTIVO ÓRGÃO JULGADOR, QUE VEIO A REJEITAR O RECURSO ACLARATÓRIO AO ARGUMENTO DE QUE SE TRATAVA DE MERA REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ ANALISADA. OMISSÃO DE PONTO SOBRE O QUAL DEVERIA HAVER PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. MANIFESTO *ERROR IN PROCEDENDO*. QUESTÃO DE GRANDE RELEVÂNCIA (EXISTÊNCIA OU NÃO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO) IGNORADA POR COMPLETO NO JULGAMENTO DA CAUSA EM GRAU RECURSAL. VIOLAÇÃO AO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL CARACTERIZADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE RESCISÃO DO JULGAMENTO EM TELA. DEMANDA RESCISÓRIA AJUIZADA COM BASE EM DIVERSOS FUNDAMENTOS. DESNECESSIDADE DE ANÁLISE DOS DEMAIS, ANTE A

DESCONSTITUIÇÃO JÁ OPERADA.

JUIZO RESCISÓRIO. REJULGAMENTO DOS APELOS INTERPOSTOS NA CAUSA ORIGINÁRIA.

APELAÇÃO INTERPOSTA PELOS ORA AUTORES. INSURGÊNCIA QUANTO À INCLUSÃO DE ADVOGADO SÓCIO DA BANCA ACIONANTE NO POLO ATIVO DA DEMANDA. PROVIDÊNCIA ADOTADA DE OFÍCIO NA SENTENÇA RECORRIDA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO. CAUSÍDICO DETENTOR DE CRÉDITO REFERENTE A HONORÁRIOS CONTRATUAIS QUE SUPOSTAMENTE JÁ HAVIA CEDIDO À SOCIEDADE O DIRETO À RESPECTIVA VERBA. FATO NÃO IMPUGNADO. TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DO PRETENSO CRÉDITO. LEGITIMIDADE DA BANCA INCONTESTE. MANUTENÇÃO DO PROFISSIONAL NO FEITO NA QUALIDADE DE ASSISTENTE, CONFORME PLEITEADO NA EXORDIAL DA AÇÃO DE COBRANÇA E TACITAMENTE ACEITO PELOS DEMANDADOS. MÉRITO. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO DE RESULTADO. MANDATO EXTINTO EM RAZÃO DO FALECIMENTO DA MANDANTE (ART. 682, II, DO CÓDIGO CIVIL). PREVISÃO DE VENCIMENTO ANTECIPADO DA OBRIGAÇÃO DA CONTRATANTE TÃO SOMENTE EM CASO DE REVOGAÇÃO DO MANDATO, RENÚNCIA DA CAUSA OU TRANSAÇÃO. HIPÓTESES QUE NÃO SE CONFUNDEM COM A MORTE DA CONSTITUINTE. PERCEPÇÃO DA VERBA HONORÁRIA CONDICIONADA AO ÊXITO FINAL DA MANDANTE NAS AÇÕES JUDICIAIS ATINENTES À DISSOLUÇÃO DO SEU CASAMENTO E RESPECTIVA PARTILHA DE BENS. NECESSIDADE DE PLENO ALCANCE DOS OBJETIVOS AJUSTADOS PARA QUE SE CONSIDEREM CUMPRIDAS INTEGRALMENTE AS OBRIGAÇÕES INERENTES AO PROCURADOR. FALECIMENTO DA CLIENTE QUE IMPEDIU A CONSECUÇÃO DOS SERVIÇOS ATÉ SEUS ULTERIORES TERMOS. SUCESSORES QUE NÃO RENOVARAM O MANDATO AO ADVOGADO POSTULANTE. NÃO DEMONSTRAÇÃO PELA BANCA DEMANDANTE DA OCORRÊNCIA DE PROVEITO ÚTIL À MANDANTE. RESPECTIVAS AÇÕES JUDICIAIS AINDA EM TRÂMITE QUANDO DO SEU ÓBITO. RISCOS ASSUMIDOS PELO CAUSÍDICO NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DO RECEBIMENTO PELA MULHER DE IMPORTÂNCIA REFERENTE À MEAÇÃO NA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA NA EMPRESA DE SEU EX-ESPOSO OU À INDENIZAÇÃO APÓS AFERIÇÃO DE EQUIVALENTE QUANTIA EM AÇÃO DE APURAÇÃO DE HAVERES. SUCESSO IGUALMENTE NÃO COMPROVADO QUANTO À RECUPERAÇÃO DA POSSE DE IMÓVEL ALIENADO PELO CASAL E QUE FOI OBJETO DE AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. PERCENTUAL SOBRE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA DEVIDA TÃO SOMENTE ENQUANTO PERSISTISSE A RESPECTIVA AÇÃO DE ALIMENTOS, JÁ ENCERRADA HÁ MUITO TEMPO. PRETENSÃO DE COBRANÇA INVIÁVEL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

APELAÇÃO INTERPOSTA PELO RÉU. PLEITO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA PARA 20% SOBRE O VALOR DA CAUSA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DECISÃO JUDICIAL DESPROVIDA DE NATUREZA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO EQUITATIVA. EXEGESE DO ART. 20, § 4º, DO ANTIGO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REMUNERAÇÃO ESTABELECIDADA EM PRIMEIRO GRAU DE FORMA CONDIZENTE COM O TRABALHO REALIZADO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. PLEITO INSUFICIENTEMENTE INSTRUÍDO. MATÉRIA, ADEMAIS, JÁ AFETADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. DEMANDANTES QUE, EMBORA TENHAM OBTIDO ÊXITO DO PEDIDO DE RESCISÃO DO JULGADO, TERMINARAM DERROTADOS NO REJULGAMENTO DA CAUSA ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DE PROVEITO PRÁTICO EM SEU FAVOR. DEMANDA EVITÁVEL. DEVER DE ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM

FAVOR DOS PROCURADORES DOS RÉUS. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM 10% DO VALOR DA CAUSA EM FAVOR DOS PROCURADORES DE CADA UM DOS RÉUS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0117521-98.2015.8.24.0000, da comarca de Lages (4ª Vara Cível), em que são autores Felisberto Córdova Advogados e Felisberto Odilon Córdova e réus o espólio de Zuleide Fernandes Cruz e Luiz Roberto de Athayde Furtado.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, (1) por unanimidade, a) reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* de Luiz Roberto de Athayde Furtado e, por conseguinte, declarar extinto o processo sem resolução com relação ao referido réu; b) em juízo rescindente, julgar procedente o pedido formulado a fim de desconstituir o acórdão prolatado pela Terceira Câmara de Direito Civil nos autos da Apelação Cível n. 2012.093096-8; c) em juízo rescisório, c.1) conhecer do apelo interposto por Felisberto Córdova Advogados e Felisberto Odilon Córdova e dar-lhe parcial provimento a fim de excluir o causídico do polo ativo da lide, mantida, todavia, a sua participação no feito na condição de assistente; c.2) conhecer do apelo interposto pelo espólio de Zurleide Fernandes Cruz e negar-lhe provimento; d) condenar os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da ação rescisória; e) determinar a expedição de alvará para levantamento pelos autores da quantia relativa ao depósito prévio efetuado com base no art. 488, II, do Código de Processo Civil de 1973; (2) por maioria de votos, arbitrar honorários de sucumbência em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa em favor dos procuradores de cada um dos réus (vencidos neste particular o Relator e os Desembargadores Luiz César Medeiros, Monteiro Rocha, Ricardo Fontes, Jairo Fernandes Gonçalves, Rubens Schulz, Rosane Portella Wolff, José Agenor de Aragão e Selso De Oliveira, que votaram pela fixação da verba em 5% sobre o valor atualizado da causa, rateados em igual proporção entre os patronos de cada um dos réus). Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participaram os Desembargadores Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes, Raulino Jacó Brüning, Jairo Fernandes Gonçalves, João Batista Góes Ulysséa, Denise Volpato, Stanley Braga, Saul Steil, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, André Luiz Dacol, Gerson Cherem II, Rosane Portella Wolff, José Agenor de Aragão, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Haidée Denise Grin, Selso De Oliveira e Osmar Nunes Júnior.

Florianópolis, 9 de dezembro de 2020.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Felisberto Córdova Advogados e Felisberto Odilon Córdova ajuizaram ação rescisória contra espólio de Zurleide Fernandes Cruz e Luiz Roberto de Athayde Furtado objetivando a desconstituição

de acórdão prolatado pela Terceira Câmara de Direito Civil no julgamento da Apelação Cível n. 2012.093096-8 (rel. Des. Saul Steil), assim ementado:

AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. VERBA HONORÁRIA QUE ESTAVA CONDICIONADA AO RESULTADO FINAL. DEMANDAS PATROCINADAS PELOS AUTORES QUE AINDA ESTÃO EM TRÂMITE PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE DOS AUTORES EXIGIREM O CUMPRIMENTO DO CONTRATO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

RECURSO DA RÉ. PLEITO DE MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Narram os autores que o demandante Felisberto Odilon Córdova foi contratado por Zurleide Fernandes Cruz para o manejo das medidas judiciais cabíveis para a dissolução de seu casamento com Sérgio Kracik Rosa, partilha de bens e fixação de pensão alimentícia, oportunidade em que ficou ajustado o pagamento de honorários advocatícios de resultado em 10% sobre a meação dos bens pessoais do casal, mais 20% sobre a meação do capital acionário de titularidade do cônjuge varão na empresa “Minusa”, mais 20% sobre a verba alimentar percebida no curso da demanda e, posteriormente, sendo necessária a resolução de um contrato de compromisso de compra e venda de uma casa situada na cidade de Itapema, mais 10% sobre o valor venal desse imóvel.

Assinalam que, obtido o divórcio, Zurleide Fernandes Cruz recebeu, sob o patrocínio do Felisberto Odilon Córdova, a respectiva meação dos bens pessoais do casal, dentre os quais a casa em Itapema, mais o direito à metade da participação acionária titulada em nome de seu consorte na aludida pessoa jurídica (“Minusa”), fazendo jus, portanto, à participação ideal nos respectivos lucros distribuídos pela empresa, a título de pensão alimentícia.

Relatam que, por força de decisão deste Tribunal de Justiça, não foi efetivada a transferência das ações, haja visto que Zurleide não poderia também tornar-se sócia da empresa sem a aceitação dos demais sócios, motivo pelo qual lhe coube apenas buscar a apuração de haveres, consistente em 5% das ações da sociedade, o que se deu por meio da ação n. 039.94.000453-2 (1ª Vara Cível da Comarca de Lages), a qual, após designação de perícia, foi arquivada administrativamente em razão do falecimento da autora.

Anotam que, paralelamente, foi deflagrada a respectiva ação de inventário (autos n. 039.08.021411-6, Vara da Infância e Juventude de Lages), na qual os herdeiros e o ex-marido, representados pelo mesmo advogado, ajustaram a partilha das referidas cotas acionárias, o que acabou por esvaziar a ação de apuração de haveres.

Referem restar o adimplemento pelo espólio dos valores relativos ao honorários devidos pela autora da herança, motivo pelo qual a banca ora demandante (Felisberto Córdova Advogados) – cessionária da verba – ajuizou a respectiva ação de cobrança, cujo pedido foi julgado improcedente.

Alegam ser inaceitável falar em descumprimento dos contratos pelo causídico, pois sempre defendeu com zelo e boa técnica os interesses de sua constituinte, ao passo que o serviço para o qual foi contratado foi prestado em sua inteireza, inexistindo motivo minimamente razoável para desobrigar-se o espólio do pagamento dos honorários reclamados.

Consignam não se confundirem o instrumento de mandato e o contrato de honorários, de modo que, com a morte de Zurleide, operou-se automaticamente a revogação dos poderes outorgados ao advogado, porém subsiste a retribuição pelo serviço contratado, obrigação esta transmissível ao espólio ou aos sucessores da falecida, pelo que concluem que o inadimplemento não partiu do causídico, e sim do espólio demandado.

Apontam que os honorários avençados sobre a meação das ações da “Minusa” são devidos sem qualquer abatimento, pois o contrato previa o vencimento antecipado da obrigação, por inteiro, em caso de renúncia da causa, de revogação do mandato ou de composição amigável, destacando ter havido revogação do mandato com a morte da constituinte e composição amigável, por via oblíqua, na apuração de haveres feita no processo de inventário, sem a participação do antigo patrono da falecida.

Aduzem somente ser necessário o arbitramento de honorários caso o respectivo valor não houvesse sido estipulado, porém o contrato em tela traz previsão de pagamento integral em caso de revogação do mandato no curso da execução da atividade.

Em relação ao imóvel localizado em Itapema – o qual foi objeto da ação de resolução de compra e venda n. 125.02.002642-4 –, asseveram ser devido pelo espólio a quantia de R\$ 18.000,00, equivalente a 20% do seu valor, uma vez que 10% referem-se a honorários sobre a meação e outros 10% decorrem de ajuste posterior específico para tal finalidade, ainda que quando da morte de Zurleide estivesse pendente de julgamento a apelação interposta em face da sentença de resolução, havendo, portanto, resultado prático para a sua constituinte. No ponto, defendem ainda que, caso não reconhecida como devida a integralidade de tal verba, ao menos os 10% iniciais são devidos desde já, pois contratados para a consecução do divórcio e da partilha.

Quanto à verba honorária sobre a pensão alimentícia estabelecida em favor de Zurleide na separação, apontam ser devida a importância de R\$ 357.000,00, correspondente à parcela anual de 20% dos dividendos recebidos (R\$ 127.500,00, apurados conforme declaração de renda da falecida referente ao ano-calendário de 2007) multiplicados por 14 (anos decorridos entre o pedido de alimentos e a morte da alimentanda). Relatam que, todavia, a sentença equivocadamente reconheceu que o contrato previa o recebimento de honorários somente enquanto perdurasse a demanda e que o vocábulo demanda estaria a significar o próprio processo de alimentos, limitando a pretensão ao período entre a data da transação ocorrida naquele feito e a data da extinção da ação de divórcio, ao passo que a interpretação correta – e a intenção dos contratantes – seria de que a verba seria devida enquanto subsistisse o litígio, encerrado tão somente com o passamento de Zurleide (ou seja, de 1993 a 2008).

Afirmam, de outro vértice, que a ação de cobrança foi deflagrada pelo escritório Felisberto

Córdova Advogados, tendo como assistente o seu sócio Felisberto Odilon Córdova, porém o Magistrado sentenciante veio a transformar o instituto da assistência em litisconsórcio ativo, olvidando-se de que o advogado havia cedido à sociedade os direitos inerentes aos honorários, de modo que o titular do direito pleiteado não era mais o causídico, e sim a respectiva banca.

Narram que a sentença em tela foi integralmente abonada pela Terceira Câmara de Direito Civil, de modo que, “ao arrepio da lei e do bom senso, os contratos de fixação de honorários advocatícios com cláusula de sucesso foram tornados sem valia nenhuma [...] porque o resultado acordado, ou a sua sorte, não estaria mais para a contenda e seu desfecho, em função do sucesso ou do insucesso da demanda, e sim em função do bel-prazer do cliente, que pode a qualquer tempo e sem justo motivo revogar os poderes para o foro em geral, transacionar ou encerrar o litígio sem a aquiescência do advogado, impossibilitando-o de alcançar o resultado pretendido” (*sic*, fl. 9).

Relatam terem interposto recurso especial, o qual não foi admitido porquanto verificada a sua deserção.

Fundamentam a presente ação rescisória na alegada ocorrência de violação a literal disposição de lei e de erro de fato (art. 485, V e IX, do Código de Processo Civil de 1973) em diversos tópicos, a saber:

a) Violação aos arts. 535, II, 47 e 50 do CPC/1973: Rememoram que a ação de cobrança foi ajuizada pela sociedade de advogados (cessionária dos direitos inerentes ao recebimento de honorários advocatícios) ao passo que a sentença, de ofício, veio a estabelecer litisconsórcio ativo entre a banca e o causídico. Referem que tal proceder foi alvo de insurgência recursal, porém a questão nem sequer foi relatada e apreciada no acórdão rescindendo, permanecendo tal negativa de prestação jurisdicional até mesmo após a interposição de embargos de declaração.

b) Violação aos arts. 535, I e II, do CPC/1973, art. 22 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e art. 421 do Código Civil de 2002 / erro de fato: Alegam que, valorando a contratualidade em detrimento da lei e mal interpretando o caráter dos contratos de resultado, o acórdão rescindendo consignou que o advogado não teria dado fim ao objeto contratado e, portanto, não faria jus aos respectivos honorários, tendo, no entanto, silenciado quanto à ocorrência de vencimento antecipado da exigibilidade da verba em caso de revogação do mandato ou de composição amigável, cláusula esta não refutada pela parte adversa. Por conseguinte, assinalam que, sendo a advocacia uma atividade de meio, são devidos os honorários pelo trabalho realizado.

c) Violação aos arts. 458 e 43 do CPC/1973, arts. 476 e 682 do Código Civil de 2002 e art. 1.247 do Código Civil de 1916 / erros de fato: Aduzem não ter havido substituição (*rectius*: sucessão) da falecida pelos seu espólio ou herdeiros, de modo que, não possuindo poderes para atuar em juízo, o advogado ora demandante não pode concluir os trabalhos contratados. Referem, pois, que o inadimplemento partiu do espólio acionado, que deverá arcar com indenização pelos serviços desempenhados e lucros que poderiam ser alcançados caso concluída o contrato nos moldes ajustados.

d) Violação ao art. 458 do CPC/1973 / erros de fato: Consignam ser equivocado o acórdão ao apontar que Zurleide não teria conquistado metade da participação social de titularidade de seu ex-marido na empresa “Minusa” enquanto pendente a ação de apuração de haveres, tanto é que as respectivas cotas sociais foram arroladas na ação de inventário.

e) Violação ao art. 535, II, do CPC/1973: Argumentam que, quanto ao percentual referente ao imóvel situado em Itapema, o acórdão rescindendo tratou apenas da parte relativa à resolução do compromisso de compra e venda, omitindo-se em relação aos 10% acordados pela partilha dos bens do casal, resultado este alcançando na conclusão da ação de divórcio.

f) Violação aos arts. 128, 302 e 334 do CPC/1973: Expõem que o espólio não negou a dívida concernente aos honorários sobre a verba alimentar, mas sim, sem apontar o valor que entende devido, apenas arguiu o excesso da quantia reclamada, motivo pelo qual a pretensão de cobrança haveria de ter sido acolhida, determinando-se o levantamento do montante efetivamente recebido pela falecida mediante perícia ou liquidação de sentença.

Ao final, requereu a procedência do pedido a fim de desconstituir o acórdão rescindendo, procedendo-se a novo julgamento da apelação interposta, reiterados os pedidos e requerimentos lá constantes (fls. 1-20).

A causa foi valorada em R\$ 693.479,12, montante correspondente ao valor atualizado da ação de cobrança.

O feito veio instruído com os documentos de fls. 21-487.

Pelo despacho de fls. 490-491, de lavra do Des. Joel Dias Figueira Júnior, foi determinada a intimação dos autores para que procedessem à juntada de certidão do trânsito em julgado do acórdão rescindendo e de procuração outorgada ao subscritor da petição inicial, o que foi cumprido às fls. 495-498.

Citado por correio (fl. 540), o espólio de Zurleide Fernandes Cruz, representado por Sérgio Ricardo Fernandes Rosa (inventariante), apresentou resposta em forma de contestação na qual inicialmente alega a “prescrição” (*sic*) da pretensão de rescisão do acórdão em questão, pois a última decisão naquele processo se deu em 18 de abril de 2012, ao passo que a presente demanda foi ajuizada tão somente em 9 de fevereiro de 2015, bem como aduz a ocorrência de prescrição da pretensão de cobrança de honorários advocatícios – cujo prazo é de cinco anos (art. 206, § 5º, II, do Código Civil) – sobre a verba referente à obrigação alimentar, pois a respectiva demanda estava em curso entre os anos de 1993 e 1994, além do que extinção do mandato ocorreu em 2008, com a morte da contratante.

No mérito, afirma que a ação rescisória não se presta para o reexame de provas e assevera a inocorrência de erro de fato, uma vez que o acórdão rescindendo não admitiu um fato inexistente e tampouco considerou inexistente algum fato efetivamente ocorrido.

Menciona ainda não ter havido violação a literal disposição de lei, notadamente porque a)

o advogado ora demandante não era mero assistente processual, e sim titular do direito discutido na ação de cobrança, ao passo que os embargos de declaração interpostos naquele feito foram desprovidos justamente em razão da ausência de omissões; b) os serviços para os quais o causídico foi contratado não findaram, tendo cessado o contrato com o falecimento da constituinte sem que esta tenha obtido proveito econômico, não havendo, pois, causa de vencimento antecipado ou obrigação de os herdeiros cumprirem os termos pactuados, além da impossibilidade de os demandantes exigirem prestação antes de cumprida a sua respectiva obrigação, devendo, ademais, ingressar com ação de arbitramento de horários para recebimento para apuração da remuneração devida; c) o fato de as cotas sociais da empresa “Minusa” terem sido arroladas na ação de inventário só comprovam que a autora da herança nada recebeu, tratando-se de mera expectativa dos herdeiros; d) houve pronunciamento judicial a respeito do imóvel situado em Itapema, porém Zurleide nunca chegou a ser imitada na posse do bem; e) foi veementemente negada na contestação da ação de cobrança a alegada dívida relativa aos honorários advocatícios sobre a verba alimentar, até mesmo porque a falecida nada recebeu a esse título.

Ao final, defende a inexistência de direito subjetivo dos acionantes ao recebimento dos honorários advocatícios, uma vez que a verba estava condicionada ao resultado consubstanciado no seu efetivo proveito econômico com as demandas patrocinadas pelo advogado ora demandante, sendo *conditio sine qua non* para tanto o cumprimento integral da obrigações decorrentes do mandato que lhe foi outorgado e o êxito nas ação judiciais (fls. 526-548).

Citado por edital (fl. 598), também o réu Luiz Roberto de Athayde Furtado apresentou resposta em forma de contestação na qual, prefacialmente, impugna o valor atribuído à causa e sustenta a sua ilegitimidade *ad causam*, haja vista não ter sido parte no processo originário e não ter celebrado nenhum contrato com os autores, além do que a verba honorária por ele recebida decorre do princípio da causalidade e possui caráter autônomo e natureza alimentar, ostentando assim *status* de irrepetibilidade.

No concernente ao mérito, em extenso arrazoado apresenta defesa mais apropriada à ação originária, pautando-se sobretudo na ausência de efetivo proveito econômico à falecida Zurleide nas ações judiciais em que esteve representada pelo advogado ora acionante e no não cumprimento integral das obrigações pelo causídico, pelo que não poderia exigir a contraprestação pelos serviços por ele prestados.

Por fim, formula “pedido de uniformização de jurisprudência” caso julgado procedente o presente pedido rescindente com a consequente devolução dos honorários recebidos por força da sentença proferida na ação de cobrança (*sic*) (fls. 601-661).

Os autores apresentaram réplica às contestações às fls. 668-673.

VOTO

Trata-se de ação rescisória por meio da qual objetivam os autores a desconstituição de acórdão da Terceira Câmara de Direito Civil que confirmou sentença de improcedência da pretensão

deduzida pelos acionantes em ação de cobrança de honorários advocatícios, ao fundamento central de que o recebimento da verba reclamada estava condicionado ao resultado final das demandas patrocinadas pelos causídicos, sendo, portanto, inexigível a obrigação enquanto não encerrados os trâmites processuais originários.

1 PRELIMINARES

1.1 Decadência

Sustenta o espólio demandando, inicialmente, a “prescrição” (*sic*) da pretensão de rescisão do acórdão em questão.

De plano, faz-se necessário anotar cuidar-se, em verdade, de um prazo decadencial, haja visto que, decorrido o respectivo lapso temporal, perde a parte interessada não apenas o direito ao ajuizamento da ação rescisória, e sim o próprio direito material à rescisão. Refere-se, pois, a um direito potestativo, na medida em que o *iudicium rescindens* possui natureza constitutiva. De qualquer sorte, a equivocada menção à “prescrição” por certo não impede o conhecimento da alegação, do que se passa a tratar.

Dispunha o Código de Processo Civil de 1973 (vigente à época da propositura da presente ação rescisória):

Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

In casu, assevera o espólio acionado que “a última decisão se deu no agravo em recurso especial, AResp n. 71827/SC, que transitou em julgado em 18 de abril de 2012” e que “os requerentes ingressaram com a ação rescisória em 9 de fevereiro de 2015, ou seja, quase três anos após o trânsito em julgado da última decisão” (*sic*, fl. 529)

Todavia, o recurso especial ao qual se fez referência, ao que tudo indica, não possui nenhuma relação com a presente demanda, circunstância essa explicitada pelos autores em réplica, ao afirmarem que “referido recurso dimana de questão outra, diversa, de pleito de habilitação e reserva de bens formulado no inventário do espólio réu” (fl. 668).

No mais, importa consignar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento, consubstanciado na Súmula 401, no sentido de que “o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

No caso vertente, o prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória somente teve início após esgotado o prazo recursal da decisão que inadmitiu o recurso especial interposto pelo espólio (fls. 456-457), cuja intimação ocorreu em 28 de fevereiro de 2014 (fl. 458).

Por conseguinte, considerando que a petição inicial da presente ação rescisória foi protocolada em 6 de fevereiro de 2015, afigura-se inviável o reconhecimento da decadência.

Aliás, nenhuma dúvida há neste particular, até mesmo porque a ação foi ajuizada antes mesmo de escoado o prazo de dois anos a partir da lavratura do próprio acórdão rescindendo.

1.2 Prescrição

Na sequência, aponta o espólio acionado a prescrição da pretensão de cobrança de honorários advocatícios – cujo prazo é de cinco anos (art. 206, § 5º, II, do Código Civil) – sobre a verba referente à obrigação alimentar, pois a respectiva demanda estava em curso entre os anos de 1993 e 1994, além do que a extinção do mandato ocorreu em 2008, com a morte da contratante.

No entanto, considerando que neste momento a discussão restringe-se à verificação da ocorrência ou não de alguma das hipóteses de rescisão do julgado (*iudicium rescindens*), mostra-se inviável, ao menos por ora, a análise da preliminar de mérito suscitada.

De fato, consoante leciona Arnaldo Rizzardo, “na ação rescisória também não se permite que seja aventada [a prescrição], eis que não está dentro do elenco de situações que a ensejam, além de se tratar de matéria totalmente impertinente daquela que se pretende rescindir” (*Parte geral do Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 623).

De outra banda, não se há de negar que a prescrição alegada em defesa poderia ser apreciada em um segundo plano, em *iudicium rescissorium*, em caso de procedência do pedido desconstitutivo formulado nesta primeira fase. Todavia, para tanto é imprescindível que a matéria tenha sido arguida já na demanda originária, sendo, portanto, inadmissível a sua alegação tão somente agora em sede de ação rescisória.

Nesse passo, aponta Nestor Duarte que “em ação rescisória não se pode alegar prescrição que não fora arguida na ação em que tenha sido proferida a sentença rescindenda (*Código Civil comentado*. coord. Cezar Peluso. 12. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 122-123).

Em arremate, colhe-se da lição de José Augusto Delgado e Luiz Manoel Gomes Júnior:

Por outro lado, poderá ser invocada a prescrição em Ação Rescisória?

A resposta a esta indagação tem dois desdobramentos.

Se a alegação de prescrição foi afastada no julgamento da causa, não há óbice para a invocação do tema com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil – violação à literal disposição de lei –, desde que presentes os requisitos legais.

Se era o caso de reconhecimento da prescrição e, equivocadamente, não foi reconhecida, inexistente qualquer obstáculo a impedir a sua análise em sede de Ação Rescisória.

Poderá ser a questão, *originariamente*, invocada em sede de Ação Rescisória?

Este é o segundo desdobramento da questão inicial.

Entendemos que não. Se a prescrição não for invocada no momento oportuno, ou seja, nas instâncias ordinárias, enquanto processada a demanda em que poderia ser alegada, torna inviável a utilização da Ação Rescisória (*Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol 2, p. 892-893).

Assim, deixa-se de conhecer da preliminar de mérito suscitada.

1.3 Valor da causa

Em sua contestação, o acionado Luiz Roberto de Athayde Furtado impugna o valor da causa alegando não ser devedor de nenhuma quantia aos autores, além de ter recebido apenas a quantia de R\$ 10.562,79.

Entretanto, o montante que o antigo procurador do espólio alega ter auferido não possui relevância para a fixação do valor da causa, o qual deve refletir com a maior precisão possível o proveito econômico a ser obtido em caso de procedência da pretensões deflagradas.

Sobre o tema, anotam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Levando-se em consideração a regra básica sobre atribuição do valor da causa constante do art. 291, CPC, é possível concluir que deve ser atribuído à ação rescisória o “conteúdo econômico imediatamente” pretendido pela parte. Vale dizer: o valor da causa na ação rescisória corresponde ao valor do pedido nela formulado (*Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 295).

Na situação vertente, a causa foi valorada em R\$ 693.479,12 (seiscentos e noventa e três mil, quatrocentos e setenta e nove reais e doze centavos), o que, segundo informado pelos autores na própria petição inicial, corresponde ao valor atualizado da ação de cobrança (fl. 20).

Com efeito, mostra-se crível a alegação, pois, ainda que o feito não tenha sido instruído com demonstrativo do respectivo cálculo, à demandada originária foi, em abril de 2011, atribuído o valor de R\$ 562.456,19 (fl. 27).

Nessa toada, afigura-se adequada a importância apontada pelos autores, por refletir o proveito econômico atual almejado em caso de procedência dos pedidos, o que, *in casu*, coincide com o valor originariamente pleiteado acrescido das respectivas correções monetárias.

A respeito, já decidiu este Grupo de Câmaras:

IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. SENTENÇA RESCINDENDA QUE JULGOU EMBARGOS DO DEVEDOR. DEMANDA QUE DEVE SER VALORADA CONFORME A IMPORTÂNCIA ECONÔMICA DO CRÉDITO IMPUGNADO AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA.

Em atenção ao disposto no art. 259, I, do Código de Processo Civil, a causa, na hipótese de disputa sobre crédito, deve ser valorada conforme o montante atualizado ao tempo do ajuizamento. Nesse norte, ajuizada demanda rescisória em que se questiona a sentença que julgou os embargos, o valor da causa deve equivaler ao montante atualizado da dívida quando da propositura da ação rescisória (Impugnação ao Valor da Causa em Ação Rescisória n. 2011.063718-6, de Dionísio Cerqueira, rel. Sebastião César Evangelista, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 9-12-2015).

Dessa feita, deve ser mantido o valor da causa apontado pelos demandantes na petição inicial.

1.4 Ilegitimidade do réu Luiz Roberto de Athayde Furtado

Sustenta o réu Luiz Roberto de Athayde Furtado a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, haja vista não ter sido parte no processo originário e não ter celebrado nenhum contrato com os autores, além do que a verba honorária por ele recebida decorre do princípio da causalidade e possui caráter autônomo e natureza alimentar, ostentando assim *status* de irrepetibilidade.

Infere-se dos autos que o acionado Luiz Roberto foi incluído no polo passivo da presente demanda tão somente em razão de ter atuado como patrono do espólio da ação de cobrança, na qual obteve honorários sucumbenciais em seu favor, o que, segundo apontado pelos autores em réplica, tornaria o causídico parte legítima em razão da necessidade de restituição da verba.

Todavia, não se vislumbra neste particular a existência de direito autônomo em discussão neste processo, na exata medida em que não há nenhum vínculo jurídico do referido advogado com o objeto litigioso. Trata-se de um direito meramente reflexo à percepção da verba, a qual inegavelmente dependente do resultado do litígio entre seu constituinte e a parte adversa.

Nessa toada, com propriedade assinalam Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição:

Exemplo prático, tão interessante quanto relevante, é o caso do advogado: saber se deve figurar no polo passivo, já que, uma vez rescindida a decisão proferida no processo no qual atuou, será diretamente atingido – tendo em vista que é titular dos direitos relativos aos honorários – embora não tenha sido parte. Assiste-lhe legitimidade para propor ação rescisória? Devem ser, os advogados das partes, necessariamente citados para ação rescisória?

Parece-nos que *não*.

Isso por que, embora o direito aos honorários pertença ao advogado, não se trata de direito autônomo, *mas dependente do direito* que se discutiu no processo findo. Essa dependência cria uma situação, para o advogado, nesse particular, semelhante à do assistente simples: *ele não pode discutir direito próprio*, porque seu direito depende de a parte a quem representou ganhar ou perder (*Ação rescisória e querela nullitatis*: semelhanças e diferenças. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 161-162).

Assim, conquanto não se desconheça a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário (v. g., Recurso Especial n. 1.651.057/CE, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 16-5-2017; Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 3.290/SP, rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, j. 25-5-2011), em julgados mais recentes aquela Corte reiteradamente tem se posicionado pela ilegitimidade do advogado detentor de verba honorária sucumbencial para figurar no polo passivo de ação rescisória, a saber:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. 1. LEGITIMIDADE

PASSIVA DOS ADVOGADOS. INEXISTÊNCIA. AUTONOMIA DA VERBA HONORÁRIA EM RELAÇÃO AO MÉRITO DA DEMANDA. PRECEDENTES. [...]

1. Com efeito, no julgamento realizado pela Segunda Seção desta Corte na AR n. 5.160/RJ, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, foi firmado o entendimento de que o advogado não possui legitimidade passiva para integrar ação rescisória, porque não tem vínculo jurídico com o objeto litigioso do processo do qual se originou a sentença rescindenda, ostentando, assim, interesse apenas reflexo na manutenção daquela decisão.

[...] (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.499.101/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 14-9-2020).

Na mesma esteira:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA MOVIDA PELO INCRA. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL. FALTA DE LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ADVOGADO DA PARTE EXPROPRIADA. EXCLUSÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. [...]

[...] 2. O causídico que defendeu a empresa expropriada na lide anterior não possui legitimidade para com ela figurar, em litisconsórcio, no polo passivo da presente rescisória, pois não foi parte e nem detinha vínculo jurídico com o objeto litigioso da demanda expropriatória. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.743.750/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 11/9/2019; EDcl no AREsp 269.971/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 25/4/2013.

[...] (Ação Rescisória n. 4.883/MG, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Seção, j. 9-9-2020).

E ainda:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ADVOGADO DO AUTOR DA SENTENÇA RESCINDENDA. PRECEDENTES. [...]

1. No julgamento da Ação Rescisória n. 5.160/RJ, a Segunda Seção do STJ perfilhou o entendimento de que advogados não têm legitimidade passiva para integrar ação rescisória, pois não têm vínculo jurídico com o objeto litigioso do processo do qual se originou a sentença rescindenda. Logo, ostentam interesse apenas reflexo na manutenção daquela decisão.

[...] (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.548.402/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 10-12-2019).

Nesse quadro, deve ser acolhida a preliminar suscitada a fim de reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* de Luiz Roberto de Athayde Furtado e, por conseguinte, com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil, declarar extinto o processo sem resolução com relação ao referido réu.

2 JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO

Superadas as questões preliminares aventadas, passa-se desde logo ao julgamento antecipado do mérito, haja vista a desnecessidade de produção de outras provas além das documentais já constantes dos autos (art. 355, I, do atual Código de Processo Civil).

Aliás, é de se notar a inviabilidade de instrução processual em ação rescisória fundada na alegação de erro de fato (art. 485, VI, do Código de Processo Civil de 1973), consoante anota José Carlos Barbosa Moreira:

Mesmo, contudo, em casos de possível passagem ao *iudicium rescissorium*, é concebível que fique preexcluída a colheita de novas provas tendentes a influir no rejuízo da causa. Por exemplo: na hipótese do art. 485, no IX, consoante já se explicou, todo o trabalho cognitivo do tribunal há de ter por objeto exclusivo o material *já constante* dos autos do processo onde se proferiu a sentença rescindenda; quaisquer outras provas são incabíveis, e o relator não deve admiti-las (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. vol. V: arts. 476 a 565, p. 195).

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero apontam ser indevida a instrução processual em caso de ação rescisória fundada na alegação de violação de dispositivo de literal disposição de lei (art. 485, V, do Código de Processo Civil de 1973), a qual passou a ser tratada no novo *Códex Instrumental* como violação manifesta a norma jurídica (art. 966, V) justamente com o intuito de restringir de vez a produção probatória em tal hipótese:

De um lado, o cotejo entre a “literal disposição de lei” e a “manifesta violação de norma jurídica” serve para reforçar uma particularidade que grava a ação rescisória fundada na violação de norma jurídica: a restrição probatória. Quando o legislador acentua o caráter “manifesto” da violação à norma jurídica, *ele acentua a impossibilidade de reexame da prova e de produção de nova prova para fundar o juízo rescindente e o juízo rescisório* (*Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 182).

Nesse palmilhar, mostra-se dispensável a instrução processual, pelo que se passa diretamente à análise do pedido de rescisão do julgado.

3 IUDICIUM RESCINDENS

Como primeiro fundamento para a rescisão do julgado em questão, sustentam os autores a violação aos arts. 535, II, 47 e 50 do Código de Processo Civil de 1973, porquanto a ação de cobrança originária foi ajuizada apenas pela sociedade de advogados – cessionária dos direitos inerentes ao recebimento de honorários advocatícios –, ao passo que a sentença, de ofício, veio a estabelecer litisconsórcio ativo entre a banca e o causídico. Referem, pois, que tal proceder foi alvo de

insurgência recursal, porém a questão nem sequer foi relatada e apreciada no acórdão rescindendo, permanecendo tal negativa de prestação jurisdicional até mesmo após a interposição de embargos de declaração.

Inicialmente, importa consignar que, conquanto somente sejam rescindíveis as sentenças de mérito (art. 485 do Código de Processo Civil de 1973), a alegação de violação a literal disposição de lei (inciso V) não precisa necessariamente referir-se a uma norma de direito material, sendo perfeitamente admissível a propositura da demanda rescisória com fundamento em suposta ofensa a uma lei de cunho processual.

Nessa toada, leciona José Carlos Barbosa Moreira:

Convém assinalar que atinente ao mérito precisa ser a decisão rescindenda; não necessariamente o vício que se lhe imputa. Diz respeito a exigência ao objeto, não ao fundamento do pedido de rescisão. Uma sentença de mérito pode ser rescindível em razão de *error in procedendo*, de violação de norma processual (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. vol. V: arts. 476 a 565, p. 108).

Na mesma esteira, extrai-se da doutrina de Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição:

Já não mais se discutia, mesmo à luz do CPC revogado, se a ofensa à *lei processual* podia dar azo à ação rescisória.

Entedia-se, e se entende, que sim. A ofensa à norma jurídica pode estar na *própria sentença*, ou pode ter ocorrido no curso do processo em que a decisão foi proferida (*Ação rescisória e querela nullitatis: semelhanças e diferenças*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 223).

Anotam, ainda, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

A norma jurídica violada pode ser processual ou material, de direito público ou privado. A ação rescisória serve, enfim, para corrigir um *error in procedendo* ou um *error in iudicando* (*Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 559).

Pois bem.

No caso concreto, verifica-se que, embora não houvesse nenhuma insurgência da parte ré quanto à não participação de Felisberto Odilon Córdova no polo ativo da ação de cobrança, o Magistrado sentenciante, sem nem mesmo conferir às partes oportunidade de manifestarem-se a respeito, veio a incluí-lo *ex officio* naquele feito, ao argumento de que era o próprio causídico o titular do direito creditício pleiteado, *in verbis* (fl. 169):

Observa-se que o primeiro contrato de mandato em discussão não envolveu a sociedade de advogados (Felisberto Córdova Advogados), mas sim e tão somente o próprio advogado, como mandatário [fl. 26 (dos autos da ação de cobrança)]. Portanto, o segundo autor não é rigorosamente assistente, mas sim titular de direito e obrigações. Bem por isso a assistência é instituto processual de intervenção de terceiros no processo, ou seja, quando um terceiro com interesse na causa intervém a favor do autor ou réu (CPC, art. 50). No caso, se a pessoa natural participou da relação de direito material e interveio no processo desde o início, não se pode reconhecer sua condição de mero assistente. Deste modo, reconhece-se a legitimidade ativa de Felisberto Córdova Advogados e Felisberto Odilon Córdova, porque há litisconsórcio ativo, nos termos do art. 46 do CPC.

Tal deliberação foi alvo de insurgência na apelação interposta pela banca demandante, desta feita em conjunto com o advogado. Note-se que a questão foi inclusive tratada em tópico específico nas razões recursais (item 16), conforme fundamentação a seguir transcrita (fls. 222-223):

Em tempo, a sentença deve ser corrigida, ainda, para reordenar o polo ativo da ação. É que a contenda foi deflagrada tendo como autor o escritório Felisberto Córdova Advogados e como assistente o sócio decano Felisberto Odilon Córdova.

Mas o douto juiz sentenciante, considerando que o contratado no contrato primeiro não foi o escritório, mas, sim, o advogado assistente, transformou o instituto da assistência em litisconsórcio ativo.

Esqueceu-se, porém, que o advogado assistente, quando da constituição do escritório, cede-o todos os direitos inerentes a honorários. O titular do direito invocado na exordial não é mais o advogado, mas, sim, o escritório.

Lê-se do contrato social consolidado, autuado:

Cláusula Décima Primeira – A sociedade apanha, qualquer que seja a origem e natureza, as ações em curso sob os cuidados dos sócios, respeitadas atuação e direitos pertinentes de outros advogados e ou sociedades. Apenas em caráter excepcional (situações pessoais e ou particulares alheias à sociedade) e com o pleno conhecimento de seus pares, os sócios poderão advogar individualmente, sem que os honorários auferidos ser revertam à sociedade.

E o advogado segue assistindo, sem impugnação do adverso, pelo fato de que os honorários aqui buscados referem-se a contratação que se deu na sua pessoa, antes da constituição do escritório, boa parte do trabalho pelo mesmo desempenhada, tendo, pois, internamente, direito a maior parte deles.

É do contrato social:

Cláusula Décima Terceira – A partir de sua entrada na sociedade e sem prejuízo do disposto na cláusula décima quarta, fica definido que os sócios Jeferson da Rocha e Rafael Pelicioli Nunes terão participação individual de três por cento (3,5%) (*sic*) sobre os resultados concretos quanto às ações contratadas até a data de seus respectivos ingressos na sociedade, e em trâmite, incluídos os de associação com outros escritórios de advocacia.

Bem por isso seu interesse na sorte da presente causa.

Todavia, o acórdão rescindendo (fls. 278-290) ignorou por completo a apreciação daquela insurreição, não havendo nenhuma menção a respeito nem mesmo no relatório.

Na sequência, o advogado e a respectiva sociedade interpuseram embargos de declaração nos quais foi apontada a referida omissão, consoante tópico 4 constante daquela peça recursal (fls. 293):

Primeiro uma patente omissão.

Note-se que a ação foi deflagrada pelo escritório de advocacia embargante, assistido por um dos seus sócios. Tudo porque os instrumentos contratuais que sustentam a presente cobrança foram firmados pelo advogado assistente ao tempo em que o mesmo não integrava a sociedade, contratos, todavia, cedidos ao escritório quando de sua constituição.

Não obstante, a sentença, mesmo inexistindo objeção do adverso, achou por bem transformar a assistência processual em litisconsórcio ativo, institutos sabidamente diversos.

Restou ao embargante apelar, a fim de que fosse restabelecida a ordem e os efeitos materiais e processuais atinentes ao autor e seu assistente, e não litisconsortes.

Questão, entretanto, sequer narrada no relatório da causa, muito embora o voto em algumas passagens trate o polo ativo da ação de fato deve ser tratado, composto por um autor, o escritório embargante, e por um assistente, o advogado nominado.

É o caso, pois, de solver a omissão, de fácil deslinde, sob pena de franca negativa de prestação jurisdicional, quiçá afronta aos conceitos dos aludidos institutos, artigos 47 e 50, ambos do Código de Ritos.

Entrementes, os embargos de declaração foram rejeitados na íntegra, em acórdão assim ementado (fl. 330):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE E OMISSÃO NA DECISÃO ATACADA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ ANALISADA NO *DECISUM*. MEIO INADEQUADO. PREQUESTIONAMENTO PREJUDICADO. IRRESIGNAÇÕES REJEITADAS.

Com a devida vênia, inegável que essa omissão configura um manifesto *error ir procedendo* e, permanecendo o vício mesmo após a interposição de embargos de declaração, caracterizada está a violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, que assim dispõe:

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

[...]

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Com efeito, se a legislação processual permite o manejo de recurso específico que visa ao aperfeiçoamento do pronunciamento judicial mediante a análise de questão relevante anteriormente

omitida, por certo não pode o respectivo órgão julgador deixar de fazê-lo, revestindo-se de ilegalidade, assim, a decisão que vem a confrontar tal elementar norma jurídica.

Assinale-se não se tratar, *in casu*, de questão periférica incapaz de influenciar no convencimento do julgador, esta sim prescindível de análise, conforme reiteradamente tem assentado tanto a doutrina quanto a jurisprudência. Ao contrário: a celeuma é deveras importante, pois seu resultado implica na manutenção ou não de um dos então embargantes no polo ativo da demanda, atribuindo-lhe ou a condição de litisconsorte necessário, ou a de mero assistente.

Nesse norte, verificada a ofensa ao aludido dispositivo legal, há de ser desconstituído o acórdão rescindendo, em consonância com o disposto no art. 485, V, do Código de Processo Civil de 1973.

Mutatis mutandis, já decidiu este Tribunal de Justiça:

ACÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA COM FUNDAMENTO EM SUPOSTA VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSIÇÃO DE LEI (ARTIGO 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 - VIGENTE À ÉPOCA). SENTENÇA PROFERIDA EM ACÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT QUE RECONHECEU O DIREITO DO AUTOR AO RECEBIMENTO DA INTEGRALIDADE DA IMPORTÂNCIA PREVISTA NO ARTIGO 3º DA LEI N. 6.194/1974, ALTERADO PELA LEI N. 11.482/2007 (R\$13.500,00). 1. JUÍZO RESCINDENTE. 1.1. SINISTRO OCORRIDO QUANDO JÁ ESTAVA EM VIGOR A MEDIDA PROVISÓRIA N. 451/2008. MAGISTRADO QUE IMPLICITAMENTE NEGOU VIGÊNCIA AO ATO NORMATIVO, AO DEIXAR DE UTILIZÁ-LO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA DE MÉRITO OBJURGADA. [...] (Ação Rescisória n. 0201725-17.2011.8.24.0000, de Joinville, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 17-5-2018) (original não grifado).

De igual modo:

ACÇÃO RESCISÓRIA. ACÇÃO REIVINDICATÓRIA. [...] RÉUS NÃO INTIMADOS PARA SE MANIFESTAR SOBRE A COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO PERICIAL. ABSOLUTA AUSÊNCIA DA PROVA DA QUALIDADE DA POSSE DOS RÉUS. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC/1973, ART. 485, V). PRETENSÃO CONSISTENTE NA RESCISÃO DA SENTENÇA JULGADA PROCEDENTE.

[...] (Ação Rescisória n. 0091004-03.2008.8.24.0000, de Palhoça, rel. Newton Trisotto, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 13-10-2016) (original não grifado).

E ainda:

ACÇÃO RESCISÓRIA. RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO. [...] NULIDADE DE CITAÇÃO EDITALÍCIA. NÃO ESGOTAMENTO DE TODAS AS DILIGÊNCIAS PARA EFETIVAÇÃO DA CITAÇÃO PESSOAL. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.

ACOLHIMENTO DO PEDIDO RESCISÓRIO. EXEGESE DO ART. 485, V, DA LEI INSTRUMENTAL CIVIL. [...]

[...] (Ação Rescisória n. 2008.048853-8, de Criciúma, rel. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 21-8-2014) (original não grifado).

Dessa feita, em *iudicium rescindens*, deve ser acolhido o pedido formulado a fim de desconstituir o julgamento realizado pela Terceira Câmara de Direito Civil nos autos da Apelação Cível n. 2012.093096-8.

Importa destacar que, por serem complementares e constituírem um único pronunciamento judicial, a rescisão ora operada obviamente diz respeito a ambos os acórdãos prolatados naquele feito (ou seja, tanto ao lavrado no julgamento das apelações quanto ao do julgamento dos embargos de declaração), haja vista a impossibilidade de dissociação entre eles.

Por fim, anota-se que, tendo os demandantes deflagrado a presente ação rescisória com base em diversos fundamentos, afigura-se desnecessária a análise de todos eles, uma vez que o reconhecimento de qualquer das hipóteses rescindentes já é suficiente para a desconstituição do julgado impugnado.

Por conseguinte, passa-se ao rejuízo da causa originária.

4 IUDICIUM RESCISSORIUM

4.1 Relatório da demanda originária

Para melhor compreensão do litígio ora a ser reexaminado, faz-se agora um breve relato do contido nos autos da ação de cobrança.

Para tanto, de modo a evitar tautologia, adoto o relatório constante da sentença proferida naquele feito (fls. 146-147):

FELISBERTO CÓRDOVA ADVOGADOS e FELISBERTO ODILON CÓRDOVA, este na condição de assistente, propuseram ação de cobrança contra o ESPÓLIO DE ZURLEIDE FERNANDES CRUZ e seus herdeiros, alegando, em suma, que prestaram serviços advocatícios à autora da herança, Zurleide Fernandes Cruz, na época de seu divórcio, de modo que seus honorários foram pactuados, no primeiro contrato, na ordem de 20% sobre a meação do capital acionário do marido da contratante, Sérgio Kracik Rosa, junto à sociedade empresária denominada Minusa, 10% sobre a metade dos bens do casal, 20% sobre o montante anual dos alimentos imputados ao devedor, pagos por intermédio de rendimentos daquela sociedade empresária. Sustentaram ainda que, no segundo contrato firmado entre as partes, foi pactuada a remuneração correspondente a 10% sobre o valor de um imóvel localizado na cidade de Itapema. Ressaltaram que o imóvel foi objeto das ações de divórcio e resolútorias, com valor comercial de R\$ 90.000,00, de modo que, observando-se os dois contratos de mandato firmados entre as partes, os honorários devidos seriam de R\$ 18.000,00. Disseram que a média corrigida dos valores recebidos pela contratante falecida, em decorrência

de alimentos e rendimentos junto à sociedade empresária, calculados nos últimos 14 anos, seria de R\$ 1.785.000,00, chegando-se ao total de R\$ 357.000,00 de honorários. Requereram, ao final, a procedência do pedido para condenar os réus ao pagamento de R\$ 562.456,19, mais o correspondente a 20% da metade das ações conferidas ao então marido da contratante junto à sociedade empresária Minusa.

Devidamente citado, o espólio contestou arguindo as preliminares de incompetência, pela conexão e continência com a ação nº 039.94.000453-2, em curso junto ao Juízo da 1ª Vara Cível da comarca, a impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir, porque os autores não executaram integralmente os contratos. No tocante ao mérito, sustentou que os processos nºs. 039.04.000453-2 [apuração de haveres] e 125.02.002642-4, que trata sobre o imóvel situado na cidade de Itapema, não foram concluídos. Disse que os rendimentos recebidos pela contratante falecida são inferiores aos indicados na inicial e que a contratante sequer recebeu os benefícios que lhe seriam devidos.

Houve réplica.

Rejeitada a conciliação, em instrução foram inquiridas duas testemunhas.

No início da fundamentação do *decisum*, o Magistrado de primeiro grau reconheceu a legitimidade ativa de Felisberto Odilon Córdova, com a constituição de litisconsórcio ativo, e, na sequência, rejeitou as preliminares suscitadas. No mérito, ao argumento central de que os contratos firmados entre o advogado e sua cliente eram de risco e nenhum resultado efetivo foi obtido por esta, julgou improcedente o pedido formulado, terminando por condenar os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência fixados em R\$ 6.000,00 (fls. 146-157).

O espólio acionado interpôs apelação alegando, em síntese, ser aviltante o valor arbitrado a título de honorários advocatícios, pois se estava a buscar o recebimento de R\$ 562.456,19, e que a verba deve ser estabelecida entre 10 e 20% do conteúdo econômico da causa, ressaltando ainda a complexidade da matéria e o tempo despendido pelo seu patrono, motivo pelo qual pleiteou a fixação da remuneração em seu percentual máximo e, ao final, requereu a “uniformização da jurisprudência” sobre o tema (fls. 181-209).

De sua vez, Felisberto Córdova Advogados e Felisberto Odilon Córdova, conjuntamente, interpuseram apelação na qual sustentaram que a sentença ignorou os resultados já concretamente obtidos e apresentaram argumentações semelhantes àquelas contidas na petição inicial desta ação rescisória no que tange ao mérito da demanda originária – as quais se deixa de evidenciar neste momento a fim de prevenir repetições desnecessárias –, além de, como já mencionado no tópico anterior, insurgirem-se quanto à formação do litisconsórcio ativo (fls. 216-223).

O espólio demandando apresentou contrarrazões (fls. 229-261), ao passo que os autores deixaram fluir em branco o prazo para tanto (fl. 262).

4.2 Rejulgamento da causa

4.2.1 Apelação interposta por Felisberto Córdova Advogados e Felisberto Odilon Córdova

4.2.1.1 Litisconsórcio ativo / assistência

Ainda antes de adentar na questão de fundo do litígio, necessária a análise da questão atinente à inclusão *ex officio* do advogado Felisberto Odilon Córdova no polo ativo da demanda, em litisconsórcio ativo.

Inicialmente, é de se registrar o posicionamento de grande parte da doutrina no sentido da impossibilidade de formação de litisconsórcio ativo necessário, a exemplo do que sugere Fredie Didier Jr.:

Não há hipótese de litisconsórcio necessário ativo.

Nem poderia haver.

O fundamento dessa conclusão é apenas um: o direito fundamental de acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). O direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem. Se houvesse litisconsórcio necessário ativo, seria possível imaginar a situação de um dos possíveis litisconsortes negar-se a demandar, impedindo o exercício do direito de ação do outro (*Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 345).

Hélio do Vale Pereira, de sua vez, admite a possível existência de litisconsórcio ativo necessário tão somente em demanda de natureza constitutiva, categoria na qual sabidamente não se enquadra a ação de cobrança:

Tem-se como premissa a ideia de que as ações constitutivas são as únicas que se associam ao litisconsórcio necessário. Isso já foi sustentado em relação ao litisconsórcio passivo necessário, mas se estende também ao polo ativo da demanda. De logo, pois, deve-se afastar qualquer possível correlação entre o regime do litisconsórcio necessário e ações de outra natureza (*Manual de direito processual civil*. 2 ed. Florianópolis: Conceito Editora, 2008. P. 197).

Outrossim, mesmo admitida a possibilidade de litisconsórcio ativo necessário, *in casu* não parece ser essa a solução adequada.

Com efeito, afirmam os apelantes ter o causídico, quando da constituição da banca, cedido à sociedade os direitos inerentes a honorários advocatícios, razão pela qual a sua atuação na ação de cobrança deve se dar na qualidade de assistente, porquanto a contratação ocorreu na sua pessoa e detém o maior percentual sobre a verba pleiteada.

Conquanto no contrato social da banca (ora representado pela sua “quarta alteração contratual”, documento este acostado à fls. 35-40) não se verifique a ocorrência do termo “cessão” ao tratar dos honorários sobre serviços pretéritos, dispõe a cláusula décima terceira que “fica definido que os sócios Jeferson da Rocha e Rafael Peliciolli Nunes terão participação individual de três por cento

(3,5%) (*sic*) sobre os resultados concretos quanto às ações contratadas até a data de seus respectivos ingressos na sociedade, e em trâmite, incluídos os de associação com outros escritórios de advocacia” (fl. 39).

De qualquer sorte, a alegada cessão em nenhum momento foi contestada ou de algum modo questionada, de modo que não se há falar na ilegitimidade da sociedade para figurar no polo ativo da demanda.

Nessa toada, não sendo mais o titular do direito creditício objeto da ação de cobrança, não poderia o causídico ingressar com a demanda em nome próprio (art. 6º do Código de Processo Civil de 1973), em detrimento da sociedade da qual faz parte.

Não obstante, ainda que não tenha mencionado expressamente a existência de solidariedade ativa sobre o crédito, o Magistrado sentenciante parece ter se valido de tal premissa, uma vez que, se assim não fosse, haveria de haver reconhecido a ilegitimidade do escritório para pleitear o recebimento da verba. Não obstante, sabe-se que, em caso de solidariedade, pode qualquer um dos credores exigir o cumprimento da obrigação (art. 267 do Código Civil), sendo, portanto, facultativa a formação do litisconsórcio ativo.

De todo modo, fato é que, como acima mencionado, a suposta cessão nem sequer foi questionada, pelo que o causídico deixou de ser o titular do crédito reclamado, o qual passou a pertencer à sociedade acionante.

Por conseguinte, afigura-se equivocada a inclusão de ofício do advogado no polo ativo da ação de cobrança movida pela sua respectiva banca, haja vista a inexistência de litisconsórcio necessário.

Outrossim, como igualmente não houve impugnação à condição de assistente – tal como se apresentou o referido advogado já na petição inicial da demanda originária –, deve ele ser mantido no feito sob essa qualidade, pois inegável o seu interesse jurídico (art. 50, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973) no deslinde daquele litígio.

Nesse panorama, dá-se provimento no ponto ao apelo interposto, a fim de excluir o advogado Felisberto Odilon Córdova do polo ativo da lide, mantida, todavia, a sua participação no feito na condição de assistente.

4.2.1.2 Mérito

No que tange ao mérito da ação de cobrança, razão não assiste à sociedade de advogados demandante.

Gravita o litígio em torno de contratos de prestação de serviços advocatícios firmados por Felisberto Odilon Córdova e Zurleide Fernandes Cruz com o objetivo de promoção das medidas a fim de viabilizar a dissolução do casamento desta com Sérgio Kracik Rosa e a respectiva partilha de bens.

No que interessa para a solução da lide, é este o teor do “contrato de honorários advocatícios” firmado em 4 de agosto de 1993 (fl. 47):

Objeto – A defesa dos interesses da Constituinte contra seu marido Sérgio Kracik Rosa, em vistas de separação do casal, promovendo o Advogado todas as ações e medida judiciais que houver como oportunas, quais (*sic*) separação judicial, alimentos, arrecadação e partilha de bens, acompanhando-as em todas as instâncias, com exação e independência profissional;

Honorários – Em contraprestação a esses serviços, realizará a Constituinte ao Advogado, sem verba “pro labore”, os seguintes honorários de resultado (segundo o êxito concreto na demanda):

a – 20% quanto ao que houver, a título de meação, do capital acionário do grupo MINUSA, ou seu equivalente em valor;

b – 10% a igual título dos bens pessoais do casal;

c – 20% sobre o valor anual dos alimentos e rendimentos que forem impostos contra o Suplicado, enquanto persistir a demanda;

Condições – [...]

Na hipótese de renúncia da causa, revogação do mandato ou composição amigável sem a participação do Advogado, este contrato se considerará cumprido e vencido, exigíveis os honorários acima, por inteiro, mediante levantamento e arbitragem do valor da meação da Constituinte.

Já do “contrato de honorários” firmado em 18 de fevereiro de 2002 extrai-se o seguinte (fl. 48):

Objeto – ação resolutória de contrato de compra e venda firmado com Lúcia Boito, tendo por objeto imóvel situado na Meia Praia, Itapema, cf. Matrícula n. 13.547 do Ofício Imobiliário dessa Comarca;

Honorários – a Constituinte realizará, como honorários de resultado, dez por cento do valor do imóvel, segundo a contratação, atualizado, uma vez recuperado o bem objeto da demanda;

Em suas razões de apelação, sustentam de início os autores que “a procuração restou revogada não por culpa do advogado, sempre diligente, mas pela morte da constituinte” e que “os herdeiros da mesma, ou o espólio, não concederam poderes ao advogado para que o mesmo pudesse concluir os trabalhos encetados” (*sic*, fl. 213). Mais adiante, asseveram que “com a morte de Zurleide operou-se automaticamente a revogação dos poderes outorgados” e que, não obstante, “subsiste a retribuição pelo serviço contratado, transmissível, de forma igualmente natural, ao conseqüente espólio, ou aos herdeiros e sucessores” (fl. 216).

Entretanto, assim como não se deve confundir o instrumento de mandato com o contrato de honorários – tal como ressaltam os demandantes –, tampouco se pode confundir as causas de cessação do contrato de mandato, as quais se encontram elencadas no art. 682 do Código Civil.

Com efeito, o referido dispositivo legal traz como hipóteses distintas a “revogação ou renúncia” (inciso I) e a “morte ou interdição de alguma das partes (inciso II), o que evidencia a diferenciação entre tais causas de extinção do contrato, a primeira inerente a um direito potestativo, e a segunda decorrente de um evento natural.

Nesse andar, inviável o acolhimento da alegação de que o óbito de Zurleide acarretou o vencimento antecipado da obrigação relativa à constituinte e a exigibilidade dos honorários advocatícios na sua totalidade, nos moldes previstos no primeiro contrato.

De qualquer sorte, tal circunstância reveste-se de menor relevância ante o fato de que os instrumentos em questão estabeleciam um contrato de resultado, pelo qual se mostra imprescindível o alcance dos objetivos ajustados para que seja considerado cumprido. E, não tendo a constituinte obtido efetivo proveito útil, não se há de admitir como integralmente cumpridas as obrigações inerentes ao causídico, ainda que não tenha havido culpa sua.

No caso vertente, não há nos autos prova de que Zurleide tenha, de fato, recebido valores pela meação da participação societária de seu ex-esposo na empresa “Minusa” ou mesmo sido indenizada após aferido o montante devido em ação de apuração de haveres (item “a” do primeiro contrato). Da mesma forma, não se vislumbra êxito efetivo em relação ao imóvel situado em Itapema (único bem referido em relação ao item “b” do primeiro contrato e objeto também do segundo contrato), porquanto incontroverso que a sua posse nunca chegou a ser recuperada enquanto viva a cliente dos autores. E, ainda, quanto à verba honorária sobre os alimentos (item “c” do primeiro contrato), o próprio documento previa apenas o pagamento de um percentual “enquanto persistir a demanda”, ao passo que a respectiva ação perdurou apenas entre os anos de 1992 e 1993, tendo fim com a transação realizada entre as partes (fls. 49-50), não havendo prova, ademais, de efetivo recebimento de valores nesse período.

Dessa feita, no que tange à questão de fundo da ação de cobrança, não merece nenhum reparo a sentença recorrida, a qual, com a devida vênia, por ter analisado com grande precisão e rigor os fatos narrados, passa a fazer parte integrante deste acórdão, *ipsis litteris*:

Os dois contratos em discussão são expressos no sentido de que os honorários só seriam devidos em caso de sucesso nas respectivas ações. No primeiro pacto, consta que “*em contraprestação a esses serviços realizará a constituinte ao advogado, sem verba ‘pro labore’, os seguintes honorários de resultado (segundo o êxito concreto da demanda)*”. [fls. 26]. No segundo, as partes avençaram que “*a constituinte realizará, como honorários de resultado, dez por cento do valor do imóvel, segundo a contratação, atualizado, uma vez recuperado o bem objeto da demanda*” [fl. 27].

Ora, os contratos de prestação de serviços nessas circunstâncias revelam-se como contratos de risco, porque a remuneração contratada aos advogados depende primeiramente do resultado final das ações e do efetivo ganho ou proveito econômico à contratante ou seus sucessores.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu:

“CONTRATO DE RISCO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. HONORÁRIOS PROPORCIONAIS AOS RESULTADOS OBTIDOS. Acertado entre as partes que os honorários pelos serviços prestados seriam em

percentual sobre o valor da economia tributária obtida, e apurado pela perícia que os mesmos foram pagos em conformidade com o ajustado, impõe-se repelir a pretensão do contratado de receber por resultados não obtidos. Nos contratos de risco, onde o lucro, proveito ou ganho de quem presta os serviços fica na dependência de determinado resultado, não basta a atividade do devedor; o que importa é o resultado em si mesmo, sem o qual não há que se falar em adimplemento” (Ap. civ. nº 1996. 001.03651, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Sérgio Cavaliere Filho).

Importa, destarte, constatar se a autora da herança obteve proveito com os serviços prestados pelos autores.

Considerando que, na hipótese, os contratos são de risco e a obrigação de resultado, tenho como irrelevantes a revogação do mandato e a morte da outorgante, pois tais circunstâncias não influem no êxito prático das ações movidas.

Embora disponha o art. 607 do Código Civil que o contrato de prestação de serviços termina com a morte, importante no caso é, como se disse, constatar se os autores conseguiram os resultados a que se propuseram, sem o que não poderiam cobrar os honorários na forma contratada.

O falecimento da contratante não tem o condão de antecipar a exigibilidade da remuneração que, repiso, condicionou-se aos resultados.

O contrato de mandato, para prestação de serviços advocatícios, é bilateral, pelo que ambos os contratantes possuem obrigações recíprocas. Por conseguinte, um só pode exigir a integralidade de seu direito se cumprir integralmente sua parte, sob pena de incidir a exceção de contrato não cumprido.

O art. 476 do Código Civil estabelece:

“Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

A propósito:

“O princípio *exceptio non adimpleti contractus*, decorrente da dependência recíproca das relações obrigacionais assumidas pelas partes, é exercido pelo contratante cobrado, recusando-se à sua exigibilidade (satisfazer a sua obrigação) por via da exceção do contrato não cumprido; quando a ela instado, invoca o inadimplemento da obrigação do outro. O princípio tem incidência quando ocorre uma interdependência, pela simultaneidade temporal de cumprimento (termos comuns ao adimplemento) entre as obrigações das partes, ou seja, as obrigações devem ser recíprocas e contemporâneas” (Ricardo Fiuza)” (AI n. 2005.026112-2, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira).

O primeiro contrato, firmado à época do fim do casamento de Zurleide Fernandes Cruz e Sérgio Kracik Rosa, estabeleceu honorários de “a – 20% quanto ao que houver, a título de meação, do capital acionário do grupo Minusa, ou seu equivalente em valor” [fls. 26]. Todavia, o divórcio direto promovido pelos cônjuges não trouxe proveito econômico algum para a esposa neste ponto, porquanto as quotas sociais do então marido ainda são objeto de discussão nos autos da ação de apuração de haveres nº 039.94.000453-2. O fato incontroverso é que, pela meação destas ações - participação societária -, a falecida contratante nada recebeu comprovadamente documentado até agora, razão pela qual descabem honorários que, como visto, foram contratados sob a condição de êxito concreto.

O Tribunal de Justiça do Estado decidiu em caso análogo:

“APELAÇÃO CÍVEL EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS VERBA DE SUCESSO CONDIÇÃO NÃO IMPLEMENTADA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO EXEGESE DO ARTIGO 476 DO CÓDIGO CIVIL OBRIGAÇÃO NÃO EXIGÍVEL NULIDADE DA EXECUÇÃO SENTENÇA IRREPROCHÁVEL RECURSO DESPROVIDO. Nos contratos bilaterais vige a máxima *exceptio non adimpleti contractus*” (Apelação Cível n. 2009.000098-0, da Capital. Rel. Des. Fernando Carioni).

Em depoimento tomado de sócio da sociedade empresária, Carlos Kracik Rosa consignou que jamais foi autorizada a participação direta da contratante falecida na empresa, tanto que ela recebia tão-somente dividendos repassados pelo marido, o que foi corroborado pela testemunha e contador da sociedade, Fernando Ernesto Bauer.

A meação da participação societária e os respectivos rendimentos são coisas diversas, tanto que os honorários foram ajustados para cada uma das situações.

O contrato de fl. 26 previu honorários no valor de “*b – 10% a igual título dos bens pessoais do casal*”. Embora o patrimônio do casal envolvesse outros bens (fls. 29), a pretensão formulada na inicial restringiu-se ao imóvel situado em Itapema (fls. 3). Esse mesmo bem foi objeto do segundo contrato de honorários em que, conforme ressaltado, os contratantes ajustaram que “a constituinte realizará, como honorários de resultado, dez por cento do valor do imóvel, segundo a contratação, atualizado, uma vez recuperado o bem objeto da demanda” (fls. 27).

Porém, também aqui a falecida não obteve resultado prático algum até o momento, pois tramitou na Comarca de Itapema a ação de rescisão contratual n. 125.02.002642-4, em que houve recurso, pendente de julgamento junto ao Tribunal de Justiça.

Em dispositivo dessa sentença, consignou-se:

“Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o presente pedido de rescisão de contra c/c perdas e danos proposto por Sérgio Kracik Rosa e Zurleide Fernandes Cruz contra Lúcio Boito para o fim de declarar rescindido o contrato de compromisso de compra e venda firmado entre as partes, relativo a um terreno urbanom situado no município de Itapema, Meia Praia, representado pelo lote 16 do Loteamento Jardim Guainazes, com área de 252m², contendo uma residência de alvenaria com área de 189,25m². Condene a ré, outrossim, no pagamento ao autor da multa penal compensatória prevista na cláusula 5 do contrato, no valor de 20% do valor deste, bem como no pagamento de aluguéis de um imóvel do mesmo padrão desde a data da assinatura do contrato (data da imissão na posse) até a efetiva desocupação do bem, cuja quantia será aferida através de liquidação de sentença por arbitramento. Condene a ré, também, a ressarcir o autor das despesas cartorárias, tal como requerido, no valor de R\$304,70 (trezentos e quatro reais e setenta centavos), devidamente atualizadas na forma de correção estipulada pela eg. CGJ. Determino, porém, em atenção ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, que da multa e dos referidos valores supra sejam abatidas as quantias já pagas pela ré (R\$7.904,50) e o veículo Corsa no valor de R\$13.500,00), sendo obrigação da ré, outrossim, garantir ao autor a transferência do referido veículo. Em consequência, determino ainda seja o autor reintegrado na posse do imóvel, como corolário da rescisão da avença. Condene a ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da causa”.

Como se vê, sequer a posse do imóvel foi recuperada, permanecendo o bem em poder do comprador Lúcio Boito, ao mesmo até o trânsito em julgado.

É da jurisprudência:

“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRATAÇÃO DE RISCO OU DE RESULTADO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. Descabe a cobrança de honorários advocatícios com base em contrato de prestação de serviços vinculado ao êxito, se as medidas judiciais adotadas pelo advogado não surtiram efeito. Todavia, se algum serviço foi prestado, cabe a sua valoração pela via do arbitramento judicial. Não é válida a cláusula que obriga o pagamento de toda a verba contratada se o serviço não é prestado, mesmo que rescindido o contrato pelo contratante” (Ap. Cív. nº 70006854335, de Porto Alegre, rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. em 1-10-2003).

Resta examinar o item *c* do contrato de fls. 26, segundo o qual seriam devidos honorários correspondentes a “20% sobre o valor anual dos alimentos e rendimentos que forem impostos contra o suplicado, enquanto persistir a demanda”.

Na mesma avença, tem-se como objeto “A defesa dos interesses da constituinte contra seu marido Sergio Kracik Rosa, em vistas de separação do casal, promovendo o advogado todas as ações e medidas judiciais que houver como oportunas, quais separação judicial, alimentos arrecadação e partilha de bens, acompanhando-as em todas as instâncias, com exação e independência” (fls. 26).

Outrossim, nos termos do acordo firmado entre Zurleide e Sérgio nos autos da ação de alimentos n. 2771/93, ficou ajustado, em 21-9-1993, que a mulher receberia a título pensão alimentícia “participação correspondente à metade dos mesmos rendimentos de capital devidos no grupo Minusa” (fls. 28).

Resumindo, os honorários foram estipulados com base nos valores que a falecida receberia de dividendos da sociedade empresária, a título de alimentos, entretanto com um detalhe: a cláusula dispôs, ao final, a ressalva “enquanto persistir a demanda”.

Neste passo, é de se reputar que essa expressão só pode ser interpretada como “enquanto durar o processo de divórcio”, tanto que o mesmo instrumento previu que “Em contraprestação a esses serviços realizará a Constituinte ao Advogado, sem verba “pro labore”, os seguintes honorários de resultado (segundo o êxito concreto da demanda)” [fl. 26].

Ora, segundo o dicionário, demanda é:

“1. Ação de demandar. 2. Ação judicial; processo, litígio. 3. Contestação; discussão, disputa. 4. Combate, peleja, pugna. 5. Desus. Pergunta. 6. Econ. Disposição de comprar determinada mercadoria ou serviço, por parte dos consumidores; procura” (<http://tjdicionario.tjsc.jus.br/aurelio/>).

A expressão “enquanto persistir a demanda” não significa “enquanto Zurleide receber” ou “enquanto a empresa Minusa der lucro”. Em sendo um contrato de honorários, obviamente redigido por advogado, evidente que o sentido da palavra “demanda” era o de ação, processo, até porque não seria razoável crer que tal remuneração fosse ajustada para ser paga indefinidamente, como se fosse um benefício de cunho

vitalício ou indeterminado, a fim de que o advogado praticamente se convertesse em sócio da sociedade empresária.

Como ensina SÍLVIO DE SALVO VENOSA, comentando regras de interpretação dos contratos, “nas convenções mais se deve indagar qual foi a intenção comum das partes contraentes do que qual é o sentido comum das palavras” e “quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, deve entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato” (Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, p. 470-471), de modo que a única interpretação possível caminha no sentido de considerar que a verba seria devida somente sobre os rendimentos anuais percebidos pela contratante até o final do processo de divórcio.

Ocorre que, de acordo com a documentação acostada pelos autores, o divórcio direto consensual do casal foi concluído em meados de 1994 [fls. 30/34]. Por isso, os honorários só poderiam incidir sobre rendimentos pagos no período decorrido entre o acordo da ação de alimentos (1993) e a conclusão do divórcio (1994), e não de forma indefinida no tempo.

No entanto, prova alguma foi produzida acerca do recebimento de dividendos neste lapso temporal, até porque a declaração de imposto de renda acostada refere-se ao ano-calendário 2007 [fls. 37], ou seja, muito tempo depois do término do divórcio.

Os documentos de fl. 50-52, que são relativos à ação de apuração de haveres, redigida pelos próprios autores, nada demonstra, mas sugere que “até falecer, a ex-constituente percebia participação mensal” (fls. 51), sem esclarecer datas.

No mais, a prova oral também não elucidou a matéria neste ponto, pois tanto Carlos Kracik Rosa, quanto Fernando Ernesto Bauer, somente confirmaram que o ex-marido Sérgio repassava dividendos da sociedade à falecida Zurleide, ambos sem indicar ou pormenorizar esses pagamentos.

Carlos Roberto Gonçalves professa:

“É de lei que o ônus da prova incumbe a quem alega (CPC, art. 333, I). Ao autor, pois, incumbe a prova, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inc. II).

A vontade concreta da lei só se afirma em prol de uma das partes se demonstrado ficar que os fatos, de onde promanam os efeitos jurídicos que pretende são verdadeiros. A necessidade de provar para vencer, diz Wilhelm Kisch, tem o nome de ônus da prova (Elementos de derecho procesal civil, 1940, p. 205). Claro está que, não comprovados tais fatos, advirá para o interessado, em lugar da vitória, a sucumbência e o não reconhecimento do direito pleiteado (Frederico Marques, Instituições de direito processual civil, Forense, v. 3, pág. 379)” (Responsabilidade Civil, 6ª edição, Saraiva, 1995, p. 646).

E complementa:

“Em matéria de ônus da prova (seja da existência do dano, da relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente, e da culpa) é de se lembrar que, se o autor não demonstra o fato constitutivo do direito invocado, o réu não pode ser condenado por dedução, ilação ou presunção” (ob. cit., p. 657).

Alexandre de Paula traz à lume o seguinte precedente:

“Na conformidade do disposto no art. 333 do CPC, compete aos promoventes provar o alegado, pois em não o fazendo, sujeitar-se-ão fatalmente à rejeição, pelo princípio de julgamento referente ao descumprimento do ônus (Ac. unân. da 2ª Câm. do TJ-CE de 19.5.82, na apel. 14.297, rel. Des. Valter Nogueira e Vasconcelos; Jurisp. Doutr., vol. 136, pág. 72)” (O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, vol. XI, Forense, Rio de Janeiro, 1989, p. 622).

Competia, então, aos autores a prova de que, enquanto promoviam as medidas judiciais relativas ao divórcio do casal, a falecida recebera dividendos da sociedade Minusa a título de alimentos, o que não foi feito (CPC, art. 333, I).

Em complemento, anota-se não se estar a negar peremptoriamente a remuneração à sociedade de advogados pelos serviços prestados por um de seus integrantes. Está-se, sim, a rejeitar o pedido de cobrança de honorários fulcrado exclusivamente em contrato extinto em razão da morte da mandante.

Nessa toada, poderia a banca ter ajuizado ação de arbitramento de honorários, destinada a apuração da importância pecuniária eventualmente devida pelo trabalho efetivamente desempenhado. Afigura-se equivocada, no entanto, a escolha pela via direta da ação de cobrança

Com efeito, sobre o tema assinala Sandra Krieger Gonçalves:

Na ação de arbitramento a busca da tutela jurisdicional tem por fito a estipulação do quantum devido em decorrência do trabalho realizado. Difere, pois, da ação de cobrança de honorários, cujo valor já fora estipulado em pacto ou contrato e tendo por finalidade apenas a sua satisfação (A ação de arbitramento de honorários advocatícios no novo Código de Processo Civil. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: Honorários advocatícios*. coord. Fredie Didier Jr. 3. ed. JusPodivm, 2019. p. 1195).

Na mesma toada, já assentou o Superior Tribunal de Justiça que “a ação de arbitramento de honorários advocatícios se diferencia da ação de cobrança de tais honorários. Nesta, o valor a ser perseguido já se encontra definido, restando apenas a condenação do réu ao seu pagamento. Naquela, porém, apenas o direito aos honorários está estabelecido, restando dar a corpo esse direito, o que se faz, muitas vezes, mediante perícia” (Recurso Especial n. 633.514/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, rela. p/ acórdão Mina. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 7-8-2007).

Mutatis mutandis, já decidiu este Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra deste Relator:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. PATROCÍNIO DE AÇÃO TRABALHISTA. REVOGAÇÃO DOS PODERES DE REPRESENTAÇÃO EM MOMENTO ANTERIOR AO TÉRMINO DAQUELA DEMANDA. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS PARA APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO EM CONSONÂNCIA COM O TRABALHO REALIZADO PELOS ANTIGOS PROCURADORES. [...] (Apelação Cível n. 0011971-46.2004.8.24.0018, de Chapecó, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 11-12-2017).

Diante de tais fatos e fundamentos jurídicos, inviável o acolhimento da pretensão ressarcitória, motivo pelo qual, no mérito, deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido formulado na ação de cobrança em tela.

4.2.2 Apelação interposta por espólio de Zurleide Fernandes Cruz

Por seu turno, o espólio demandado interpôs apelação alegando, em síntese, ser aviltante o valor arbitrado a título de honorários advocatícios, pois se estava a buscar o recebimento de R\$ 562.456,19, e que a verba deve ser estabelecida entre 10 e 20% do conteúdo econômico da causa, ressaltando ainda a complexidade da matéria e o tempo despendido pelo seu patrono, motivo pelo qual pleiteia a fixação da remuneração em seu percentual máximo.

De pronto, anota-se que a sentença ora em reexame foi prolatada ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e, portanto, este Diploma legal há de servir de diretriz para a revisão ou nova fixação da verba honorária em grau recursal, consoante já consignou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES. [...]

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a prolação da sentença é o marco temporal para delimitar o regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios. *In casu*, tendo a sentença sido prolatada na vigência do CPC/1973, devem os honorários ser fixados nos moldes de seu art. 20.

[...] (Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.694.752/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 9-5-2019).

Nesse palmilhar, a respeito da fixação do valor da verba honorária, dispunha a antiga Lei Instrumental:

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço;

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

É de se notar que, ao contrário do atual Código de Processo Civil, o *Codex* revogado não previa a necessidade de observância de patamares mínimo e máximo para o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais em caso de sentença desprovida de caráter preponderantemente condenatório, hipótese esta em que a verba havia de ser fixada por equidade (art. 20, § 4º).

Nessa esteira, colhe-se deste Tribunal de Justiça:

(...) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA - SENTENÇA PROLATADA SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973 - FIXAÇÃO EM CONFORMIDADE COM O § 4º, DO ART. 20 DESTE DIPLOMA - POSSIBILIDADE

1 Não havendo condenação, não incide a literalidade do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, que prevê a fixação dos honorários em, no mínimo, 10% sobre o valor condenatório.

2 É válida a fixação dos honorários sucumbenciais em valor fixo, quando o juiz vale-se, adequadamente, do disposto no § 4º do art. 20 do Diploma Processual vigente à época, de modo que, tratando-se de causa em que não houve condenação, a verba seja fixada em consonância com a apreciação equitativa dos parâmetros legais (grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço e natureza e importância da causa - CPC/73, art. 20, § 4º c/c § 3º, alíneas a a c) (Apelação Cível n. 0015393-33.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 28-11-2016).

No que tange ao montante arbitrado, igualmente não merece reparo a sentença, haja vista que, embora inegável o fato de que o procurador do espólio acionado tenha desempenhado adequadamente a função para a qual foi contratado e que o seu cliente obteve êxito na defesa apresentada, a lide, apesar de valorada em quantia expressiva (R\$ 562.456,19, em abril de 2011), não apresentou grande complexidade ou necessidade de elaboração de estudos aprofundados sobre as teses debatidas.

Ademais, a demanda tramitou na mesma Comarca em que o advogado do espólio apelante tem endereço profissional, sendo desnecessário deslocamento para acompanhamento da causa (por exemplo, para produção de provas ou para cumprimento de diligências) além da realização de uma audiência de instrução com a oitiva de duas testemunhas.

Além disso, até a prolação da sentença o advogado do espólio apresentou uma única petição escrita (contestação).

Nesse quadro, não há nos autos nenhum elemento indicador de que o valor fixado pelo Magistrado sentenciante (R\$ 6.000,00, em 22-8-2012) seja insuficiente para remunerar o trabalho desenvolvido na ação de cobrança, sendo oportuno anotar que, atualizado até esta data (porém sem inclusão de juros moratórios), o montante atinge a cifra de R\$ 9.519,41 (nove mil, quinhentos e dezenove reais e quarenta e um centavos), conforme cálculo realizado na página eletrônica da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina (<https://www.tjsc.jus.br/web/corregedoria-geral-da-justica/atualizacao-monetaria>).

Por oportuno, deve-se ressaltar que os honorários advocatícios em análise neste tópico dizem

respeito tão somente à verba remuneratória devida em razão da sucumbência na ação originária, os quais foram objeto de recurso do réu naquele feito.

Assim, em atenção aos parâmetros estabelecidos no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, e conforme as balizas fáticas antes apontadas, mantem-se o valor fixado no juízo de origem a título de honorários advocatícios de sucumbência.

Por último, no concernente ao pedido de uniformização da jurisprudência formulado em apelação, em que pese a possibilidade de requerimento pelas partes (art. 476, parágrafo único, da antiga Lei Instrumental), assinala-se não ter o espólio recorrente demonstrado precisamente o suposto dissídio entre órgãos julgadores deste Tribunal de Justiça, pelo que “não se conhece de pedido da parte, se deficientemente instruído, sem indicação do repertório de jurisprudência ou certidão dos acórdãos divergentes” (NEGRÃO, Theotônio; et al. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 606).

De outro vértice, vale lembrar que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais n. 1.812.301/SC e 1.822.171/SC para julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos sobre “a possibilidade de fixação de honorários advocatícios com fundamento em juízo de equidade, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil de 2015” (tema 1.046) e, recentemente, de forma mais específica o Órgão Especial daquela Corte de igual modo afetou os Recursos Especiais n. 1.850.512/SP e 1.877.883/SP para “definição do alcance da norma inserta no § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil nas causas em que o valor da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados” (tema 1.076), pelo que a uniformização da jurisprudência neste momento parece não possuir grande importância prática, pois a tese assentada na Corte Superior prevaleceria sobre eventual entendimento uniformizado nesta Corte Estadual.

Dessa feita, afasta-se a pretensão em tela.

5 ENCARGOS SUCUMBENCIAIS

Em que pese o êxito obtido pelos autores em sede de *iudicium rescindens*, na prática não se vislumbra proveito prático em seu favor, uma vez que terminaram vencidos no rejuízo da causa originária.

Além disso, não se pode olvidar que os acionantes deram causa à ação rescisória com base em um questão formal capaz de causar a rescisão do julgado, é bem verdade, porém incapaz de reverter a conclusão obtida na demanda primitiva, ou seja, deram azo ao rejuízo da causa desassistidos de grande probabilidade de êxito na questão de fundo.

Assim, não é exagero afirmar que a demanda poderia ser evitada.

Nesse passo, aquele que veio a sucumbir no resultado final da lide deve arcar com as despesas decorrentes da atividade em juízo.

A respeito, colhe-se de longeva doutrina de Yussef Said Cahali:

Igualmente, diante de outras situações insuperáveis em termos de sucumbência, buscou-se válida solução para os casos através do critério da evitabilidade da lide. Assim, o reconhecimento do pedido não salva o réu da sucumbência, se não é efetivo e oportuno, de tal modo que tivesse tornado evitável a lide; pois, neste caso, prevalece a relação de causalidade entre o réu e a lide, a determinar a condenação nas despesas. O direito do titular deve remanescer incólume à demanda, e a obrigação de indenizar deve recair sobre aquele que deu causa à lide por um fato especial, ou sem um interesse próprio contrário ao interesse do vencedor, seja pelo simples fato de que o vencido é sujeito de um interesse oposto àquele do vencedor. O que é necessário, em todo caso, é que a lide “fosse evitável” da parte do sucumbente (o que sempre se subentende, sem qualquer consideração à culpa) (*Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 38-39).

Nesse panorama, considerando a declaração de ilegitimidade *ad causam* de um dos réus (Luiz Roberto de Athayde Furtado) e a improcedência do pedido formulado na ação de cobrança em relação ao outro (espólio de Zurleide Fernandes Cruz), deverão os demandantes arcar com a integralidade das despesas processuais e honorários advocatícios da ação rescisória.

Neste particular, embora o julgamento inicial desta *actio* se dê sob a égide do novo Código de Processo Civil – o qual estabelece 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” (art. 86, § 2º) –, levando-se em conta o valor elevado da causa (R\$ 693.479,12 em fevereiro de 2015) em comparação ao trabalho efetivamente prestado, este Relator se posiciona no sentido de que a hermenêutica mais ajustada ao caso é a fixação da verba honorária por equidade, sobretudo porque o feito não apresenta alto grau de complexidade.

Com feito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “o critério para a fixação da verba honorária deve levar em conta, sobretudo, a razoabilidade do seu valor, em face do trabalho profissional advocatício efetivamente prestado, não devendo altear-se a culminâncias desproporcionais e nem ser rebaixado a níveis claramente demeritórios”, de sorte que “quando verifica a ocorrência de excesso ou insignificância do valor arbitrado, tem mantido, em diversos casos, a verba honorária em valor que orbita o percentual de 1% do valor da causa, considerando irrisórios os valores que não atingem tal cifra” (Agravamento Interno no Recurso Especial n. 1.574.710/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 23-9-2019).

Sobre o tema, esta Corte estadual também já expressou:

[...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA NÃO CONDENATÓRIA. VALOR EXORBITANTE. FIXAÇÃO POR APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 8º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO E DO AUTOR DESPROVIDO.

[...] “Consoante dispõe o art. 85, § 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’. Entretanto, em sendo o valor atribuído à causa exorbitante diante do caso concreto, é possível o arbitramento equitativamente, nos moldes do art. 85, § 8º da Lei Adjetiva Civil” (TJSC, Ap. Cív. n. 0304071-50.2015.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. André Carvalho, Sexta

Câmara de Direito Civil, j. em 12-2-2019) (Apelação Cível n. 0306958-50.2019.8.24.0023, da Capital, rel. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 21-1-2020).

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO MÍNIMO DE 10% SOBRE O VALOR DA CAUSA, PREVISTO NO ARTIGO 85, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MONTANTE QUE SERIA EXCESSIVO E DESPROPORCIONAL AO CASO CONCRETO. VERBA ADVOCATÍCIA QUE DEVE SER, NESSA HIPÓTESE, ARBITRADA POR APRECIÇÃO EQUITATIVA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 85, § 8º, DO CPC TAMBÉM AOS CASOS EM QUE O VALOR DA CAUSA FOR MUITO ELEVADO. IMPORTÂNCIA ARBITRADA NA SENTENÇA QUE SE REVELA PROPORCIONAL AO CASO EM ANÁLISE. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Cível n. 0833387-07.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 14-11-2019).

Assim, parte deste órgão julgador (Desembargadores Luiz César Medeiros, Monteiro Rocha, Ricardo Fontes, Jairo Fernandes Gonçalves, Rubens Schulz, Rosane Portella Wolff, José Agenor de Aragão e Selso De Oliveira, além deste Relator) votou por, excepcionalmente, arbitrar honorários advocatícios de sucumbência em 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da demanda, rateado em igual proporção entre os patronos de cada um dos réus.

Todavia, neste tópico prevaleceu o voto divergente do eminente Desembargador Gerson Cherem II, que foi secundado pelos Desembargadores Fernando Carioni, Marcus Túlio Sartorato, Raulino Jacó Brüning, João Batista Góes Ulysséa, Denise Volpato, Stanley Braga, Saul Steil, Cláudia Lambert de Faria, André Luiz Dacol, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Haidée Denise Grin e Osmar Nunes Júnior no sentido de, com base no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, fixar a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa em favor dos procuradores de cada um dos réus.

Por fim, considerando a procedência do pedido de rescisão do julgado, deve ser restituído aos demandantes o depósito prévio efetuado com base no art. 488, II, do Código de Processo Civil de 1973 (fl. 487), ficando desde já autorizada a expedição de alvará para levantamento daquela quantia.

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto, decidiu este colendo Grupo de Câmaras, (1) por unanimidade, a) reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* de Luiz Roberto de Athayde Furtado e, por conseguinte, declarar extinto o processo sem resolução com relação ao referido réu; b) em juízo rescindente, julgar procedente o pedido formulado a fim de desconstituir o acórdão prolatado pela Terceira Câmara de Direito Civil nos autos da Apelação Cível n. 2012.093096-8; c) em juízo rescisório, c.1)

conhecer do apelo interposto por Felisberto Córdova Advogados e Felisberto Odilon Córdova e dar-lhe parcial provimento a fim de excluir o causídico do polo ativo da lide, mantida, todavia, a sua participação no feito na condição de assistente; c.2) conhecer do apelo interposto pelo espólio de Zurleide Fernandes Cruz e negar-lhe provimento; d) condenar os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da ação rescisória; e) determinar a expedição de alvará para levantamento pelos autores da quantia relativa ao depósito prévio efetuado com base no art. 488, II, do Código de Processo Civil de 1973; (2) por maioria de votos, arbitrar honorários de sucumbência em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa em favor dos procuradores de cada um dos réus (vencidos neste particular o Relator e os Desembargadores Luiz César Medeiros, Monteiro Rocha, Ricardo Fontes, Jairo Fernandes Gonçalves, Rubens Schulz, Rosane Portella Wolff, José Agenor de Aragão e Selso De Oliveira, que votaram pela fixação da verba em 5% sobre o valor atualizado da causa, rateados em igual proporção entre os patronos de cada um dos réus)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0809701-04.2014.8.24.0038

Relator: Des. Paulo Ricardo Bruschi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. SEGURANÇA ELETRÔNICA PATRIMONIAL PRIVADA. ARROMBAMENTO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL MESMO COM O ALARME ATIVADO. SERVIÇOS QUE TERIAM SIDO ADEQUADAMENTE PRESTADOS. INSUBSISTÊNCIA. PECULIARIDADES. AVERIGUAÇÃO LOCAL SEM COMUNICAÇÃO AO RESPONSÁVEL DA CONTRATANTE PARA VISTORIA INTERNA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. CONDUTA REITERADA. OMISSÃO QUE, DE ALGUM MODO, CONTRIBUIU PARA O SUCESSO DA AÇÃO CRIMINOSA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. PREJUÍZO MATERIAL EVIDENCIADO. SENTENÇA PRESERVADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0809701-04.2014.8.24.0038, da comarca de Joinville (6ª Vara Cível) em que é Apelante Organização de Serviços de Segurança Princesa da Serra Ltda ORSEGUP'S Apelada Gato Mia Espetinhos Bar e Restaurante Ltda.

A Primeira 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 Exmo. Sr. Des. Gerson Cherem II, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores José Maurício Lisboa e Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 24 de setembro de 2020.

Desembargador Paulo Ricardo Bruschi

RELATOR

RELATÓRIO

Organização de Serviços de Segurança Princesa da Serra Ltda ORSEGUPS, devidamente qualificada e inconformada com a decisão proferida, interpôs Recurso de Apelação, objetivando a reforma da respeitável sentença prolatada pelo MM. Juiz da comarca de Joinville, na *Ação de Indenização por Danos Materiais* n. 0809701-04.2014.8.24.0038, ajuizada por Gato Mia Espetinhos Bar e Restaurante Ltda, igualmente qualificada, a qual julgou procedente o pedido formulado na exordial e, por consequência, condenou-a ao pagamento da indenização por danos materiais, no importe de R\$ 3.054,00 (três mil e cinquenta e quatro reais), monetariamente corrigido desde a emissão das notas fiscais e orçamentos, acrescido dos juros de mora a contar da citação.

Por conseguinte, imputou-lhe a satisfação das custas processuais e honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Na inicial (fls. 01/11), a autora postulou o recebimento de indenização pecuniária pelo prejuízo material que teria experimentado.

Justificou o pedido no argumento de ter firmado com a demandada contrato de monitoramento remoto por alarmes, pelo qual a requerida deveria tomar providências no caso de registro de ocorrências, o que, todavia, não desempenhou a contento, na medida em que, num lapso de 11h (onze horas), o alarme do seu estabelecimento disparou 3 (três) vezes, sendo que tão somente na última ocasião o seu representante foi informado sobre o fato, ocasião em que foi constatado o arrombamento do imóvel e a subtração de 3 (três) televisores 32" (trinta e duas polegadas).

Diante disso, ressaltou a falha na prestação do serviço e a necessidade de ser ressarcida pelos danos, o que fez juntando documentos (fls. 15/60).

Regularmente citada, veio a ré aos autos e, contestando o feito (fls. 65/85), em síntese, asseverou que os dois primeiros disparos foram falsos, sendo devidamente checados pelo vigilante e, quanto ao terceiro, embora confirmando o ingresso de larápios, não resultou em descumprimento contratual, eis que o monitoramento não se iguala à atividade policial, tampouco exige a obrigação de flagrante e rendição dos criminosos, de modo que, não fosse o sistema de alarmes, certamente o prejuízo teria sido maior.

Teceu comentários acerca da insuficiente prova quanto ao alegado dano material, reforçando ter sido adequadamente prestado o serviço de vigilância, pugnando, pois, pela improcedência dos pedidos, o que fez apresentando documentação (fls. 93/118).

Na réplica (fls. 122/131), a demandante rebateu as assertivas da requerida e repisou os argumentos da exordial.

Realizada audiência, foram ouvidas as partes e as testemunhas arroladas (fls. 185/187), apresentando os contendores suas razões finais (fls. 188/195 e 196/207).

Julgando o feito (fls. 209/213), o douto Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que a falha no serviço decorreu do fato de os responsáveis pelos estabelecimento não terem sido comunicados dos disparos do alarme nas duas primeiras oportunidades, fato que contraria disposição contratual, eis que, assim ocorrendo, deveria junto daqueles se dirigir ao interior do estabelecimento para averiguar as respectivas causas, diligência que, por evidente, de algum modo poderia ter inibido o sucesso da empreitada criminosa.

Irresignada com a prestação jurisdicional efetuada, a ré tempestivamente apresentou recurso a este Colegiado. Em sua apelação (fls. 217/226), lastrou o pedido de reforma da sentença no argumento de que os serviços foram prestados adequadamente, sendo a cláusula apontada no julgado, relativa a procedimento adotado somente nos casos em que constatados efetivos indícios de violação, o que não seria o caso, tendo seus prepostos agido adequadamente no monitoramento empregado.

Asseverou, ainda, que o alarme teria disparado constantemente caso houvesse, de fato, alguém dentro do imóvel desde a primeira oportunidade, não se havendo falar, assim, no dever de indenizar, devendo, pois, ser invertido os ônus sucumbenciais.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 234/243), a apelada aplaudiu os fundamentos da sentença.

Ascenderam, assim, os autos a esta Corte, seguindo-se da penhora no rosto dos autos por decisão proferida em demanda trabalhista (fls. 249/251).

Recebo-os conclusos.

Este o relatório.

VOTO

Objetiva a demandada, em sede de apelação, a reforma da sentença que julgou procedente o pedido formulado na exordial, nos termos delineados no preâmbulo do relatório.

Em prelúdio, urge consignar que, *in casu*, as partes celebraram o Contrato de Prestação de Serviços de Monitoramento Remoto de Alarmes (fls. 27/34), tendo por objeto o estabelecimento comercial da pactuante, ora autora, dispondo a Cláusula Primeira do referido negócio que (fl. 27):

“[...] A CONTRATADA prestará ao CONTRATANTE os serviços de:

1. Remoto de Alarmes 24 horas, 7 dias por semana, com o objetivo de receber em sua Central de Monitoramento eventuais sinais de violação, emergenciais e de controle, e tomar as providências previamente combinadas com o CONTRATANTE e constantes da Ficha de Monitoramento. Os serviços de monitoramento ora contratados serão prestados no imóvel da Contratante (...).

2. Relatório de Ocorrências contendo o registro de todas as ocorrências emergenciais e as providências tomadas, além dos registros de Controle de Armado e Desarmado – constando data, hora e usuário será enviado para o CONTRATANTE, se solicitado.

3. Viatura de Verificação 24horas, 7 dias por semana (...).”

O “Relatório de Eventos com Log do Evento”, a seu turno, apresentado por ambos os contendores, confirma que, na data de 27/09/2013, o sistema de proteção se encontrava devidamente ativado (fl. 39), o que, no entanto, não inibiu a atuação de larápios que, arrombando o acesso do estabelecimento comercial por meio do depósito, ingressaram no seu interior, de onde, conforme alegação autoral, houve o furto de 3 (três) televisores.

Neste compasso, todavia, sustentou a requerida não se haver falar em falha na prestação dos serviços contratados, na medida em que *“possuem caráter eminentemente preventivo, e não repressivo, e conforme previsão contratual, o Apelado já estava ciente que o Apelante não se responsabilizaria por eventuais perdas e danos em virtude de ações criminosas”* (fl. 220), o que, em seu entender, a eximiria do dever de reparar.

Feito tal exórdio, não se olvida que a obrigação da requerida é, de fato, de meio e não de resultado, não havendo como dela se exigir, assim, o emprego de técnicas que integralmente inibissem a atuação de meliantes.

Nesse sentido, inclusive, é o que dispõe a Cláusula 19 do pacto. Veja-se (fl. 33):

“As partes concordam que:

Parágrafo 1: O sistema de alarmes monitorados NÃO TEM COMO IMPEDIR a intrusão de ladrões no interior do imóvel do CONTRATANTE, já que ele não é uma barreira física que possa impedir a intrusão de quem quer que seja no imóvel monitorado. Dessa forma, o sistema de alarmes monitorados NÃO TEM COMO IMPEDIR furtos, roubos, vandalismos ou qualquer outra forma de agressão ao patrimônio ou à pessoa porque, mesmo sabendo da existência do sistema de alarmes monitorados no imóvel, qualquer ladrão pode, a seu talante, arrombar uma porta ou uma janela, adentrar no imóvel, praticar o crime e sair correndo sem seguida sem dar tempo da Intervenção Policial acionada pela CONTRATADA.

Parágrafo 2: O sistema de alarmes monitorados também NÃO tem como impedir o furto, o roubo ou qualquer outro tipo de agressão criminosa, já que a ação dos ladrões costuma ser extremamente audaciosa, astuta, em muitos casos é bem planejada, oportunista, rápida e habilidosa.

Parágrafo 3: A intervenção no atendimento a ocorrências delituosas ou criminosas compete por lei, exclusivamente aos Órgãos Públicos de Segurança. Portanto, a CONTRATADA está impedida por lei de praticar, e seus fiscais – responsáveis pelo atendimento de eventual chamado -, não praticarão qualquer intervenção direta do tipo policial contra os acontecimentos denunciados pelo sinal de alarme remoto recebido.

Parágrafo 4: O serviço prestado pela CONTRATADA é uma atividade de meios e não de resultados (...).”

Malgrado isso, vênia, ainda que reconhecido não se tratar de uma obrigação de resultado, os elementos probatórios encartados aos autos descortinam, sim, uma falha na prestação dos serviços pela demandada - mesmo que em funcionamento o sistema de alarme e com o deslocamento de um vigilante ao local quando do respectivo disparo -, causa que, conforme se verá, justifica a imposição do dever de reparar no presente caso.

Isso porque, segundo consta do relatório de ocorrências, e assim também foi reconhecido pela própria ré, no dia dos fatos houve 3 (três) disparos de alarmes distintos no estabelecimento da apelada, dois deles durante a madrugada (02h54min e 04h:50min de 27/09/2013), e o terceiro, que foi quando ocorreu a subtração material, registrado às 13h51min (fls. 39/40).

Ocorre que, nas duas primeiras hipóteses, a conduta encetada pelos prepostos da requerida foi a de, tão somente, encaminhar um vigilante ao local para averiguação, o qual, todavia, deixou de efetuar contato com a contratante por, supostamente, não constatar nenhum indício de violação, com isso, vênia, desrespeitando a disposição contratual que estabelecia, de modo expresse, a necessidade de tal diligência.

Aliás, neste contexto, conquanto tenha sustentado que tal conduta seria indispensável apenas no caso de ser constatada alguma alteração nas dependências do estabelecimento, a argumentação

recursal da demandada, com a mais respeitável vênia, não comporta acolhida, vez que contraria o disposto na Cláusula Primeira, Parágrafos 1 e 2, segundo os quais:

*“Se, na checagem da autenticidade do sinal recebido pela Central Remota de Monitoramento, não for conseguido contato telefônico com nenhum usuário autorizado dentro do imóvel, a mesma enviará uma viatura com um fiscal, habilitado e treinado em Curso de Vigilância, para fazer uma verificação externa no local do imóvel para ver se há sinais visíveis e evidentes de eventual arrombamento ou a presença de intrusos. Concomitantemente, a Central de Atendimento **entrará em contato com as pessoas constantes da Ficha de Monitoramento para que algum responsável pelo imóvel se dirija ao local.***

(...)

*Parágrafo 3: Caso não observe os sinais de violação, referidos no parágrafo anterior, a Central de Monitoramento **entrará em contato com as pessoas constantes da Ficha de Monitoramento para que alguém responsável pelo imóvel se dirija ao local. O fiscal deverá retornar ao local para adentrar ao imóvel juntamente com o responsável, e efetuar a checagem dos equipamentos, dispositivos de alarme e do ambiente em busca da causa do disparo**” (grifei).*

E tal diligência, frise-se, mostrava-se necessária, justamente para extirpar qualquer suspeita da presença de meliantes no imóvel, na medida em que a requerida ou seus prepostos não dispunham das chaves de acesso ao local, limitando-se, assim, a efetuar a vistoria externa, enquanto não realizada a chamada do responsável cadastrado.

Entrementes, em que pese o estatuído no contrato, nas duas primeiras oportunidades não realizou nenhum contato com os responsáveis apontados no cadastro da recorrida, os quais, tão somente na terceira hipótese é que foram chamados para averiguação do ocorrido, oportunidade em que, frise-se, restou confirmado o arrombamento na porta do depósito.

Neste compasso, inclusive, merece destaque o depoimento de Orlando Ribeiro da Silva, preposto da ré que realizou as rondas naquele dia (vide mídia de fl. 185), no sentido de que, na primeira ocasião (às 02h54min), conseguiu realizar a contento a vistoria, porquanto a zona em que disparou o alarme foi a da frente, não podendo, no entanto, assegurar de modo efetivo situação idêntica na segunda oportunidade (às 04:50min de 27/09/2013), na medida em que se referiu aos fundos/depósito do local, e não dispunha das chave para acesso.

Ora, urge se consigne que, em razão disso é que se fazia imprescindível a presença de um responsável da apelada quando da diligência afeta ao disparo de alarme, para que, assim, pudesse ser realizada uma vistoria mais minuciosa, conforme dispunha a cláusula contratual já referida no caso em testilha.

É bem verdade que não há como se garantir que a adoção de tal providência poderia ter evitado o sucesso da terceira tentativa delituosa.

Todavia, do mesmo modo, também não há como afastar o descumprimento contratual e a conseqüente possibilidade de agravamento dos riscos, não se prestando como excludente de

responsabilidade da ré o fato de já ter havido 2 (dois) “*alarmes falsos*” nas madrugadas dos dias 24 e 25/09/2013, conforme deslocamento do vigia em tais oportunidades (fl. 99), porquanto, do contrário, tal circunstância já evidenciava a necessidade do monitoramento ser realizado com maior presteza, entregando-se ao cliente os serviços contratados ainda que, reitere-se, não se pudesse exigir uma obrigação de resultado.

Assim, cabia-lhe zelar pela proteção do patrimônio da apelada, garantindo o bom funcionamento do sistema de alarme e vigilância, o que, ao que se desdome, não desempenhou a contento.

Desse modo, aplicável, sim, a disposição contida no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

Logo, demonstrado o prejuízo material experimentado pela apelada, não só pelas fotografias do arrombamento dos locais onde os televisores estavam instalados (fls. 45/51), como também pelos orçamentos apresentados (fls. 57/60) - os quais em momento algum foram derruídos pela demandada -, viável atribuir-se à requerida o dever de reparar em decorrência da mencionada falha na prestação de sua atividade.

Aliás, segundo estabelece o art. 944, *caput*, do Código Civil, “*a indenização mede-se pela extensão do dano*”.

Diante disso, escoreita a sentença que reconheceu a falha na prestação do serviço, em mais de uma oportunidade, e em razão disso atribuiu a obrigação indenizatória à ré, nos termos supra consignados.

Inclusive, já se decidiu, mudando-se o que deva ser mudado:

1) AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE RÉ. 1. SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E MONITORAMENTO ELETRÔNICO. ALEGADO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. INSUBSISTÊNCIA. ATENDIMENTO TARDIO DE OCORRÊNCIA DE FURTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS EVIDENCIADA. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DA ACIONADA INAFASTÁVEL. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. 2. DANOS MATERIAIS. 2.1. FURTO DE NOTEBOOK. TENCIONADO AFASTAMENTO DO

DEVER DE RESSARCIR O RESPECTIVO VALOR EM RAZÃO DA APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DA RESPECTIVA NOTA FISCAL. INSUBSISTÊNCIA. INICIAL INSTRUÍDA COM ORÇAMENTO INDICATIVO DO VALOR DE MERCADO DO COMPUTADOR ADQUIRIDO NO EXTERIOR. NOTA FISCAL TRADUZIDA, POSTERIORMENTE JUNTADA AOS AUTOS, QUE APENAS REFORÇA O DEVER DE INDENIZAR. (...) RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(...) Não se pode olvidar, na esteira da jurisprudência da Corte Superior, que “[...] o contrato de segurança privada é de ser tido como constitutivo de obrigação de meio, consistente no dever de a empresa contratada, mediante seus agentes de vigilância, envidar todos os esforços razoáveis a evitar danos ao patrimônio da contratante e de proceder com a diligência condizente com os riscos inerentes ao pacto. [...]” (REsp 1329831/MA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 05/05/2015).

Assim, evidenciada a falha na prestação dos serviços, deve ser mantida a sentença que reconheceu o dever de indenizar da Orsegups. (TJSC, Apelação Cível n. 0307306-14.2014.8.24.0033, de Itajaí, Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 31-10-2019).

2) CONSUMIDOR - EMPRESA DE VIGILÂNCIA - FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - FURTO NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL - DISPARO DO ALARME - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA É entendimento assente nesta Corte de Justiça que se “o sistema de monitoramento não se mostrou eficaz em denunciar a ação criminosa em imóvel vigiado, deve o consumidor ser ressarcido dos prejuízos experimentados com a subtração de bens” (AC n. 2012.062248-7, Des. Henry Petry Júnior). (TJSC, Apelação Cível n. 0312913-85.2017.8.24.0038, de Joinville, rel. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 25-06-2019).

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).

Como corolário, deve a recorrente arcar integralmente com os honorários recursais, vez que sucumbiu no apelo interposto, motivo por que são majorados em 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, os quais devem ser aditados ao montante instituído no Primeiro Grau.

Ante o exposto, vota-se no sentido de se conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se hígida a sentença de Primeiro Grau.

É como voto.

Apelação Cível n. 0807798-44.8.24.0045

Relator: Des. Gerson Cherem II

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES.

AQUISIÇÃO DE APARTAMENTO E GARAGEM. POSTERIOR ALTERAÇÃO UNILATERAL PELAS VENDEDORAS DA VAGA DE ESTACIONAMENTO. SUPOSTO PREJUÍZO DE DEZ MIL REAIS DECORRENTE DA TROCA. PACTO FIRMADO POR DOIS COMPRADORES. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ENTRE OS CONSUMIDORES. ART. 47, DO CPC/73 (ART. 114, CPC/15). DEMANDA AJUIZADA POR APENAS UM DOS COMPRADORES. NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE TODOS OS QUE FIRMARAM A AVENÇA NO POLO ATIVO DA LIDE. ANULAÇÃO DA SENTENÇA, DE OFÍCIO, PARA A CITAÇÃO DA LITISCONSORTE FALTANTE.

“1.Cabível, na específica hipótese de pluralidade de titulares de direito material incindível, a exigência de litisconsórcio ativo necessário. Do complexo sopesamento das forças opostas inerentes ao tema, a segurança jurídica (Art. 5º, XXXVI, da CR/88), consubstanciada na exigência de constarem todos os litisconsortes necessários da relação processual para sofrerem os efeitos do decisum, sobreleva em relação à inafastabilidade da jurisdição, cujos efeitos práticos seriam bastante questionáveis caso um litisconsorte não fosse parte no processo. Ora, se há direito material incindível e a sentença só afeta as partes da lide, incabível que o preceito judicial atinja a esfera de direitos daquele não constante da relação. 2. Se considerado que a necessidade do instituto decorre da incindibilidade do direito material (de forma que, no mais das vezes, haverá a prolação de sentença igual para todos os titulares, caracterizando a unitariedade), bem como da repressão à existência de julgados conflitantes, não seria cabível considerar-se o litisconsórcio passivo mais importante que o ativo para tal finalidade, exigindo-se a formação daquele e tendo-se este por inexistente.” (TJMG. AC n. 1.0702.15.092866-2/002, rel. Des. José Marcos Vieira, j. em 28.03.2019).

RECURSOS PREJUDICADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00807798-44.8.24.0045, da comarca de Palhoça 1ª Vara Cível em que é Apte/Recdo Zpazio Construções Ltda e Apdo/ Recte Valmir Vieira Pereira e outro.

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, declarar nula de ofício a sentença, com o retorno dos autos à origem para a regular citação da Sra. Tania Maria Teixeira, prejudicados os recursos manejados. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido por este Relator, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Saul Steil e o Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 01 de outubro de 2020.

Gerson Cherem II
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível e recurso adesivo interpostos, respectivamente, por Zpazio Construções Ltda. e Valmir Vieira Pereira contra a sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Palhoça que, nos autos da ação indenizatória aforada pelo último, julgou parcialmente procedentes os pleitos iniciais, nos seguintes termos (fl. 179):

Ante o exposto, acolho em parte os pedidos articulados na petição inicial. Condeno Zpazio Construção LTDA ao pagamento de R\$ 10.000,00 ao autor, com correção monetária pelo INPC desde 13/05/2016 (p. 172) e juros de mora de 1% ao mês desde a citação (não se aplica a Súmula 54 do STJ, porque a responsabilidade civil da ré deriva de relação contratual). Condeno Zpazio Construção LTDA ao pagamento de 35% das custas/despesas processuais e honorários advocatícios ao autor, que fixo em 20% do valor atualizado da condenação.

Rejeito o pedido de indenização por danos morais, assim como todos os pedidos articulados na petição inicial contra Dienstmann & Dienstmann LTDA - ME. Condono o autor a pagar 65% das custas/despesas processuais e honorários advocatícios aos réus, no importe de 20% do valor da causa (70% em favor de Dienstmann e 30% em favor da Zpazio), observada a suspensão atinente à gratuidade, em razão do despacho de p. 57.

Inconformada, a construtora sustentou, em síntese, a responsabilidade da imobiliária corré e a impossibilidade do uso do parecer unilateral para fixação dos danos materiais. Alegou, ainda, que existira boa-fé de sua parte na busca pela solução amigável, a qual restou inviabilizada diante da conduta do autor, pleiteando o afastamento da condenação. Subsidiariamente, pugnou pela redução do valor indenizatório (fls. 181/189).

Por seu turno, o demandante recorreu adesivamente para postular a responsabilização solidária das corrés e a fixação de indenização por danos morais (fls. 196/206).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 207/213, 214/219 e 225/235), ascendeu o feito a este Sodalício.

As partes foram intimadas, nos termos do art. 10, do CPC/15 (fls. 269/271), oportunidade em que o autor manifestou-se (fl. 272), quedando-se inertes as demandadas.

É o relatório.

VOTO

A hipótese cuida de indenização decorrente da alteração da vaga de garagem adquirida com o apartamento, por meio de contrato de compra e venda.

Alega a construtora a impossibilidade da utilização do parecer técnico unilateral para estabelecer os danos materiais, pugnando pelo afastamento da condenação ou, subsidiariamente, pela redução do respectivo valor. Por seu turno, o demandante aponta a ocorrência de danos morais indenizáveis. Os dois recorrentes tencionam, ainda, a responsabilização da imobiliária corré.

Adianta-se, todavia, que a análise dos recursos está prejudicada em face de nulidade absoluta no processo, por falta de citação da litisconsorte ativa necessária.

Extraí-se do caderno processual que no “contrato particular de promessa de compra e venda” de fls. 94/96, firmado no dia 22.02.2012, figura como promitente vendedora a construtora Zpazio Construções Ltda. e como promissários compradores o autor, Valmir Vieira Pereira, e a Sra. Tania Maria Teixeira. Ambos os nominados compradores assinaram a avença (fl. 96). Entretanto, constata-se que a adquirente do bem em litígio não integra o polo ativo da contenda, sequer sendo requerida a sua citação.

Conforme depreende-se da narrativa inicial, após a assinatura do pacto, verificou-se que a vaga de garagem n. 02 havia sido vendida a terceiros, alterando a vendedora unilateralmente o contrato, para entregar aos compradores a vaga n. 21. Segundo o demandante, tal mudança acarretou um prejuízo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A indenização material pleiteada afeta estreme de dúvidas o direito de ambos os compradores, os quais deveriam necessariamente figurar no polo ativo da demanda.

Rezava o Código de Processo Civil de 1973, vigente quando do ajuizamento da ação:

Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

O novo ordenamento não discrepa:

Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Lecionam com acuidade Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

É possível a ocorrência de litisconsórcio necessário, tanto no polo ativo, quanto no polo passivo da relação processual. A afirmação de que o litisconsórcio ativo é *sempre* facultativo e que, portanto, somente haveria litisconsórcio passivo não é correta. Isto porque se, depois de iniciada a ação, houver a citação de litisconsorte necessário, para que a sentença possa ser dada de forma útil (CPC 47 par. ún.) o citado poderá integrar a relação processual no polo que lhe convier. Se assumir o polo ativo o litisconsórcio será necessário ativo; se nada disser será réu, portanto, litisconsorte necessário passivo.[...]

Quando, pelo direito material, a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio deva ocorrer no polo ativo da relação processual, mas um dos litisconsortes não quiser litigar em conjunto com o outro, esta

atitude não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação (CF 5º XXXV). O autor deve movê-la, sozinho, incluindo aquele que deveria ser seu litisconsorte ativo, no polo passivo da demanda, como réu, pois existe *lide* entre eles, porquanto esse citado está resistindo à pretensão do autor, embora por fundamento diverso da resistência do réu. Citado, aquele que deveria ter sido litisconsorte necessário ativo passa a integrar de maneira forçada a relação processual. (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 316-317). (Grifou-se).

No presente caso, exsurge patente a existência de litisconsórcio ativo necessário, diante da natureza da relação jurídica travada entre as partes.

Com efeito, eventual reconhecimento de ato ilícito decorrente da alteração da vaga de garagem influi diretamente no direito de ambos os adquirentes do imóvel.

Veja-se que a inicial aponta que o dano material pela troca das vagas corresponderia a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) – valor global do prejuízo de acordo com o parecer de fls. 47/50 e 171/174 –, montante que foi acolhido na sentença. Todavia, o *decisum* não poderia estender seus efeitos à Sra. Tania, pois o processo tramitou ao arrepio de sua participação. Assim, a hipotética manutenção do decisório obrigaria a parte ré ao pagamento integral dos danos para o autor, mas, em tese, autorizaria o ajuizamento de nova demanda pela compradora para reclamar idênticos prejuízos. Nesta linha de raciocínio, poderia haver dupla condenação pelo mesmo fato, ou até, em caso de eventual improcedência da segunda demanda, julgar-se diferentemente a mesma questão, ferindo-se a segurança jurídica e a unitariedade do litisconsórcio na espécie.

Dispõe o art. 116, do CPC/15:

Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

A eficácia da sentença relativa ao dano material decorrente de um só fato depende da participação no feito de todos que foram por ele afetados, configurando-se, na espécie, o litisconsórcio ativo necessário e unitário. Verifica-se então que ambos os compradores deveriam integrar o litígio e o julgamento proferido sem sua participação está eivado de nulidade, consoante art. 115, do CPC/15, *in verbis*:

Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo. (Grifou-se).

Malgrado a alegação do demandante de que “*Não há litisconsórcio ativo necessário entre VALMIR VIEIRA PEREIRA e TANIA MARIA TEIXEIRA uma vez que esta cedeu a sua parte no imóvel aquele. Motivo, pelo qual, a totalidade da propriedade do imóvel foi transferida e se encontra na titularidade de VALMIR VIEIRA PEREIRA*”, não faz ele nenhuma prova da assertiva. O fato de ter assinado individualmente o contrato de financiamento perante a instituição financeira em nada altera o direito da compradora que firmou a promessa de compra e venda supostamente descumprida.

De rigor, portanto, a formação do litisconsórcio necessário entre aqueles que, em conjunto, chancelaram a avença como promissários compradores. Por conseguinte, impõe-se nulificar, de ofício, a sentença para que o autor providencie a citação da litisconsorte ativa necessária.

Mutatis mutandis, colhe-se dos Tribunais Pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL. LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO ENTRE OS ADQUIRENTES. POSSIBILIDADE. INTEGRAÇÃO DA PARTE FALTANTE. INÉRCIA DO AUTOR. EXTINÇÃO DO FEITO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cabível, na específica hipótese de pluralidade de titulares de direito material incindível, a exigência de litisconsórcio ativo necessário. Do complexo sopesamento das forças opostas inerentes ao tema, a segurança jurídica (Art. 5º, XXXVI, da CR/88), consubstanciada na exigência de constarem todos os litisconsortes necessários da relação processual para sofrerem os efeitos do decisum, sobreleva em relação à inafastabilidade da jurisdição, cujos efeitos práticos seriam bastante questionáveis caso um litisconsorte não fosse parte no processo. Ora, se há direito material incindível e a sentença só afeta as partes da lide, incabível que o preceito judicial atinja a esfera de direitos daquele não constante da relação.

2. Se considerado que a necessidade do instituto decorre da incindibilidade do direito material (de forma que, no mais das vezes, haverá a prolação de sentença igual para todos os titulares, caracterizando a unitariedade), bem como da repressão à existência de julgados conflitantes, não seria cabível considerar-se o litisconsórcio passivo mais importante que o ativo para tal finalidade, exigindo-se a formação daquele e tendo-se este por inexistente. (TJMG. AC n. 1.0702.15.092866-2/002, rel. Des. José Marcos Vieira, j. em 28.03.2019).

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. PRELIMINAR. LITISCONSÓRCIO ATIVO. REGÊNCIA DO CPC/73. Nas ações de resolução ou revisão de contrato de promessa de compra e venda a formação do litisconsórcio entre os contratantes é imprescindível para que a sentença gere efeitos em relação a todos. - Circunstância dos autos em que se impõe desconstituir a sentença e oportunizar o aperfeiçoamento da relação jurídica processual. RECURSO DA PARTE RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DA PARTE AUTORA PREJUDICADO. (TJRS. AC n. 70078049608, rel. Des. João Moreno Pomar, j. em: 27.06.2018).

Nesse pensar, faz-se mister a declaração de nulidade da sentença, restando prejudicada a análise dos recursos interpostos.

Ante o exposto, declara-se nula de ofício a sentença, com o retorno dos autos à origem para a regular citação da Sra. Tania Maria Teixeira, prejudicados os recursos manejados.

É como voto.

Apelação Cível n. 0300265-09.2017.8.24.0124, de Itá

Relator: Desembargador Raulino Jacó Brüning

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. RETENÇÃO DA INTEGRALIDADE DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO REQUERENTE, COM A FINALIDADE DE SALDAR DÍVIDA DE EMPRÉSTIMOS. ILEGALIDADE. PRIVAÇÃO DO MÍNIMO NECESSÁRIO À SUBSISTÊNCIA. ATO ILÍCITO QUE ENSEJA REPARAÇÃO. DANOS MORAIS INARREDÁVEL. PRECEDENTES. 2. PONTO DE IRRESIGNAÇÃO COMUM. RECURSO INTERPOSTO PELA RÉ E AUTOR TENDENTES, RESPECTIVAMENTE, A MINORAR E A MAJORAR A QUANTIA INDENIZATÓRIA. VALOR QUE DEVE SER ELEVADO DE R\$10.000,00 PARA R\$15.000,00, EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, BEM COMO AS PARTICULARIDADES DO CASO. 3. PLEITO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO NA FORMA DOBRADA. TESE RECHAÇADA. RETENÇÃO QUE, APESAR DE ILÍCITA, DECORREU DE DÍVIDA EXISTENTE. ADEMAIS, NÃO COMPROVADA A MÁ-FÉ DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. 4. POSTULADA A MODIFICAÇÃO DO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. POSSIBILIDADE. *DIES A QUO* A PARTIR DO EVENTO DANOSO. ENTENDIMENTO DA CÂMARA. *DECISUM* ALTERADO NO PONTO. 5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE MAJORAÇÃO QUE NÃO MERECE PROSPERAR. VERBA FIXADA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS LEGAIS. 6. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS DEVIDOS. EXEGESE DO ART. 85, §§ 1º E 11 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 7. RECURSOS CONHECIDOS. APELO DA RÉ DESPROVIDO. RECLAMO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300265-09.2017.8.24.0124, da Comarca de Itá (Vara Única), em que são apelantes e apelados Banco do Brasil S.A. e Selvino Wortmann:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento ao apelo interposto pela ré; e dar parcial provimento ao reclamo manejado pelo autor para: a) majorar o *quantum* indenizatório de R\$10.000,00 para R\$15.000,00; e b) determinar o *dies a quo* dos juros de mora a partir do evento danoso.

Outrossim, fixar honorários advocatícios recursais, nos termos da fundamentação. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Gerson Cherem II, com voto, e dele participou o Desembargador Saul Steil.

Florianópolis, 22 de outubro de 2020.

Desembargador Raulino Jacó Brüning

RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 158/163, da lavra da Magistrada Andrea Regina Calicchio, por refletir fielmente o contido no presente feito, *in verbis*:

Selvino Wortmann, qualificado nos autos, ajuizou ação de indenização por danos morais c/c repetição de indébito e pedido de tutela de urgência em face de Banco do Brasil S.A., alegando que é titular de conta bancária nº 3.817-2 junto à instituição ré, onde recebe benefício previdenciário do INSS no valor de R\$ 937,00, sua única fonte de renda. Sustentou que o banco réu vem retendo desde 05/01/2017 indevidamente o seu benefício previdenciário a pretexto de se ressarcir de dívida que afirma ter o autor junto à instituição, o que lhe gerou danos morais. Suscitou que não autorizou o desconto desses valores de seu benefício previdenciário, apesar de manter contrato firmado com o réu. Pugnou liminarmente fosse determinado ao réu que se abstenha de reter valores de seu benefício previdenciário, pugnando pela repetição em dobro dos valores descontados e condenação por dano moral .

Em decisão proferida às fls. 30/32 foi deferido o pedido de tutela de urgência, determinando que o réu cancelasse a retenção dos valores de aposentadoria depositados mensalmente na conta corrente, sob pena de multa. Na mesma decisão foi invertido o ônus da prova em favor do autor (art. 6º, inciso III CDC) e também deferido o benefício da assistência judiciária gratuita.

O banco requerido foi citado em 29/05/2017 para audiência de conciliação e intimado para cumprir a tutela de urgência deferida (fl. 36).

O autor na data de 08/06/2017 peticionou informando que a medida de urgência concedida não havia sido cumprida (juntou extrato bancário demonstrando a retenção), sendo o banco réu novamente intimado para cumprir a liminar na data de 26/06/2017 (fl. 44).

Diante disso, o réu compareceu aos autos informando que cumpriu a medida liminar concedida, juntando documentos comprobatórios (fl. 46 e 49/55).

Na audiência de conciliação realizada na data de 10/07/2017 não houve acordo entre as partes (fl. 64).

Na contestação apresentada às fls. 76/86, alegou em síntese que não há ilicitude nos descontos, uma vez que a retenção foi decorrente dos contrato n. 40/00971, n. 40/01196 e 87522635, mantidos com o autor e pendentes de pagamento, que seria feito mediante débito em conta corrente. Invocou o princípio da *pacta sunt servanda*. Também aventou que seria impossível declarar a nulidade de tal contrato, uma vez que lícitamente pactuado. Juntou documentos (fls. 87/102)

Em 18/08/2017, o autor juntou petição aduzindo o não cumprimento da liminar pelo réu (fls 106/108). Juntou extrato de sua conta corrente, bem como de comprovante do INSS onde consta que os vencimentos foram transferidos para sua conta junto ao banco requerido.

Em decisão de fls. 112 foi intimada a ré por seu procurador, e majorado o valor da multa para R\$ 500,00 até o limite de 50.000,00 (fl. 117). O réu informou às fls. 120/125 que desvinculou

o benefício do autor dos débitos na conta corrente, devendo ele sacar seu benefício diretamente no caixa da agência ou via cartão benefício.

Réplica apresentada às fls. 132/138.

As partes manifestaram desinteresse na produção de novas provas.

É o relatório.

Acresço que a Juíza *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial, conforme parte dispositiva que segue:

Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial de Selvino Wortmann em face de Banco do Brasil S.A., para os fins de:

a) CONFIRMAR a tutela de urgência deferida às fls. 30/32;

b) CONDENAR a parte ré à restituição simples dos valores retidos indevidamente a título de benefício previdenciário da parte autora, corrigidos monetariamente pelo INPC desde cada desconto e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação;

d) CONDENAR a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$10.000,00 (dez mil reais), acrescido de correção monetária pelo INPC a partir do arbitramento (Súmula n. 362 do STJ) e juros legais desde a citação.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas de honorários advocatícios em favor da parte contrária, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da condenação (artigo 85, § 2º do CPC).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Inconformado, Banco do Brasil S.A. apela, sustentando, em síntese, que: a) não houve qualquer ato ilícito praticado pelo banco, porquanto as retenções realizadas na conta corrente do autor decorrem de contratos entabulados entre as partes (40/00971, 40/01196 e 87522635), restando demonstrado nos autos a existência da dívida, bem como o inadimplemento do contratante; b) a ausência de danos de ordem moral; e c) o excessivo valor indenizatório arbitrado a título de dano moral, o qual deve ser minorado (fls. 167/173).

Também irresignado, Selvino Wortmann interpõe recurso de apelação, arguindo que: a) em decorrência da relação consumerista estabelecida entre as partes, aplicam-se os requisitos inerentes à repetição em dobro, previstos no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, mormente porque restou *“evidenciada a retenção indevida (cobrança); (ii) o efetivo desconto integral de valores da conta bancária do consumidor (pagamento); (iii) e o engano injustificável por parte do apelado”*; b) a verba indenizatória fixada em R\$10.000,00 deve ser majorada, pois arbitrada em montante aquém daquele fixado pelo Tribunal em casos idênticos; c) os juros moratórios devem incidir a partir do ato ilícito (5/1/2017), e não da citação, como determinado na sentença. Por fim, almeja a majoração dos honorários advocatícios arbitrados. (fls. 176/185).

Contrarrazões às fls. 190/194 e 195/202.

VOTO

Cumprе enfatizar que os dois recursos são tempestivos. A apelação da ré está munida de preparo (fls. 174/175) e o reclamo do demandante dispensado do recolhimento, porquanto litiga sob o pálio da gratuidade judiciária (fl. 31).

Ressalto, ademais, que em razão da similitude das matérias discutidas nos apelos, estes serão analisados conjuntamente.

1. Do ato ilícito

Discorre o banco apelante, em síntese, acerca da ausência de ato ilícito, porquanto, segundo alega, as retenções realizadas na conta corrente do autor decorrem de contratos entabulados entre as partes.

Primeiramente, impende salientar que o caso em apreço deve ser regido pelo Código de Defesa do Consumidor, subsumindo-se as partes aos conceitos de consumidor e fornecedor prescritos nos arts. 2º e 3º, ambos da Lei Consumerista, *in verbis*:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço ou como destinatário final” [...]

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Sendo assim, a rigor, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva, fundamentada no risco da atividade (arts. 12, 14, 18 e 20 da Lei n. 8.078/1990). Neste norte, sabe-se que as instituições financeiras trabalham com certos riscos, de modo que independe de culpa para restar configurada sua responsabilidade civil, bastando que se constate: a) conduta lesiva; b) dano e c) nexο de causalidade entre ambos.

Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho ensina:

Importa, isso, admitir que também na responsabilidade objetiva teremos uma conduta ilícita, o dano e o nexο causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual fala-se em responsabilidade independentemente de culpa. Esta pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. P. 126).

O doutrinador Caio Mário conceitua a teoria do risco da seguinte forma:

[...] aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo (MÁRIO, Caio. *Responsabilidade Civil*, 3 ed. São Paulo: Forense, 1992, p. 24).

Neste diapasão, disciplina o art. 927, parágrafo único, 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.

Complementarmente, a respeito do tema, colhem-se as seguintes lições da doutrina:

[...] as operações bancárias principais, de captação e aplicação de capital, bem como as acessórias de prestação de serviço, podem implicar na responsabilidade dos bancos comerciais, se causarem prejuízos ao cliente ou terceiro. Se tal situação acontecer, implica em responsabilidade civil. Esta pode resultar de atividade lesiva em decorrência de negócio jurídico com o cliente. Não existem regras legais que definam exatamente qual é e como funciona a responsabilidade civil bancária, nas relações do banco com o cliente ou terceira pessoa, mas se ocorrer o fato danoso fatalmente deve haver a responsabilização do banco ou da instituição financeira (COSTA, Nelson Nery. *Direito Bancário e Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Lawbook, 2009. p. 530).

Assim, o dever de indenizar, no presente feito, decorre do risco da atividade laborativa.

Na espécie, o requerente alega que a instituição bancária ré promoveu a retenção da integralidade do seu benefício previdenciário, o qual é depositado mensalmente em sua conta corrente, para saldar débitos provenientes de empréstimos contraídos junto à instituição demandada (fls. 1/13). Por sua vez, a requerida sustenta que a cobrança realizada é lícita, porquanto decorre de três contratos pactuados entre as partes, notadamente, 40/00971, 40/01196 e 87522635, tendo o autor, inclusive, anuído com os descontos em sua conta bancária (fls. 76/86).

Ressalta-se, a *priori*, que é incontroverso nos autos a relação jurídica firmada entre as partes, visto que o autor não nega a contratação dos empréstimos, razão pela qual se cinge a controvérsia apenas em apurar a (i)licitude da conduta do requerido ao efetuar a retenção integral do benefício previdenciário do requerente.

Pois bem.

Analisando-se o acervo probatório, verifica-se que o demandante recebe aposentadoria por idade previdenciária no valor de R\$937,00 ao mês, do qual já é descontado um empréstimo consignado no importe de R\$155,10, comprometendo cerca de 17% do total dos seus proventos, sendo a diferença depositada em sua conta bancária (fls. 22/23).

Extraí-se dos extratos de fls. 24/29 que a demandada, a partir de janeiro de 2017, passou a efetuar mensalmente a retenção integral do benefício previdenciário auferido pelo autor, privando-o do mínimo necessário para sua subsistência.

Em outras palavras, a instituição financeira requerida passou a reter os proventos do demandante de forma absoluta, a fim de liquidar o saldo devedor decorrente de empréstimos outrora contraídos por ele, quando poderia se valer da cobrança do débito na via judicial.

Ocorre que se afigura “*inaceitável, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao seu sagrado direito de subsistência, que o estabelecimento bancário venha a se apropriar de verba salarial para cobrar débitos decorrentes de contratos de empréstimo, ainda que esses descontos decorram de expressa autorização contratual.*” (TJSC, Apelação Cível n. 2011.098887-0, de Ibirama, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 12-8-2014).

A propósito, já manifestou a Corte Superior que:

Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. Recurso Especial provido (REsp 1021578/SP, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrichi, j. em 16-12-2008)

Do mesmo modo, é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCONTO INDEVIDO DE VALORES DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA CORRENTISTA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA. DANO MORAL. RETENÇÃO REALIZADA EM VIRTUDE DA INADIMPLÊNCIA DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO FIRMADO ENTRE AS PARTES. DESCONTO INDEVIDO, AINDA QUE DECORRENTE DE DÍVIDA COM A INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ATO ILÍCITO EVIDENCIADO. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0300435-86.2015.8.24.0047, de Papanduva, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 04-07-2019, grifos acrescidos).

Dessa forma, evidente a conduta ilícita perpetrada pela instituição bancária ré diante da privação do correntista aos seus proventos mensais, razão pela qual se mantém a decisão que determinou a restituição dos valores retidos indevidamente.

Dessarte, diante da peculiaridade do caso em comento, desnecessário tecer alongadas considerações a respeito da caracterização do dano moral, pois evidente as consequências nefastas do ato ilícito praticado pela ré.

Ora, o autor, pessoa idosa e hipossuficiente, teve a integralidade de seu benefício previdenciário retido por vários meses, verba esta de caráter alimentar, destinada ao suprimento de suas necessidades básicas, da qual ficou privado de usufruir. Indubitavelmente, então, a conduta causou-lhe perturbação psicológica, traduzível pela aflição, desgosto e sofrimento.

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. RETENÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA QUITAR DÉBITO ORIUNDO DE EMPRÉSTIMOS CONTRAÍDOS NA MODALIDADE DE CDC. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DELINEADA. ADEMAIS, VERBA QUE POSSUI CARÁTER ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO, A TEOR DO ART. 833, INCISO IV, DO CPC. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA QUE DEVERIA TER ADOTADO OS MEIOS CABÍVEIS PARA COBRAR O DÉBITO, SEJA JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. **É inviável a retenção do benefício previdenciário pela instituição bancária, em sua totalidade, para quitação do débito proveniente de empréstimos contraídos com desconto na conta, dado o caráter alimentar a ele atribuído.** INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA QUE É OBJETIVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR FIXADO QUE COADUNA COM O PARÂMETRO FIXADO POR ESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO EM CASOS SEMELHANTES. Na fixação do valor da indenização por danos morais, deve ser observado o caráter pedagógico, com o objetivo de advertir o causador do dano acerca da conduta ilícita por ele perpetrada. Por outro lado, deve compensar à vítima pelo abalo moral a qual foi submetida, sem ocasionar, contudo, seu enriquecimento sem causa. APELOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Cível n. 0301372-78.2016.8.24.0074, de Trombudo Central, rel. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 15-8-2019, grifos acrescidos).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. **DÍVIDA DECORRENTE DE EMPRÉSTIMOS CONTRAÍDOS COM COOPERATIVA DE CRÉDITO. DESCONTOS EFETUADOS PELA CREDORA DIRETO NA CONTA CORRENTE. RETENÇÃO DE VALORES REFERENTES A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA AUTORA.** PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EVIDENCIADA. DESCONTOS SUPERIORES A 30% DO BENEFÍCIO. **ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO.** DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PLEITO DE MINORAÇÃO PELA RÉ E MAJORAÇÃO PELA AUTORA. QUANTIFICAÇÃO ADEQUADA. MANUTENÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Cível n. 0300552-18.2015.8.24.0002, de Anchieta, rel. Jairo Fernandes Gonçalves, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21-3-2017).

Assim, a manutenção da sentença, no ponto é medida que se impõe.

Reconhecida, pois, a ilegalidade do ato praticado pela ré e o abalo moral dele oriundo, passa-se à análise do valor da indenização.

2. Do *quantum indenizatório*

As partes manifestam discordância em relação ao valor fixado a título de indenização por danos morais. Enquanto o autor persegue a majoração da quantia arbitrada de R\$10.000,00, a ré clama pela redução do importe fixado no comando sentencial.

Imperioso que o arbitramento do *quantum indenizatório* deve ser composto levando-se em consideração a pretensão de compensação pelos danos morais sofridos pela vítima sem importar em enriquecimento e, simultaneamente, penalizar civilmente o causador do ilícito sem lhe ocasionar empobrecimento.

Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho pontua:

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 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. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 116)

Assim, entre outros critérios, ao fixar o valor da reparação, o Julgador deve considerar a extensão do dano, a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento vivenciado e a capacidade econômica das partes.

Ademais, deve-se atentar à dupla finalidade da condenação: ressarcir o lesado e evitar que o causador do dano reincida na prática do ato danoso.

Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa leciona:

Há um duplo sentido na indenização por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se ainda o cunho educativo, didático ou pedagógico que essas indenizações apresentam para a sociedade (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 285).

Em suma, o valor da indenização possui um viés pedagógico, punitivo, sancionador, cabendo ao Judiciário reprimir eficazmente a violação aos direitos da personalidade. Nesse campo, uma indenização em valor baixo beneficiará o ofensor, que não se preocupará em “corrigir” o seu erro, porquanto a mudança de comportamento será mais “cara” do que a certeza da pequena condenação nas decisões judiciais.

Nesse cenário, “a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido da redistribuição)” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 106).

No caso em apreço, para o arbitramento da verba indenizatória, primordial ponderar também os seguintes aspectos:

a) econômicos: a ré é sociedade de economia mista, instituição bancária de grande porte com atuação em todo o país, e de inegável capacidade técnica e financeira. O autor, por sua vez, conta 84 anos de idade (fl. 16), qualificou-se como convivente (fl. 1), é aposentado e auferia, à época dos fatos (2017), benefício previdenciário mensal no importe de R\$937,00 (fls. 19/20), razão pela qual foi agraciado com a gratuidade judiciária (fl. 31);

b) sociais: é notório o volume crescente de demandas semelhantes à presente em razão de ato ilícito perpetrados pelas instituições financeiras em decorrência de falha na prestação de seus serviços;

c) temporais: a retenção indevida e integral do benefício previdenciário do autor iniciou-se no dia 30/1/2017 (fl. 24); a decisão de deferimento da tutela de urgência determinando a cessação das ditas retenções fora proferida em 19/5/2017 (fls. 30/32); em razão do descumprimento da ordem judicial, nova decisão restou exarada, em 15/9/2017, elevando a *astreinte* outrora fixada e reiterando a necessidade de cumprimento da medida determinada (fl. 117). Em 9/10/2017 a instituição bancária efetuou nova retenção de valor depositado na conta corrente do autor (fls. 129/131); em 31/10/2017, mais uma vez o Juiz determinou a intimação para parte ré para o devido cumprimento do decisão de cessação das ditas retenções (fls. 140/141); após, a sentença foi prolatada. Assim, verifica-se que pelo lapso temporal de 10 meses a requerida promoveu a retenção de valores na conta corrente do autor;

d) reprovabilidade da conduta: a conduta ora analisada é atribuível a negligência e grave falha nos serviços prestados pela demandada que comprometeu seriamente a subsistência do demandante.

Assim, tendo em vista as particularidades da situação litigiosa, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o caráter compensatório e pedagógico do dano moral, entende-se que o *quantum* indenizatório deve ser majorado de R\$10.000,00 para R\$15.000,00, montante este que melhor atende às particularidades do caso.

3. Da repetição do indébito

O autor pretende, ainda, a restituição em dobro do montante retido indevidamente.

Esclarece-se, de antemão, que o consumidor cobrado indevidamente tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou, acrescido de correção monetária e juros legais.

O parágrafo único do art. 42 do mesmo dispositivo legal, dispõe 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”.

Vê-se que a repetição de indébito está condicionada à presença de dois requisitos indispensáveis, quais sejam, a cobrança indevida (erro injustificável) e o efetivo desembolso do valor.

A respeito do tema, colhe-se o seguinte ensinamento doutrinário:

A devolução simples do cobrado indevidamente é para casos de erros escusáveis dos contratos entre iguais, dois civis ou dois empresários, e está prevista no CC/2002. No sistema do CDC, todo o engano na cobrança de consumo é, em princípio injustificável, mesmo o baseado em cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão, *ex vi* o disposto no parágrafo único do art. 42. Cabe ao fornecedor provar que seu engano na cobrança, no caso concreto, foi justificado. [...] Cobrar indevidamente e impunemente de milhões de consumidores e nunca ser condenado à devolução em dobro é que seria fonte de enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito oriundo do abuso do direito de cobrar. [...] (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 937).

Contudo, *in casu*, ressalta-se, de início, que não há se falar em cobrança indevida, posto que o próprio autor confessa a existência de dívida oriunda de contratos de empréstimos pactuados entre as partes.

Como bem fundamentou o Magistrado singular, *“ainda que a retenção da aposentadoria do autor para o pagamento da dívida com a requerida não possa ser admitida, está incontroverso nos autos a existência de referido débito. Diante disso, não existe cobrança indevida, pelo contrário, o que existe é a impossibilidade da credora ré de atingir os proventos de aposentadoria do autor”* (fl. 162).

Ademais, não restou comprovado que a instituição bancária requerida tenha agido de má-fé quando efetuou a retenção do benefício previdenciário do autor, porquanto, repita-se, tratava-se de dívida existente.

Assim, descabida a restituição em dobro dos valores.

4. Do termo inicial dos juros de mora

No que tange ao pleito de modificação do *dies a quo* dos juros moratórios, a irresignação do requerente merece prosperar.

Isso porque este Órgão Fracionário já decidiu, em colegialidade ampliada (art. 942 do Código de Processo Civil), que em casos deste jaez devem incidir a partir do evento danoso.

A propósito:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO

POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO IRREGULAR EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PARCELAS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO DEVIDAMENTE ADIMPLIDAS. DESCONTENTAMENTO RECÍPROCO EM RELAÇÃO AO *QUANTUM* ARBITRADO. REDEFINIÇÃO. INVIABILIDADE. VALOR FIXADO EM CONSONÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. CARÁTER REPARATÓRIO, EDUCATIVO E PUNITIVO ATENDIDOS. **JUROS MORATÓRIOS CONTADOS DO EVENTO DANOSO.** MODIFICAÇÃO DO TERMO INICIAL PARA A DATA DO ARBITRAMENTO. INSUBSISTÊNCIA. **APLICAÇÃO CONFORME ENTENDIMENTO DA CÂMARA,** RESSALVADO O PONTO DE VISTA DO RELATOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM ATENÇÃO AOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO ART. 85, § 2º, DO CPC. MAJORAÇÃO INCABÍVEL. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS (TJSC, Apelação Cível n. 0303361-67.2017.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 24-10-2019, grifos acrescidos).

E mais: TJSC, Apelação Cível n. 0022697-94.2013.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j.24-10-2019; TJSC, Apelação Cível n. 0300461-57.2018.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 24-10-2019; TJSC, Apelação Cível n. 0300304-65.2015.8.24.0030, de Imbituba, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 24-10-2019.

Assim, dá-se provimento ao apelo, neste particular, a fim de determinar a incidência dos juros de mora a partir do evento danoso.

5. Dos honorários advocatícios

O demandante pugna, ainda, pela majoração da verba sucumbencial fixada no patamar de 10% sobre o valor da condenação.

Razão não lhe assiste.

Sobre o tema, o art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil assim dispõe:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 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.

Assim, fazendo-se a subsunção da norma ao caso em exame, verifica-se que o procurador do autor desempenhou adequadamente seu mister, dedicando-se à persecução dos direitos do seu cliente. Por outro lado, a lide não é de alta complexidade, não demandou dilação probatória e tramitou por 3 anos. Nesse contexto, considerando-se o trabalho do causídico, bem como o valor da condenação, faz-se razoável manter a verba honorária em 10% do montante atualizado da condenação, patamar que remunera dignamente o profissional.

6. Dos honorários recursais

Destaca-se, por fim, que o novo Código de Processo Civil inovou substancialmente ao criar o instituto da sucumbência recursal, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11, da novel legislação.

Sobre a questão, colhe-se da doutrina:

Em outra inovação, o CPC/2015 passa a permitir, expressamente, a fixação de honorários em grau recursal: ao julgar recurso, o tribunal deve majorar os honorários anteriormente fixados (a lei utiliza o verbo majorar no imperativo, tratando-se, pois, de uma obrigatoriedade, e não de mera faculdade), levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, à luz dos critérios já referidos, ficando limitada essa majoração, porém, ao “teto” fixado para os honorários da fase de conhecimento (máximo de 20%) (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 153).

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o arbitramento de honorários advocatícios recursais imprescindível 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 (STJ, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1357561/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4-4-2017, DJe 19-4-2017).

Assim, uma vez que se encontram preenchidos os pressupostos citados, entende-se adequado majorar os honorários, em favor do causídico da parte autora, em 2% sobre o valor do proveito econômico, com base no art. 85, §§ 1º e 11, da nova lei processual civil. Tal montante mostra-se razoável para recompensar a atuação do profissional em segunda instância, consideradas as particularidades do presente caso.

7. Do prequestionamento: requisito satisfeito

A fim de viabilizar eventual interposição de recurso às Cortes Superiores, consideram-se desde já satisfatoriamente questionadas todas as matérias infraconstitucionais e constitucionais levantadas pelas partes. Salienta-se, ainda, ser desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido debatida e decidida por esse Tribunal de Justiça. No mesmo sentido: STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1258645, rel. Min. Marco Buzzi, j. 18-5-2017.

Ademais:

O que é certo é que se, para a Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça, prequestionamento parece ser o conteúdo da decisão da qual se recorre, para a Súmula nº 356 do Supremo Tribunal Federal, prequestionamento pretende ser mais material impugnado (ou questionado) pelo recorrente (daí a referência aos embargos de declaração) do que, propriamente, o que foi efetivamente decidido pela decisão recorrida. Para o enunciado do Superior Tribunal de Justiça é *indiferente* a iniciativa do recorrente quanto à tentativa de fazer com que a instância *a quo* decida sobre uma questão por ele levantada. Indispensável, para ele, não a iniciativa da parte, mas o que *efetivamente* foi *decidido* e, nestas condições, está apto para ser contrastado pela Corte Superior.

Se assim é, ao contrário do que usualmente se verifica no foro, nem sempre os embargos de declaração são *necessários* para acesso ao Superior Tribunal de Justiça. Suficiente, para tanto, a análise do conteúdo da decisão da qual se recorre, *dado objetivo* e que afasta qualquer outra preocupação relativa à configuração do prequestionamento (BUENO, Cássio Scarpinella. *Quem tem medo de prequestionamento?*. Revista dialética de direito processual, vol. 1. São Paulo: Dialética, 2003, p. 28-29).

Diz-se isto para evidenciar a desnecessidade de interposição de embargos de declaração com fins meramente prequestionatórios.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos; negar provimento ao apelo interposto pela ré; e dar parcial provimento ao reclamo manejado pelo autor para: a) majorar o *quantum* indenizatório de R\$10.000,00 para R\$15.000,00, b) determinar o *dies a quo* dos juros de mora a partir do evento danoso. Outrossim, fixar honorários advocatícios recursais, nos termos da fundamentação. Custas legais.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0303489-05.2017.8.24.0075, de Tubarão

Relatora: Desembargadora Rosane Portella Wolff

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CANCELAMENTO DE VOO INTERNACIONAL. SENTENÇA QUE, COM RELAÇÃO AOS AUTORES MAIORES, DECLARA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENITÁRIA E, COM RELAÇÃO AO INCAPAZ, JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO.

DANOS MATERIAIS. PREJUDICIAL DE MÉRITO BEM DECLARADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 35 DA CONVENÇÃO DE MONTREAL, PLENAMENTE APLICÁVEL AO CASO EM ESTUDO.

DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO INVIÁVEL. ESPÉCIE INDENITÁRIA QUE, COM RELAÇÃO À REFERIDA PREJUDICIAL DE MÉRITO, DEVE OBSERVAR AS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. PRECEDENTES DESTES ÓRGÃO FRACIONÁRIO.

JULGAMENTO DE PLANO DA DEMANDA AUTORIZADO PELO ART. 1.013, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE. AUTORES QUE EM RAZÃO DO CANCELAMENTO DO VOO CONTRATADO, SOMENTE EMBARCARAM AO DESTINO EM QUE PASSARAM AS COMEMORAÇÕES DE FINAL DE ANO COM TODO O GRUPO FAMILIAR APROXIMADAMENTE 25 HORAS APÓS O HORÁRIO PROGRAMADO. SITUAÇÃO QUE OCASIONOU INÚMEROS TRANSTORNOS, ENTRE OS QUAIS A IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIR NA PROGRAMAÇÃO ANTERIORMENTE AGENDADA PELA FAMÍLIA, INCLUSIVE COM A PERDA DE DIÁRIAS EM HOTEL E INGRESSOS EM PARQUES TEMÁTICOS. ABALO LATENTE.

“Na específica hipótese de atraso ou cancelamento de voo operado por companhia aérea, não se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro. Isso porque vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida.

5. Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral. A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros.” (REsp 1796716/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 29/08/2019).

QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO EM OBSERVÂNCIA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE PERMEIAM A LIDE, BEM ASSIM AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

READEQUAÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL. INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES CONSTANTES NOS ARTS. 85, § 2º, E 86, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE RITOS.

SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303489-05.2017.8.24.0075, da comarca de Tubarão 1ª Vara Cível em que é Apelante Estener Soratto da Silva Júnior e outros e Apelado American Airlines INC.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz e dele participaram, com voto, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha e o Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa.

Florianópolis, 12 de novembro de 2020.

Desembargadora Rosane Portella Wolff

Relatora

RELATÓRIO

Estener Soratto da Silva Júnior e outros ajuizaram “Ação de Indenização”, autuada sob o n. 0303489-05.2017.8.24.0078, perante a primeira vara cível da comarca de Tubarão.

A lide restou assim delimitada, consoante exposto no relatório da sentença de lavra do magistrado Edir Josias Silveira Beck (fls. 136-137):

ESTENER SORATTO DA SILVA JÚNIOR, GRAZIELE DE SOUZA SORATTO DA SILVA, MANOEL DE SOUZA SORATTO DA SILVA, menor, e MARILZA ROSALBA RAULINO DA SILVA aforaram a presente AÇÃO DE INDENIZAÇÃO contra AMERICAN AIRLINES INC afirmando terem experimentado danos de ordens patrimonial e psíquica decorrentes de atrasos e transtornos técnicos do voo citado na inicial, bem assim por conta da consequente perda de prévias reservas voltadas a viagem internacional, razão pela qual findaram por requerer a condenação dela ao pagamento das correspondentes verbas de reparação.

A ré, citada, veio aos autos dizer, preliminarmente, da ocorrência da prescrição bienal e, no mérito, da ausência de ilícito civil, ao final postulando a extinção do feito ou rejeição dos pedidos.

Os autores manifestaram-se diante da resposta.

A tentativa de conciliação não teve sucesso.

O Ministério Público, em manifestação derradeira, foi pela parcial procedência dos pedidos.

Na parte dispositiva da sentença constou:

Ante o exposto,

PRONUNCIO a prescrição e, por consequência, JULGO EXTINTA a ação diante dos autores maiores, com resolução de mérito, forte no artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ademais, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos reparatórios apresentados pelo autor menor.

Condeno os autores ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes fixados 10% sobre o valor atualizado da causa.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se, inclusive o Ministério Público.

Transitada em julgado, ao contador judicial para cálculo e procedimento de cobrança das custas devidas e, na sequência, arquivem-se.

Irresignados, os Autores interpuseram recurso de Apelação (fls. 149-154), defendendo, em suma, a inaplicabilidade do prazo prescricional bienal na hipótese. Outrossim, afirmam que os danos materiais e morais restaram devidamente comprovados nos autos, razão pela qual pugnam pelo acolhimento integral do pleito formulado na petição inicial da ação de conhecimento.

Contrarrazões às fls. 158-167.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Procurador de Justiça Durval da Silva Amorim, que se manifestou pelo conhecimento e provimento do Recurso (fls. 179-185).

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, o Reclamo comporta conhecimento.

A Insurgência busca ver reformada a sentença que, com relação aos autores capazes declarou a prescrição da pretensão autoral, enquanto que, concernente ao incapaz, reconheceu a improcedência do pedido indenizatório, o qual se encontra amparado em atraso de voo internacional e consequentes transtornos decorrentes deste fato.

O julgado está a merecer efetiva reforma.

De início, é de se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, amparado em precedentes da Corte Superior Constitucional, firmou o entendimento de que *“as normas e os tratados internacionais*

devem ser aplicados às questões envolvendo transporte internacional, seja este de pessoas, bagagens ou cargas, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal.” (AgInt no AREsp 1613062/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/10/2020, DJe 23/10/2020).

Nesse norte, em relação aos danos materiais, andou bem o Togado em reconhecer a prejudicial de mérito em destaque, eis que o art. 35 da Convenção de Montreal estabelece que *“O direito à indenização se extinguirá se a ação não for iniciada dentro do prazo de dois anos, contados a partir da data de chegada ao destino, ou do dia em que a aeronave deveria haver chegado, ou do da interrupção do transporte”*.

Na hipótese vertente, os fatos ocorreram no mês de dezembro do ano de 2014, enquanto que a demanda restou protocolizada somente em 15 de junho de 2017, ou seja, após transcorrido o prazo bienal aplicável ao feito.

Salienta-se, porque pertinente, que os gastos materiais foram arcados pelos Autores capazes, de modo que inviável o não acolhimento da prescrição em relação aos gastos detalhados às fls. 7.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VOO INTERNACIONAL CANCELADO. CONSUMIDOR REALOCADO PARA VOO QUE PARTIU NO DIA SEGUINTE, COM NOVA CONEXÃO EM ESTADO VIZINHO. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO E JULGOU EXTINTO O FEITO, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECURSO DOS REQUERENTES. ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DOS PACTOS DE VARSÓVIA E MONTREAL. PARCIAL ACOLHIMENTO. DANOS MATERIAIS QUE, NOS MOLDES DA CONVENÇÃO DE MONTREAL (DECRETO 5.910/2006), ESTABELECE PRAZO BIENAL PARA A REPARAÇÃO DE DANO PATRIMONIAL. DANOS MORAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. EXEGESE DO ART. 27 DO DIPLOMA CONSUMERISTA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO COM A CITAÇÃO VÁLIDA. PRAZO QUE RETROAGE À PROPOSITURA DA DEMANDA. OBSERVÂNCIA DA DATA DO PROTOCOLO DA PETIÇÃO INICIAL, EX VI DOS ARTIGOS 240 C/C 312, DO CPC. JUNTADA DA PEÇA VESTIBULAR UM MÊS APÓS O PROTOCOLO. AUTOR QUE NÃO DEVE ARCAR COM A INÉRCIA DO PODER JUDICIÁRIO. PRETENSÕES DE REPARAÇÃO DE DANO MORAL E MATERIAL NÃO PRESCRITAS. [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0302797-10.2015.8.24.0064, de São José, rel. André Carvalho, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 10-03-2020).

Noutra senda, concernente aos danos extrapatrimoniais, é evidente a não consumação da prescrição, pois a prevalência da aplicabilidade da Convenção de Montreal sobre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor se restringe aos danos materiais, conforme já analisado por esta Relatoria, em precedente deste Órgão Fracionário:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. EXTRAVIO DEFINITIVO DE BAGAGEM. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA COMPANHIA AÉREA.

SUSCITADA A INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL CONSTANTE NA CONVENÇÃO DE MONTREAL AOS DANOS MORAIS. INVIABILIDADE. ESPÉCIE INDENITÁRIA QUE, COM RELAÇÃO À REFERIDA PREJUDICIAL DE MÉRITO, DEVE OBSERVAR AS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. PRECEDENTES DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO.

“A temática foi objeto de recurso representativo de controvérsia (Tema 210) no Supremo Tribunal Federal, ocasião em que a eg. Corte Suprema entendeu pela prevalência da Convenção de Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor “em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais” (RE n. 636.331/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25-5-2017 - Grifou-se)” (TJSC, Apelação Cível n. 0300745-62.2018.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 23-05-2019).

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE. AUTORA QUE TEVE MALA EXTRAVIADA, SEM POSTERIOR DEVOLUÇÃO PELA RÉ. MONTA INDENIZATÓRIA QUE RESTOU FIXADA EM ABSOLUTA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

“É irrecusável a responsabilidade da empresa de transportes pelo extravio de bagagem do seu passageiro, mormente quando não demonstrada qualquer causa excludente. Havendo comprovação da compra do bilhete, da viagem realizada e da perda da bagagem da autora, preenchidos se encontram os pressupostos atinentes ao dever de indenizar os danos morais experimentados” (TJSC, Apelação Cível n. 2007.020336-0, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber). (TJSC, Apelação Cível n. 0305955-49.2018.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 28-05-2020).

FIXAÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL RECURSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 5001082-07.2019.8.24.0087, de TJSC, rel. ROSANE PORTELLA WOLFF, 2ª Câmara de Direito Civil, j. 30-07-2020, grifou-se).

Portanto, viável a análise do pedido sob este aspecto, o que se formula neste grau de jurisdição, segundo prescreve o art. 1.013, § 4º, do Código de Processo Civil.

E, para tanto, imperioso levar-se em consideração precedente da Corte da Cidadania que se debruçou acerca do abalo moral decorrente de cancelamento de voo, nos seguintes termos:

DIREITO DO CONSUMIDOR E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DE VOO DOMÉSTICO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

1. Ação de compensação de danos morais, tendo em vista falha na prestação de serviços aéreos, decorrentes de cancelamento de voo doméstico.

2. Ação ajuizada em 03/12/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 17/07/2018. Julgamento: CPC/2015.

3. O propósito recursal é definir se a companhia aérea recorrida deve ser condenada a compensar os danos morais supostamente sofridos pelo recorrente, em razão de cancelamento de voo doméstico.

4. Na específica hipótese de atraso ou cancelamento de voo operado por companhia aérea, não se vislumbra que o dano moral possa ser presumido em decorrência da mera demora e eventual

desconforto, aflição e transtornos suportados pelo passageiro. Isso porque vários outros fatores devem ser considerados a fim de que se possa investigar acerca da real ocorrência do dano moral, exigindo-se, por conseguinte, a prova, por parte do passageiro, da lesão extrapatrimonial sofrida.

5. Sem dúvida, as circunstâncias que envolvem o caso concreto servirão de baliza para a possível comprovação e a consequente constatação da ocorrência do dano moral. A exemplo, pode-se citar particularidades a serem observadas: i) a averiguação acerca do tempo que se levou para a solução do problema, isto é, a real duração do atraso; ii) se a companhia aérea ofertou alternativas para melhor atender aos passageiros; iii) se foram prestadas a tempo e modo informações claras e precisas por parte da companhia aérea a fim de amenizar os desconfortos inerentes à ocasião; iv) se foi oferecido suporte material (alimentação, hospedagem, etc.) quando o atraso for considerável; v) se o passageiro, devido ao atraso da aeronave, acabou por perder compromisso inadiável no destino, dentre outros.

6. Na hipótese, não foi invocado nenhum fato extraordinário que tenha ofendido o âmago da personalidade do recorrente. Via de consequência, não há como se falar em abalo moral indenizável.

7. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração de honorários.(REsp 1796716/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 29/08/2019, grifou-se).

In casu, ao sentir desta Relatoria, o abalo moral é inconteste, pois todos os Autores somente foram embarcar ao destino final passadas aproximadamente 25 horas da data inicialmente programada, fazendo com que perdessem programações em Orlando – USA, entre as quais se destaca a ida ao parque Epcot, agendado para o dia 24 de dezembro de 2014.

Se não bastasse, o voo em questão sofreu problemas mecânicos em sua primeira tentativa (fls. 32-39), o que certamente causou angustias em todos os membros da família que lá se encontravam presentes, como bem comprova a declaração de fls. 124.

Assim, sem sombra de dúvidas, há abalo moral passível de indenização, sendo necessário balizar o valor devido para cada integrante do polo ativo da *actio*.

Nesse aspecto, considerando os fatos acima descritos e, pautando-se nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entende-se adequado fixar a indenização moral para cada Autor em R\$ 7.000,00, com incidência de correção monetária a contar desta data, e juros de mora a partir da citação, *ex vi* do art. 405 do Código Civil.

Em consequência, faz-se imprescindível readequar os ônus de sucumbência, razão pela qual ambos os litigantes deverão arcar com o adimplemento das custas processuais e honorários sucumbenciais, os quais se fixa em 15% sobre o valor atualizado da condenação, na proporção de 70% para o Réu e 30% para os Autores, na exata dicção dos arts. 85, § 2º, e 86, *caput*, do Diploma Processual Civil.

É o quanto basta.

Sob tais circunstâncias, vota-se no sentido de conhecer do Recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, nos termos da fundamentação deste julgado.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0302854-49.2018.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – OBRIGAÇÕES – LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL – ALUGUEL DE TERRENO PARA INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO RÁDIO BASE DE TELEFONIA MÓVEL (ANTENA) – RENOVATÓRIA MOVIDA PELA INQUILINA PRESTADORA DO SERVIÇO – IMPROCEDÊNCIA EM 1º GRAU – INCONFORMISMO DA INQUILINA REQUERENTE – PERMANÊNCIA DE ANTENA TRANSMISSORA NO IMÓVEL COM INCREMENTO DO FUNDO DE COMÉRCIO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 71 DA LEI DO INQUILINATO – IRRELEVÂNCIA – IMÓVEL ALIENADO NA VIGÊNCIA DO PACTO LOCATÍCIO – DEMONSTRAÇÃO PELA RÉ DE QUE O NOVO PROPRIETÁRIO NÃO POSSUI INTERESSE NA RENOVAÇÃO – INVIABILIDADE DE OPOSIÇÃO DA PRETENSÃO RENOVATÓRIA CONTRA O NOVO PROPRIETÁRIO QUE NÃO INTEGROU A DEMANDA, QUE FOI DIRECIONADA CONTRA A ANTIGA PROPRIETÁRIA LOCADORA – RENOVATÓRIA INCABÍVEL – SENTENÇA MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO, MAJORADOS OS HONORÁRIOS EM RAZÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL – APELO IMPROVIDO.

Alienado o imóvel locado na vigência da locação, a pretensão renovatória não pode ser direcionada ao novo proprietário e locador se este não integrou a demanda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302854-49.2018.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara Cível em que é Apelante American Tower Brasil – Cessão de Infra-Estruturas Ltda e Apelado Nice Ferreira de Aguiar.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Presidiu a sessão, com voto, a Exma. Sra. Desa. Rosane Portella Wolff e participou do julgamento, realizado em 29 de outubro de 2020, o Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa.

Florianópolis, 04 de novembro de 2020.

Desembargador Monteiro Rocha
Relator

RELATÓRIO

American Tower do Brasil - Cessão de Infra-Estruturas Ltda moveu ação renovatória de contrato de locação contra Nice Ferreira de Aguiar, cujo objeto contratual tem por finalidade “a instalação de antenas e equipamentos de telecomunicações de sua propriedade e/ou de terceiros, destinados ao exercício de atividades de transmissão e/ou recepção de sinais de rádio e micro-ondas” (fl.4).

Afirmou haver locado da requerida um imóvel para fins não residenciais, localizado na rua 1700, município de Itapoá-SC.

Prosseguiu argumentando que o contrato foi firmado pelo prazo de 60 meses, com início em 01/09/2003, renovável automaticamente por igual período.

Sustentou que a ação renovatória preenche os requisitos do art. 51 da Lei do Inquilinato, bem como preenche os requisitos do art. 71 da referida Lei.

Assim discorrendo, requereu a procedência do pedido para renovar o contrato de locação firmado entre as partes, por mais 60 meses, a partir de 01/10/2018, condenando-se a locadora/requerida ao pagamento de custas e honorários.

Citada, a locadora/requerida ofereceu contestação (fls. 393/412), suscitando, preliminarmente, ausência de interesse processual, uma vez que ausente fundo de comércio.

No mérito, destacou que os requisitos necessários à renovação contratual, nos termos da lei de locação, não se encontram preenchidos, sobretudo porque a avença tem como escopo somente disponibilização de espaço em sua propriedade para instalação de antenas.

Disse que “a autora tem pleno conhecimento de que o atual proprietário do imóvel (matrícula n. 1.358 [...]) não mantém interesse na renovação da locação nos termos anteriormente ajustados pela ré Nice Ferreira de Aguiar, cujas obrigações contratuais restam cumpridas com o término do ajuste previsto para 01 de outubro de 2018, pois já renovado anteriormente, tanto que a empresa autora está propondo um novo contrato com prazo determinado de cinco anos” (fl. 411).

Ao final, pugnou pela extinção do processo por ausência de interesse processual e, no mérito, pela improcedência do pedido renovatório, condenando-se a autora em custas e honorários.

Houve réplica (fls. 433/444).

Entregando a prestação jurisdicional, o magistrado *a quo* julgou improcedentes os pedidos renovatório e indenizatório.

Irresignada com a prestação jurisdicional, a inquilina/requerente interpôs apelação (fls. 456/465), alegando que “o imóvel locado para instalação da torre e equipamentos de transmissão de sinais possui Fundo de Comércio é essencial para a atividade fim da empresa, restando devidamente configurado o fundo de comércio da Apelante, e por consequência, o amparo da Lei de Locações” (fl. 464).

Requereu, enfim, o provimento do recurso para julgar procedente o pedido renovatório.

Às fls. 470/476, a locadora apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

Este é o relatório.

VOTO

A súplica recursal da autora locatária é dirigida contra sentença que, em ação renovatória de locação por si movida, julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que “embora se trate da própria atividade fim da autora e possua importância vital, o objeto da locação não pode ser considerado como elemento que se agrega ao fundo ou mesmo como ponto de comércio” (fl. 450).

Alega a locatária apelante que “a partir da definição doutrinária, a jurisprudência reconhece que as torres onde são instaladas as antenas de transmissão da concessionária de telefonia móvel como equipamento imprescindível à atividade econômica, compondo, portanto, o fundo de comércio. Com efeito, o contrato vigente entre as partes está acobertado pela tutela específica do artigo 51, da Lei n. 8.245, de 1991” (fls. 463/464).

A sentença deve ser mantida, porém por fundamento diverso.

Inicialmente, convém analisar os requisitos da ação renovatória, os quais se encontram presentes apenas em relação à locatária.

Segundo a Lei do Inquilinato, a função primordial da ação renovatória é proteger o fundo de comércio, pelo que se inexistente a formação desse fundo não há interesse processual na propositura da *actio*. Em outras palavras, “o fundo de comércio é protegido pelo direito à renovação que confere ao inquilino a permanência no imóvel e a continuidade de sua exploração comercial [...]” (TJSC, 2ª Câm. de Direito Civil, deste relator, AC n. 2011.094746-5, de Biguaçu, j. 27-06-2013).

Preceitua o art. 51 da Lei do Inquilinato:

“Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito a renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

I - o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

II - o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

III - o locatário esteja explorando seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos”.

No caso vertente, o contrato de locação foi celebrado por escrito pelo prazo determinado de sessenta meses (equivalente a cinco anos), com início em 01/10/2003 e término em 30/09/2008, sendo fato incontroverso nos autos que o pacto foi consensualmente renovado por duas vezes de iguais períodos, encerrando o último prazo em 01/10/2018. A presente renovatória foi proposta em 29/03/2018, portanto dentro do prazo decadencial de seis meses a um ano antes do fim da locação.

Outrossim, é fato incontroverso que a empresa locatária explorou a mesma atividade por mais de três anos, tendo havido a permanência da antena de telefonia no terreno locado por todo o período locatício, restando preenchidos os requisitos do art. 51, I, II, e III, da Lei do Inquilinato.

No tocante à necessária proteção do fundo de comércio para manejo da ação renovatória, é entendimento atual do STJ que cabe ação renovatória sobre locação de terreno para instalação de estação de rádio base (antena de telefonia celular).

É da jurisprudência:

- “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RENOVATÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. IMÓVEL LOCADO PARA INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR. ESTRUTURA ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. FUNDO DE COMÉRCIO. CARACTERIZAÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação renovatória de locação de imóvel ajuizada em 29/06/2015, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 14/03/2018 e concluso ao gabinete em 26/10/2018.

2. O propósito recursal é dizer se a “estação rádio base” (ERB) instalada em imóvel locado caracteriza fundo de comércio de empresa de telefonia móvel celular, a conferir-lhe o interesse processual no manejo de ação renovatória fundada no art. 51 da Lei 8.245/91.

3. Por sua relevância econômica e social para o desenvolvimento da atividade empresarial, e, em consequência, para a expansão do mercado interno, o fundo de comércio mereceu especial proteção do legislador, ao instituir, para os contratos de locação não residencial por prazo determinado, a ação renovatória, como medida tendente a preservar a empresa da retomada injustificada pelo locador do imóvel onde está instalada (art. 51 da lei 8.245/91).

4. Se, de um lado, a ação renovatória constitui o mais poderoso instrumento de proteção do fundo empresarial; de outro lado, também concretiza a intenção do legislador de evitar o locupletamento do locador, inibindo o intento de se aproveitar da valorização do imóvel resultante dos esforços empreendidos pelo locatário no exercício da atividade empresarial. 5. As estações de rádio base (ERBs), popularmente reconhecidas como “antenas”, emitem sinais que viabilizam as ligações por meio dos telefones celulares que se encontram em sua área de cobertura (célula). E a formação de uma rede de várias células - vinculadas às várias ERBs instaladas - permite a fluidez da comunicação, mesmo quando os interlocutores estão em deslocamento, bem como possibilita a realização de várias ligações simultâneas, por meio de aparelhos situados em diferentes pontos do território nacional e também do exterior. 6. As ERBs se apresentam como verdadeiros centros de comunicação espalhados por todo o território nacional, cuja estrutura, além de servir à própria operadora, responsável por sua instalação, pode ser compartilhada com outras concessionárias do setor de telecomunicações, segundo prevê o art. 73 da Lei 9.472/97, o que, dentre outras vantagens, evita a instalação de diversas estruturas semelhantes no mesmo local e propicia a redução dos custos do serviço. 7. As ERBs são, portanto, estruturas essenciais ao exercício da atividade de prestação de serviço de telefonia celular, que demandam investimento da operadora, e, como tal, integram o fundo de comércio e se incorporam ao seu patrimônio. 8. O cabimento da ação renovatória não está adstrito ao imóvel para onde converge a clientela, mas se irradia para todos os imóveis locados com o fim de promover o pleno desenvolvimento da atividade empresarial, porque, ao fim e ao cabo, contribuem para a manutenção ou crescimento da clientela.

9. A locação de imóvel por empresa prestadora de serviço de telefonia celular para a instalação das ERBs está sujeita à ação renovatória.

10. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 3ª Turma, rela. Mina. Nancy Andrichi, REsp 1.790.074/SP, j. 25/06/2019).

- “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. AÇÃO RENOVATÓRIA. IMÓVEL LOCADO PARA INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE (ERB). CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TELEFONIA CELULAR. ESTRUTURA ESSENCIAL AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. FUNDO DE COMÉRCIO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. “A locação de imóvel por empresa prestadora de serviço de telefonia celular para a instalação das ERBs está sujeita à ação renovatória” (REsp 1.790.074/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe de 28/06/2019).

2. No caso, o Tribunal de origem entendeu ser cabível o ajuizamento de ação renovatória, uma vez que os equipamentos instalados no imóvel - a Estação Rádio Base (ERB) - se destinam à atividade empresarial da concessionária de serviço de telefonia celular, inserindo-se no conceito de fundo de comércio. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial” (STJ, 4ª Turma, rel. Min. Raul Araújo, AgInt nos EDcl no AREsp 1.577.914/DF, j. 21/09/2020).

No tocante aos requisitos da petição inicial da ação renovatória, estabelece o art. 71 da Lei do Inquilinato:

“Art. 71. Além dos demais requisitos exigidos no art. 282 do Código de Processo Civil, a petição inicial da ação renovatória deverá ser instruída com:

I - prova do preenchimento dos requisitos dos incisos I, II e III do art. 51;

II - prova do exato cumprimento do contrato em curso;

III - prova da quitação dos impostos e taxas que incidiram sobre o imóvel e cujo pagamento lhe incumbia;

IV - indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação;

V - indicação do fiador quando houver no contrato a renovar e, quando não for o mesmo, com indicação do nome ou denominação completa, número de sua inscrição no Ministério da Fazenda, endereço e, tratando-se de pessoa natural, a nacionalidade, o estado civil, a profissão e o número da carteira de identidade, comprovando, desde logo, mesmo que não haja alteração do fiador, a atual idoneidade financeira; (Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009)

VI - prova de que o fiador do contrato ou o que o substituir na renovação aceita os encargos da fiança, autorizado por seu cônjuge, se casado for;

VII - prova, quando for o caso, de ser cessionário ou sucessor, em virtude de título oponível ao proprietário”.

No caso em tela, restaram preenchidos os requisitos da exordial da renovatória.

Os requisitos do art. 51 da LI estão presentes (inciso I).

Existe prova do cumprimento do contrato, pois há demonstração do pagamento de aluguéis

(fl. 368) e incorre impugnação específica da ré, em contestação, sobre qualquer inadimplemento da locatária (incisos II e III).

Na inicial, há indicação clara e precisa das condições oferecidas para a renovação da locação, em que a autora postula a renovação nas mesmas condições e com o valor do último aluguel, sendo que a ré não se insurge de forma consistente contra a valor locatício proposto, o qual, até prova em contrário produzida pela ré, está adequado ao valor de mercado (inciso IV).

Inexiste previsão de fiador no contrato, pelo que é desnecessária indicação de novo garante (incisos V e VI).

A empresa autora American Tower do Brasil é cessionária do contrato de locação originalmente pactuado com a empresa TIM, conforme contrato de fls. 28-366, possuindo legitimidade ativa *ad causam* para propor a demanda (inciso VII).

Nesse contexto, conclui-se que estão presentes os requisitos da ação renovatória em relação à locatária.

Contudo, a sentença de improcedência deve ser mantida por fundamento diverso.

Com efeito, a ré alega, em contestação (fls. 404 e 411), que “a autora tem pleno conhecimento de que o atual proprietário do imóvel (matrícula n. 1.358 [...]) não mantém interesse na renovação da locação nos termos anteriormente ajustados pela ré Nice Ferreira de Aguiar, cujas obrigações contratuais restam cumpridas com o término do ajuste previsto para 01 de outubro de 2018, pois já renovado anteriormente, tanto que a empresa autora está propondo um novo contrato com prazo determinado de cinco anos” (fl. 411).

Em réplica (fls. 433-444), a locatária não se insurgiu especificamente contra essa alegação de que o atual proprietário comunicou-lhe sobre sua falta de interesse em renovar a locação.

Efetivamente, o contrato de locação foi celebrado em 2003 com a antiga proprietária Nice Ferreira de Aguiar, sendo que restou comprovado em contestação que em 2005 o terreno locado foi alienado ao seu filho Sérgio Ferreira de Aguiar (certidão imobiliária de fl. 424), tendo ocorrido duas renovações consensuais com anuência/intervenção do novo proprietário.

Aliás, a ré também demonstrou em contestação que toda a negociação para nova renovação do aluguel foi realizada com seu filho e atual proprietário, sendo que essa situação era de conhecimento da autora (fl. 405).

Nesse contexto, tem-se que a pretensão renovatória não pode ser dirigida à antiga locadora proprietária (ora ré), devendo ser oposta ao novo proprietário do bem, que é filho daquela e não integrou a presente demanda.

É da jurisprudência pacífica do STJ que “o adquirente de imóvel locado assume, por sub-rogação, a posição do locador, com todos os direitos e deveres que lhe são inerentes” (STJ, 3ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, AgInt no AREsp 1.164.280/MG, j. 07/08/2018).

Cumprе ressaltar que não se vislumbra burla ao direito renovatório no fato de o imóvel ter sido alienado da mãe locadora ao seu filho, uma vez que houve anuência do filho com duas renovações e atualmente sua mãe está com 92 anos de idade (fls. 483-484), pelo que nada mais natural que o filho passe a ser proprietário do bem para gerir o patrimônio.

Estabelece o art. 8º da LI que “Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com o prazo de noventa dias para a desocupação, salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do imóvel”.

Assim, como a pretensão renovatória foi direcionada contra a antiga proprietária e locadora, não pode ser oposta ao novo proprietário e locador que não integrou a demanda, impondo-se a manutenção da sentença, por fundamento diverso.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso da autora locatária, majorando-se os honorários de 10% par 12% em razão do trabalho adicional do patrono da ré em grau de recurso.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0006453-10.2013.8.24.0067, de São Miguel do Oeste

Relator: Desembargador Rubens Schulz

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE RÉ.

JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO INCIDENTAL EM RECURSO. CONCESSÃO. DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O DEFERIMENTO DA BENESSE. EFEITO *EX NUNC*. NÃO RETROAÇÃO. ISENÇÃO DE CUSTAS A PARTIR DESTE DEFERIMENTO. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR

MÉRITO. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE DANO MATERIAL. INVIABILIDADE. COMPROVADO PELO AUTOR O FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO. NEGÓCIO JURÍDICO ENVOLVENDO VEÍCULO COM DADOS ADULTERADOS DIVERGENTES DO REGISTRO NO ÓRGÃO DE TRÂNSITO. DESFAZIMENTO DA CADEIA DE ALIENAÇÕES DO AUTOMÓVEL. PREJUÍZO SUPOSTO PELO AUTOR NA RESTITUIÇÃO DO VALOR RECEBIDO PELA VENDA. CABÍVEL A EXIGÊNCIA EM DESFAVOR DO REQUERIDO. MINORAÇÃO PATRIMONIAL DEMONSTRADA. EXEGESE DO ART. 373, I DO CPC. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL DEVIDA.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0006453-10.2013.8.24.0067, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara Cível), em que é Apelante Edvino Arent e Apelado Mauro Roberto Eskudlark.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento apenas para deferir a gratuidade ao apelante, com efeitos *ex nunc*. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz, presidente com voto, a Exma. Sra. Desa. Rosane Portella Wolff e a Exma. Sra. Desa. Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 2 de julho de 2020.

Desembargador Rubens Schulz

RELATOR

Lei n. 11.419/2006

RELATÓRIO

Mauro Roberto Eskudlark ajuizou esta ação de cobrança em face de Edvino Arent perante o Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de São Miguel do Oeste. Argumentou, em síntese, que adquiriu

do réu o veículo Chevrolet Astra Sunny de placas LOF-1495 e em seguida o revendeu para Evandro Carlos Borla. Alegou que este alienou para Alan Schmidt, e este para Idenilson Casagrande, e deste Lenoir Franco Assumpção. Ocorreu que Lenoir não pode transferir o veículo perante a autoridade de trânsito estadual, pois o chassi apresentou divergência no registro. Disse que a responsabilidade deu-se entre os adquirentes na cadeia negocial, tocando ao autor restituir o valor que Evandro pagou pelo veículo, sendo de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais). Pugnou pela condenação do réu na restituição deste montante.

Citado, o réu apresentou contestação alegando preliminares de decadência e prescrição. No mérito asseverou que, na condição de proprietário do veículo, sofreu acidente de trânsito no final do ano de 2007, encaminhando o bem para conserto. Destacou que, no ato do reparo, o veículo foi integralmente recomposto, à exceção da cor, que passou de prata para preto. Relembrou que o automóvel mencionado na peça inicial foi dado como parte do pagamento quando o réu adquiriu outro bem, um Ford Ecosport de placas MFV-0077. Pugnou pela improcedência (fls. 41-153).

Com a manifestação do autor sobre a resposta, o Juízo proferiu decisão saneando o feito e encaminhando-o à instrução (fl. 166).

Na fase instrutória foram ouvidas duas testemunhas (fls. 187-188).

Apresentadas as alegações finais pelas partes, sobreveio sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar o réu a pagar ao autor a monta de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), além das custas e de honorários fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (fls. 236-244)

Irresignada, a parte ré interpõe recurso de apelação. Para tanto, inicialmente aduziu que não tem condições de proceder ao recolhimento do preparo, pedindo a concessão de gratuidade. Ainda, reforça a tese preliminar de decadência. No mérito alega a ausência de culpa em relação ao evento danoso, afirmando que não há prova de que o Chevrolet Astra estaria eivado dos vícios. Pontuou ainda que, caso mantida a procedência, o valor a indenizar deverá ser apurado em liquidação de sentença. Postulou a reforma da sentença recorrida (fls. 249-259).

Apresentadas as contrarrazões, os autos foram encaminhados a este Tribunal de Justiça.

Vieram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1 JUSTIÇA GRATUITA

Infere-se das razões do apelo que o réu pleiteou a concessão de justiça gratuita.

Para tanto, demonstrou que não detém propriedade de bens imóveis e, quanto a veículos,

demonstrou possuidor apenas uma motocicleta; comprovou ainda que cumpre estágio remunerado neste Tribunal de Justiça (fls. 260-266).

Segundo determina o Código de Processo Civil, especificamente no art. 99, § 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”.

Noutra dicção, da lavra do ilustre Desembargador Sebastião César Evangelista, “para que a parte possa usufruir dos benefícios da gratuidade de justiça, não é necessária a demonstração de estado de miserabilidade, todavia o direito ao benefício deve ser assegurado, nos termos da Constituição da República, art. 5º, inc. LXXIV, apenas àqueles que não tenham condições de pagar as custas e despesas processuais sem prejuízos à sua subsistência. Sendo a parte intimada a comprovar a sua incapacidade financeira e mantendo-se inerte, há fundadas razões para que o benefício seja indeferido” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.043835-3, de Palhoça, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 5-11-2015).

Outrossim, “é de conhecimento comum não pressupor a concessão do benefício da Justiça Gratuita, a miserabilidade absoluta, bastando a impossibilidade de manutenção do mínimo a subsistência própria e de sua família” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.001203-2, de Criciúma, Sexta Câmara de Direito Civil, rela. Desa. Denise Volpato, j. 24-3-2015).

No caso vertente, tem-se que a documentação encartada com a peça recursal seja suficiente a demonstrar a hipossuficiência do apelante no que toca ao custeio da despesa de preparo, sem prejuízo do sustento de seu núcleo familiar, embora antes já tivesse quitado as custas iniciais da lide.

Nesse particular, o art. 98, § 5º, do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o magistrado conceder a benesse em relação a algum ou a todos os atos do processo.

Veja-se:

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.

[...]

§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

A respeito do tema, Fredie Didier ensina:

O CPC permite que o benefício da Justiça Gratuita seja concedido quanto a apenas um ou a alguns dos atos

do processo, ou para que o beneficiário tenha um desconto percentual no valor dos adiantamentos (art. 98, § 5º). [...] A possibilidade de modulação do benefício não é, pois, uma novidade no sistema; novidade é o fato de, agora, isso estar previsto expressamente (Benefício da justiça gratuita, 6. ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 53).

Desta feita o deferimento da gratuidade se impõe; contudo, há de alcançar somente a despesa da interposição recursal, bem como os demais atos praticados após a presente concessão, eis que, conforme entendimento consolidado pela eg. Corte Superior, a concessão da gratuidade da justiça em grau recursal possui efeitos *ex nunc*, sem retroação, evidentemente, a condenação imposta na sentença.

É que, “*segundo o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o qual continua sendo plenamente aplicado, a concessão do benefício somente produzirá efeitos quanto aos atos processuais relacionados ao momento do pedido, ou posteriores a ele, não sendo admitida, portanto, sua retroatividade*” (STJ, AgInt no AREsp 1373321/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25-3-2019).

Com isto, e sendo concedida a gratuidade ao apelante, verifico presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade. Por isso conhece-se do recurso de apelação e passa-se ao exame dos seus objetos à luz das disposições do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que a sentença recorrida foi publicada após a sua vigência (23-8-2019 – fl. 245).

2 DECADÊNCIA

Reitera o requerido em sede recursal que a pretensão exposta na peça inicial estaria atingida pela decadência. Isto porque a compra e venda aconteceu nos idos de setembro de 2008, ao passo que a presente lide restou ajuizada somente em 5-11-2013.

Para o recorrente, está posta a decadência no caso em tela a partir da sua subsunção ao art. 445 do Código Civil: “*O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade*”.

De início, a fim de esclarecer quais institutos e prazos são aplicáveis quanto ao exercício do direito na hipótese, giza-se que a pretensão indenizatória fundada em relação jurídica desta estirpe pode ser direta ou indiretamente relacionada ao vício redibitório.

Daí a diferenciação fática que justifica a decadência ou a prescrição, visto que tanto a legislação civil quanto a legislação consumerista estabelecem lapsos temporais específicos para a arguição do defeito que a coisa apresenta após a aquisição.

A respeito disso, preleciona a doutrina especializada:

Sempre constituiu motivo de controvérsia na doutrina a possibilidade de os vícios redibitórios permitirem a formulação de pedidos autônomos (perdas e danos) além dos específicos à ação redibitória. [...]

Para o correto enfrentamento da questão há que se proceder à distinção entre dano *circa rem* e dano *extra rem*. A expressão latina *circa rem* significa próximo, ao redor, ligado diretamente à coisa, de modo que não pode dela desgarrar-se. Assim, dano *circa rem* é aquele que é inerente ao vício do produto ou serviço, que está diretamente ligado a ele, não podendo dele desgarrar-se. A expressão latina *extra rem* indica vínculo indireto, distante, remoto; tem sentido de fora de, além de, à exceção de *extra rem* é aquele que apenas indiretamente está ligado ao vício do produto ou do serviço porque, na realidade, decorre de causa superveniente, relativamente independente, e que por si só produz o resultado (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 634 e 635).

Então, quando identificada a pretensão reparatória *circa rem*, tem a parte prejudicada o direito de discutir a indenização redibitória – esta sim, sujeito a prazo decadencial que, nas relações entre particulares, dá-se em até 30 (trinta) dias quando o assunto envolve um automóvel, ou 180 (cento e oitenta dias), quando o vício estiver oculto.

Contudo, a leitura da peça inicial desta lide denota que a pretensão não é de obter compensação do preço ou redibição, mas de indenização a partir de prejuízo suportado pelo apelado. “É preciso reconhecer em primeiro lugar que o pedido formulado na petição inicial não é redibitório (desfazimento do negócio/abatimento do preço), o que por si só afasta a incidência do art. 445 do CC/02. Demais disso, a pretensão formulada consoante lição doutrinária exposta não está relacionada a um dano *citra rem*, mas *extra rem*” (STJ, AgInt no REsp 1677308/DF, rel. Min. MOURA RIBEIRO, j. 11-10-2018).

À vista da natureza indenizatória da pretensão exposta na peça inicial, verifica-se inaplicável o prazo decadencial da redibição que argumentou o apelante em sede recursal.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E DEVER DE INDENIZAR

No ponto da responsabilização pelo pagamento, arguiu o apelante que não restou demonstrado nos autos que o veículo mencionado na peça inicial estaria eivado dos vícios que impediram o último comprador da cadeia (Lenoir Franco Assumpção).

Pois bem.

Em tema de responsabilização civil como a que é discutida neste feito, convém relembrar as regras da legislação civil que normatizam o tema.

Consoante preceitua o art. 186 do Código Civil, “aquele que por ação, ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. No mesmo sentido, o art. 927, *caput*, do mesmo diploma legal dispõe que “aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

No que compete a indenização a título de dano material, ensina Maria Helena Diniz:

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, [...] O dano patrimonial mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. O dano, portanto, estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio realmente existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se a lesão não se tivesse produzido. O dano corresponderia à perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado.

Em toda obrigação ressarcitória o indenizante deverá procurar um estado de coisas que se aproxime da situação frustrada, isto é, a que existiria se não tivesse ocorrido o dano (Curso de Direito Civil Brasileiro, 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 68).

No caso dos autos, as partes realizaram negócio jurídico, no qual o autor comprou do réu um veículo Chevrolet Astra (placas LOF-1495).

No entanto, anos após, e estando o veículo na propriedade de terceiro, este não pode proceder à regularização do bem junto à autoridade de trânsito em face de vícios no que toca à numeração de chassi e motor. Por esta razão, em retroação da cadeia de responsabilização, o autor viu-se obrigado a pagar ao primeiro adquirente Evandro Borla o valor de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais).

O defeito do veículo, com a devida vênua, restou bem demonstrado.

A divergência nos números de registro de chassi e motor marcados no carro deu ensejo à instauração de inquérito policial para apuração de suposta prática delitiva; a cópia da investigação restou juntada às fls. 21-37, contando com realização de prova pericial e ouvida de testemunhas.

Já naqueles autos foi possível perceber a evidente divergência nos registros do automóvel mencionado na peça inicial.

O laudo pericial (fls. 22-27) foi claro ao precisar que, quando examinou o veículo Astra mencionado na peça inicial, fabricado com a cor **prata**, tinha marcação de chassi e motor diferentes daqueles que vieram originalmente na fabricação; ostentava, ao invés, marcação de chassi e motor sobreposta que pertencia a outro veículo – um Chevrolet Astra de idêntica carroceria hatchback duas portas de cor **preta** com placas CXG-0590, oriundo de São Paulo/SP e com registro de furto.

A divergência de números e a apreensão do bem pela autoridade policial frustraram a aquisição, causando efeito rebote em toda a cadeia de transmissão do bem.

Tal fato já seria suficiente a caracterizar a responsabilização.

Contudo, a oitiva de testemunhas tanto na investigação quanto neste processo complementaram e tornaram a questão ainda mais clara.

A sentença foi precisa ao pinçar do inquérito os depoimentos ouvidos pelo Delegado de Polícia que atestaram o fato (fls. 238-239):

Cotejando os elementos probatórios colacionados ao feito, tenho que razão assiste à parte autora.

Explico.

Conforme própria narrativa da parte requerida, no final de 2007 veio a sofrer acidente com o seu veículo GM/Astra Sunny, de placas LOF 1495, de cor **prata**, informação, essa, que pode ser confirmada com os depoimentos colhidos na fase de Inquérito Policial. Vejamos:

1) Mauro Roberto Eskudlark (autor): ‘[...] teve conhecimento de que tanto Evandro Borla, quanto Edvino Arent haviam se acidentado com o veículo [...]’ (grifei) (fl.149);

2) Kely Sabrina da Silva Arent (ex-esposa do réu): ‘[...] quando conheceu Edvino ele comentava sobre o capotamento que ele havia sofrido com o veículo GM/Astra; que o acidente havia ocorrido entre Itapiranga e São Miguel do Oeste, numa curva, e teria sido de grande monta, pois capotou várias vezes, contudo não houve ferimentos graves; também estava no carro um amigo de Edvino conhecido como Gil; seu ex-marido comentou que realizou o conserto do automóvel na mecânica Karlinski, de Iporã do Oeste; falou ainda que gastou muito para reformar o carro [...]’ (grifei) (fl. 150);

3) Gilvan Zanatta: “[...] que no final de 2007, (...) quanto estava retornando de Itapiranga para São Miguel do Oeste, em companhia de Edvino Arent, no veículo GM/Astra, cor prata, pertencente a Edvino e conduzido por ele, sofreram acidente numa curva, ocasião em que saíram da pista e capotaram várias vezes; que o veículo teve danos de grande monta, porém o depoente e Edvino sofreram escoriações; (...) **que posteriormente Edvino reformou o veículo e alterou a cor de prata para preto**; lembra que demorou cerca de dois ou três meses para o veículo ficar pronto[...]” (grifei) (fl. 150);

4) Edvino Arendt (réu): “[...] foi proprietário do veículo GM/Astra Sunny, placas LOF1495(...); que em 2007 mudou de domicílio para São Miguel do Oeste e em 14.03.2008 transferiu o veículo para Santa Catarina; alguns dias depois, no dia 17 de março de 2008, mudou a cor do veículo de prata para preto; que permaneceu com o carro até setembro de 2008, quando trocou com Mauro Roberto Eskudlark, por uma camioneta Ford/Ecosport, placas MFV0077; [...]” (grifei) (fl. 149).

O Juízo de origem ouviu duas testemunhas – o comprador Evandro e Rodrigo (fl. 203).

O depoente Rodrigo foi enfático ao dizer que conhecia o veículo e sabia que este tinha sofrido um acidente de grandes proporções, tendo capotado, quebrando farol, para-lama, para-choque, entre outros.

O testemunho de Evandro foi ainda mais contundente. Disse que adquiriu o carro mencionado na peça inicial, que depois vendeu a outra pessoa e que outro comprador teve o carro apreendido na hora da vistoria em razão da remarcação de chassi e de motor, sendo que o veículo até hoje encontra-se com a autoridade policial. Disse ainda que houve pedidos de reembolso pelos adquirentes e que, então, precisou restituir o valor da compra á pessoa pra quem vendeu o bem. Alegou também que o autor lhe reembolsou R\$ 29.000,00 (vinte e nove mil reais).

Nesta perspectiva, não parece haver muita dúvida de que, depois do grave acidente que acometeu o carro objeto desta lide no ano de 2007, levado este a conserto, o reparo não se limitou à aparência estética e a mudança da cor externa (de prata para preto); ao que parece, houve também a adulteração de certas partes registrais do automóvel, recebendo a numeração que então era daquele de placas CXG-0590.

Inviável o autor ter que assumir o prejuízo financeiro pela perda do veículo apreendido, haja vista ter cumprido com os procedimentos corretamente quando da realização do negócio jurídico com a ré, restando comprovado, portanto, o fato constitutivo do seu direito, qual seja, a lesão ao seu patrimônio, conforme art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

Neste sentido:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO C/C DANOS MATERIAIS E MORAIS. [...] MÉRITO. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. CARRO APREENDIDO PELO ÓRGÃO DE TRÂNSITO. ADULTERAÇÃO DA NUMERAÇÃO DO CHASSI. RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DO BEM ADQUIRIDO EM DECORRÊNCIA DA APREENSÃO. AUTOR ADQUIRENTE LESADO. REPARAÇÃO POR EVICÇÃO. RESPONSABILIDADE DA REVENDEDORA DE VEÍCULOS. DEVER DE RESSARCIR DEVIDO.

A responsabilidade da revendedora fica demonstrada pelo desapossamento do veículo adquirido por seu cliente, em razão da evicção, amparando ao evicto o direito de ser ressarcido pelo alienante o valor pago pelo bem apreendido [...] (Apelação Cível n. 0053206-69.2000.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 26-10-2017).

No que toca ao montante a indenizar, observa-se que o depoimento da testemunha Evandro deixou bem claro que o autor lhe indenizou o montante de R\$ 29.000,00 (vinte e nove mil reais), sendo R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais) referente à compra e venda do veículo e outros R\$ 1.000,00 (mil reais) atinentes a despesas com a regularização do bem.

Com as evidências do ilícito civil, do dano bem demonstrado e liquidado e do nexo de causalidade, não subsistem as demais teses recursais do apelante.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, o voto é pelo parcial provimento do recurso de apelação tão somente para deferir a Justiça Gratuita ao recorrente, com efeitos *ex nunc*, ficando suspensa apenas a cobrança das custas de preparo recursal.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0308252-27.2015.8.24.0008, de Blumenau

Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RESPONSABILIDADE CIVIL. CRUZEIRO MARÍTIMO. ATRASO E MUDANÇA DE ROTA. VIAGEM INTERNACIONAL TRANSFORMADA EM NACIONAL. ALEGAÇÃO DE CASO FORTUITO. GREVE DE PESCADORES LOCAIS. BLOQUEIO DO PORTO. FATO PREVIAMENTE NOTICIADO PELA IMPRENSA. PREVISIBILIDADE. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE FORTUITO EXTERNO, A ROMPER O NEXO DE CAUSALIDADE. FALHA (OBJETIVA E SUBJETIVA) NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EVIDENCIADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA AGÊNCIA DE VIAGENS, DA EMPRESA MARÍTIMA E DE TODOS OS DEMAIS ENTES INSERIDOS NA CADEIA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NO MERCADO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS QUE CONSTAM *IN RE IPSA*. QUANTUM INDENIZATÓRIO (R\$ 8.000,00) ADEQUADAMENTE FIXADO NA ORIGEM. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0308252-27.2015.8.24.0008, da comarca de Blumenau (4ª Vara Cível) em que é Apelante Incomum Turismo Ltda EPP e Apelados Mauro Sérgio Terres Arruda e outro:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Saul Steil.

Florianópolis, 13 de outubro de 2020.

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

RELATÓRIO

Mauro Sérgio Terres Arruda e Heloísa Helena Faust Moreira ajuizaram ação contra Pullmantur Cruzeiros do Brasil Ltda. e Incomum Turismo Ltda, alegando, em síntese, que tiveram frustrado cruzeiro internacional em decorrência de greve de pescadores locais, alterando-se o itinerário para viagem local.

Alegando falha na prestação do serviço, postularam a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Apresentada a resposta e processado o feito, sobreveio sentença de procedência (fls. 358/370), nos termos do seguinte dispositivo:

Diante o exposto, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, julgo procedentes os pedidos formulados na peça inicial, para:

CONDENAR as rés de forma solidária ao pagamento de danos materiais, nos seguintes valores:

a) R\$ 5.600,00, concernente ao pacote de cruzeiro internacional não usufruído; b) R\$ 117,88 com compra de medicamentos para a viagem de navio; c) R\$ 50,00 concernente à despesa com táxi para registro do boletim de ocorrência em 06.01.2015; d) R\$139,00 referente à despesa seguro com a viagem não usufruída; e) R\$ 99,00 concernente à indenização pelo ferro de passar roupas recolhido no navio;

Todas as despesas materiais acima apontadas devem ser corrigidas pelo INPC da data de cada desembolso, exceto no caso do ferro de passar roupas, que deverá contar a correção da propositura da demanda, com juros de 1% ao mês da citação (20.08.2015);

CONDENAR as rés de forma solidária ao pagamento do valor de R\$ 8.000,00 para cada autor, a título de compensação por danos morais, que deverá ser corrigida pelo INPC da data desta sentença (STJ, Súmula 362), com juros de 1% ao mês do evento danoso (05.01.2015);

Condeno as rés de forma solidária ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor da condenação atualizada na data do cumprimento (CPC, art. 85, §2º).

Inconformada, interpôs recurso de apelação (fls. 374/393), afirmando não ter responsabilidade pelo evento, pois apenas intermediou o pacote de viagem com a empresa responsável por organizar e executar o cruzeiro marítimo, de modo que a condenação deve alcançar somente a ré Pullmantur Cruzeiros do Brasil Ltda., responsável pela prestação do serviço considerado defeituoso, inclusive no tocante aos danos morais, cujo *quantum* considera excessivo.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 399/407), vieram os autos.

VOTO

O recurso é improcedente.

Dizendo ter apenas intermediado a viagem de cruzeiro frustrada, alega a apelante não possuir responsabilidade pelos danos narrados na inicial, que deveriam ser buscados perante a primeira ré (Pullmantur Cruzeiros do Brasil Ltda.), a qual, de acordo com a sentença, teria falhado na prestação do serviço de turismo.

Contudo, na linha da jurisprudência desta Corte e do STJ, a agência de viagens e a empresa marítima, porque inseridas na cadeia de produção envolvida na atividade de risco prestado, possuem responsabilidade solidária pelo evento, podendo ambas serem acionadas.

Veja-se:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PACOTE TURÍSTICO. CRUZEIRO MARÍTIMO. MODIFICAÇÃO DA ROTA PREVIAMENTE AJUSTADA. VIAGEM INTERNACIONAL TRANSFORMADA EM NACIONAL. ALEGAÇÃO DE CASO FORTUITO. BLOQUEIO DO PORTO. GREVE DE PESCADORES LOCAIS. FATO PREVIAMENTE NOTICIADO PELA IMPRENSA. PREVISIBILIDADE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA AGÊNCIA DE VIAGENS DA EMPRESA MARÍTIMA**. DANOS MORAL. QUANTUM COMPENSATÓRIO FIXADO EM R\$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). ARBITRAMENTO PAUTADO PELOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PEDIDO DE MAJORAÇÃO VEDADO. JUROS DE MORA. TERMO DE INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MITIGAÇÃO. APELO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.

‘Nesse contexto consumerista, o campo de incidência da responsabilidade civil ampliou-se, pois passou a atingir não apenas o fornecedor diretamente ligado ao evento danoso, mas toda a cadeia de produção envolvida na atividade de risco prestada’ (STJ, REsp n. 1327778/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j em 2-8-2016, DJe 23-8-2016) (TJSC - ACV 0300048-78.2015.8.24.0077, Rel. Des. Fernando Carioni, sem destaque no original).

No caso dos autos, a falha na prestação do serviço é incontroversa, pois a greve de pescadores que desaguou no bloqueio do porto se tratou de evento noticiado antecipadamente pela imprensa e previamente avisado à primeira ré (Pullmantur Cruzeiros do Brasil Ltda), fatos não impugnados pelas rés.

Destaco da fundamentação da sentença:

Isso porque em nenhum momento a defesa demonstrou a imprevisibilidade do evento - greve dos pescadores com bloqueio do canal – que impediu a embarcação de partir.

Ao contrário, a prova acostada ao processo pelos autores às ps. 80/81 aponta que em 23 de dezembro de 2014, ou seja, mais de dez dias antes da saída do cruzeiro do porto de Itajaí-SC, foi divulgado pela imprensa que “Em reunião na sede do Sindicato dos Armadores e da Indústria de Pesca de Itajaí e Região (Sindipi) na tarde desta terça feira, os pescadores decidiram paralisar as atividades em 5 de janeiro e fechar o Canal da Barra em Itajaí-SC.” (sem grifos no original).

Não bastasse o conhecimento público ante a divulgação pela imprensa, os autores também comprovaram à p. 328 que a empresa Itachip é agenciadora do cruzeiro do navio “express” da ré Pullmann, e consoante e-mails de ps.75/78 tal agenciadora foi informada pelo gerente de operações do Porto de Itajaí- SC em 30.12.2014 a respeito da possibilidade de fechamento do canal no dia 05.01.2015.

Em manifestação em 31.12.2014 a empresa Itachip solicitou ao “armador” que antecipasse sua chegada no dia 05.01.2015, destacando que “porém ainda não temos a confirmação sobre a possibilidade desta antecipação de chegada. Tão logo tenhamos alguma informação lhe avisaremos de acordo”.

Ou seja, não bastasse a divulgação do fato na mídia, o trecho acima extraído do e-mail de 31.12.2014 evidencia que a ré Pullmantur tinha conhecimento do fato que poderia causar prejuízo à sua atividade, e, sobretudo, aos consumidores, não prevalecendo as alegações de imprevisibilidade, surpresa ou de que a culpa seria exclusiva de terceiros.

Caberia à ré Pullmantur, nessa situação ter adotado medidas prévias com o fim de garantir a partida do navio

no horário previsto no contrato, honrando, assim, com o roteiro internacional contratado pelos autores.

Tal situação evidencia que o serviço prestado pela ré Pullmantur é defeituoso, sendo a ré Incomum solidariamente responsável conforme fundamentação supra, pois, ao invés de adotar medidas prévias para cumprir o honrado com os consumidores, permaneceu inerte nesse aspecto, não incindo as causas excludentes de responsabilidade aventadas nas defesas.

Como se observa da fundamentação, não impugnada, repita-se, houve falha subjetiva na prestação do serviço, pois a primeira ré foi avisada do movimento paredista.

Esse fundamento de que se valeu a sentença, aliás, foi reconhecido e endossado no julgado acima referido (TJSC - ACV 0300048-78.2015.8.24.0077), de relatoria do e. Desembargador Fernando Carioni.

E ainda que não tivesse sido avisada, força seria concluir pela existência de falha objetiva na prestação do serviço, consabido que a greve constitui fortuito interno incapaz de romper o nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade objetiva em que inseridas as rés.

Dessa forma, havendo responsabilidade solidária entre a agência de turismo e a empresa responsável pela execução da viagem marítima, impõe-se a condenação da apelante ao pagamento dos danos materiais e morais sofridos pelos apelados.

Quanto aos danos materiais, não houve impugnação específica às rubricas apresentadas na inicial, nem na fase processual oportuna (contestação), nem agora, neste recurso, limitando-se a apelante a sustentar que não tem responsabilidade porque culpada pelo evento seria somente a primeira ré, argumento já elidido pela afirmação supra de que a responsabilidade delas é solidária.

Finalmente, os danos morais constam *in re ipsa* (0002351-76.2014.8.24.0012, de Caçador Relator: Des. Newton Trisotto), ao passo que o quantum indenizatório, arbitrado em R\$ 8.000,00 para casa litigante, está afeiçoado ao padrão aplicados por esta Corte em caso idêntico ao presente (cf. TJSC - Acv 0300048-78.2015.8.24.0077, Rel. Des. Fernando Carioni).

Isso posto, nego provimento ao recurso e condeno a apelante ao pagamento de honorários recursais à base de 3% sobre o valor da condenação.

Apelação Cível n. 0302254-89.2017.8.24.0014, da Capital

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA ANALISADA EM DESPACHO SANEADOR. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO TEMPORAL RECONHECIDA. MÉRITO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. TESE RECURSAL LIMITADA EM COMENTAR O CONTRATO DE SEGURO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

“Conforme a iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inviável a análise da prescrição quando reconhecida a coisa julgada a respeito do tema, ainda que se trate de matéria de ordem pública, em virtude da preclusão” (STJ, AgInt no AREsp 1293865/PR, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 20-4-2020, DJe 27-4-2020).

“Se o recorrente não expõe os fundamentos que dão causa a seu inconformismo, seja por fazê-lo de forma estranha ao contexto entabulado na decisão, seja por repetir *ipsis litteris* argumentos já enfrentados e rejeitados pelo magistrado de primeiro grau, e não discorre especificamente sobre as razões de decidir constantes da sentença, atenta contra o princípio da dialeticidade e, por isso, seu recurso não pode ser conhecido” (TJSC, Apelação Cível n. 0301551-57.2018.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Jaime Machado Junior, j. em 6-2-2020).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302254-89.2017.8.24.0014, da comarca de Capinzal (1ª Vara), em que é Apelante Icatu Seguros S. A e Apelado Welynton Scopet:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, não conhecer da preliminar e do recurso interposto. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 28 de julho de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 29 de julho de 2020.

Desembargador Fernando Carioni

RELATOR

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida, de pleno conhecimento das partes, proferida na ação de cobrança ajuizada por Wellynton Scopel contra Icatu Seguros S.A.

Ao sentenciar o feito, o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Capinzal, Dr. Stefan Moreno Schoenawa, consignou na parte dispositiva:

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, o pedido formulado na presente ação para condenar a ré ao pagamento de 10% da indenização securitária contratada pelo autor, qual seja R\$ 3.598,90 (três mil, quinhentos e noventa e oito reais e noventa centavos), com incidência de correção monetária pelo INPC desde o evento danoso (10.3.2016) e acrescida de juros de mora, no valor de 1% ao mês, desde a citação.

Condeno ambas as partes em metade das custas processuais e em honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) para cada parte sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, vedada a compensação e, observada quanto à autora o benefício da justiça gratuita deferido.

Expeça-se alvará dos valores depositados em conta judicial vinculada nestes autos em favor do perito, caso tal providência ainda não tenha sido adotada.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação, no qual suscitou, preliminarmente, prescrição. No mérito, teceu comentários sobre o contrato de seguro, suas cláusulas limitativas e sobre a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Sem contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação interposta com o objetivo de reformar a decisão de primeiro grau que julgou parcialmente procedente o pedido de cobrança de indenização securitária.

A seguradora suscita, de início, a prescrição.

Observa-se que a alegada prescrição foi examinada e afastada pelo Juiz de primeiro grau no despacho saneador de fls. 280-282, do qual foram as partes intimadas.

A apelante não demonstrou o seu inconformismo a tempo e modo oportuno, por meio da interposição de agravo de instrumento. Logo, ficou caracterizada a preclusão temporal.

A esse respeito, dispõe o art. 223 do Código de Processo Civil que “decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, a parte provar que não realizou por justa causa”.

Lembra Fredie Didier que “a preclusão temporal consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é inércia que implica preclusão” (*Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1. p. 275,).

Sobre o tema, observam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que a preclusão temporal “ocorre quando a perda da faculdade processual se dá em virtude de haver decorrido o prazo, sem que a parte tenha praticado o ato, ou o tenha praticado a destempoo de forma

incompleta ou irregular” (*Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 743).

A respeito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. DOCUMENTOS. APRESENTAÇÃO. PRODUÇÃO UNILATERAL. ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DECISÃO. MOMENTO OPORTUNO. NÃO IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA Nº 283/STF. ART. 1.026 DO CPC/2015. MULTA. CABIMENTO.

Conforme a iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inviável a análise da prescrição quando reconhecida a coisa julgada a respeito do tema, ainda que se trate de matéria de ordem pública, em virtude da preclusão (AgInt no AREsp 1293865/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 20-4-2020, DJe 27-4-2020, destaquei).

As matérias de ordem pública, como prescrição e decadência, podem ser analisadas a qualquer tempo nas instâncias ordinárias. Todavia, quando decididas no bojo do despacho saneador, sujeitam-se a preclusão consumativa, caso não haja impugnação no momento processual oportuno. Incidência da Súmula 83/STJ (AgInt no REsp 1542001/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 7-11-2019, DJe 12-11-2019).

As matérias de ordem pública podem ser apreciadas a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, todavia, existindo decisão anterior, opera-se a preclusão caso não haja impugnação no momento processual oportuno (cf. AgInt no REsp 1.447.224/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 26/2/2018) (AgInt no AREsp 1352510/PR, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 3-12-2018, DJe 6-12-2018).

Não se conhece, por conseguinte, da temática relativa à prescrição.

No mérito, embora tenha sido condenada ao pagamento da indenização securitária decorrente da invalidez do segurado, limita-se a seguradora a alegar a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas nos contratos bilaterais, bem como a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, sem atacar os fundamentos da decisão recorrida de forma específica.

Nisso, aliás, consiste o princípio da dialeticidade, que, segundo Hélio do Valle Pereira, significa que “só se conhece de recurso fundamentado. Não basta o ato de recorrer, é preciso dizer por que a decisão vergastada está errada” (*Manual de Direito Processual Civil*: processo de conhecimento. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 753).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

“Se o recorrente não expõe os fundamentos que dão causa a seu inconformismo, seja por fazê-lo de forma estranha ao contexto entabulado na decisão, seja por repetir *ipsis litteris* argumentos já enfrentados e

rejeitados pelo magistrado de primeiro grau, e não discorre especificamente sobre as razões de decidir constantes da sentença, atenta contra o princípio da dialeticidade e, por isso, seu recurso não pode ser conhecido (TJSC, Apelação Cível n. 0803570-92.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 03-04-2018)” (TJSC, Apelação Cível n. 0301551-57.2018.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em 6-2-2020).

Em atenção ao princípio da dialeticidade recursal, a apelação deve conter os fundamentos de fato e de direito, e impugnar de forma específica, objetiva e sobretudo de modo compreensível os fundamentos da sentença guerreada, sob pena de não vir ser conhecida pela Corte (TJSC, Apelação Criminal n. 0000148-07.2015.8.24.0013, de Campo Erê, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 16-7-2020).

Como se percebe, justamente foi o que o apelante incorreu, pois somente fez menção à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e à possibilidade de existir cláusulas limitativas no contrato, sem, contudo, atacar os argumentos que levaram o julgador a decidir pela parcial procedência do recurso.

Além disso, é cediço que as atividades desenvolvidas pelas companhias de seguro se inserem no conceito de “fornecedor” dado pelo *caput* do art. 3º do Código Consumerista e, portanto, incide a lei protetiva do consumidor ao caso em tela.

Ante o exposto, não se conhece da preliminar e do recurso interposto. Majoram-se os honorários fixados na sentença para 17% (dezessete por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Este é o voto.

Apelação n. 0301265-26.2017.8.24.0033

Relator: Desembargador Saul Steil

APELANTE: TATACON CONSTRUTORA LTDA (AUTOR)

APELADO: CLEOMAR CECCON (RÉU)

APELADO: ZULEICA SCHWARTZ CECCON (RÉU)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PRELIMINAR DE EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM ACOLHIDA. EXTINÇÃO SEM EXAME DE MÉRITO. RECURSO DA AUTORA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VAZIA. DISCORDÂNCIA DA CÂMARA ARBITRAL ELEITA PELOS DEMANDADOS. FATO QUE NÃO IMPEDIDA A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM, MAXIME QUANDO A ATITUDE DO CONSUMIDOR, EVIDENCIA, AINDA QUE DE FORMA IMPLÍCITA, RENÚNCIA À JURISDIÇÃO ESTATAL. *MUTATIS MUTANDIS*, ELEGENDO O CONSUMIDOR O JUÍZO ARBITRAL, SUA VONTADE HÁ QUE SER RESPEITADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 47, DO CDC. QUESTÃO DE MÉRITO (RESCISÃO CONTRATUAL E RESPECTIVOS CONSECUTÓRIOS), CONTUDO, A SER RESOLVIDA EM SEDE DE ARBITRAGEM. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA POR EQUIDADE. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DA CAUSA NÃO IRRISÓRIO. ARBITRAMENTO EM PERCENTUAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura de arbitragem pelo polícitante depende de ratificação expressa do ablato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contato de adesão. Comn isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em que o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. é que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. propondo ele ação no judiciário, haverá negativa (renúncia) tácita da cláusula compromissória” (Min. Luiz felipe salomão, in recurso especial nº 1.189.050-SP (2010/0062200-4).

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. No mais, fixar honorários recursais em favor dos advogados dos réus em 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, ex vi do art. 85, § 11, do CPC, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 27 de outubro de 2020.

RELATÓRIO

TATACON CONSTRUTORA LTDA. interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Itajaí que, nos autos da presente ação de rescisão contratual ajuizada contra CLEOMAR CECCON e ZULEICA SCHWARTZ CECCON, acolheu a

preliminar aventada pelos réus em contestação - convenção de arbitragem - e julgou extinto o feito sem exame de mérito.

Aduziu, em suma, que em sede de juízo arbitral houve a realização de uma audiência de conciliação, oportunidade em que, antes da lavratura do termo de audiência, o representante da construtora requereu que fossem incluídos alguns itens no termo, que haviam sido discutidos entre as partes.

Salientou que a solicitação do representante da construtora não foi atendida, sendo negado que fossem reduzidos a termo os itens requeridos, de modo que o termo não restou assinado.

Asseriu que a instauração de procedimento arbitral não afasta, de todo, a possibilidade de atuação do poder judiciário, notadamente no caso concreto, em que há a existência de “cláusula compromissória vazia”. Ressaltou que resta inviável a resolução do litígio por meio de arbitragem, na medida em que as partes não chegam a um consenso quanto ao árbitro.

Pontuou, ainda, que os honorários de sucumbência foram fixados em excesso, requerendo a minoração da verba.

Foram apresentadas contrarrazões (evento 32).

VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Conforme relatado, a autora/recorrente pretende reformar a sentença que, após acolher a preliminar de existência convenção de arbitragem firmada entre os contratantes, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, conforme art. 485, VII do Código de Processo Civil.

A apelante afirma que o contrato em tela estipulou uma “cláusula compromissória vazia” e, não havendo concordância quanto a Câmara arbitral escolhida, o processo de arbitragem não pode prosseguir.

Sem razão, adianto. Examinando os autos, verifica-se a existência cláusula compromissória escrita inserta no contrato celebrado entre os partes, nos seguintes termos (evento 01, anexo 06):

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA - DO FORO E DEMAIS DISPOSIÇÕES

Optam as partes para dirimir qualquer pendência deste contrato o Juízo Arbitral, nos termos da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, valendo a presente como cláusula compromissória.

Eleger-se-á neste caso, de comum acordo, como Árbitro e Julgador, 01 (uma) pessoa de confiança de ambas as partes. Em não havendo consenso na escolha do Árbitro, é facultado a qualquer das partes recorrer ao Juízo da Comarca de Itajaí-SC para que determine a citação da outra parte para realizar o compromisso arbitral bem como determinar Árbitro para a solução do litígio. Sendo assim, por estarem justos e contratados, de pleno acordo com as cláusulas e condições, assinam o presente instrumento em duas (02) vias de igual valor, teor e forma, para um só efeito, na presença de duas (2) testemunhas.

Da leitura da cláusula, nota-se que os contratantes, mediante livre manifestação de vontades, elegeram a arbitragem como meio de solução dos conflitos decorrentes do aludido contrato de compra e venda. A recorrente, inclusive, não alega nenhum vício volitivo.

Na verdade, a parte ré, na condição de, em princípio, consumidora, seria a maior interessada em ver declarada a nulidade da cláusula (CDC, art. 51, VII), mas defende o cumprimento da estipulação, conforme exposto em sede de contrarrazões.

Gize-se, ainda, que o objeto da avença (compra e venda de imóveis) envolve direitos patrimoniais disponíveis, destacando-se que as partes envolvidas na avença, ao que tudo indica, eram sujeitos capazes de realizar o negócio jurídico.

Assim, afigura-se regular a convenção estabelecida entre as partes, nos termos do art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), o qual estabelece: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais”.

Ainda, acerca da convenção de arbitragem, mais especificamente sobre a cláusula compromissória, prescreve o referido diploma legal, em seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Dessarte, a cláusula compromissória em comento amolda-se ao art. 4º da legislação de regência, havendo, ainda, concordância do comprador. Não há, portanto, motivos para afastar a eficácia da previsão contratual no caso concreto.

De mais a mais, a apelante não nega o ajuste da arbitragem, limitando-se a alegar sua inaplicabilidade em virtude de não concordar com a Câmara Arbitral escolhida pelos demandados.

Nesse ponto, necessário um breve esclarecimento acerca da cláusula compromissória e do compromisso arbitral:

[...]a legislação pátria adotou o sistema duplo para o reconhecimento da convenção de arbitragem, sendo que, tanto a cláusula compromissória, quanto o compromisso arbitral são suficientes para que a arbitragem seja instituída.

Vale ressaltar, ainda, que reconhecida a obrigatoriedade de submeter-se a controvérsia ao juízo arbitral, em alguns casos, haverá a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para fazer valer a convenção de arbitragem, a depender da forma como foi estipulada a cláusula compromissória, se cheia, ou vazia.

A cláusula compromissória será cheia quando as partes definirem, previamente, todos os elementos necessários para que ela possa ser cumprida, tendo sido redigida de forma clara, com a estipulação das condições essenciais para o estabelecimento da arbitragem, tais como a indicação do árbitro, do procedimento, da forma, dos critérios de julgamento e dos prazos a serem observados.

Por outro lado, a cláusula compromissória será considerada vazia quando não contiver todas as disposições procedimentais necessárias para a solução da demanda, em âmbito arbitral. Nesta modalidade, embora as partes façam a opção pela utilização da arbitragem, elas não definem, com precisão e firmeza, os contornos necessários para a instaurar e efetivar, desde logo, a arbitragem, exigindo-se um complemento, cabendo à parte interessada dar início ao procedimento, manifestando essa intenção em convocando a parte adversa, para firmar o compromisso arbitral.

Assim, sendo cheia, ou vazia, haverá a necessidade de realização do compromisso arbitral, quando surgir a contenda entre as partes.

No caso de cláusula compromissória cheia, na qual as partes já convencionaram a forma pela qual se dará a instituição da arbitragem, eventual resistência de um dos contratantes em firmar o compromisso arbitral, ensejará a aplicação do disposto no artigo 5º da Lei n. 9.307/1996.

Por outro lado, tratando-se de cláusula compromissória vazia, a parte interessada deverá comunicar a outra sobre a intenção de dar início à arbitragem, conforme determina o artigo 6º, dá já referida lei e, em caso de resistência da parte adversa, impõe-se a intervenção do Poder Judiciário, conforme prevê o artigo 7º do aludido diploma legal (TJ-GO AC n. 03605135120158090051, Rel. MAURICIO PORFIRIO ROSA, Data de Julgamento: 29/04/2019, destaques)

Nota-se, portanto, que a cláusula compromissória não exige a prévia estipulação do árbitro ou Tribunal arbitral que irá resolver os conflitos decorrentes do contrato. O art. 1º da Lei em questão apenas impõe que as partes manifestem por escrito o compromisso de submeter à arbitragem a resolução de eventuais litígios acerca da avença.

O compromisso arbitral, de sua vez, possui como um de seus requisitos a identificação do árbitro ou entidade arbitral eleita pelas partes, consoante consta no art. 10, caput e inciso II, Lei 9.307/96, verbis:

Art. 10. Constarão obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

[...]

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; [...].

Na hipótese, a cláusula compromissória inserida no contrato classifica-se como cláusula compromissória vazia, por não possuir todos os elementos essenciais para a instituição da arbitragem, havendo menção apenas à Lei de Arbitragem e à cidade de Itajaí, o que, diferente do que alega o recorrente, não compromete sua aplicabilidade.

Ora, estipulada a cláusula, ainda que sem os pormenores sobre o juízo arbitral, o que é plenamente admitido pela lei, não pode a autora apenas desconsiderar a convenção livremente pactuada, por discordar do árbitro escolhido pelo adverso.

O agir da autora configura um comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) em franca violação aos postulados da boa-fé objetiva que devem nortear a interpretação dos negócios jurídicos, notadamente porque foi criada a expectativa de que os litígios oriundos do contrato não seriam submetidos à jurisdição estatal.

É de ser ressaltado, ainda, que Lei de Arbitragem possui em seu bojo os mecanismos aplicáveis no caso de discordância entre as partes, *in verbis*:

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral (destaquei).

Com efeito, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.628.819 -MG (2016/0255310-1) a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em Acórdão da lavra da Ministra Nancy Andrigui, ementou:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE ADESÃO.

[...]

4. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especialidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estadual; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no artigo 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados da relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade da cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96” (Julgamento proferido em data de 27 de fevereiro de 2018).

Como se pode notar, a resistência à instituição da arbitragem não autoriza a imediata transferência da controvérsia principal ao crivo da jurisdição estatal, permitindo ao judiciário, contudo, atuar como garantidor das regras aplicáveis à jurisdição arbitral.

Dessarte, deve ser mantida a extinção do processo, isto porque, na hipótese em julgamento, a atitude da recorrida (consumidora) em promover a arbitragem, inclusive reeditada quando das contrarrazões ao recurso interposto, evidencia de forma implícita, sua renúncia ao juízo estatal, não podendo pois, afrontar o direito do consumidor que lhe é garantido pelo CDC.

A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE CONDOMÍNIO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VAZIA, VALIDADE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA, EM GRAU RECURSAL. 1. A cláusula compromissória será considerada vazia quando não contiver todas as disposições procedimentais necessárias para a solução da demanda no âmbito arbitral. Ou seja, embora as partes façam a opção pela utilização da arbitragem, não definem com precisão os contornos para que seja possível instaurar e efetivar, desde logo, a arbitragem, exigindo-se um complemento, cabendo à parte interessada convocar a parte adversa para firmar o compromisso arbitral, nos moldes do artigo 6º da Lei federal nº 9.307/1996. 2. Ainda que a cláusula compromissória seja vazia, não sendo possível, desde logo, chegar a um consenso, em relação à escolha do órgão competente e do procedimento a ser observado, para a instituição da arbitragem, esta se apresenta como instrumento hábil para firmar a competência do juízo arbitral e afastar a do Poder Judiciário. 3. Evidenciada a sucumbência recursal, impende majorar a verba honorária a ser arcada pela parte vencida, conforme previsão do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJ-GO AC n. 03605135120158090051, Rel. MAURICIO PORFIRIO ROSA, Data de Julgamento: 29/04/2019, destaqui)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO - ARBITRAGEM - CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VAZIA. Resistência à instituição da arbitragem autoriza que o Judiciário seja acionado para garantir essa forma de resolução de conflito, NÃO a transferência imediata de controvérsia a respeito do contrato no qual ficou estabelecida a prévia competência arbitral.(TJ-MG - AC: 10024111685822001

MG, Relator: José Augusto Lourenço dos Santos, Data de Julgamento: 31/01/2018, Data de Publicação: 09/02/2018)

Por fim, requer a autora que os honorários sucumbenciais sejam minorados, pois, em seu entender foram fixados de modo excessivo (10% sobre o valor causa), na medida em que os procuradores dos demandados apresentaram uma única petição (contestação).

O pedido não comporta acolhimento, pois a fixação dos honorários por equidade é reservada às causas em que o proveito econômico é inestimável ou irrisório, ou, ainda, quando o valor da causa é muito baixo, o que não ocorre no caso concreto. Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido. 2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º). 3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria. 4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º). 5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo. [...]” (STJ, REsp 1746072/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, Segunda Seção, j. 13/02/2019; destaquei).

Na hipótese, o valor atribuído à causa é de R\$ 155.000,00 (cento e cinquenta e cinco mil reais),

montante que não se pode considerar irrisório. Logo, deve ser aplicada a regra geral prevista no art. 85, § 2º, do CPC.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento. No mais, fixar honorários recursais em favor dos advogados dos réus em 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, ex vi do art. 85, § 11, do CPC.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0303895-14.2017.8.24.0079, de Videira

Relator: Des. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. CONTAMINAÇÃO DE PRODUTO (CHOCOLATE) COM CORPO ESTRANHO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA AUTORA. ALEGAÇÃO DE QUE A MERA CONTAMINAÇÃO DO ALIMENTO SEM A INGESTÃO ENSEJA REPARAÇÃO PECUNIÁRIA. INSUBSISTÊNCIA. AQUISIÇÃO DE UM BOMBOM QUE SUPOSTAMENTE CONTINHA UMA LARVA NO INTERIOR DA EMBALAGEM. AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DE SITUAÇÃO INSÓLITA CAPAZ DE GERAR DANO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CORPO ESTRANHO NÃO INGERIDO. MERO ABORRECIMENTO OU DISSABOR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Os sistemas de produção, distribuição e abastecimento de gêneros alimentícios, na maior parte do mundo, inclusive no Brasil, são objeto de permanente regulação, controle e fiscalização por parte de órgãos estatais de diversos níveis, com padrões sanitários elevados para a garantia da saúde e segurança dos consumidores.

Tais sistemas, por certo, não são infalíveis, e essa realidade faz parte de qualquer sociedade industrializada e civilizada.

A possibilidade de o consumidor adquirir um produto impróprio para o consumo humano, em desacordo, portanto, com as normas sanitárias, constitui situação indesejada mas previsível em uma sociedade de produção e consumo em massa, na qual, apesar de todos os controles e cuidados, os fatores “erro” e “risco” estarão sempre presentes, razão pela qual, dada essa desconfortável previsibilidade, a constatação de defeito no produto, por si só, não se mostra capaz de caracterizar um abalo moral indenizável, circunscrevendo-se no âmbito dos aborrecimentos normais do cotidiano a que todos estão sujeitos nesse mundo globalizado.

O dano moral, via de regra, por estar situado no âmbito da responsabilidade civil, exige a produção de prova segura para sua configuração, advertindo-se que a presunção do prejuízo (*in re ipsa*) constitui construção doutrinária e pretoriana de aplicação excepcional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303895-14.2017.8.24.0079, da comarca de Videira (2ª Vara Cível) em que é apelante Maria Regina de Oliveira e apelados Comercial de Alimentos Miozzo Ltda e outro.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, a) conhecer do recurso e negar-lhe provimento e b) em consonância com o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majorar a verba honorária sucumbencial fixada em primeiro grau em R\$ 1.000,00 (mil reais) para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), cuja exigibilidade fica suspensa em razão da gratuidade da justiça concedida em primeira instância. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, com voto, e dele participou o Desembargador José Agenor de Aragão.

Florianópolis, 16 de julho de 2020.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 341-344, de lavra da Juíza de Direito Mônica Fracari, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

Marta Regina de Oliveira ingressou com ação de indenização por danos morais em desfavor de Comercial de Alimentos Miozzo Ltda e Industrias de Chocolate Lacta S. A., sustentando que, na data de 12.05.2017, adquiriu um bombom no estabelecimento comercial da requerida e de fabricação da segunda requerida, código de barras nº 78913547.

Entretanto, aduz que ao abrir o produto, percebeu que o bombom continha uma larva, o que lhe causou ânsia de vômito, extremo mal estar e constrangimento. Alegou ter experimentado danos morais em virtude do ocorrido e requereu indenização no valor de R\$ 50.000,00.

Citada, a primeira requerida contestou o feito alegando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva e a carência da ação. No mérito, disse não existir nexo de causalidade entre o fato e qualquer atitude da fornecedora.

Por sua vez, a segunda requerida contestou argumentando que a fabricação de seus produtos respeita todas as normas e regulamentos pertinentes desde a escolha da matéria prima. Afirmou que a autora não ingeriu o chocolate e negou a existência de danos morais indenizáveis. Alternativamente, pugnou por moderação no arbitramento de eventual reparação.

A Magistrada de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos exordiais, nos seguintes termos:

Ante o exposto, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados por Marta Regina de Oliveira em face de Comercial de Alimentos Miozzo Ltda e outro, na presente ação de indenização por danos morais, conforme fundamentação supra.

CONDENO, ainda, a requerente ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 85, do CPC. A exigibilidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios está suspensa com relação à(s) parte(s) ativa, durante o prazo extintivo de 5 (cinco) anos, em face da concessão dos benefícios da Gratuidade da Justiça, nos termos dos arts. 98 a 102 do CPC.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a autora interpôs apelação, na qual argumenta, em síntese, a ocorrência de abalo anímico, visto estar prestes a consumir o bombom quando se deparou com uma larva, “o que veio a lhe causar profundo mal estar, nojo, repulsa, constrangimento e, inclusive, indignação, pois pagou por um produto que era inadequado e

impróprio para o consumo” (fl. 352). Sustenta ser desnecessária a ingestão do alimento contaminado para a configuração do dano moral, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Requer a condenação das recorridas, de maneira solidária, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ou em valor a ser arbitrado por este Juízo (fls. 348-357).

Contrarrazões às fls. 373-379 e 380-388.

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, uma vez que a Lei n. 13.256/2016 modificou a redação original do referido dispositivo legal para flexibilizar a obrigatoriedade de a jurisdição ser prestada em consonância com a ordem cronológica de conclusão dos autos. Observe-se que essa salutar alteração legislativa significou uma importante medida destinada à melhor gestão dos processos aptos a julgamento, pois permitiu a análise de matérias reiteradas e a apreciação em bloco de demandas ou recursos que versem sobre litígios similares sem que haja a necessidade de espera na “fila” dos feitos que aguardam decisão final, o que contribui sobremaneira na tentativa de descompressão da precária realidade que assola o Poder Judiciário em decorrência do assombroso número de lides jurisdicionalizadas.

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Trata-se de apelação cível contra sentença que, em ação de indenização por danos morais, julgou improcedentes os pedidos exordiais.

Insurge-se a demandante, por intermédio do presente reclamo, para pleitear a reforma da sentença e a condenação das empresas acionadas ao pagamento de indenização em razão alegado abalo anímico.

No caso vertente, narra a recorrente que, em 12-5-2017, adquiriu, no estabelecimento comercial da primeira requerida, um bombom fabricado pela “Mondelez Brasil Ltda.” (segunda ré). Ao abrir o produto, sustenta ter constatado a existência de uma larva em seu interior. Afirma que, na ocasião, dirigiu-se à Delegacia de Polícia e registrou Boletim de Ocorrência, sob o n. 00 0331-2017-000 2175 (fl. 350).

Alega que “as recorridas não cumpriram com o dever de cautela, já que colocaram produto a venda que se encontrava impróprio e inadequado para o consumo, expondo a recorrente a riscos a sua saúde” (fl. 356).

As rés sustentam, em suma, que não houve consumo do alimento, motivo pelo qual inexistentes desdobramentos graves ou qualquer lesão à esfera íntima da apelante.

Comercial de Alimentos Miozzo Ltda. (primeira ré) ressalta que somente em apelação a demandante alega ter levado o bombom à boca, fato não relatado em exordial. Assinala que a foto anexa demonstra ter sido o produto cortado ao meio por uma faca, o que corrobora o fato de a autora não ter ingerido o alimento (fl. 378).

Mondelez Brasil Ltda. (segunda ré), por sua vez, enfatiza que eventual contaminação do produto não é de sua responsabilidade, notadamente porque impossível a sua ocorrência na unidade fabril, visto que seus produtos são fabricados e embalados segundo os “mais altos padrões nacionais e internacionais de qualidade”, razão pela qual aplicável a hipótese de exclusão de responsabilidade da fabricante ao caso (fl. 387).

Pois bem.

As fotos colacionadas às fls. 28-38 evidenciam a ausência de ingestão do alimento, fato que é assegurado pela própria autora ao relatar na inicial e apelação que “ao abrir o produto, percebeu que o bombom continha uma larva, o que lhe causou ânsias de vômito, extremo mal estar e constrangimento” (fls. 2 e 350), visto que pouco crível o consumo do produto após tal constatação.

Diante de tal contexto, não há falar em dano moral, como bem asseverou a Magistrada sentenciante, cujo excerto da fundamentação adota-se como complemento das razões de decidir (fls. 342-343):

Em breve síntese, almeja a parte autora ser indenizada por quantia equivalente R\$ 50.000,00 em virtude de ter adquirido bombom aparentemente impróprio para o consumo.

As fotografias e o boletim de ocorrência juntados com a inicial revelam que o produto, de fato, contém elemento estranho (larva). Logo, inafastável a versão da parte autora no que diz respeito à impossibilidade de consumo do produto.

Entretanto, não vislumbro a ocorrência de nenhum prejuízo de ordem moral a justificar a reparação pretendida.

Nesse viés, a fim de que se reconheça a obrigação de indenizar, não basta tão somente a existência de um ato ilícito, ou seja, a fabricação e o comércio de produto defeituoso ou impróprio ao uso a que se destina. Faz-se imprescindível também a efetiva ocorrência de dano, tendo em vista o disposto no art. 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Ademais, é entendimento extraído da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a simples aquisição de produto alimentício estragado, sem a comprovação da ingestão, não suficiente para a condenação do fornecedor em danos Morais.

[...]

Diante de todo o exposto, principalmente porque não comprovada a ingestão do produto que continha corpos estranhos em seu interior, a improcedência do feito é medida de rigor.

Assim, não restou evidenciada situação que tenha concebido danos imateriais passíveis de reparação, mormente porque “o dano moral prescinde de lesão ou efetivo sentimento de dor obtido pela vítima, seja em âmbito psíquico, moral ou intelectual, sendo que, uma vez ocasionado mero desconforto à vítima, não se está diante de situação que enseja indenização.” (TJSC, AC n. 2005.018481-3, da Capital, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 26/11/2009).

Em abono à conclusão do juízo *a quo*, o dano moral não se presta a indenizar situações desagradáveis e corriqueiras do cotidiano, pequenos dissabores da vida.

Embora a recorrente traga à baila o julgamento do REsp n. 1.744.321, no qual a Terceira Turma adotou o entendimento de que “a aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral [...]” (REsp 1.744.321/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 5-2-2019), o tema apresenta divergência jurisprudencial no âmbito da própria Corte de Cidadania.

Nesse norte, há recente orientação da Quarta Turma da Corte Cidadã de que ausência de ingestão do alimento que contém corpo estranho não configura dano moral:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESENÇA DE LARVA EM CHOCOLATE. INGESTÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento dominante de que, ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de corpo estranho no alimento, não se configura o dano moral indenizável. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp 1.797.805/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 21-5-2019).

De igual modo, colhe-se deste Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE AUTORA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CORPO ESTRANHO ENCONTRADO EM SANDUÍCHE. DEFEITO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE INGESTÃO OU COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL EXPERIMENTADO. MERO DISSABOR. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

“Não há dano moral na hipótese de aquisição de gênero alimentício com corpo estranho no interior da embalagem se não ocorre a ingestão do produto, considerado impróprio para consumo, visto que referida situação não configura desrespeito à dignidade da pessoa humana, desprezo à saúde pública ou mesmo descaso para com a segurança alimentar.” (AgRg no REsp n. 1537730/MA, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.3.2016).

Para a configuração do dano moral o sofrimento de quem se diz ofendido deve ultrapassar a linha da normalidade, atingindo sobremaneira a reputação, a honra ou a integridade moral do indivíduo e o seu comportamento psicológico. Não merece indenização o simples desagrado, a irritação ou o aborrecimento do outro diante de situação cotidiana ou de mero inadimplemento contratual no qual não se verificou nenhuma abusividade suscetível de causar à parte grave constrangimento.

(Apelação Cível n. 1000187-63.2013.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 11-4-2019).

Ademais, importa mencionar que os sistemas de produção, distribuição e abastecimento de gêneros alimentícios, em todo o mundo, são objeto de regulação, controle e fiscalização estatais, com padrões elevados para a garantia da saúde e segurança dos consumidores.

Todavia, tais sistemas não são infalíveis, e essa realidade faz parte de qualquer sociedade industrializada e civilizada.

Nessa toada, a possibilidade de o consumidor adquirir um produto impróprio para o consumo humano, em desacordo com as normas sanitárias, constitui situação indesejada mas previsível em uma sociedade de produção e consumo em massa, na qual, apesar de todos os controles e cuidados, os fatores “erro” e “risco” sempre estarão presentes, daí porque, dada essa desconfortável previsibilidade, a constatação de defeito no produto, por si só, não se mostra capaz de gerar um abalo moral indenizável, residindo no âmbito dos aborrecimentos normais do cotidiano a que todos estão sujeitos nesse mundo globalizado.

Assim, considerando (i) o entendimento no sentido de que não há falar em danos morais em casos nos quais ausente o consumo do alimento contaminado e (ii) a não comprovação de ofensa à dignidade da pessoa humana capaz de ensejar a reparação pecuniária pretendida, a manutenção da sentença é de rigor.

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 R\$ 1.000,00 (mil reais) para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), cuja exigibilidade fica suspensa em razão da gratuidade da justiça concedida em primeiro grau.

Ante o exposto, voto no sentido de, a) conhecer do recurso e negar-lhe provimento e b) em consonância com o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majorar a verba honorária sucumbencial fixada em primeiro grau em R\$ 1.000,00 (mil reais) para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), cuja exigibilidade fica suspensa em razão da gratuidade da justiça concedida em primeira instância.

Apelação Cível n. 0301272-37.2016.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Selso de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTORA COM SÍNDROME DE ASPERGER. MATRÍCULA EM CURSO SUPERIOR. ALEGADA DISCRIMINAÇÃO DA INSTITUIÇÃO AO SUGERIR A DESISTÊNCIA DO CURSO E NÃO OFERTAR O SERVIÇO EDUCACIONAL NA MODALIDADE DE INCLUSÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

RECURSO DA RÉ.

AVENTADA A INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS. NÃO ACOLHIMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO LEGAL DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, AUXILIANDO NO SEU DESENVOLVIMENTO E EM SUA PERMANÊNCIA NO CURSO. DEVER DE INDENIZAR.

DEDUÇÃO COMUM.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. PEDIDO DE ELEVAÇÃO PELA AUTORA E DE MINORAÇÃO PELA RÉ. MONTANTE ESTABELECIDO QUE SE SUBSOME AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO.

RECURSO DA AUTORA.

JUROS DE MORA. PRETENSÃO DE SUA INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. RELAÇÃO CONTRATUAL. FLUÊNCIA A CONTAR DA CITAÇÃO. DECISÃO ACERTADA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASPIRAÇÃO DE AUMENTO PARA 20% DO VALOR DA CONDENAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. MONTANTE FIXADO QUE SE MOSTRA EM CONSONÂNCIA COM OS DITAMES DO ARTIGO 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PERCENTUAL MANTIDO.

HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO EM DESFAVOR DA RÉ (ART. 85, § 11, DO CPC/2015).

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301272-37.2016.8.24.0038, da comarca de Joinville 1ª Vara Cível em que Apte/ Apdo Anhanguera Educacional S/A e Apte/ Apdo Tamara Retzlaff e outro.

A Quarta 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 Excelentíssimo Senhor Desembargador Hélio David Vieira Figueira dos Santos, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Felipe Schuch.

Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Lenir Roslindo Piffer.

Florianópolis, 8 de outubro de 2020.

Desembargador Selso de Oliveira

Relator

RELATÓRIO

A bem dos princípios da celeridade e da economia processual, adoto o relatório elaborado na sentença, *litteris* (p. 182-184):

Da Petição Inicial

Tamara Retzlaff, assistida por sua genitora Elisete Maria Rochadel, ajuizou ação de indenização por danos morais em desfavor de Anhanguera Educacional Ltda.

Historiou ser portadora de Doença de Asperger e Retardo Mental Leve (F 84.5 + F 70 – Cid 10), necessitando de ajuda médica e educacional desde a descoberta.

Alegou que, em detrimento da síndrome, sempre estudou por inclusão, auferindo atenção e tratamento especial por parte dos educadores. Da mesma forma, exerceu atividade remunerada ocupando vaga destinada a pessoas com deficiência.

Salientou que após concluir o ensino médio procurou a ré, a fim de cursar a faculdade de Tecnologia em Análise e Desenvolvimento de Sistemas. Para tanto, sua representante apresentou todos os documentos pertinentes, visando à admissão de sua filha por inclusão.

Aduziu que ao alcançar o segundo ano da faculdade, sua genitora foi convidada para comparecer à coordenação, oportunidade em que foi informada do interesse de fazer a autora desistir do curso, ante o baixo rendimento apresentado.

Afirmou que a representante apresentou esforços, sugerindo que a instituição acompanhasse a autora nas aulas, com o intuito de auxiliar no desenvolvimento das atividades, solicitação prontamente negada.

Noticiou a falha na prestação de serviços, expondo a ausência de condições de ofertar serviços educacionais na modalidade de inclusão.

Dessa forma, requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Da Resposta

Citada, a ré apresentou contestação às páginas 67/79.

Esclareceu que não houve solicitação de saída da instituição, mas sim o conselho de troca de curso para “Produção Multimídia”, tendo em vista que a autora apresentava qualidade e interesse em desenhos.

Destacou que a pleiteante chegou a solicitar a transferência, porém, antes do deferimento, optou por permanecer na graduação de Tecnologia em Análise e Desenvolvimento de Sistemas. Após, em 09/11/2015, a autora requereu o trancamento do curso, por sua livre e espontânea vontade.

Informou que nos dados da matrícula não há quaisquer informações a respeito da inserção da autora na categoria de inclusão, ante a ausência de declaração nesse sentido no ato de inscrição.

Alegou que apresentou para a representante o modo de funcionamento dos programas “Núcleo de Acessibilidade, Inclusão e Direitos Humanos” e “Núcleo de Educação Especial Inclusiva”. Contudo, negados pela mãe, sendo que essa queria tão somente forçar uma aprovação automática da filha.

Aduziu a falta de produção de provas apta para demonstrar a configuração de dano moral, sendo mero dissabor.

Desta forma, requereu a improcedência da ação.

Da Manifestação do Ministério Público

O parquet ilustrou a desnecessidade de intervenção no caso em tela às páginas 116/117.

Da Réplica

A ré manifestou-se acerca da contestação às páginas 121/123, repisando os intentos da exordial e requerendo a incidência dos efeitos da revelia.

Do Saneamento

O processo foi saneado em audiência (p. 139), ocasião na qual foi afastada a hipótese de intempestividade da contestação, bem como designada audiência de instrução e julgamento.

Dos Atos Posteriores

A ré juntou documentos novos às páginas 164/165.

A audiência de instrução e julgamento ocorreu em 23/11/2017 (p. 166).

A ré apresentou alegações finais (pp. 168/178), denunciando a ilegitimidade ativa da representante, bem como defendeu a ausência de deficiência da autora. Disse, ainda, que nas audiências designadas a autora não se fez presente, estando o trâmite prejudicado ante a ausência de seu depoimento pessoal.

A autora colacionou suas alegações finais às páginas 179/181, requerendo a procedência da demanda.

A juíza Renata Pacheco Mendes assim decidiu (p. 193-194):

Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, ACOLHO o pedido deduzido por Tamara Retzlaff em desfavor de Anhanguera Educacional Ltda para condenar a ré ao pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R\$ 10.000,00, atualizado monetariamente pelo INPC desde o arbitramento e com juros de 1% ao mês, desde a citação.

Em consequência JULGO o feito com resolução do mérito.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Esses últimos, fixo no importe de 15% do valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Arquivem-se, oportunamente.

Apelou a ré, às p. 198-206, salientando inexistir prova do dano moral que a autora alega ter sofrido e que em nenhum momento negou prestar auxílio para o desenvolvimento do conteúdo, tendo realizado atendimento diferenciado. Postulou o provimento do recurso para que se julgue improcedente o pedido formulado. E, subsidiariamente, que seja minorado o valor da indenização.

Apelou também a autora, às p. 222-226, almejando a elevação do montante estabelecido a título de indenização por danos morais, para R\$ 30.000,00, a incidência de juros moratórios a partir do evento danoso (data da matrícula) e o aumento da verba honorária para 20% do total da condenação.

Contrarrazões da autora às p. 241-243 e da ré às p. 244-254.

Recursos recebidos no duplo efeito (p. 260-261).

O Ministério Público, às p. 317-324, em parecer do procurador de justiça Jacson Corrêa, manifestou-se pelo desprovimento dos recursos.

VOTO

1 Admissibilidade

A sentença foi prolatada e publicada sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, à luz do qual o caso será apreciado, consoante o Enunciado Administrativo nº 3 do Superior Tribunal de Justiça.

O recurso da ré Anhanguera Educacional Ltda. está acompanhado do recolhimento do preparo (p. 220/221), e a ausência do seu recolhimento pela autora decorre da concessão da gratuidade à p. 29.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, os recursos devem ser conhecidos.

2 Mérito

2.1 Do recurso da ré

Em suas razões, a demandada busca seja reconhecida a inexistência de dano moral a ser compensado. Subsidiariamente, pede a minoração do *quantum* indenizatório, conforme a razoabilidade e proporcionalidade. Alega que: *a*) prestou o devido atendimento à aluna ao incentivá-la a buscar uma especialização adequada às suas habilidades; *b*) o caso dos autos não passa de mero aborrecimento diário; *c*) a autora busca obter lucro fácil.

Razão não lhe assiste.

Quanto à pretensão indenizatória, estabelece o Código Civil em seus artigos 186 e 927, *caput*, e parágrafo único:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar danos 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.

São pressupostos da responsabilidade civil: *a*) ação ou omissão do agente; *b*) dolo ou culpa,

exceto nos casos expressamente previstos em lei; *c*) dano experimentado pela vítima; *d*) nexo de causalidade entre ambos. Demonstrados esses requisitos, surge a obrigação de indenizar.

Ademais, ao presente caso é aplicável a legislação consumerista, uma vez que a autora contratou os serviços educacionais da ré, enquadrando-se aquela na definição de “consumidor” (artigo 2º) e esta na definição de “fornecedor” (artigo 3º).

Cita-se, pois, o artigo 14, *caput*, da referida legislação:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Em assim sendo, configurado o nexo de causalidade entre possível dano com ação ou omissão da ré, esta responde objetivamente.

Os documentos de p. 14-19 informam que a autora, diagnosticada com Síndrome de Asperger, matriculou-se na instituição de ensino ré no curso de Tecnologia em Análise e Desenvolvimento de Sistemas (p. 80-82).

A propósito, dispõe a Lei nº 12.764/2012 (Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista):

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e estabelece diretrizes para sua consecução.

§ 1º para os efeitos desta Lei, é considerada pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada na forma dos seguintes incisos I ou II.

I - deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento;

II - padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

Tendo em vista que o indivíduo diagnosticado com a Síndrome de Asperger, para fins legais, é considerado pessoa com deficiência, medidas especiais devem ser tomadas para sua educação e desenvolvimento, conforme estabelece a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que, embora ainda não vigente na data dos fatos, reuniu diversas normas já em vigor no nosso ordenamento jurídico:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;

X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;

XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;

XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;

XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

[...]

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

I - atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;

II - disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;

III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;

IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;

V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;

VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;

VII - tradução completa do edital e de suas retificações em Libras. Tendo em mente a legislação vigente que rege a situação em exame e diante do conjunto probatório dos autos, constata-se que a parte demandada ofendeu o disposto nos incisos supra mencionados, o que se verifica especialmente por meio dos depoimentos colhidos em audiência de instrução e julgamento (p. 166).

A testemunha Marise da Cunha, que trabalhou com a família da autora por certo tempo, distingue-a como pessoa com comportamento que foge ao “padrão”, apresentando traços característicos da Síndrome de Asperger, bastante silenciosa, dizendo que demorou muito tempo até conseguir criar com ela uma conexão.

Mariude Righetto afirmou conhecer o histórico da autora desde o ensino médio, quando já apresentava dificuldades nas atividades escolares e por isso lhe era destinado tratamento diferenciado, com a realização de avaliações/provas em locais separados, acompanhamento psicológico e constante contato com a família.

Cláudia Cristina, funcionária da ré e coordenadora do curso ao tempo dos fatos, disse saber desde o início do semestre letivo que a autora era portadora da Síndrome de Asperger, tendo comunicado de imediato essa condição aos professores, e que estes, depois de transcorrido algum tempo, relataram que Tamara tinha dificuldade em acompanhar as aulas e que, na maior parte do tempo, ficava desenhando. Conforme destacado pelo magistrado singular, esse depoimento deixou claro não existir na instituição procedimento individual para acompanhamento do caso autora.

Daniela Kruger Stamm, que foi professora da autora no ensino fundamental e também coordenadora do curso na Faculdade Anhanguera à época dos fatos, igualmente disse ter ciência do quadro clínico da autora, e que ouviu relato dos professores acerca da sua dificuldade em acompanhar as aulas e apresentar desempenho satisfatório. Deixando entrever que ela não contava com atendimento especializado na instituição.

A magistrada sentenciante muito bem analisou a controvérsia posta nos autos, merecendo ser transcritos parte dos fundamentos da sentença, *verbis* (p. 189-196):

[...]

Da Síndrome de Asperger

Consoante laudos acostados aos autos (pp. 15/20), a autora é portadora de Síndrome de Asperger.

A doença é derivada do autismo, apresentando sintomas mais tênues e que podem ser diagnosticados um pouco mais tarde. Características essenciais são as dificuldades para o relacionamento interpessoal, bem como de comunicação.

Segundo especialistas, a síndrome pode ainda apresentar comportamentos repetitivos, interesses limitados e habilidades específicas. Oportuno transcrever a elucidação a respeito:

Para elas, o mundo em que vivem é estranho e desconcertante: as pessoas não dizem aquilo que pensam, dizem aquilo que não pensam, fazem comentários triviais e sem significado, aborrecem-se e perdem a paciência, quando uma pessoa com SA lhes referem centenas de factos fascinantes sobre horários, números gravados em todos os marcos geodésicos, as inúmeras variedades de cenoura ou os movimentos dos planetas. Também não entendem como é que as pessoas conseguem tolerar tantas luzes, sons, cheiros, texturas, paladares, sem se desnorream, se preocupam tanto com a hierarquia social, têm relações emocionais tão complicadas, conseguem utilizar e interpretar tantas convenções sociais, são tão ilógicos.¹

Em nível escolar, segundo ensina Antunes², portadores da síndrome podem encontrar circunstâncias desfavoráveis, quais sejam: a) dificuldades na compreensão de gestos e atitudes; b) fraca percepção de

1 Atwood, T. A Síndrome de Asperger, Liboa, Babel, 2010, p. 15.

2 Antunes, N. (2012). Mal-entendidos - Da Hiperactividade à Síndrome de Asperger, da Dislexia às Perturbações do Sono. As respostas que procura. Lisboa: Verso da Kapa.

mentiras ou invenções; c) interpretação literal; d) desinteresse pela escrita; e) ausência de comunicação com os demais, egocêntricos. Tais características influenciam com veemência no aprendizado, especialmente no tocante à resolução de testes, sendo que o resultado pode ser decepcionante, ante a fraqueza na compreensão de problemas construídos, o que é muito comum em avaliações.

De acordo com especialistas, outro fato ligado ao baixo rendimento escolar é o egocentrismo e individualismo da pessoa com Síndrome de Asperger.

Em síntese, são pouco flexíveis e dificilmente adotam uma posição diversa de seu pensamento, prejudicando a argumentação e interpretação das situações. Nas palavras de Atwood, “mesmo depois de aprenderem uma atividade, as crianças com SA podem não conseguir transferir ou generalizar o que aprenderam a outras situações, isto é, a sua inflexibilidade impede a aplicação de aprendizagens a novas situações”.³

O medo constante da opinião dos demais colegas é outro traço significativo, influenciando na ausência de questionamento de dúvidas em sala de aula. Isto está ligado diretamente ao pessimismo inerente ao portador, carregando consigo pensamentos negativos da opinião de terceiros. Tal característica inclusive foi relatada por uma das testemunhas na audiência de instrução e julgamento realizada.

Ainda, a forma de pensar dos sujeitos com Síndrome de Asperger é essencialmente visual, com uma imaginação fértil. Talvez seja essa a razão de a autora desenhar nas aulas. Ocorre que o ensino moderno é na maior parte verbal, gerando desvantagens aos possuidores de SA.

Em estudo realizado por Cláudia Regina Fernandes⁴, é possível constatar diversas estratégias que o corpo docente pode seguir para desenvolver a cognição dos portadores da explanada deficiência. Em apertada síntese, basicamente elenca a professora: a) ajudar a compreender o pensamento dos colegas de classe; b) destacar as partes mais importantes do teste de avaliação e tolerar ao máximo o tempo que o sujeito leva para resolvê-lo; c) trabalhar a memória a partir de jogos; c) incentivar a partilhar os problemas encontrados; d) encorajar a imaginação; e) utilizar diagramas, gráficos e analogias visuais.

Portanto, depreende-se que os efeitos decorrentes da Síndrome de Asperger podem influenciar com veemência no aprendizado escolar, acarretando resultados negativos se não houver um trabalho específico em conjunto.

Da Conduta da Ré

Em sede de defesa, a ré nega o fato de ter conhecimento a respeito da síndrome da autora, bem como rechaça os efeitos negativos a ela proporcionados.

A decisão saneadora fixou o ponto controvertido, qual seja, se a ré tinha conhecimento a respeito da necessidade de acompanhamento para inclusão em decorrência da condição especial da autora (p. 139).

Na audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas 04 (quatro) testemunhas, sendo que todas afirmaram que conheciam a situação da pleiteante, inclusive Cláudia Cristina e Daniela Kruger Stamm, arroladas pela parte ré.

Mariude Righetto mencionou que, desde a época do ensino médio, e até mesmo fundamental, a autora apresentava nítidas dificuldades nas atividades escolares. Em razão disso, possuía uma série de procedimentos específicos, tais quais provas em locais separados, acompanhamento psicológico e constante contato com a família.

3 Atwood, T. A Síndrome de Asperger, Liboa, Babel, 2010, p. 132.

4 DA SILVA FERNANDES, Cláudia Regina, Inclusão de Alunos com Síndrome de Asperger no Ensino Básico: Percepções e Práticas dos Docentes, ESEAG, 2015.

Por intermédio do depoimento de Marise da Cunha - empregada por determinado período na residência da autora -, denotam-se características inerentes à Síndrome de Asperger, mais especificamente seu traço silencioso.

Cláudia Cristina, coordenadora do curso ao tempo do fato, enfatizou que logo no início do semestre obteve a informação de que a autora portava Síndrome de Asperger. Deste modo, imediatamente comunicou os professores, os quais posteriormente relataram a dificuldade de Tamara em acompanhar as aulas, sendo que na maior parte do tempo permanecia desenhando. O depoimento também deixou claro que não existia procedimento individual para acompanhar o aprendizado da autora.

Por fim, Daniela Kruger Stamm - professora da autora no ensino fundamental e também coordenadora do curso à época dos fatos - assinalou que recebeu relatos da dificuldade da autora e, em decorrência do passado, sempre obteve conhecimento da doença percebida por Tamara. Além disso, convergiu com o depoimento anterior, isto é, confirmou não haver atendimento clínico especializado.

Nesse contexto, restou demonstrado que a parte ré era plena conhecedora da síndrome da autora e, ainda, que não tomou medidas específicas para colaborar com o aprendizado dela.

A alegada ausência de pedido de inclusão não afasta a falha na prestação do serviço, na medida em que demonstrado o conhecimento da coordenação da ré. Tal é suficiente para a instituição de ensino tomar as providências cabíveis.

Preceitua o artigo 27 da Lei 13.146/2015:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único: É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade da pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Ainda, a Lei 12.764/2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, assegura pleno acesso à educação e ensinamentos profissionalizantes.

Dessa senda, a instituição educacional não pode olvidar os traços essenciais de tais sujeitos, sendo seu dever zelar pelo desenvolvimento educacional, assegurando todas as medidas possíveis para tanto. A ausência de pedido expresso para tal inclusão não pode ser fator para legitimar a negligência.

Com efeito, a formação a respeito das características de qualquer deficiência é imprescindível para o pleno desenvolvimento educacional dos estudantes especiais.

No caso em tela, a parte ré, por meio de seu corpo docente e coordenação, era conhecedora das dificuldades decorrentes da Síndrome de Asperger, relatando os atos da autora em sala de aula, divergentes do esperado.

Contudo, limitou-se a realizar tão somente conversas, não buscando efetivamente prever os baixos resultados, como por exemplo realizar explicações utilizando diagramas e fotos e realizar provas com destaques, como já mencionado.

A falha na prestação dos serviços encontra amparo exatamente nas insuficientes concessões de condições aptas para colaborar com o ensino da pleiteante, concorrendo – por todas as razões já expostas – para o baixo rendimento e desinteresse no curso.

Importante frisar que as alegações no tocante à influência do namorado da autora em sala de aula, bem

como a melhor das intenções na sugestão da ré de alteração de curso, não são hábeis para alterar o presente raciocínio.

Dessarte, não há como afastar a falha da ré na prestação de serviços educacionais, configurando o descumprimento contratual. Resta averiguar a existência ou não do aventado dano moral.

[...]

Como visto, a prova coletada nos autos evidenciou a falha na prestação dos serviços por parte demandada, que não forneceu o amparo necessário à autora para que permanecesse e pudesse acompanhar o curso no qual matriculada, deixando de disponibilizar suporte profissional especializado, tampouco planejamento de ensino individualizado e voltado às necessidades particulares da aluna.

Diferentemente do que defende a ré, não se tratou de mero dissabor, o que decorreu dessa violação de disposições legais que protegem os direitos da pessoa com deficiência, no caso, o direito a um sistema educacional inclusivo.

Presente o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a omissão da ré, mantém-se a obrigação de compensação a título de danos morais.

No que atine à pretensão de minoração da quantia estabelecida na origem, será apreciada em conjunto com o recurso da autora, que objetiva a elevação do *quantum*.

2.2 Do recurso da autora

Pede a autora o aumento do importe da indenização, para R\$ 30.000,00, e que os juros de mora incidam desde o evento danoso, qual seja, a data da sua matrícula na instituição de ensino. Aspira, ainda, que os honorários advocatícios de sucumbência sejam estabelecidos em 20% do valor da condenação.

No atinente ao *quantum* da indenização por danos morais, segundo Sérgio Cavalieri Filho, o juiz “*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).

Orientam, no ponto, os Tribunais:

[...] O valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observado seu conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima (STJ, AgRg no REsp 945.575/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14/11/2007).

[...] O valor da indenização por danos morais envolve critérios subjetivos em seu arbitramento e não deve

abranger montante que possa caracterizar enriquecimento ilícito, nem tampouco valor insignificante frente ao constrangimento suportado. Sua fixação deve considerar os diversos fatores que envolveram o ato lesivo e o dano dele resultante, em especial, a duração, intensidade, gravidade e repercussão da ofensa, as causas que deram origem à lesão e a condição sócio-econômica das partes (TJSC, AC nº 0014350-09.2012.8.24.0008, Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Saul Steil, j. 15/12/2016).

O valor da compensação, enfim, deve ser fixado em importância razoável e proporcional, que não se mostre insignificante para quem recebe, nem importe enriquecimento ilícito.

No caso em apreço, a autora sentiu-se abalada e discriminada em decorrência da omissão da instituição de ensino em dispensar-lhe o tratamento e a atenção dos quais dependia para que permanecesse cursando o ensino superior, tanto que veio a pedir a desistência.

De seu turno, trata-se a ré de estabelecimento reconhecido em todo território nacional, com diversas filiais, capital social expressivo, conforme se observa dos documentos de p. 52-64, e, ainda que não tenha agido dolosamente, é fato que não empreendeu os esforços necessários para cumprir com sua obrigação legal.

Aqui, mais uma vez, importa colacionar trecho da sentença vergastada, que bem analisou a gravidade da conduta da ré (p. 191-192):

[...]

Os referidos incisos elencam uma série de deveres de diligência a serem observados para efetivar a educação dos indivíduos, como o sistema inclusivo, aprimoramento de meios educacionais aptos a evitarem barreiras, projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado e adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambiente que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo a permanência na instituição.

Muito embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, só tenha entrado em vigor no ano de 2015, ou seja, em momento posterior aos fatos narrados na presente demanda, não há como negar que sua edição apenas formaliza a reunião de normas acerca de medidas e ações há muito já consagradas pelo ordenamento jurídico. Tal como as dispostas: a) nos arts. 205, 208 e 209 da Constituição Federal; b) nos arts. 58/60 da Lei 9.394/1996, a qual estabelece diretrizes e bases da educação nacional; c) no art. 24 do Decreto 6.949/2009, que Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007; d) no art. 3º, IV, “a” da Lei 12.764/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno de Espectro Autista, entre tantas outras que poderiam ser citadas.

Ocorre que tais ações e medidas não foram devidamente tomadas, configurando negligência da parte ré. Em razão disso, o serviço educacional prestado não foi hábil para igualar a autora com os demais, inclusive incentivando sua desistência, ante os baixos resultados adquiridos.

Mesmo que sem intenção, a ausência de ações da instituição ré acabaram por perfectibilizar a discriminação de natureza não consciente. Ou seja, sem *animus*, a ré proporcionou um tratamento injusto à pleiteante.

Atos de discriminação estão diretamente ligados à violação de direitos da personalidade, tal qual a honra do sujeito.

Dessarte, a inércia da instituição de ensino – conhecedora da síndrome – em decidir agir com as medidas viáveis são suficientes para reconhecer o dano moral percebido pela autora.

[...]

Tudo sopesado, tem-se que o juízo de primeiro grau fixou a verba compensatória em valor razoável e compatível com tais circunstâncias, não cabendo a modificação pretendida por qualquer das partes.

No concernente ao pleito da autora de alteração do termo inicial da incidência dos juros de mora, imperioso observar que a responsabilidade da ré decorre de contrato, fluindo os juros, assim, da citação, conforme estabeleceu a sentença, *ex vi* do artigo 405 do CC, não cabendo modificação pretendida.

Conforme, aliás, orienta o Superior Tribunal de Justiça:

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, nos casos de indenização por danos morais resultantes de responsabilidade contratual, a correção monetária incide desde a data do arbitramento, e os juros de mora desde a citação (STJ, AgInt no AREsp 1280822/RS, rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 29/10/2018).

Por fim, também não cabe o pretendido aumento da verba advocatícia de sucumbência para 20% do valor da condenação.

Acerca do tema, dispõe o artigo 85, § 2º, do CPC:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 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.

Leciona Antônio Carlos Marcato:

Ao estabelecer o valor dos honorários, deve o juiz avaliar a atuação do patrono na defesa dos interesses da parte vencedora. Quanto mais o empenho do advogado tiver nexos com o resultado do processo, mais será a verba honorária. Também é relevante o lugar em que a atividade se desenvolve, pois muitas vezes essa circunstância exige maior esforço do profissional. Outro elemento fundamental à determinação do percentual adequado é a maior ou menor complexidade das questões materiais e processuais controvertidas, o que está diretamente relacionado com o esforço e o tempo exigidos do advogado, para a realização do serviço (*Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008).

Considerando a natureza da demanda, o tempo de tramitação processual até a prolação da sentença (pouco mais de três anos) e o trabalho envolvido, deve ser mantida a verba honorária em 15% do valor da condenação, porquanto em conformidade com os parâmetros legais.

3 Honorários recursais

Publicada a sentença após a entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015, cabe atentar ao disposto no artigo 85, § 11, *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.

Desprovido o apelo da parte ré, sucumbente em primeira instância, majoram-se os honorários para 18% do valor da condenação.

Inviável a fixação de honorários recursais em desfavor da autora, por não ser sucumbente em primeiro grau.

4 Dispositivo

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer dos recursos e negar-lhes provimento, majorando a verba honorária para 18% do valor da condenação, *ex vi* do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil

Apelação Cível n. 0300662-48.2016.8.24.0045

Relator: Desembargador José Agenor de Aragão

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REQUERENTE QUE FICOU TRANCADO EM ELEVADOR NO INTERIOR DO SHOPPING. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DO REQUERENTE.

PRETENDIDA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS SOB O ARGUMENTO DE TER FICADO TRANCADO EM ELEVADOR POR HORAS, SEM QUE A REQUERIDA ADOTASSE PROVIDÊNCIAS EM TEMPO HÁBIL. INSUBSISTÊNCIA. PREPOSTOS DO REQUERIDO QUE PRESTARAM ATENDIMENTO EM TEMPO RAZOÁVEL, A CONSIDERAR QUE OS FATOS SE DERAM DOMINGO E DE MADRUGADA E DEPENDIA DE SERVIÇO TERCEIRIZADO. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO OU NEGLIGENCIA. COMPROVADA A MANUTENÇÃO DO EQUIPAMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE ATO ILÍCITO, BEM COMO DE DANO EXTRAORDINÁRIO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. MERO DISSABOR. SENTENÇA MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. EXEGESE DO ART. 85, §11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300662-48.2016.8.24.0045, da comarca de Palhoça 1ª Cível em que é/são Apelante(s) Sander Silva da Silva e Apelado(s) Condomínio Continente Park Shopping.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso de Apelação e negar-lhe provimento. Nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, fixar os honorários recursais, em favor dos procuradores da Requerida/Apelada em 2% sobre o valor atualizado da causa, ficando, todavia, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 98, §3º do CPC. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Selso de Oliveira e o Exmo. Sr. Des. Luiz Felipe Schuch.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Hélio David Vieira Figueira dos Santos.

Florianópolis, 15 de outubro de 2020.

Desembargador José Agenor de Aragão

Relator

RELATÓRIO

A bem dos princípios da celeridade e da economia processual, bem como para melhor explicar

a situação fática, adoto o relatório elaborado na decisão interlocutória, por delinear com precisão os contornos da lide (fls. 101/104):

“Em suma, alegou o autor que na madrugada do dia 17/10/2015 esteve na casa noturna Empório Original, localizada dentro do Continente Park Shopping. Sustentou que no final da noite, ao sair, entrou no elevador que dá acesso ao estacionamento, com mais quatro pessoas desconhecidas. Relatou que o elevador apresentou problemas e ficou preso por cerca de três horas. Afirmou que o equipamento apresentava péssimas condições de uso (“sem a parede dos fundos, com uma parede de concreto do fosso do elevador visível e espaçamento significativo na parte inferior da porta”, p. 02), com pouca ventilação. Argumentou que não foi prestada a assistência adequada. Aduziu que as pessoas entraram em pânico; tentaram abrir as portas à força e um buraco da parte superior, com medo de sufocamento. Informou que foi quebrada, por acidente, uma lâmpada. Asseverou que conseguiram ligar para os bombeiros, mas não foi possível o resgate, porque não lhes foi autorizada a entrada no shopping. Postulou a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais. Juntou documentos.

Regularmente citado, o réu apresentou resposta sob forma de contestação. Suscitou a preliminar de ilegitimidade passiva. Requereu a denúncia da lide a Consec & Nacional Elevadores Ltda ME. No mérito, sustentou que o autor utilizou de forma inapropriada o elevador de serviço, de acesso restrito aos funcionários, o qual não dispõe da mesma segurança de um elevador de passageiros. Narrou que o demandante e os demais indivíduos “pularam e chutaram o elevador até que ele parasse de vez, sendo que na sequência eles danificaram as portas do elevador ao tentar abri-las” (p. 33). Argumentou que realiza manutenções preventivas no equipamento. Defendeu a inexistência de danos morais a serem indenizados. Na petição de ps. 26/27, após a apresentação da resposta, informou que tomou conhecimento de que autor é funcionário da casa noturna Empório Original e levou seus conhecidos até o elevador de serviço do shopping, para “cortar” caminho até o estacionamento. Requereu a improcedência da ação.

Houve réplica e manifestação sobre a petição e documentos de ps. 26/29”.

A fls. 86/89 e 94/95 as partes apresentaram manifestação.

Em despacho saneador (fls. 101/104), as preliminares foram afastadas, pontos controvertidos foram estabelecidos, sendo então designada audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que foi colhido o depoimento pessoal do requerente e ouvidas duas testemunhas, uma de cada litigante (fls.117).

Ainda em audiência, sentenciando, o Togado de primeiro grau, prolatou sentença, de forma oral e julgou os pedidos exordiaes, nos seguintes termos:

“[...]”Ante o exposto, julgo improcedente os pedidos lançados na inicial. Condeno o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 15% do valor atualizado da causa, observada a suspensão atinente à gratuidade da justiça que lhe foi deferida à p. 22. Publicada em audiência. Intimados os presentes. Registre-se. Após o trânsito em julgado, archive-se.”

Inconformado, o Requerente interpôs Recurso de Apelação (fls. 121/132), pugnando pela reforma da sentença, ratificando seus argumentos iniciais, defendendo a ocorrência de danos morais em razão de ter ficado preso no elevador por aproximadamente duas horas.

Contrarrazões às fls. 138/145.

Este é o relatório.

VOTO

Ab initio, sobreleva consignar que a sentença objurgada foi prolatada em audiência no dia 07.06.2018 e publicada na mesma data (fl. 117), ou seja, sob a vigência do Diploma Processual Civil de 2015, atraindo, portanto, a aplicação do Enunciado Administrativo n. 3 da Corte da Cidadania à hipótese em análise, *in verbis*:

“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”.

O recurso de apelação interposto é cabível, tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual defiro o seu processamento.

Pretende o Requerente/Apelante a reforma da sentença que julgou improcedente seu pedido de indenização por dano moral, em razão de trancamento no interior do elevador localizado no interior do Shopping, ora Requerido.

Sustenta o Apelante a ocorrência de abalo anímico em virtude de ter ficado trancado por horas em um elevador, atribuindo ter a requerida agido com negligência tanto na manutenção como no fato de disponibilizar assistência técnica para sanar o problema.

Pois bem.

De plano, cumpre consignar que a relação jurídica havida entre as partes é tipicamente de consumo, compreendendo-se a parte autora e a demandada aos conceitos de consumidor e fornecedor estabelecidos, respectivamente, nos arts. 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesta senda, em se tratando de relação de consumo, consabido que a responsabilidade incidente é objetiva, fundamentada pela teoria do risco (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil e artigos 12, 14 e 17 do Código de Defesa do Consumidor), vejamos:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação

ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

O que significa dizer que, nesta modalidade, prescindível a comprovação da culpa do fornecedor, bastando a constatação da ocorrência do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade entre eles.

Portanto, se é certo que a prova da culpa é prescindível na responsabilidade objetiva, não é menos correto que sem a inequívoca demonstração do liame causal entre o dano e o comportamento do agente não haverá espaço para qualquer pretensão indenizatória.

Não é outra a lição de SÍLVIO RODRIGUES:

“Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha esse último agido ou não culposamente.” (Direito Civil, Vol. IV, Saraiva, 19ª, ed., 1002, pg. 11).

Nesse viés, incontroverso o fato do Requerente/Apelante ter ficado preso em elevador, juntamente com outros amigos, ao saírem de estabelecimento comercial, localizado nas dependências do estabelecimento Requerido/Apelado, fato inclusive confirmado pelo mesmo.

Cinge-se, todavia, a controvérsia em verificar se o Shopping Requerido, teve responsabilidade pelos danos morais alegadamente sofrido pelo Requerente/Apelante em razão de ter ficado preso no elevador, por aproximadamente duas horas.

E ao que se extrai do caso concreto, o pleito indenizatório por dano moral, adianta-se, não merece acolhimento, porquanto, ainda que seja inafastável o fato do Apelante e outros terem ficado presos no elevador, inexistente nos autos prova de que houve falha na prestação de serviço ou negligência do Requerido/Apelado em sanar o problema.

Pelo amealhado probatório, produzido durante a instrução processual, denota-se que o Requerido/Apelado ao tomar conhecimento dos fatos, ainda que por seus prepostos, no caso, os seguranças que se encontravam no local no dia dos fatos, adotou todas as medidas para resolver o problema.

Quanto ao ponto, observa-se que o Sr. Ian Francisco, testemunha arrolada pelo próprio Apelante, ao ser inquirido, esclareceu que durante o tempo que estavam presos no elevador, os seguranças do shopping mantiveram contato, sempre os orientando para que mantivessem a calma, informando que estavam na busca de destravar o elevador.

A ausência de omissão ou negligência da Apelada restou ainda demonstrada com os esclarecimentos feitos pelo Sr. Carlos Alberto Martins, bombeiro civil que esteve presente no dia dos fatos, relatando que ao chegar no local adotou todas as providências necessárias para proceder a abertura do elevador, mas como este acabou travando entre um andar e outro foi necessária a presença da empresa terceirizada de manutenção dos elevadores, que a toda evidência, embora tenha a mesma sido de pronto contatada, por ser um domingo de madrugada, demandou um pouco mais de tempo para os funcionários da referida empresa chegarem ao local.

No entanto, paralelamente a isso, em consonância com as declarações do Sr. Ian Francisco, a testemunha ainda confirmou que os seguranças permaneceram no local orientando o Requerente/ Apelante e os demais que também se encontravam presos no interior do elevador, para manterem a calma que o resgate estava a caminho.

Especificamente quanto ao tempo que o Requerente/ Apelante ficou preso no interior do elevador, segundo o seu depoimento e das testemunhas, embora não se possa afirmar com exatidão, estima-se que o infortúnio perdurou por aproximadamente duas horas e meia, tempo este, diga-se, totalmente razoável, a justificar pelo fato de ser domingo, no período da madrugada e ser necessária a intervenção de empresa externa para manusear o elevador.

Da mesma forma, restou demonstrado nos autos que o elevador passava por manutenções periódicas, não indicando até a data do ocorrido, qualquer tipo de problema.

A notificação de fls. 60, ao contrário do que pretende fazer crer o Apelante não serve para alicerçar eventual problema técnico no elevador, mas sim evidencia o zelo do Apelado, ao orientar os seus lojistas sobre a forma correta de utilização dos elevadores de serviços, utilizados para o recebimento de mercadorias, a fim de evitar problemas técnicos. Aliás, segundo as informações contidas na aludida notificação, as recomendações dadas são justamente para orientar os usuários do elevador em como procederem sem causar danos no equipamento, não evidenciando em nenhum momento que eventuais problemas sanados na manutenção realizada naquela data, tenha sido o motivo que travou o elevador no dia dos fatos ora em debate.

Em verdade, não se pode descartar inclusive que eventual problema ou maior dificuldade em abrir o elevador durante a ocorrência, tenha se dado por má utilização do equipamento pelo Requerente/ Apelante e seus amigos, quando da tentativa de forçarem a abertura das portas dos elevadores, ou ainda em razão dos mesmos terem, em total desobediência as orientações que lhes eram repassadas, realizando pulos no interior do elevador, conforme prova testemunhal, o que perfeitamente pode ter dado causa a algum dano técnico.

Não fosse isso, de acordo com as provas, o elevador em questão era destinado somente para

cargas e descargas de mercadorias, lixos e outros, evidentemente utilizado somente por funcionários do Requerido/Apelado ou dos condôminos do shopping, assim corroborando a tese de defesa de que o Requerente/Apelante, de fato mantinha algum tipo de vínculo empregatício com o Bar Original, justificando, dessa forma o conhecimento daquele elevador e o fato de ter feito uso do mesmo ao sair do bar e se dirigir ao estacionamento.

Até porque, que outra justificativa teria o Apelante para se utilizar deste elevador, pois conforme esclareceu o Sr. Carlos, bombeiro civil, o elevador de serviços, além de ser mais distante da saída do bar Original, disse também que a saída do referido bar é toda sinalizada, de modo a direcionar os clientes a saírem diretamente em uma escada.

Desse modo, ainda que não tivesse nenhuma sinalização proibindo o uso do elevador, o fato é que sua utilização era restrita, devendo os clientes do bar fazerem o uso do caminho da saída, conforme a sinalização indicada.

Nesse viés, ressalta-se ter o Apelado comprovado que prestava manutenções preventivas no elevador necessárias ao seu bom funcionamento, não restando caracterizada a prática de ato ilícito, bem como de conduta negligente atribuível ao mesmo.

Em complemento, quanto aos elementos da responsabilidade civil, pode-se dizer que o Apelante rompeu o nexo de causalidade, no momento em que deixou de seguir o caminho indicado para saída do bar e optou por fazer uso do elevador de serviço, o que conforme dito alhures, assim o fez, porque tinha conhecimento “privilegiado” da existência do dito elevador.

Por consequência, não havendo a falha na prestação de serviço e a prática de ato ilícito por parte do Apelado, não há que se falar em indenização por danos morais, porquanto a responsabilidade civil deriva do comportamento ilícito, dolo ou culpa do agente, do dano, além do nexo de causalidade, inexistentes no caso concreto.

Ademais, está sedimentado na jurisprudência, que não havendo a demonstração da prática de ato ilícito, impossível a procedência de pedido de danos morais, por não estarem preenchidos os pressupostos para o seu deferimento.

Demais disso, apenas por argumentação, mesmo que tivesse sido demonstrado eventual ato ilícito pelo Apelado, é sabido que para que a pretensão indenizatória seja procedente, imprescindível se faz que a parte que se diz prejudicada, de forma efetiva, demonstrar que o fato ocorrido lhe ensejou abalo moral, relacionado a honra ou a incolumidade física e psíquica, porquanto o mero incomodo, embora possa causar alguns transtornos e aborrecimentos, não constitui, por si só, dano moral suficientemente hábil a justificar o acolhimento de pedido de compensação, na exata medida em que o abalo anímico, como dito, não é presumido em situações dessa espécie.

A respeito, nas palavras de Antônio Jeová Santos:

“[...] O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em

havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais. [...]” (Dano moral indenizável. 3. ed. São Paulo: Método, 2001. p. 122 - grifei).”

Para que o dano moral seja indenizável, seria necessário que o Apelante tivesse sido exposto a situação humilhante, ou que ofendesse a sua honra, imagem ou qualquer de seus direitos personalíssimos.

“Assim, o dano moral capaz de ser autorizar a reparação civil, é àquele que fere sobre maneira a pessoa que com a exposição injustificável, alterando a rotina diária da pessoa ao ponto de intranquilizá-la em seu âmago, alterando sua paz interior” (TJSC, Apelação Cível n. 2012.044980-7, da Capital, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 18-09-2012).

“Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”.(Sérgio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. págs. 105).

Ainda que a situação tivesse dado causa a alguns transtornos, pois indiscutível que ter ficado trancado no elevador tenha lhe causado algum sentimento de angustia, inexistente nos autos prova de que o fato tenha repercutido na esfera íntima do Requerente/Apelante, causando-lhe dor, sofrimento ou humilhação a sua honra e dignidade, e portanto, não ultrapassaram a esfera do mero dissabor.

Quanto ao ponto, salienta-se que não houve nenhum registro de que o Apelante tenha passado mal ou que a situação tenha lhe causado eventual problema de saúde, deixando assim de produzir provas do sofrimento extraordinário experimentado apto a corroborar suas alegações.

A respeito do tema, já decidiu este Tribunal de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AUTORA PRESA EM ELEVADOR DO TERMINAL CENTRAL DE CRICIÚMA, DE RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA MUNICIPAL ASCT. LAPSO TEMPORAL DE QUARENTA E CINCO MINUTOS DE ESPERA ATÉ A RETIRADA PELO CORPO DE BOMBEIROS. PRETENSÃO À REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE DANO ANÍMICO INDENIZÁVEL. COMPROVAÇÃO DA MANUTENÇÃO PREVENTIVA DO ELEVADOR E AUSÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA DO ENTE AUTÁRQUICO MUNICIPAL. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA INDEVIDA. MERO DISSABOR DO COTIDIANO INCAPAZ DE CONFIGURAR ABALO MORAL. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A AUTORA, NOS TERMOS DO ART. 333, I, DO CPC. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO

DESPROVIDO. “Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora de órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-dia, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105)” (AC n. 2010.023591-0, de Joinville, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 07/03/2013). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.089194-7, de Criciúma, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 16-02-2016).

Anota-se aqui, que deve haver um ponto de equilíbrio, de forma a não se banalizar o instituto do dano moral, sendo que os meros dissabores do dia-dia, a exemplo de eventuais incômodos -, não merecem ser punidos com a mesma gravidade daqueles que infligem danos graves ao consumidor.

“Admitir-se a indenização de meros incômodos propiciaria a instauração de situação insustentável para toda sociedade, em que o mais ínfimo desgosto passaria a ser desejado pela vítima, pois traria satisfação pecuniária acima do transtorno suportado”.(TJSC, Apelação Cível n. 0311444-92.2016.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 10-07-2018).

O que se pretende esclarecer é que o instituto do dano moral requer a configuração de sofrimento intenso, que transborde o mero dissabor aos quais todos estão sujeitos pelas vicissitudes do cotidiano, sob pena de banalizarmos o próprio instituto a ponto de conduzir o abarrotamento aos tribunais pátrios com demandas infundadas.

Nesse sentido, importante mencionar passagem da obra de Yussef Said Cahali:

[...] Vivemos um período marcado por aquilo que se pode denominar banalização do dano moral. Notícias divulgadas pela mídia, muitas vezes com estardalhaço, a respeito de ressarcimentos milionários por alegado dano moral, concedidos por juízes no país e no exterior, acabam por influenciar as pessoas, que acabam por crer na possibilidade de virem a receber polpudas indenizações por aquilo que, a rigor, menos que dano moral, não constitui mais que simples aborrecimento, advertindo-se que somente fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psicológico do indivíduo são considerados para a indenização por dano moral, sob pena de banalizar o instituto, atribuindo reparação a mesmos incômodos do cotidiano. [...] Nesse sentido, o dano moral somente ingressará no mundo jurídico, gerando a subsequente obrigação de indenizar, quando houve alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Assim, inexistente dano moral ressarcível quando o suporte fático não possui virtualidade para lesionar sentimento ou causar dor e padecimento íntimo. Não configura dano moral mero dissabor, desconforto ou contratempo a que estão sujeitos os indivíduos nas suas relações e atividades cotidianas.

[...] O atentado ao bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar uma certa magnitude ou expressividade para ser reconhecido como dano moral, não bastando um mal estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência em sociedade. (Dano Moral, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 51-53).

E ainda:

“RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CLIENTES PRESOS EM ELEVADOR DE SUPERMERCADO POR CERCA DE MEIA HORA. EMPRESA RECLAMADA QUE OFERTOU ASSISTÊNCIA E RESOLVEU A SITUAÇÃO, SOLICITANDO O COMPARECIMENTO DA EMPRESA RESPONSÁVEL PELO ELEVADOR. AUSÊNCIA DE PROVA DO DESCASO DA RECLAMADA. MERO DISSABOR DA VIDA EM SOCIEDADE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0002773-92.2014.8.16.0038/0 - Fazenda Rio Grande - Rel.: Renata Ribeiro Bau - j. em 10.09.2015)

“REPARAÇÃO DE DANOS. AUTORA PRESA EM ELEVADOR. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURADOS. 1. No tocante ao pedido de indenização por danos morais, não deve ser provido o recurso da autora, uma vez que a situação vivenciada pelo autor não enseja a responsabilização por danos morais. Ocorre que, no presente, inexistente qualquer ato ilícito a ensejar reparação por parte da ré. Com efeito, não há falar em reparação civil, quando inexistente conduta ilícita a ser sancionada. 2. No caso concreto, inexistem provas de que a situação dos autos tenha causado transtornos suficientemente graves a ponto de ofender os direitos de personalidade ou de causar danos de natureza psíquica ao requerente, passíveis de ressarcimento pecuniário. RECURSO DESPROVIDO.” (TJ/RS, Recurso Cível Nº 71002740132, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Leandro Raul Klippel, j. em 09/09/2010 - grifei).

Assim, diante da inexistência de comprovação de prática de ato ilícito por parte da requerida, bem como de provas de qualquer situação excepcional que possa ter causado abalo imaterial ao requerente/Apelante, inviável o acolhimento do pleito autoral, devendo ser mantida a Sentença.

Quanto aos honorários recursais, considerando o desprovimento do recurso, cabível a fixação de honorários recursais ao patrono da apelada (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ), os quais arbitra-se em 2% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, ficando, todavia, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 98, §3º do CPC.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do Recurso de Apelação e negar-lhe provimento. Nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, fixa-se os honorários recursais, em favor dos procuradores da Requerida/Apelada em 2% sobre o valor atualizado da causa, ficando, todavia, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 98, §3º do CPC

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento Nº 5033849-34.2020.8.24.0000/SC

Relator: Desembargador Luiz Cezar Medeiros

PROCESSUAL CIVIL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - IMPENHORABILIDADE - BEM DE FAMÍLIA - IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO FIADOR - LOCAÇÃO COMERCIAL - RECENTE ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA - IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA NO CASO EM CONCRETO - ANTERIOR DECISÃO JUDICIAL SOBRE A MATÉRIA - COISA JULGADA - MANUTENÇÃO DO DECISUM. Certo que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide” (CPC, art. 505), não há como afastar a inegável ocorrência da coisa julgada quando a impenhorabilidade do bem de família aventada pelo executado foi objeto de decisão anterior transitada em julgado. Ainda que se trate de matéria de ordem pública, a alteração recente da jurisprudência da Corte Suprema não tem aptidão para atingir decisões anteriores imutáveis em razão da coisa julgada. Afinal “Opera-se a preclusão consumativa quanto à impenhorabilidade do bem de família quando houver decisão anterior acerca do tema, mesmo se tratando de matéria de ordem pública” (AgInt no AREsp 1491095/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão).

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 09 de dezembro de 2020.

RELATÓRIO

AMAURY FERNANDO SILVA interpôs agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Joinville, que, nos autos do cumprimento de sentença n. 5000014-10.1998.8.24.0038, iniciado por AJAXJUD - FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS, não conheceu da tese de impenhorabilidade sustentada na manifestação de ev. 153, do primeiro grau, em razão de a matéria já estar decidida nos autos do Agravo em Recurso Especial n. 875.932/SC e, portanto, ser imutável por força da coisa julgada.

O recorrente defendeu que “inobstante o trânsito em julgado da referida decisão, conforme adunado na Impugnação à execução de sentença, em junho de 2018, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 605.709/SP, alterando o entendimento anteriormente pacificado nos Tribunais, declarando a incompatibilidade da penhora do bem de família, de propriedade do fiador, no caso de locação destinada ao uso comercial” (ev. 1, INIC1, fl. 6).

Sustentou que “em que pese a discussão referente a possibilidade de penhora do bem de

família pertencente ao fiador, no caso de contratos de locação comercial, já haver sido ventilada nos Embargos à Execução, cumpre-nos ressaltar que o tema trata-se de matéria de ordem pública, porquanto refere-se a garantia constitucional e, deste modo, passível de oposição enquanto não exaurida a execução” (ev. 1, INIC1, fl. 6).

Asseverou que “o imóvel de matrícula 31.947 é o único imóvel do Agravante, o qual se destina a sua moradia, sendo que a continuidade do cumprimento de sentença poderá trazer prejuízos irreversíveis” (ev. 1, INIC1, fl. 9).

Com base nisso, afirmou que “não há justificativa [para] expor o Agravante ao risco de ser expropriado de seu único bem, o qual se destina a sua residência, sendo que o eventual reconhecimento de sua impenhorabilidade perderá a eficácia se já ocorrida a alienação judicial do imóvel em questão” (ev. 1, INIC1, fl. 9).

Pugnou, então, pela concessão de efeito suspensivo ao recurso e a posterior declaração de impenhorabilidade do imóvel de matrícula n. 31.947, nos termos da atual jurisprudência a respeito do bem de família do fiador em contrato de locação comercial. Subsidiariamente, requereu a declaração de nulidade da decisão agravada, que deixou de apreciar o pedido de impenhorabilidade com base na coisa julgada, haja vista o caráter de ordem pública do tema posto em discussão.

A medida liminar foi indeferida (ev. 20).

Devidamente intimado, a recorrido apresentou contraminuta no ev. 26.

VOTO

1 Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, o reclamo merece ser conhecido, passando-se, desta forma, à respectiva análise.

2 Trata-se de agravo de instrumento por intermédio do qual se discute o acerto da decisão interlocutória que não conheceu da tese de impenhorabilidade sustentada na manifestação de ev. 153, do primeiro grau, considerando que a matéria fez coisa julgada no julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 875.932/SC.

Adianta-se que a insurgência recursal não merece provimento.

A partir da apreciação minuciosa dos autos, arremata-se agora, em definitivo, a conclusão já delineada quando do indeferimento do pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso, isto é, mesmo que se trate de matéria de ordem pública, a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial não pode ser objeto de rediscussão quando a respeito dela já houve ampla discussão entre as partes dirimida por decisão transitada em julgado.

O recorrente pugna pela declaração de impenhorabilidade do imóvel matriculado sob o n. 31.947, no Registro de Imóveis da Comarca de São Bento do Sul, com base na afirmativa de que se trata de bem de família.

No entanto, a matéria ora ventilada já foi debatida nos autos dos embargos à execução de título judicial - termo atécnico conferido à impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pelos executados em 2001 - autuado sob o n. 0021487-35.2001.8.24.0038 e transitou em julgado em 8.3.2017 (ev. 55, PET623, do primeiro grau).

Assim, ainda que a impenhorabilidade do bem de família trate-se de matéria de ordem pública, a alteração recente da jurisprudência da Corte Suprema não tem aptidão para atingir a coisa julgada, como no caso dos autos.

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AGRAVANTE.

1. Opera-se a preclusão consumativa quanto à impenhorabilidade do bem de família quando houver decisão anterior acerca do tema, mesmo se tratando de matéria de ordem pública. Precedentes.
2. A Corte Estadual, ao negar provimento ao agravo de instrumento do insurgente, reconheceu a preclusão consumativa quanto à alegação de impenhorabilidade fundada na arguição de bem de família, porquanto já afastada por decisão anterior. Aresto recorrido em consonância com a orientação do desta Corte Superior. Incidência da Súmula 83 do STJ.
3. Agravo interno desprovido (AgInt no AREsp 1357734/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi) [sem grifo no original].

AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, A ENVOLVER OS PRÓPRIOS PROPRIETÁRIOS DO BEM, NÃO RECONHECENDO A IMPENHORABILIDADE DO BEM IMÓVEL. REDISCUSSÃO, EM DEMANDA MANEJADA PELOS FILHOS. INVIABILIDADE.

1. A questão da impenhorabilidade do bem objeto do litígio, em demanda a envolver os proprietários (genitores dos agravantes) e a sociedade empresária de que são sócios, já foi enfrentada, no acórdão vinculado ao AREsp 1.137.414/SP (recurso não conhecido). A decisão da Corte local naquela demanda, ora sob o manto da coisa julgada material, dispôs que: a) o caso se submete ao disposto no artigo 3º, inciso V, da Lei 8009/90, que afasta a impenhorabilidade quando “para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”; b) “os proprietários do imóvel e sócios proprietários da empresa [...] na qualidade de terceiros garantidores da Cédula de Crédito Bancário, deram em hipoteca o imóvel objeto da matrícula 35.918 do Registro de Imóveis da Comarca de Tupã (SP), como forma de garantir a dívida em execução”, “a hipótese se coaduna com a exceção prevista no artigo 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, tendo em vista que a garantia foi oferecida pelo casal proprietário da empresa principal devedora”.
2. Por um lado, muito embora a jurisprudência do STJ reconheça a legitimidade do filho para suscitar em embargos de terceiro a impenhorabilidade do bem de família em que reside, essa hipótese não pode ser usada para, por via transversa, desconstituir a coisa julgada material, proferida em demanda a envolver os próprios proprietários do bem. Por outro lado, como os próprios proprietários não podem mais opor impenhorabilidade do bem de família, é descabido o reconhecimento, em benefício de outrem que supostamente reside no imóvel (o que nem mesmo foi reconhecido pelo Juízo de primeira instância, no que não infirmado pela Corte local), em vista do vínculo de filiação.
3. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 1491095/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão).

In casu, os imóveis penhorados no início da fase executiva e agora são os mesmos, já que a matrícula n. 31.947, do Registro de Imóveis da Comarca de São Bento do Sul representa a fusão das antigas inscrições imobiliárias de n. 3.452, 10.298 e 12.269, do mesmo colégio registral, conforme se depreende da informação contida no ev. 146, PET238, do primeiro grau.

Desta feita, não há como afastar a inegável ocorrência da coisa julgada e, por consequência, a impossibilidade de reanálise da questão novamente ventilada pelo executado. Afinal, o caput do art. 505 do Código de Processo Civil deixa claro que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide”.

Incabível, portanto, o pedido de reforma da decisão de origem, que deve ser mantida em sua integralidade.

3 Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Agravo de Instrumento n. 4004951-28.2020.8.24.0000, de Balneário Camboriú

Relatora: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. MAGISTRADA QUE DEIXOU DE CONHECER O PEDIDO DE DENUNCIÇÃO DA LIDE, POIS FOI REALIZADO EM PEÇA SEPARADA DA CONTESTAÇÃO.

RECURSO DO RÉU.

DECISÃO RECORRIDA QUE NÃO ANALISOU OS ARGUMENTOS E DOCUMENTOS DESTINADOS A DEMONSTRAR O CABIMENTO DA DENUNCIÇÃO DA SEGURADORA, NOS TERMOS DO ART. 125 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE, SOB PENA SE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO, NO PONTO.

PRETENSÃO RECURSAL QUE ENCONTRA FUNDAMENTO EM ENTENDIMENTO PACIFICADO DO STJ. PRAZO PARA O RECORRENTE CONTESTAR QUE SE INICIOU NA DATA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. DEFESA PROTOCOLADA DENTRO DO PERÍODO DO RECESSO FORENSE. PEDIDO DE DENUNCIÇÃO DA LIDE FORMULADO ANTES DO TÉRMINO DO PRAZO DA CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE OUTROS ATOS PROCESSUAIS NESTE INTERREGNO. REQUISITOS ESTABELECIDOS PELA CORTE DA CIDADANIA, PARA O RECEBIMENTO DO PLEITO, QUE FORAM ATENDIDOS.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4004951-28.2020.8.24.0000, da comarca de Balneário Camboriú, 4ª Vara Cível, em que é Agravante Angelo Volpi Neto e Agravada KW Administradora de Bens LTDA - ME.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, dar-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, 1º de setembro de 2020.

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria
Relatora

RELATÓRIO

ANGELO VOLPI NETO interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú que, nos autos da ação declaratória de nulidade e indenização por danos materiais n. 0308574-22.2016.8.24.0005, proposta por

KW ADMINISTRADORA DE BENS LTDA – ME, ora agravada, deixou de acolher o pedido de denunciação da lide formulado pelo réu (fls. 464/467 dos autos de origem). De tal decisão, foram opostos embargos declaratórios, que foram rejeitados (fls. 501/503).

Nas razões do recurso, alega o agravante, em síntese, que a probabilidade de provimento do agravo é cristalina, pois está fundamentado em entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, o qual admite pedido de denunciação da lide em separado da contestação desde que observados os seguintes requisitos: I) o prazo legal da contestação não ter se esgotado; II) não haver determinação de qualquer outro ato processual entre a contestação e o pedido de intervenção de terceiro.

Afirmou que foi citado e compareceu na audiência de conciliação no dia 04/12/2017 e protocolou a defesa no dia 18/01/2018, bem como na data de 22/01/2018 apresentou o pedido de denunciação da lide, sem que qualquer outro ato processual fosse determinado ou realizado entre a apresentação da peça contestatória e o pedido de intervenção de terceiro. Ainda, considerando o disposto no art. 335, I, do CPC e o recesso forense entre os dias 20/12 e 20/01, é certo que o termo final para apresentar a defesa era no dia 25/01/2018.

Sustentou que a autora busca o ressarcimento por suposto prejuízo material advindo de fato ocorrido nas dependências do Cartório de titularidade do requerido em 14/08/2013, quando já vigente a apólice de seguros, sendo necessário que a seguradora seja citada para integrar a lide.

Pugnou pela concessão do efeito suspensivo, diante do risco iminente de iniciar a produção de provas sem a denunciada ter a oportunidade de apresentar defesa e, no mérito, o conhecimento e provimento do recurso, para reformar a decisão e autorizar a denunciação à lide.

A decisão monocrática de fls. 76/80 deferiu a concessão do efeito suspensivo.

Intimada para apresentar contrarrazões, a parte agravada se manifestou às fls. 81/87.

Após, os autos vieram conclusos para julgamento.

VOTO

Como visto, o agravante pretende que seja autorizado o recebimento da denunciação à lide da seguradora (fl. 15).

Primeiramente, há que se deixar consignado que a agravada ajuizou a ação declaratória de nulidade e indenização por danos materiais contra Angelo Volpi Neto, ora agravante, e Octávio Cesario Pereira Neto, tendo a magistrada de origem, deixado de conhecer o pedido de denunciação da Seguradora Zurich, apenas por ter sido deduzido em peça apartada da contestação.

No presente recurso, o réu alegou que a autora busca o ressarcimento por suposto prejuízo material advindo de fato ocorrido nas dependências do Cartório de sua titularidade em 14/08/2013, quando já vigente a apólice de seguros, sendo necessário que a seguradora seja citada para integrar a lide.

No ponto, portanto, necessário consignar que tais argumentos não podem ser analisados, sob pena de supressão de instância.

Isso porque, como visto, o juízo de origem proferiu a decisão de não conhecimento do pedido de denunciação, fundamentada tão somente no argumento de que foi “realizado em peça separada à contestação”, sem analisar os argumentos e documentos destinados a comprovar a necessidade de inclusão no feito da Zurich Minas Brasil Seguros S/A.

Percebe-se que, posteriormente, foram opostos embargos de declaração da decisão, que foram rejeitados (fls. 501/503).

Portanto, que a magistrada singular, ao proferir a decisão objeto do presente recurso, não analisou os argumentos suscitados pelo recorrente e, tampouco, os documentos que embasam sua pretensão, não tendo apreciado se o caso concreto se enquadra nas hipóteses legais de cabimento da denunciação da lide. Ora, tal exame deve, primeiramente, ser realizado pelo juízo *a quo*, sob pena de indevida supressão de um grau de jurisdição.

Para corroborar:

PROCESSUAL CIVIL - ILEGITIMIDADE PASSIVA - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - NÃO CONHECIMENTO

1 Salvo as matérias de ordem pública e aquelas não propostas por motivo de força maior, é defeso no segundo grau a apreciação de questões ainda não suscitadas ou debatidas no primeiro grau, por constituírem inovação recursal (CPC, art. 1.013).

2 Em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável o exame aprofundado de temas relativos ao *meritum causae* (AI n. 99.017438-7, Des. Eder Graf), sob pena de supressão de um grau de jurisdição. (...). (TJSC - AI n. 4009741-94.2016.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Luiz César Medeiros, julgado em 06/03/2018 - sem grifo no original).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MANUTENÇÃO DE PROTESTO DE TÍTULO E DE RESTRIÇÃO À MARGEM DO REGISTRO VEICULAR EFETIVADA VIA RENAJUD APÓS A QUITAÇÃO DO DÉBITO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE RÉ. INOVAÇÃO RECURSAL. DOCUMENTOS JUNTADOS APENAS NAS RAZÕES DE APELAÇÃO E ARGUMENTOS QUE INOVAM NAS RAZÕES DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO SEM DEMONSTRAÇÃO DE FORÇA MAIOR PARA JUNTADA APENAS NA FASE RECURSAL. (ART. 1.014, DO CPC). APRECIÇÃO QUE CARACTERIZARIA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VEDAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO. MÉRITO. AFASTAMENTO DO DEVER DE INDENIZAR. NÃO ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO DO PROTESTO APÓS QUITAÇÃO DO DÉBITO. ENCARGO DO DEVEDOR DE PROMOVER A BAIXA QUANDO REGULARMENTE REALIZADA APÓS O ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. EXEGESE DO ART. 26 DA LEI N. 9.492/1997. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO REPETITIVO. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA NEGATIVA DO CREDOR EM FORNECER A CARTA DE ANUÊNCIA. ÔNUS QUE COMPETIA À PARTE AUTORA (ART. 373, I, DO CPC). [...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0303340-24.2015.8.24.0125, de Itapema, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 12-12-2019 – grifo meu).

Logo, o recurso não será conhecido, com relação ao referido aspecto. No mais, deverá o agravo de instrumento ser admitido, pois presentes os requisitos de admissibilidade.

Pois bem.

O agravo comporta provimento.

Isso porque a pretensão do recorrente encontra fundamento em entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do REsp 1099439/RS, estabeleceu critérios para referida peça ser recebida, quando estiver separada da contestação:

RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - DENUNCIÇÃO DA LIDE OFERECIDA PELO RÉU - INTELIGÊNCIA DO ART. 71 DO CPC - OFERECIMENTO APÓS A CONTESTAÇÃO E O PROSSEGUIMENTO DA MARCHA PROCESSUAL - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Em qualquer dos sistemas existentes ao longo da história (germânico, romano ou brasileiro), embora com ênfases diversas, o instituto da denúncia da lide sempre se voltou para três finalidades: a) o dever de defesa judicial em favor do denunciante, assim entendida a obrigação de o denunciado proteger o denunciante da pretensão do autor da lide principal; b) o direito de defesa judicial, ou seja, a necessidade de conferir ao denunciado a oportunidade de pleitear o malogro da demanda originária, a fim de eximir-se de eventual ação regressiva e de indenização; c) o direito de regresso, é dizer-se, propiciar ao denunciante a recomposição dos prejuízos que vier sofrer com a ocasional derrota na demanda principal.

2. A interpretação do art. 71 do CPC deve levar em consideração esses três objetivos, sem desmerecer as particularidades do modelo pátrio (que, por exemplo, mitiga o dever de defesa judicial, ao permitir que o denunciado, se quiser, manifeste-se a favor do autor da demanda).

[...]

4. Havendo o oferecimento antecipado da contestação, a denúncia da lide pelo réu só poderá ser oferecida se: (1) ainda não tiver escoado o prazo legal da contestação e, cumulativamente, (2) não houver ainda sido determinada a prática de qualquer outro ato processual.

[...]

6. Recurso especial provido.

(REsp 1099439/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 04/08/2009 - grifei)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DENUNCIÇÃO DA LIDE. PRESSUPOSTOS. AUSÊNCIA. CONTESTAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. EFEITOS DA REVELIA. MANUTENÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. À luz do art. 70, III, do CPC/1973, é imprescindível que o litisdenunciado esteja obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo daquele que perder a demanda, o que não ocorre na hipótese.

3. Não cabe a denunciação da lide quando se pretende, pura e simplesmente, transferir a responsabilidade pelo evento danoso a terceiros. Precedentes.

4. Ainda que não se exija a apresentação simultânea do pedido de denunciação da lide e da contestação, esta deve ser apresentada no prazo para resposta, que não se suspende pela simples formalização do pedido de litisdenunciação, senão pela ordem de citação do litisdenunciado determinada pelo juiz, nos termos do art. 72 do CPC/1973.

[...]

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1637369/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 29/05/2018 - grifei)

Compulsando os autos, verifica-se que o prazo para o recorrente contestar se iniciou na data da audiência de conciliação (04/12/2017), conforme consignado pelo magistrado. Ainda, a contestação foi protocolizada em 18/01/2018, dentro do período do recesso forense, e a denunciação da lide em 22/01/2018, de forma que observou o prazo de 15 dias previsto no art. 335 do CPC e não ocorreram outros atos processuais neste interregno (fls. 190, 308 e 387 dos autos de origem).

Ainda, em relação aos requisitos para recebimento da referida peça, colhe-se precedente deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL - REVISÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - RECURSO DO RÉU - ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO CONFIGURADA - **DENUNCIÇÃO DA LIDE** - IMPOSSIBILIDADE - INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL - POSSIBILIDADE DE REVISÃO, MODIFICAÇÃO E DECRETAÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS ILEGAIS E ABUSIVAS COM AMPARO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PACTA SUNT SERVANDA E AO ATO JURÍDICO PERFEITO - JUROS REMUNERATÓRIOS - NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO AO PATAMAR MÉDIO PRATICADO PELO MERCADO E DIVULGADO NA ÉPOCA DA ASSINATURA DO CONTRATO - REGRA APLICADA FACE A AUSÊNCIA DE EXIBIÇÃO DO CONTRATO - SÚMULA N. 530 DO STJ - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA AUSÊNCIA DE PROVAS DA PACTUAÇÃO - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E MULTA CONTRATUAL - ENCARGOS CUJA PACTUAÇÃO NÃO RESTOU COMPROVADA - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE ANALISAR TODOS OS DISPOSITIVOS LEGAIS - ÔNUS SUCUMBENCIAL MANTIDO - RECURSO DESPROVIDO. I - Não há que se falar em ilegitimidade passiva quando as provas documentais juntadas no processo demonstram que o contrato objeto da controversia efetivamente foi realizado com a pessoa jurídica que figura como ré na demanda. II - **A denunciação da lide, quando requerida pelo réu, deve ser realizada no prazo da contestação. O pedido de denunciação após a prolatação da sentença deve ser rejeitado por constituir indevida inovação recursal.** [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2014.064677-5, de São Carlos, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 14-03-2016 - grifei).

Portanto, considerando que o pedido de denunciação da lide, embora tenha sido elaborado em

petição autônoma, foi formulado dentro do prazo da contestação e, entre o protocolo dessa peça e o aludido requerimento, não se praticou qualquer ato processual, percebe-se que o recurso do requerido merece acolhida, vez que presentes os prefalados requisitos exigidos pelo STJ e a possibilidade do agravante sofrer prejuízos diante da ausência da seguradora no polo passivo da lide.

CONCLUSÃO DO VOTO

Em decorrência, voto no sentido de conhecer do recurso em parte e, na parte conhecida, dar-lhe provimento, para determinar o recebimento da peça de denúncia da lide formulada pelo requerido, devendo o juízo de origem examinar a subsunção do caso concreto às hipóteses legais de cabimento (art. 125 do CPC).

Apelação Cível 0000452-47.2013.8.24.0022, de Curitiba

Relator: Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPARECIMENTO AO HOSPITAL PARA TRATAMENTO DE PROBLEMA CIRCULATÓRIO. PACIENTE BENEFICIÁRIO DE PLANO DE SAÚDE OFERTADO PELA EMPREGADORA RÉ. ATRASO NA AUTORIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO PARA IMPLANTAÇÃO DE STENTS. AGRAVAMENTO DO QUADRO QUE CULMINOU COM O ÓBITO DO ENFERMO. DEMANDA AJUIZADA PELOS FILHOS DO FALECIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO AO HOSPITAL E AO MÉDICO REQUERIDOS E PROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO À EMPRESA RÉ. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PENSÃO MENSAL A UM DOS AUTORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSURGÊNCIA DESTA. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO. PRAZO TRIENAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, INCISO V, DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DO PRAZO QUINQUENAL DO ARTIGO 27 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRAZO PRESCRICIONAL QUE NÃO CORRE CONTRA O ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. MÉRITO. PACIENTE QUE POR TREZE DIAS PADECEU DE MOLÉSTIA GRAVE SEM TRATAMENTO ADEQUADO. NEXO DE CAUSALIDADE CONSUBSTANCIADO NA DEMORA INJUSTIFICADA NA AUTORIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO PRESCRITO PELO MÉDICO RESPONSÁVEL. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANOS MORAIS REFLEXOS. ABALO PRESUMIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PLEITO DE MINORAÇÃO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, DE ACORDO COM OS PARÂMETROS ESTABELECIDOS EM CASOS ANÁLOGOS. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000452-47.2013.8.24.0022, da comarca de Curitiba (1ª Vara Cível), em que é apelante Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás, e são apelados Ana Maria de Almeida Pedrosa Albuquerque e Pedro Juraci Mascarenhas Pedrosa Filho:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar parcial provimento a ele, nos termos do voto. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 22 de setembro de 2020, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cláudia Lambert de Faria.

Florianópolis, 28 de setembro de 2020.

Jairo Fernandes Gonçalves

RELATOR

RELATÓRIO

Ana Maria de Almeida Pedrosa Albuquerque e Pedro Juraci Mascarenhas Pedrosa Filho, assistido

pela primeira autora, ajuizaram, na comarca de Curitiba, Ação Indenizatória, registrada com o n. 0000452-47.2013.8.24.0022, contra Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás, PETROS - Fundação Petrobras de Seguridade Social, Hospital Memorial Arthur Ramos e Guilherme Benjamin Brandão Pitta, na qual alegaram que são filhos de Pedro Juraci de Mascarenhas Pedrosa, que veio a óbito em 14-8-2008.

Disseram que seu genitor era aposentado pela Petrobrás, sendo beneficiário de plano de saúde ofertado pela segunda ré e que, no dia 24-7-2008, internou-se no hospital requerido para tratamento de problema circulatório na perna, mas teria recebido negativa da segunda ré em autorizar um procedimento para colocação de *stents*.

Asseveraram que, mesmo diante da urgência na cirurgia, o médico e o hospital requeridos se recusaram a aceitar cheque-caução para custear o procedimento e os materiais necessários e que, passados vinte dias sem o tratamento, o quadro clínico de seu pai agravou, vindo a sofrer infecção decorrente de trombose, culminando com o óbito do paciente.

Asseveraram que a omissão dos réus contribuiu de forma primordial para a morte do seu genitor, razão pela qual pugnaram pela condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais, bem como ao pagamento de pensão mensal ao autor menor de idade.

Citados (fls. 212-215), os réus apresentaram resposta em forma de contestação.

A ré Fundação Petrobrás de Seguridade Social – PETROS arguiu ilegitimidade passiva, alegando que não presta assistência à saúde, sendo esta função da AMS - Assistência Multidisciplinar saúde (fls. 221-226).

A ré Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás arguiu, preliminarmente, prescrição e, no mérito, refutou a tese que não houve fornecimento de atendimento por parte do plano (fls. 255-262).

Os requeridos Guilherme Benjamin Brandão Pitta e Hospital Memorial Arthur Ramos, por sua vez, defenderam que prestaram atendimento adequado ao paciente, porém teria havido autorização tardia dos procedimentos solicitados.

Houve réplica (fls. 350-357).

Durante a instrução, foram ouvidas duas testemunhas e uma informante arrolada pela parte autora (fls. 455,461 e 513) e uma testemunha arrolada pela parte ré (fl. 624), bem como colhido o depoimento pessoal do médico réu.

Após as alegações finais (fls. 650-655, 656-657 e 663-691), sobreveio a sentença (fls. 751-757) que extinguiu o feito em relação a ré PETROS, julgou improcedentes os pedidos em relação ao hospital e o médico requeridos e, com relação à ré Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás, julgou procedentes os pedidos para condenar a requerida ao pagamento de R\$ 40.000,00, para cada um dos autores, a título de danos morais, bem como ao pagamento de pensão mensal em favor do segundo autor, até sua maioridade, no valor de um salário mínimo. Condenou a ré, ainda, ao pagamento de 80% das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás, inconformada, interpôs recurso de Apelação Cível (fls. 760-770), no qual repisou os argumentos expostos na contestação, arguindo prescrição e, no mérito, que o plano de saúde da empresa forneceu atendimento ao paciente, inexistindo, assim, dever de indenizar. Alternativamente, pugnou pela minoração da indenização por danos morais.

Contrarrazões às fls. 780-787.

Logo após, os autos foram remetidos a esta superior instância.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido.

Preliminarmente, a ré/apelante aduz a incidência da prescrição, nos termos do artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, com a aplicação do prazo trienal para a pretensão da reparação civil. Refere que o lapso temporal teria sido ultrapassado, na medida em que os fatos narrados ocorreram entre julho e agosto de 2008 e a ação foi protocolizada somente em 22-1-2013.

Sem razão o recorrente.

E isto porque, conforme já exposto na decisão de fls. 360-361, sendo inegável a aplicação da legislação consumerista à espécie, a pretensão dos autores é regida pelo lapso prescricional previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece o prazo de 5 (cinco) anos para ajuizamento da demanda visando a reparação de danos causados por fato do serviço, o qual, na espécie, não foi ultrapassado. Ademais, como bem delineado pelo Togado singular na sentença, não corre prescrição contra o menor absolutamente incapaz (segundo autor), nos termos do artigo 198, inciso I do Código Civil.

Dito isso, afasta-se a prefacial e adentra-se na análise do mérito.

Consoante relatado, repisando a tese defensiva apresentada em sede de contestação, a apelante sustenta a inexistência do dever de indenizar, ao argumento de que não ficou demonstrado qualquer ato culposo de sua parte, que tenha nexo de causalidade com óbito do genitor dos autores, sobretudo porque, no período dos fatos, o plano de saúde da empresa teria custeado diversos procedimentos solicitados pelo então beneficiário.

Sem razão a recorrente.

A fim de evitar desnecessária tautologia, diante da percuciente sentença prolatada às fls. 751-757, que bem abordou todos os aspectos fáticos afetos ao caso posto, adotam-se, em parte, as razões de decidir, nos seguintes termos:

“Queixam-se os postulantes de que seu genitor, Pedro Juraci de Mascarenhas Pedrosa, internou-se no hospital réu para tratamento de anomalia circulatória em membro inferior, sendo necessária a colocação de stents, que o plano de saúde da Petrobrás não autorizou, deixando o hospital e o médico de darem o tratamento devido mediante cheque caução. O quadro patológico evoluiu para o óbito do paciente.

A causa mortis que consta na certidão de óbito de fls. 19 é: insuficiência de múltiplos órgãos; choque séptico; úlcera duodenal; obstrução arterial de membro inferior esquerdo; arritmia cardíaca; e hemorragia digestiva alta.

A Ficha de Admissão de fls. 26 demonstra a internação do paciente junto ao hospital demandado, sob responsabilidade do médico também acionado, Dr. Guilherme Benjamin Brandão Pitta. O histórico é de dor e (esfriamento?) em perna e pé esquerdo, com hipótese diagnóstica de isquemia de membro inferior.

Verifica-se do prontuário médico a necessidade de o paciente submeter-se a procedimento cirúrgico endovascular para correção de trombose arterial aguda, havendo solicitação ao seguro saúde - AMS - Assistência Multidisciplinar de Saúde, vinculado à Petrobrás, ora demandada.

Extraí-se também do processado que a ré Petrobrás tardou na autorização dos materiais para o tratamento cirúrgico, ocorrida em 6/8/2008, conforme documento de fls. 328, sendo solicitada a autorização a partir do dia 24/7/2008. Nesse interregno, o paciente apresentou complicações graves, agravamento do quadro clínico, indo a óbito no dia 14/8/2008. Segundo o médico responsável, ora demandado, quando da autorização pela Petrobrás, em 6/8, o paciente já não tinha condições clínicas para o tratamento cirúrgico.

Em se tratando de urgência/emergência, devido ao gradual agravamento do quadro do paciente, a demora do plano de saúde na liberação do tratamento constitui causa relevante na aferição de responsabilidades pelo dano havido. É certo que o óbito poderia ter ocorrido do mesmo modo, em sendo realizado oportunamente o tratamento prescrito, todavia, não se pode relegar o fato da demora da autorização, de até treze dias (de 24/7 a 6/8), que inviabilizou o tratamento, culminando com o óbito do paciente.

Neste caso, evidencia-se o liame causal entre a conduta omissiva da ré Petrobrás e o resultado danoso que é o óbito do seu segurado.

Noutro vértice, não se desconhece que, no período compreendido entre julho e agosto de 2008, a operadora do plano de saúde custeou uma série de exames laboratoriais e procedimentos de enfermagem, conforme se extrai da consulta às telas do sistema interno da empresa, anexadas às fls. 270-277.

Todavia, o dever de indenizar exsurge porquanto houve desídia injustificada da operadora da empresa ré ao não autorizar, de plano, o procedimento de implantação de “*stents recobertos*” recomendado pelo médico que acompanhava o genitor dos autores, tendo em vista o quadro de urgência apresentado.

Ressalta-se, ademais, que o próprio médico requerido expôs em seu depoimento pessoal (fls. 514-515) que os *stents* solicitados, mesmo sendo importados, eram liberados pela Anvisa e largamente utilizados no Brasil, sendo distribuído em todo o país, inclusive no Estado de Alagoas - onde ocorreram os fatos-, bem como que o procedimento com o referido material “*resolveria a obstrução da circulação da perna do paciente*”.

Evidente, portanto, que a omissão injustificada do plano contribuiu para que não fosse

oportunizado o tratamento do paciente a tempo e modo necessários, evidenciando-se, assim, o nexo de causalidade com a piora do quadro clínico deste, culminando com o posterior falecimento do beneficiário, ficando sujeito a empresa à reparação civil pela falha na prestação dos serviços contratados.

Quantos aos danos morais, é presumível o dano reflexo suportado pelos autores, que foram atingidos em seu íntimo pela situação à qual foi imposta o seu genitor, tanto durante interregno em que este se viu privado da realização do tratamento de urgência, quanto diante do falecimento do seu ente querido.

No que se refere ao valor da indenização, a mensuração é bastante delicada. Afinal, os requeridos ficaram privados da convivência de seu pai, sendo o segundo demandante menor incapaz na época dos fatos.

Além disso, a dor pela morte de um ente, sobretudo do pai, não pode ser medida em fração monetária. Por outro lado, há a necessidade de balizar-se a fixação de modo a não infligir à ré repreensão para além do que ordinariamente se imagina presumível nestas circunstâncias.

O sofrimento é inescusável, pois a conduta perpetrada permite que se conclua a agressão íntima causada. E deve-se observar que a indenização por dano moral, além de servir de lenitivo à ofensa causada, deve, também, servir de instrumento punitivo, e coibir a reiteração de tal conduta.

No caso, é visível a extensão dos danos enfrentados pela parte autora, que decorreu da morte traumática de seu pai, corroborada, como visto, pela prestação inadequada dos serviços do plano de saúde da empresa ré. Todavia, há que se atentar que, na espécie, diferentemente dos diversos casos que aportam a este Tribunal, houve autorização do procedimento pela operadora da empresa ré, ainda que de forma tardia.

Destarte, a partir da conjugação dos elementos dos autos, entende-se que a verba fixada na origem - R\$ 40.000,00 para cada um dos autores - acrescida dos consectários legais, revela-se um tanto quanto desproporcional e merece pontual adequação.

Assim, levando-se em conta precedentes desta Corte em casos análogos ao presente (Neste sentido, citam-se: Apelação Cível n. 0001845-87.2011.8.24.0018, rel. José Maurício Lisboa. Apelação Cível n. 2013.008895-6, rel. Saul Steil), faz-se necessário minorar o *quantum* indenizatório para o importe de R\$ 30.000,00 para cada um dos autores, acrescidos de juros na forma da sentença e, exclusivamente, da Taxa Selic, após a publicação desta decisão, em atenção ao entendimento desta Câmara (Apelação Cível n. 2014.082870-0, rel. Des. Henry Petry Junior, julgada em 26-2-2015).

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar parcial provimento a ele, nos termos do voto.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento Nº 5015480-89.2020.8.24.0000/SC

Relator: Desembargador André Carvalho

AGRAVANTE: BRADESCO SAUDE S/A

ADVOGADO: SERGIO SCHULZE (OAB SC007629) AGRAVADO: KAUÃ SIMAS PEREIRA DA SILVA (Absolutamente Incapaz (Art. 3º CC))

ADVOGADO: ALINE CORREA DA COSTA (OAB SC057257)

REPRESENTANTE LEGAL DO AGRAVADO: SUSI SIMAS PEREIRA DA SILVA (Pais)

REPRESENTANTE LEGAL DO AGRAVADO: FLAECIO PEREIRA DA SILVA (Pais)

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA”. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA REQUERIDA E DETERMINOU O CUSTEIO DO TRATAMENTO DO AUTOR SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. RECURSO DA OPERADORA DE SAÚDE.

AVENTADO O NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA DE URGÊNCIA. ENTRETANTO, PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO EVIDENCIADOS. ELEMENTOS APTOS AO DEFERIMENTO DA TUTELA. EXPRESSA EXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO MÉDICA. TRATAMENTO RECOMENDADO QUE SE MOSTRA NECESSÁRIO AO PACIENTE DIAGNOSTICADO COM TRANSTORNO DE ESPECTRO AUTISTA. INEXISTÊNCIA DE EXPRESSA EXCLUSÃO CONTRATUAL. REQUISITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA PREENCHIDOS.

PATAMAR DA MULTA. PLEITO DE MINORAÇÃO. VALOR ARBITRADO EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE, SOB PENA DE CONVERTER-SE PUNIÇÃO. ADEMAIS, PRECEDENTES DESTES EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM PATAMAR SEMELHANTE. RECURSO DESPROVIDO NO VÉRTICE.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 6ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento interposto, nos termos acima delineados, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 03 de novembro de 2020.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo interposto por BS S/A insurgindo-se contra decisão interlocutória exarada em demanda proposta contra si por KSPdaS, representado por seus genitores SSPdaS e FPdaS, na Comarca de Florianópolis (5ª Vara Cível), através da qual deferiu-se a tutela provisória “para o fim de determinar que a requerida custeie o tratamento do autor, nos limites da prescrição médica (laudo 9, evento 1) -- terapia ocupacional com integração sensorial pelo método Denver (3 horas semanais), fonoaudiologia com formação em Denver (5 horas semanais), psicologia com terapia comportamental pelo método Denver (2 horas semanais), fisioterapia intensiva (5 horas semanais) e assistente terapêutica supervisionada pelo método Denver (15 horas semanais) --, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), inicialmente limitada a R\$30.000,00 (trinta mil reais)” (evento 19 - autos n. 5031304-19.2020.8.24.0023).

Em apertada síntese, aduziu a Recorrente: a) “é inviável a concessão da tutela antecipada, afinal, a Agravante não tem, no caso, a menor garantia de que, uma vez julgada improcedente a demanda, receberá ao final a restituição dos valores desembolsados para o custeio dos tratamentos sem cobertura, vislumbrando-se assim, a virtual impossibilidade da restauração do status quo ante”; b) “o plano de saúde efetivamente cobre essas terapias, mas o contrato é bastante claro em impor um teto ao número de sessões que estão garantidas por ano de contrato”; c) “a leitura das disposições contratuais destacadas acima não deixa nenhuma dúvida de que a cobertura para terapias tem restrições próprias referentes a quantidade de sessões garantidas, tudo em estrita conformidade com a Lei dos Planos de Saúde e o regramento proveniente da ANS”; d) “o requerente, portador de Transtorno do Espectro Autista, se enquadra na Diretriz de Utilização (DUT) n. 104, subitem 3, do Anexo II da Resolução Normativa n. 428/2017 emanado da ANS, garantindo-lhe atendimento a 96 sessões com fonoaudiólogo por ano de contrato”; e) “o Agravado se enquadra na DUT n. 106 do referido Rol da ANS, de modo que ele tem direito a cobertura de 40 sessões com terapeuta ocupacional a cada ano de contrato. Por fim, em relação a fisioterapia, o plano de saúde não prevê restrição no número de sessões cobertas”; f) “no que se refere a procedimento de assistente terapêutica supervisionada, este não integra o Rol da ANS, e não está previsto no contrato do plano, de modo que as despesas com este tratamento estão excluídas da cobertura da apólice”; g) “não há como a seguradora autorizar todo e qualquer procedimento ilimitadamente, pois caso contrário, seria inviabilizado por completo o custeio do seguro, pautado em cálculos atuariais de viabilidade técnica, segundo a expectativa de despesas com base nas coberturas garantidas pelo plano ofertado”; h) “para que seja preservado o equilíbrio econômico-financeiro das apólices, devem ser acatados os limites contratuais estabelecidos para as coberturas contratadas, pois apenas estes riscos foram contabilizados no cálculo do prêmio (mensalidade) a ser pago pelos segurados”; i) “não há dúvida que o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) é excessivo, e abre margem para o enriquecimento sem causa da parte recorrida, o que não pode ser admitido”; j) e que o caso concreto albergaria os requisitos à atribuição de efeito suspensivo ao reclamo.

Formulou, ao final, os seguintes requerimentos:

FACE AO EXPOSTO, e por tudo mais que nos autos consta, pede seja conhecido e processado o presente recurso na forma do art. 1.019 e seguintes do Código de Processo Civil, e ao final, nos termos das razões supra, requer seja dado provimento ao presente recurso para:

- Cassar a decisão a quo, que concedeu tutela de urgência para determinar que a Agravante forneça terapias multidisciplinares pelo modelo Denver em desacordo com os limites contratuais da cobertura do plano de saúde, pois não foram preenchidos os requisitos para a concessão da liminar, nos termos retro aduzidos;
- Excluir, ou ao menos minorar a multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais e zero centavos) em caso de descumprimento da decisão, a fim de evitar abusividade ou enriquecimento sem causa do Agravado;

Decisão monocrática de minha lavra no evento 19 em que indeferi o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao reclamo.

Contrarrazões no evento 28.

O Ministério Público, em parecer da lavra da eminente Procurador Murilo Casemiro Mattos, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Passo a decidir.

VOTO

Registro inicialmente que, tendo a ação sido ajuizada já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, são desnecessárias discussões relativas ao direito processual aplicável à espécie.

Presentes os requisitos de admissibilidade, o reclamo comporta conhecimento.

Como visto, trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de atribuição de efeito suspensivo interposto por BS S/A insurgindo-se contra decisão interlocutória exarada em demanda proposta contra si por KSPdaS, representado por seus genitores SSPdaS e FPdaS, na Comarca de Florianópolis (5ª Vara Cível), através da qual deferiu-se a tutela provisória “para o fim de determinar que a requerida custeie o tratamento do autor, nos limites da prescrição médica (laudo 9, evento 1) -- terapia ocupacional com integração sensorial pelo método Denver (3 horas semanais), fonoaudiologia com formação em Denver (5 horas semanais), psicologia com terapia comportamental pelo método Denver (2 horas semanais), fisioterapia intensiva (5 horas semanais) e assistente terapêutica supervisionada pelo método Denver (15 horas semanais) --, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), inicialmente limitada a R\$30.000,00 (trinta mil reais)” (evento 19 - autos n. 5031304-19.2020.8.24.0023).

A Agravante defende, em síntese, que embora os tratamentos pleiteados sejam cobertos pelo contrato, devem estar condicionados ao limite de sessões pré-estabelecidos no Rol da ANS. Ainda,

destaca que a liminar concedida na origem é irreversível, causando grave ônus à seguradora, além do que o valor da multa diária arbitrada é desproporcional, devendo ser minorada.

Nenhum dos argumentos, entretanto, está a autorizar a reforma da decisão recorrida.

Sobre a questão, o art. 300, caput, do Código de Processo Civil preconiza:

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. (grifou-se).

Acerca dos requisitos - probabilidade do direito e perigo de dano -, Didier, Sarno Braga e Alexandria de Oliveira discorrem:

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado e acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito).

O Magistrado precisa avaliar se há “elementos que evidenciem” a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, do CPC).

Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova.

Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos (Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10ª ed, Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 596).

E ainda:

A tutela de urgência pressupõe, também, a existência de elementos que evidenciem o perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito.

O perigo da demora é definido pelo legislador como o perigo que a demora processual representa de “dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC).

Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo) e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de correr, ou está acontecendo e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.

Além de tudo, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação (Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10ª ed, Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 597).

Isso dito, a questão a ser examinada deve ficar circunscrita ao preenchimento dos pressupostos legais para a concessão da tutela de urgência, esquivando-se da análise aprofundada de mérito. E, em que pesem as razões da Agravante, tem-se que se encontram evidenciados, tendo laborado com acerto o magistrado da origem.

Com efeito, a fim de evitar tautologia, peço vênua para utilizar, como razão de decidir, o brilhante parecer de Lavra do Procurador de Murilo Casemiro Mattos (evento 32):

O recurso foi interposto, recorre de decisão interlocutória que deferiu a liminar a autora em 28 de abril de 2020, sendo intimada em 08 de maio de 2020 (Evento 24 - AR1), portanto próprio, tempestivo, e encontra-se devidamente preparado (Evento 4 - COMP2) bem como preenche os demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual merece ser conhecido.

Impende destacar que a presente ação foi instaurada visando compelir o plano de saúde - Bradesco Saúde ao fornecimento das terapias multidisciplinares de terapia ocupacional com integração sensorial pelo método Denver (3 horas semanais), fonoaudiologia com formação em Denver (5 horas semanais), psicologia com terapia comportamental pelo método Denver (2 horas semanais), fisioterapia intensiva (5 horas semanais) e assistente terapêutica supervisionada pelo método Denver (15 horas semanais), pois o infante é portador de Transtorno de Espectro Autista (CID F84.0) - Evento 1 - Laudo 9.

Pois bem, não se pode ignorar que o cerne da quaestio é o atendimento absoluto que deve ser dado às crianças e adolescentes, inserto no ECA e no caso concreto.

Neste sentido, tem-se a absoluta prioridade conferida às crianças e adolescentes, prevista constitucionalmente, nos termos do art. 227, *in verbis* “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

No que concerne a tese levantada pela agravante de que no tratamentos pleiteados não merecem ser concedidos, frente a inexistência de previsão no rol da ANS além do entabulado contratualmente. Há de se discordar da tese aventada, pois os tratamentos indicados mostram-se necessários a saúde e desenvolvimento da criança, inclusive por ter sido indicado por profissional médico que o acompanha e compreende o tratamento indicado a sua melhora e serem previstos como cobertos.

É importante frisar que a declaração constante na inicial, relata que o tratamento indicado ao infante mostra-se imprescindível a progressão e melhoras da enfermidade que lhe acomete. É o que se colhe no Evento 1 - Laudo 9:

Todas as terapias citadas acima, com exceção de fisioterapia, devem ser fidelizadas no modelo Denver, devido boa resposta e ganhos obtidos nestes primeiros meses de tratamento.

Assim, nota-se que a indicação do tratamento multidisciplinar não foi eventual e nem partiu de escolha aleatória da parte autora, tendo sido prescrito por médica e profissionais de saúde idôneos, que estão submetidos às normas técnicas e éticas de sua categoria profissional e sabem qual tratamento atende melhor às necessidades de seu paciente, tendo em vista que acompanham sua patologia há mais tempo.

Neste sentido o entendimento desta corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPORTADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ESPECÍFICA INDEFERIDA NA ORIGEM. INCONFORMISMO. PACIENTE PORTADOR DE DOENÇA INFECTOCONTAGIOSA (HEPATITE C CRÔNICA). RECIDIVA DA DOENÇA APÓS DOIS TRATAMENTOS PRÉVIOS. FIBROSE MODERADA/AVANÇADA. RISCO EMINENTE DE PROGRESSÃO DA DOENÇA. INDICAÇÃO MÉDICA DE TRATAMENTO COM MEDICAMENTO IMPORTADO E DE USO VIA ORAL. EXCLUSÃO DE COBERTURA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPORTADO NÃO NACIONALIZADO E PARA TRATAMENTO NO ÂMBITO DOMICILIAR. CLÁUSULA ABUSIVA. ESCOLHA DO TRATAMENTO OU PROCEDIMENTO MAIS ADEQUADO AO PACIENTE QUE COMPETE EXCLUSIVAMENTE AO MÉDICO. POSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE IMPORTAÇÃO DO MEDICAMENTO CONTROLADO E SEM REGISTRO PREVISTA NO PRÓPRIO SÍTIO ELETRÔNICO DA ANVISA. DIGNIDADE HUMANA QUE SE SOBREPÕE A PROCEDIMENTOS BUROCRÁTICOS. PRECEDENTES. “Entende-se por abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura” (AgRg no REsp 1.500.631/RJ, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 7-4-2015). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0157729-27.2015.8.24.0000, da Capital, rel. Des. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 11-10-2018) (grifo-nosso).

Ademais, no que concerne a suposta limitação de tratamentos pela ANS ou a quantidade coberta, “É cediço que o rol de procedimentos dispostos na Resolução Normativa da ANS não indica, de forma taxativa e exaustiva, os tratamentos que devem ser cobertos pelos planos de saúde, mas, ao revés, estatui as coberturas mínimas que neles devem constar.” (TJSC, Apelação Cível n. 0890894-23.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 20-09-2018)

A propósito:

PLANO DE SAÚDE - UNIMED - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - CIRURGIA REFRACTIVA - CORREÇÃO DE MIOPIA E ASTIGMATISMO - NEGATIVA PELA OPERADORA - COBERTURA PREVISTA EM CONTRATO - RESTRIÇÃO CONSTANTE NAS DIRETRIZES DE UTILIZAÇÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS - INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR “1. Não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde. 2. O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo

segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor” (AgRg no AREsp n. 708.082, Min. João Otávio de Noronha). 3. “Nesse contexto, a existência de previsão contratual genérica e ampla relativa a cobertura de ‘cirurgias oftalmológicas’ possibilita o custeio pelo plano de saúde de cirurgia refrativa para grau inferior ao estabelecido pela ANS, à luz do princípio da interpretação mais favorável ao consumidor” (AC n. 2012.057665-4, Des. Henry Petry Junior). (TJSC, Apelação Cível n. 0009617-54.2013.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 28-11-2017) (grifo nosso).

O argumento quanto à ausência de cobertura contratual para a quantidade dos tratamentos requeridos é considerada abusiva, pois em que pese o contrato de plano de saúde possa limitar os direitos do consumidor por meio de suas cláusulas, não é possível admitir aquelas que tratam de exclusão dos procedimentos capazes de surtir um melhor efeito em relação ao tratamento da doença que tenha cobertura fornecida pela operadora de saúde.

[...] Há muito o Poder Judiciário vem reconhecendo como abusiva as cláusulas contratuais que determinam quais os tipos de tratamento e/ou exames cobertos para uma respectiva doença. O que a lei permite é que os planos de saúde estabeleçam as patologias que estão cobertas, jamais o tipo de tratamento, pois, cabe ao especialista direcionar o tratamento/exames do paciente após diagnóstico histológico da doença. Não foi outro, aliás, o entendimento do juiz a quo. [...] (STJ, REsp 1760883/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 24/09/2018).

À propósito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU PEDIDO DE FORNECIMENTO DE TRATAMENTO MÉDICO. AGRAVANTE COM 6 ANOS DE IDADE, PORTADOR DE MIOPIA CONGÊNITA TIPO CENTRAL CORE DISEASE. INDICAÇÃO MÉDICA DE TRATAMENTO POR FISIOTERAPIA PELO MÉTODO PEDIASUIT. NEGATIVA DE COBERTURA DO TRATAMENTO PELA UNIMED. TRATAMENTO INDICADO PARA ENFERMIDADE CONTEMPLADA PELO PLANO DE SAÚDE. PRESENÇA DOS ELEMENTOS SUFICIENTES À CONCESSÃO DA TUTELA PRETENDIDA. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO. REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC CONFIGURADOS. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO. A concessão da tutela de urgência tem como pressupostos a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4016689-52.2016.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 30-05-2017) (grifo nosso).

A despeito da temática contratual no âmbito do direito do consumidor, o 1º artigo 47 do Código de Defesa do consumidor, dispõe que as cláusulas de exclusão nos contratos de planos de saúde - típicos contratos de adesão - sejam interpretadas da maneira mais favorável ao usuário,

sendo consideradas abusivas e nulas, por conseguinte, aquelas que estejam em desconformidade com a boa-fé objetiva.

Da mesma forma, o pleito quanto a impossibilidade de fornecimento do tratamento pela rede credenciada por não constar nos procedimentos indicados no rol da ANS, não encontram guarida, pois, tenha-se em vista que a Resolução Normativa, estabelece uma cobertura mínima obrigatória. Sendo assim, não cabe se resvalar de argumento que não poderá efetuar a assistência aos tratamentos multidisciplinares essenciais sob a condição de não dispor de médico credenciado, tampouco o argumento de que não efetuará o reembolso do tratamento

Em consulta a Resolução Normativa 428/2017, nota-se o fundamento citado acima, senão veja-se:

Art. 1º. Esta Resolução atualiza o Rol de Procedimento e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde. (grifo nosso)

Nesse sentido

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REEMBOLSO DE DESPESAS. DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA E DETERMINOU O PLANO DE SAÚDE AUTORIZAR À REALIZAÇÃO DE SESSÕES DE PSICOTERAPIA E FONOAUDIOTERAPIA DO AUTOR, CONFORME PRESCRIÇÃO MÉDICA, SEM LIMITAÇÃO DE NÚMERO. INSURGÊNCIA DA UNIMED. PREVISÃO CONTRATUAL QUANTO AO NÚMERO DE SESSÕES PREVISTAS PARA O TRATAMENTO CONCEDIDO. INSUBSISTÊNCIA. CONSTATAÇÃO DE PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL INVERSO. DOENÇA GRAVE, COM RISCO DE PREJUDICAR O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DE REGREDIR O DESENVOLVIMENTO JÁ ALCANÇADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO A QUO. “Na aferição da irreversibilidade da medida, deve-se apurar o chamado perigo de dano irreparável inverso, em que se verifica quais os bens jurídicos em confronto. Assim, no embate entre o patrimônio e a vida, a esta se deve conferir prevalência.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.003978-8, da Capital, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 01-08-2013). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4002151-95.2018.8.24.0000, de São José, rel. Des. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 03-12-2018) (grifo nosso).

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. AUTORA INFANTE PORTADORA DE PARALISIA CEREBRAL. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA PARA DETERMINAR QUE O PLANO DE SAÚDE PROCEDESSE À COBERTURA DE TRATAMENTO POR “EQUOTERAPIA”, CONFORME PRESCRIÇÃO MÉDICA. RECURSO DO PLANO DE SAÚDE. PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA LIMINAR. INVIABILIDADE EXPRESSA EXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO MÉDICA. TRATAMENTO RECOMENDADO QUE SE MOSTRA NECESSÁRIO À

REABILITAÇÃO DA PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE EXPRESSA EXCLUSÃO CONTRATUAL. REQUISITOS DA TUTELA DE URGÊNCIA PREENCHIDOS. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE SESSÕES. INDEFERIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL QUE DÊ LASTRO À MEDIDA. “A limitação do número de sessões de tratamento mostrase descabida quando o contrato firmado entre as partes e a Resolução da ANS vigente à época do evento não disponham acerca da quantidade máxima de consultas que devem ser autorizadas pelo plano de saúde” (TJSC, Apelação Cível n. 0310812-48.2015.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 25-04-2017). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4014122-14.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. André Carvalho, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 29-10-2018) (grifo nosso).

Nesse passo, com toda certeza, a recusa do agravante em fornecer as terapias necessárias ao desenvolvimento e bem estar do menor, violam o princípio da boa-fé contratual consagrado pelo Código Consumerista.

Quanto ao reembolso pelo plano de saúde no caso de indisponibilidade de profissional na rede credenciada deverá ser efetuada de forma integral, tendo em vista, que a decisum condena a ré a integralidade da prestação dos serviços terapêuticos, sem qualquer restritividade ou imposição a ser tomada pela parte autora.

Mutatis mutandis, a pretensão da operadora em limitar o acesso da criança aos tratamento terapêuticos adequados ao caso, mostra-se sobremaneira abusiva e desarrazoada.

Em outra decisão do STJ, tem-se cristalino a abusividade da operadora de saúde em limitar as consultas de acompanhamento, assim como restringir o acesso a terapia, sendo respeitado a co-participação, conforme convencionado entre as partes, veja-se:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. TRANSTORNO MENTAL. DEPRESSÃO. TRATAMENTO PSICOTERÁPICO. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE CONSULTAS. ABUSIVIDADE. FATOR RESTRITIVO SEVERO. INTERRUPTÃO ABRUPTA DE TERAPIA. CDC. INCIDÊNCIA. PRINCÍPIOS DE ATENÇÃO À SAÚDE MENTAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR. VIOLAÇÃO. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. CUSTEIO INTEGRAL. QUANTIDADE MÍNIMA. SESSÕES EXCEDENTES. APLICAÇÃO DE COPARTICIPAÇÃO. INTERNAÇÃO EM CLÍNICA PSIQUIÁTRICA. ANALOGIA.

A agravante insurge indicando que o MM. Juiz não adotou a medida mais produtora ao deferir a tutela, devido a irreversibilidade da decisão caso ocorra modificações na decisão terminativa.

Ora a decisão combatida, sob o argumento apresentado, mostra-se descabido. A tutela antecipada, trata-se de instituto consagrado pelo NCPC, elencando elementos importantes para a sua concessão, como o preenchimento dos requisitos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Como é consabido o processo é a ferramenta instrumental em que se busca a tutela de um direito, que in casu configura-se pela garantia da saúde do menor, com amparo na Constituição Federal, art. 6º, bem como a proteção especial no ECA, art. 227.

Frente ao exposto, assertiva a medida adotada pelo MM. Togado, já que os elementos carreados aos autos demonstraram a imprescindibilidade de sua concessão, na análise, sob a égide da urgência.

Note-se que o seu desprovemento implicaria em grave risco de a pretensão pleiteada não ser útil ao interesse da parte, devido as condições atuais acarretar em agravamentos da sua enfermidade.

Outrossim, como bem manifestou o Relator, quando negou a antecipação pleiteada, “In casu, porém, a pretensão acoimada limitou-se a pleito genérico, desprovido da necessária fundamentação acerca dos pressupostos ao deferimento da medida. Isto é, reputamse insuficientes - porque generalistas - as considerações a respeito da presença do periculum in mora e do fumus boni iuris, as quais deveriam evidenciar a imprescindibilidade do exame da matéria no bojo da tutela provisória recursal, prejudicando a análise de tal desiderato (art. 300, caput, do CPC/2015) - evento 19.

Desse modo, restou devidamente demonstrado pelo autor a probabilidade do direito, bem como o seu caráter urgente, vislumbrando perigo de dano próximo correlacionado a possível lesão caso não concedida ao requerente a liminar, o que não se vê no agravo.

Portanto, corretamente concedida a tutela ao menor, sopesando os interesses da parte mais frágil que necessita do tratamento pleiteado para auxiliar no seu desenvolvimento.

Dessa forma, a recusa da Agravante do reembolso do “fornecimento das terapias multidisciplinares de terapia ocupacional com integração sensorial pelo método Denver (3 horas semanais), fonoaudiologia com formação em Denver (5 horas semanais), psicologia com terapia comportamental pelo método Denver (2 horas semanais), fisioterapia intensiva (5 horas semanais) e assistente terapêutica supervisionada pelo método Denver (15 horas semanais)”, a princípio, se mostra ilegal e abusiva, considerando que diante de seu diagnóstico de “Transtorno de Espectro Autista” (CID F84.0), restou expressamente recomendado pelo médico que acompanha o Agravado, conforme o laudo juntado no evento 1.9 dos autos de origem.

Acerca da temática relativa ao patamar de arbitramento das astreintes, oportuno trazer à baila o magistério sempre preciso de Alexandre Freitas Câmara, Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

É muito importante perceber que a multa deve ser suficiente para constranger o devedor. Assim, deve ela ser fixada de acordo com a capacidade patrimonial do demandado, e não em conformidade com o valor da obrigação, ao qual a multa não se vincula em hipótese alguma.

Pense-se, por exemplo, no caso de ser devedora da obrigação uma grande instituição financeira, ou uma poderosa concessionária de serviços públicos, como são as empresas de telefonia. Em

casos assim, multas irrisórias (como as que costumeiramente são fixadas na prática forense) são absolutamente insuficientes, já que não conseguem produzir o resultado de constranger o devedor a cumprir a decisão (já tive oportunidade de me deparar com um caso em que o valor da multa fixado contra uma instituição financeira exigiria que o cumprimento da decisão atrasasse cinquenta e dois anos para consumir-se o lucro de um trimestre da pessoa jurídica; em outro caso, seria preciso que o demandado também uma instituição financeira atrasasse o cumprimento da obrigação em quatorze mil anos para que se consumisse seu lucro de nove meses). Impende, pois, que a multa seja fixada em valor capaz de efetivamente constranger o devedor. Afinal, a multa que cumpre mais adequadamente seu papel é aquela que não precisa ser paga por ter sido capaz de constranger o devedor a, tempestivamente, cumprir o preceito e realizar o direito do demandante, o qual já foi reconhecido no título executivo judicial. (CÂMARA. Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017, p. 634 grifou-se).

Sobreleva inferir que o valor da obrigação principal, embora relevante ao *meritum causae*, não guarda estreita relação com o patamar do preceito cominatório a ser fixado pelo órgão judicante, haja vista a coercibilidade das astreintes repousar sobre a capacidade econômica do devedor, de modo que esta deve preponderar sobre àquela enquanto parâmetro a esse mister.

Nesse sentido, deste Sodalício, destaca-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ENTREGA DE DOCUMENTO ÚNICO DE TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO AO CREDOR. FIXAÇÃO DE PRAZO. ARBITRAMENTO DE ASTREINTES. INSURGÊNCIA DA PARTE DEVEDORA. AFASTAMENTO DA MULTA COMINATÓRIA. INVIABILIDADE. MINORAÇÃO DAS ASTREINTES. ALEGAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A fixação de astreintes pelo magistrado em ações de obrigação de fazer e não fazer tem o escopo de coibir a parte a praticar ou deixar de praticar determinado ato (art. 536, § 1º, CPC/2015), de modo que o seu afastamento torna-se incabível enquanto perdurar a desobediência da ordem emanada pelo juízo. “Na hipótese de se dirigir a devedor de grande capacidade econômica o valor da multa cominatória há de ser naturalmente elevado, para que se torne efetiva a coerção indireta ao cumprimento sem delongas da decisão judicial. Precedentes”. (REsp 1185260/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma 07.10.2010, DJe 11.11.2010). Ainda que aproveite ao credor o valor da multa, não há que se falar em enriquecimento sem causa, pois o fato gerador reside justamente no descumprimento da ordem judicial por parte do devedor. Não se mostra desarrazoado prazo de 5 (cinco) dias para cumprimento de obrigação de entrega de um documento pré-existente ao credor, especialmente quando o devedor não justifica as razões pelas quais considera ser exíguo o prazo fixado pelo Juízo. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4006511-44.2016.8.24.0000, da Capital - Continente, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 01-06-2017 grifou-se).

E ainda, também desta Corte, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE ORDENOU AO AGRAVANTE A COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO POR ELE ASSUMIDA,

SOB PENA DE MULTA. INSURGÊNCIA DO DEMANDADO. RECORRENTE QUE SE OBRIGOU A RETIRAR O NOME DA AGRAVADA DOS QUADROS SOCIETÁRIOS DA EMPRESA CONSTITUÍDA DURANTE O MATRIMÔNIO. JUNTADA DE DOCUMENTOS QUE NÃO COMPROVAM O EFETIVO CUMPRIMENTO DO ENCARGO. MULTA NECESSÁRIA PARA DESENCORAJAR O RÉU A PERSEVERAR NA SUA INÉRCIA, INDUZINDO-O AO ADIMPLEMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO MANTIDA. A multa cominatória, como é sabido, constitui instrumento processual de coerção indireta absolutamente legítimo e usualmente utilizado nas ações desse jaez, a fim de evitar que o devedor descumpra a obrigação de fazer. “O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 783). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4003455-03.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 22-06-2017 grifou-se).

No caso vertente, a instância de piso arbitrou o preceito cominatório em “multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais), inicialmente limitada a R\$30.000,00 (trinta mil reais)” (evento 19 dos autos de origem), valor que não se encontra em dissonância aos standarts adotados por este Sodalício em demandas semelhantes.

À luz do entendimento jurisprudencial delineado alhures, bem como em face do grande porte econômico ostentado pela instituição financeira Agravante, desvela-se que o juízo a quo laborou acertadamente, não havendo que se reformar a decisão hostilizada.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao agravo de instrumento interposto, nos termos acima delineados.

Apelação Cível n. 0337127-93.2014.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador André Luiz Dacol

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEMANDA JULGADA IMPROCEDENTE NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DOS AUTORES.

DANOS MORAIS. TENTATIVA DE SAQUE PARCIAL DE FINANCIAMENTO CONTRAÍDO FRAUDULENTAMENTE POR TERCEIROS EM NOME DO AUTOR, SUPOSTAMENTE AVALIZADO PELA DEMANDANTE, QUE FOI APROVADO PELA FINANCEIRA REQUERIDA. OPERAÇÃO ILÍCITA QUE FOI DESCOBERTA PELO BANCO ANTERIORMENTE A CONSUMAÇÃO DO ATO ILEGAL. INEXISTÊNCIA DE DANO. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE OS REQUERENTES TENHAM SOFRIDO INCÔMODO INSUPORTÁVEIS EM VIRTUDE DO EQUÍVOCO. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE VERIFICAR SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE EXCEDA A ESFERA DO DISSABOR. ABORRECIMENTO COTIDIANO QUE NÃO GERA O DEVER DE INDENIZAR.

HONORÁRIOS RECURSAIS. CABIMENTO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0337127-93.2014.8.24.0023, da comarca da Capital 4ª Vara Cível em que são Apelantes João Carlos Hertz e outro e Apelados Financeira alfa S/A Crédito Financiamento e Investimentos.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Desa. Denise Volpato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. André Carvalho.

Florianópolis, 13 de outubro de 2020.

Desembargador André Luiz Dacol

Relator

RELATÓRIO

Nos termos da decisão de Primeiro Grau (fls. 423-427), mudando o que deve ser mudado:

“João Carlos Hartz e Marlene Amália Hartz ajuizaram ação indenizatória contra Financeira Alfa S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos, pretendendo ver compelida a instituição ré a pagar-lhes indenização por danos morais em razão de falha na prestação dos seus serviços, o que lhes rendeu diversos transtornos.

Devidamente citada, a parte ré ofereceu resposta em forma de contestação, aduzindo, em

síntese, a ausência de responsabilidade civil em relação aos fatos narrados na exordial e a inexistência de comprovação acerca do efetivo abalo moral, pugnando pela improcedência do pedido inicial.

Houve réplica (fls. 411-422)”.
O litígio foi assim decidido na instância de origem:

“Diante do exposto, com base no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente o pedido de indenização por danos morais formulado por João Carlos Hartz e Marlene Amélia Hartz contra Financeira Alfa S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos.

Condeno os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), na forma do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil”.

Foi interposto recurso de Apelação Cível (fls. 431-448) por João Carlos Hartz e outro que teceu argumentação e concluiu requerendo a condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais.

As contrarrazões foram oferecidas às fls. 458-466.

Regularmente preparado, a tempo e modo, ascenderam os autos a este superior grau de jurisdição.

Este é o relatório.

VOTO

Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais, o recurso é conhecido.

Do julgamento:

Preliminares:

Não foram suscitadas preliminares.

Mérito:

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por João Carlos Hartz e Marlene Amália Hartz em desfavor da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais proposta contra Financeira Alfa S.A. Crédito, Financiamento e Investimentos, na qual foi julgado improcedente os pleitos autorais.

Do dano moral

Aduzem os recorrentes que, ao contrário do decidido pelo juízo de primeira instância, é perfeitamente possível o reconhecimento de danos morais ao caso em tela.

Contudo, razão não lhes assiste.

A aprovação de financiamento fraudulento por terceiros, mesmo que de vultosa quantia, sem quaisquer consequências gravosas à imagem e à honra do consumidor, consubstancia, salvo melhor juízo, incômodo cotidiano.

Sendo assim, tem-se que os acontecimentos vivenciados e o abalo psíquico suportados pelos apelantes não ultrapassaram a esfera do dissabor, não tendo o condão de atingir o ânimo do indivíduo de forma a caracterizar o dano moral passível de reparação civil.

Os insurgentes relataram na exordial que apenas não foi realizado o saque em razão da conduta suspeita dos estelionatários, que foi notada pelos funcionários do Banco Bradesco S.A, e que culminou na prisão em flagrante delito de 3 (três) envolvidos na ocorrência.

Ainda que os demandantes louvem-se nas prerrogativas conferidas pela Lei Consumerista, os fatos noticiados não têm o condão de lhes conferir o direito à pretendida indenização por danos morais.

A negligência da financeira ré, indubiosamente, gerou aos autores algum transtorno e certa irritação, mas não suficientemente grave a ponto de provocar forte perturbação no seu íntimo ou desonra à sua reputação perante o meio social, o que caracterizaria o dano passível de indenização.

Em que pese a responsabilidade objetiva da financeira pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 14), a indenização se mostra cabível apenas se devidamente demonstrado o nexó etiológico entre a conduta praticada (a cobrança indevida) e a ofensa moral sofrida (o abalo psicológico decorrente dos aborrecimentos e contratempos vivenciados).

Nesse ponto, andou bem o magistrado de origem ao afirmar que:

[...] os autores não experimentaram nenhum prejuízo de ordem econômica, tanto que sequer houve a liberação dos valores em favor do fraudadores. Além do mais, o fato de serem possivelmente chamados a testemunhar em eventual processo criminal por conta do ocorrido não é motivo suficiente a caracterizar situação ensejadora da pretendida indenização, pois que toda e qualquer pessoa pode ser chamada em Juízo ou fora dele a depor sobre acontecimentos de que saiba ou tenha ciência sem que isso, por si só, renda-lhe danos morais.

Aliás, mesmo que tivesse sido comprovado eventual envolvimento do funcionário da instituição ré no episódio fraudulento, hipótese apenas aventada nos autos, igualmente não estaria demonstrada situação capaz de ensejar os danos morais aqui reclamados, notadamente pela falta de repercussão do ocorrido no âmbito moral” (fl. 424).

Destaca-se assim que, além de não ter qualquer prejuízo econômico, visto que o financiamento não se consumou, sequer tiveram contato com os indivíduos envolvidos no golpe, não havendo constrangimento excessivo de qualquer estirpe aos autores, fato que reforça a conclusão de que a rejeição do pleito indenizatório moral é medida de rigor.

Desse modo, conclui-se que incômodos aos quais se submetem todos os cidadãos, no dia a dia da modernidade, não são o bastante para possibilitar a incidência de reparação financeira de ordem moral.

Acerca do tema, colhe-se da doutrina de Sérgio Cavalieri Filho:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exarcebada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 6 ed., 2005, p. 105).

Nesse norte, colaciona-se o entendimento estampado na jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça de casos semelhantes:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. ALEGAÇÃO DE DESCONTO INDEVIDO DE PARCELA NA CONTA BANCÁRIA DA AUTORA. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ. ALEGAÇÃO DE QUE NENHUM DESCONTO TERIA SIDO EFETUADO. TESE DEFENSIVA NÃO VENTILADA NA CONTESTAÇÃO. PEÇA DE DEFESA QUE SE LIMITOU A ADUZIR A HIGIDEZ DO CONTRATO E A LICITUDE DO DESCONTO. INOVAÇÃO DEFENSIVA EM ÂMBITO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO. **PLEITO DE IMPROCEDÊNCIA DOS DANOS MORAIS. ACOLHIMENTO. DESCONTO DE APENAS UMA PARCELA DO MÚTUO. CANCELAMENTO DO CONTRATO EM POUCOS DIAS. AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÃO CREDITÍCIA EM DESFAVOR DA AUTORA. TRANSTORNOS QUE NÃO DESBORDARAM DO MERO ABORRECIMENTO. REFORMA NO PONTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO.** (TJSC, Apelação Cível n. 0306932-04.2018.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 5-11-2019, grifo nosso).

E, desta Câmara de Direito Civil:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEMANDA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DO AUTOR. DANOS MORAIS. COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS E DESCONTO PARCIAL DE VALOR DEPOSITADO NA CONTA CORRENTE

A TÍTULO DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS DA EMPRESA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE O DEMANDANTE TENHA SOFRIDO INCÔMODOS INSUPORTÁVEIS EM VIRTUDE DO EQUÍVOCO. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE VERIFICAR SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE EXCEDA A ESFERA DO DISSABOR, AO PASSO QUE O REQUERENTE SEQUER COMPROVOU SUA RENDA MENSAL. ABORRECIMENTO COTIDIANO QUE NÃO GERA O DEVER DE INDENIZAR. HONORÁRIOS RECURSAIS. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0004118-03.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Stanley Braga, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 11-2-2020).

Extrai-se dos autos que a financeira requerida, de fato, aprovou o financiamento da quantia indicada, porém, como já bem explicitado acima, a operação foi descoberta por funcionários do Banco Bradesco S.A. e sequer se consumou, de modo que não houve forte perturbação no seu íntimo ou desonra à sua reputação perante o meio social, o que caracterizaria o dano passível de indenização.

Logo, a decisão deve permanecer incólume no ponto.

Ônus Sucumbenciais:

Permanece inalterada a distribuição dos ônus sucumbenciais.

Ademais, cabível a fixação de honorários advocatícios recursais, na forma do art. 85, § 11º, do CPC/2015, que dispõe:

[...] 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.

Acrescenta-se, ainda, que de acordo com o Enunciado Administrativo n. 7 do Superior Tribunal de Justiça: “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”, hipótese na qual se enquadra este caso.

Dessarte, concede-se ao patrono do réu o acréscimo de honorários de R\$ 300,00 (trezentos reais), de sorte que os demandantes deverão arcar com as custas do processo e com a verba honorária no total de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais (mil e oitocentos reais)).

Conclusão

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0003797-33.2011.8.24.0073, de Timbó

Relatora: Desembargadora Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ALEGADA TRANSFERÊNCIA INDEVIDA DE VALORES POR FUNCIONÁRIO DO CAIXA DE EMPRESA PARA CONTA-CORRENTE DE OUTRA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DA DEMANDANTE. PLEITO DE REFORMA DO JULGAMENTO AO ARGUMENTO DE RESTAR EVIDENCIADO O LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. INSUBSISTÊNCIA. ELEMENTOS NOS AUTOS A EVIDENCIAR A EXISTÊNCIA DE PARCERIA COMERCIAL ENTRE A EMPRESA AUTORA E A SOCIEDADE EMPRESÁRIA DESTINATÁRIA DOS RECURSOS TRANSFERIDOS DE SUA CONTA-CORRENTE. INDÍCIOS QUE A PARTE AUTORA, AO CONTRÁRIO DA TESE VENTILADA NA EXORDIAL, TINHA CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DA DESTINATÁRIA DOS VALORES. SEGUNDA EMPRESA QUE ADQUIRIA PRODUTOS E INSUMOS A SEREM UTILIZADOS PELA PARTE AUTORA E, EM CONTRAPARTIDA, RECEBIA AS TRANSFERÊNCIAS PARA PAGAMENTO. MANOBRA DESTINADA À MAXIMIZAÇÃO DOS LUCROS E DIMINUIÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. ILEGALIDADE DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS NÃO EVIDENCIADA. LOCUPLETAMENTO NÃO COMPROVADO. MANUTENÇÃO DO JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE IMPÕE.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003797-33.2011.8.24.0073, da comarca de Timbó (1ª Vara Cível) em que é Apelante Aldori Cesar Bittencourt EPP e Apelado Ozair Francisco de Abreu.

A Sexta Câmara de Direito Civil em sessão extraordinária virtual 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 Carvalho.

Florianópolis, 03 de novembro de 2020.

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. 1627/1628), *verbis*:

“Aldori Cesar Bittencourt ME ajuizou ação de enriquecimento ilícito c/c pedido de liminar em face de Ozair Francisco de Abreu, alegando, em suma que em 02/01/2003 contratou o requerido na qualidade de auxiliar administrativo. Contudo, no ano de 2008 começou a notar que o saldo de sua conta junto ao Banco HSBC permanecia constantemente negativada, apesar do movimento em sua oficina mecânica.

Alegou que, ao investigar, teria descoberto que o réu transferia numerário de sua conta para a conta da pessoa jurídica Abreu's Comércio de Peças Automotivas Ltda. ME., de propriedade deste último.

Em razão da realidade fática narrada, pugnou, entre outros pedidos acessórios, pela procedência a fim de condenar o réu a restituir à requerente todos os valores indevidamente e ilicitamente transferidos para a conta da pessoa jurídica Abreu's Comércio de Peças Automotivas Ltda. ME, com os respectivos acréscimos legais.

O pedido liminar foi postergado para após análise da contestação (fl. 104).

Citado, o réu apresentou contestação e documentos (fls. 110/976), alegando, preliminarmente, a inépcia da inicial e a falta de autorização para estar em juízo da parte autora. No mérito defendeu, entre outros argumentos, a legitimidade das transferências bancárias ante comum acordo. Explicou que é casado com a irmã do autor e em março de 1990 iniciaram um trabalho conjunto na mecânica de propriedade do autor. Explicou que em 1998 mudou-se para Curitiba onde abriu seu próprio negócio. Contudo, após dois anos, ao regressar para Timbó, retomou seus negócios com o autor.

Justificou que utilizava seu nome para compra de peças e, com essa manobra contábil, o réu propiciava à parte autora a não tributação dessa movimentação, conforme acordo verbal de ambos. Disse que essa manobra se resumia à compra de peças pelo réu com recursos financeiros do autor, para que este pudesse prestar seus serviços (fl. 113). Futuramente, concordaram em abrir uma empresa para facilitar essa manobra contábil, culminando, em 2003 com a Abreu's Comércio de Peças Automotivas LTDA ME., tendo como sede o mesmo local que a empresa da parte autora. O réu emitia notas fiscais de compra de peças em nome de sua empresa, mas destinando-as à parte autora, sendo por esta pagas, mesmo as duplicatas estando em nome do réu. A relação entre ambos teria perdurado até que a parte autora proibiu o acesso do réu ao imóvel, impossibilitando a continuidade das atividades mercantis. Ao final de todo o exposto, por estas razões, pugnou pela improcedência dos pedidos do autor.

Houve réplica (fls. 1015/1020).

À fl. 1.269 foi deferida a produção de prova pericial, nomeando-se como perito do Juízo o Sr. Ademir Prade, cujo laudo aportou à fls. 1.311/1.539. A parte autora se manifestou às fls. 1.551/1.552, pugnando pela complementação do laudo pericial. Às fls. 1.554/1.579 sobreveio manifestação do assistente técnico da parte ré, Sr. Ezequiel Luis Lopes Giovanella.

Complementada a perícia à fl. 1.595.

Alegações finais pelo réu às fls. 1.603/1.608 e pela autora às fls. 1.611/1.613. Após substabelecer, aportaram os memoriais de fls. 1.617/1.625 pelo Réu.”

Ato contínuo, sobreveio Sentença da lavra do MM. Magistrado Wellington Babosa Nogueira Júnior (fls. 1627/1632), julgando a demanda nos seguintes termos:

“E daí decorre que, consoante afirmado pelo expert, se Ozair e Aldori eram, além de parentes, pessoas próximas entre si e de confiança mútua, não há que se inferir, por mera interpretação, que as movimentações

tiveram caráter malicioso, senão com provas robustas neste sentido. Do contrário, existem indícios de que as manobras efetivamente tinham caráter de economia fiscal, consoante apontado pelo *expert*.

Logo, por estas razões, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Do exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos deduzidos por Aldori Cesar Bittencourt ME em face de Ozair Francisco de Abreu e extingo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios ao advogado da parte ré, os quais fixo em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.”

Irresignado com a prestação jurisdicional, a autora interpôs Apelação Cível (fls. 1636/1642), aduzindo restar evidenciado, pelo acervo probatório coligido aos autos, o enriquecimento indevido do demandado. Reitera a tese de que o requerido, utilizando-se de posição de confiança na microempresa, teria transferido valores à sua conta-corrente pessoal, em flagrante conduta ilícita. Aduz que a perícia judicial contábil concluiu pela indevida transferência de valores, e que, durante a sua permanência no quadro de funcionários da empresa, o requerido demonstrou alteração em seu padrão de vida não condizente com a remuneração que lhe era oficialmente paga. Por estes motivos, pugna pela reforma da Sentença para julgar procedentes os pedidos iniciais.

Apresentadas as contrarrazões pelo demandado (fls. 1648/1660), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

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

Tais pressupostos são classificados como *intrínsecos* (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e *extrínsecos* (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, devidamente recolhidas as custas de preparo recursal pela autora (fl. 1643/1644), e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do mérito recursal.

2. Mérito

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Aldori César Bittencourt EPP em face de Sentença da lavra do MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Timbó/SC que, nos autos da Ação de Enriquecimento Ilícito n. 0003797-33.2011.8.24.0073, movida em face de Ozair Francisco de Abreu, julgou improcedentes os pedidos iniciais (fls. 1627/1632).

A presente demanda objetiva a reparação dos danos alegadamente causados pelo demandado que, segundo afirma a demandante, teria, ao longo do exercício das funções de auxiliar administrativo entre 2003 e 2008, se apropriado indevidamente de recursos da empresa mediante transferências não-autorizadas de valores para sua conta-corrente pessoal.

Em sede de contestação, o demandado justificou que, durante a vigência de seu contrato de trabalho, teria pactuado verbalmente com o proprietário da empresa que, com o intuito de evadirem-se da cobrança de impostos, parte das compras de materiais e insumos pela empresa seria realizada em nome de outra empresa, da qual é titular, e que o valor das operações seria transferido à sua conta-corrente.

Realizada a perícia contábil, o *expert* nomeado pelo Juízo concluiu pela existência de “indícios de que havia laços muito fortes no relacionamento entre Autor e Réu” (fl. 1327).

Com base nesta prova, o Juízo proferiu o julgamento de improcedência dos pedidos iniciais, ao fundamento de não ter a empresa demandante logrado êxito em comprovar o caráter ilegítimo das transferências.

Em face deste *decisum* foi interposta a presente Apelação Cível, em que a parte autora requer, em suma, a reversão do julgamento de improcedência, ao fundamento de restar evidenciado o locupletamento ilícito do demandado.

Razão não lhe assiste, contudo.

Isso porque, como bem ponderou o MM. Juízo sentenciante, há nos autos indícios a indicar a regularidade das operações bancárias de transferência de valores entre a empresa demandante e a Abreu's Comércio de Peças Automotivas Ltda. ME, sociedade da qual o requerido é sócio-proprietário.

Segundo relatado pelo requerido em sede de contestação e confirmado através do laudo pericial elaborado em Juízo, ambas as empresas atuavam em conjunto de forma a diminuir a carga tributária incidente sobre as operações de aquisição de materiais.

A parte autora é empresa atuante no ramo de manutenção de veículos automotores, e, para tanto, ao longo da relação comercial entre as partes, a aquisição de peças era realizada em nome da Abreu's e, posteriormente, repassadas à requerente para utilização no reparo de automóveis de seus clientes; em contrapartida, o valor pago pelas peças era repassado à conta-corrente da Abreu's.

A existência desta relação foi extensamente explanada pelo perito contábil, que indicou pelo menos 48 (quarenta e oiti) situações indicativas do *modus operandi* de ambas as empresas.

Explanou ainda que o *expert* que, após a chegada de clientes ao estabelecimento da oficina mecânica:

“Temos a ordem de serviço emitida por Aldori onde aparece entre vários dados, serviços e peças;

Os serviços são prestados por Aldori;

As peças têm como fornecedor Abreus;

Ambos emitem nota fiscal;

A totalização das notas fiscais coincide com dados da ordem de serviço.” (fl. 1327).

Afirmou o autor, após a apresentação da contestação, que desconhecia a existência da sociedade empresária Abreu's, e que não teria mantido relação de parceria comercial de qualquer natureza.

Apesar disso, constata-se que o representante legal da empresa autora, sr. Aldori César Bittencourt, firmou contrato de locação do imóvel situado na Rua Groenlândia, 685, bairro Nações, Timbó/SC, à empresa Abreu's, em 01/01/2009 (fls. 195/196).

Este é o mesmo endereço onde funciona a requerente, conforme indicado na petição inicial (fl. 01) e na procuração carreada junto à peça vestibular (fl. 98).

Ora, se ambas a parte autora e a Abreu's Comércio de Peças Automotivas Ltda. ME funcionam dentro do mesmo imóvel, parte do qual teria sido locado à segunda empresa, não prospera a alegação da requerente no tocante ao alegado desconhecimento das operações comerciais realizadas.

Do cotejo analítico entre as provas, exsurge a conclusão que ambas as empresas Aldori César Bittencourt EPP e Abreu's Comércio de Peças Automotivas Ltda. ME realizaram, em conjunto e com a anuência de ambos os seus representantes comerciais, manobras financeiras para economia fiscal e maximização de lucros.

Esta relação comercial entre as partes justifica as transferências realizadas entre as contas-correntes de ambas as empresas, não havendo se falar, por conseguinte, na condenação do demandado, representante legal da Abreu's, ao pagamento de indenização por enriquecimento indevido (mormente porque ausente prova das irregularidades nas transferências).

Em virtude disso, a manutenção da Sentença de improcedência dos pedidos iniciais é medida que se impõe.

Por fim, curial destacar não ser possível a fixação de honorários recursais previstos no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, porquanto já arbitrados no teto legal de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º, do CPC).

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0302309-74.2015.8.24.0090, da Capital – Norte da Ilha

Relator: Desembargador Osmar Nunes Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPRA E VENDA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRODUTO ADQUIRIDO VIA INTERNET E NÃO ENTREGUE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DO RÉU.

AVENTADA NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL. INOCORRÊNCIA. BUSCA NOS SISTEMAS AUXILIARES DA JUSTIÇA E OFÍCIO ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA. TENTATIVAS DE CITAÇÃO EM ENDEREÇOS DIVERSOS. DILIGÊNCIAS FRUSTRADAS. CITAÇÃO POR EDITAL QUE SE MOSTRA ESCORREITA. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU QUE RESTOU REPRESENTADA POR CURADOR ESPECIAL E, APÓS, PELA DEFENSORIA PÚBLICA. DEFESA TÉCNICA OFERECIDA. PRELIMINAR AFASTADA.

ALEGADA NÃO CONFIGURAÇÃO DOS DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO NA HIPÓTESE. TESE SUBSISTENTE. INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO GERA DEVER DE INDENIZAR. SITUAÇÃO NARRADA QUE NÃO TRAZ REPERCUSSÃO NA ESFERA ÍNTIMA DO AUTOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OFENSA À HONRA E ABALO ANÍMICO. ÔNUS DA PROVA QUE LHE INCUMBIA (ART. 373, I, DO CPC). DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302309-74.2015.8.24.0090, da comarca da Capital – Norte da Ilha Juizado Especial Cível e Criminal da Universidade Federal de Santa Catarina em que é/são Apelante(s) Carlos Augusto Henriques e Apelado(s) Jânio Grosskopf.

A Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para afastar os danos morais. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, com voto, e dele participou a Exma. Desa. Haidée Denise Grin.

Florianópolis, 24 de setembro de 2020

Desembargador Osmar Nunes Júnior

Relator

RELATÓRIO

Cuido de apelação cível interposta por Carlos Augusto Henrique contra sentença proferida

pelo Juizado Especial Cível e Criminal da Universidade Federal de Santa Catarina da Comarca da Capital que, nos autos da ação n. 0302309-74.2015.8.24.0090, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Versa a lide sobre ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Jânio Grosskopf em face do ora apelante, em que conta ter realizado a compra de um notebook ofertado pelo réu através da internet. Contudo, após ajuste entre as partes, mesmo tendo realizado o pagamento de 50% do valor do produto – condição acordada para que o vendedor entregasse o bem –, o réu ficou-se inerte em sua obrigação.

Assim, não obtendo sucesso em restabelecer contato com o demandado, e considerando que não recebeu o computador adquirido e tampouco o reembolso pelo valor antecipado, o autor não viu outra saída senão ajuizar a presente demanda, requerendo a condenação do réu ao pagamento ao reembolso da quantia despendida, devidamente atualizada, bem como à indenização por danos morais.

Devido à necessidade de citação editalícia do réu, o processo passou a seguir o rito cível comum. Diante do não comparecimento daquele aos autos, o demandado passou a ser representado por curador especial que apresentou defesa às pp. 110-122 e, após, pela Defensoria Pública.

Após instrução, sobreveio sentença de parcial procedência, cujo dispositivo extraio:

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, **ACOLHO PARCIALMENTE** os pedidos formulados por Jânio Grosskopf contra Carlos Augusto Henriques 1244547831, para o fim de:

A) condenar o réu ao pagamento de R\$ 600,00 (seiscentos reais) ao acionante, a título de indenização por danos materiais, montante que deverá ser corrigido monetariamente (INPC) desde a data do desembolso e sofrer a incidência de juros de mora (1% a.m.) desde a citação.

B) condenar o réu ao pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais) à parte autora, a título de indenização por danos morais, montante que deverá ser corrigido monetariamente (INPC) a partir da publicação da presente decisão e sofrer a incidência de juros de mora (1% a.m.) desde a citação.

Condeneo o requerido, também, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados no percentual de 10% sobre o valor da causa, em razão da relativa simplicidade e da mínima sucumbência do autor, em atenção ao disposto no art. 85, §2º, do Código de Processo Civil.

Extingo o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Fixo honorários ao Curador Especial em R\$ 834,40 (oitocentos e trinta e quatro reais e quarenta centavos), ficando a partir de agora dispensado do encargo porquanto a Defensoria Pública, que passou a atuar nesta Unidade, exercerá a curadoria nos subsequentes atos.

Assim, deverá a Defensoria ser intimada sobre esta sentença.

Inconformado, a parte ré interpôs o presente recurso de apelação, sustentando, em síntese, a nulidade da citação por edital e, no mérito, a ausência de configuração do dano moral.

Apresentadas as contrarrazões, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

A admissibilidade do recurso, bem como o presente julgamento, será realizada sob o enfoque do CPC/2015, vigente à época da publicação da decisão recorrida, consoante Enunciado Administrativo n. 3 do STJ.

O prazo para a interposição da apelação foi respeitado (pp. 183 e 185), estando a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, como curadora especial, dispensada do recolhimento do preparo.

Ainda, os interesses recursais são manifestos e suas razões desafiam os fundamentos da sentença, encontrando-se satisfeitos, pois, os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2. Preliminar

Alega a parte apelante pela ocorrência de nulidade da citação por edital, uma vez que os meios ordinários para localização do réu não teriam sido esgotados.

Afirma que deveria ter sido realizada pesquisa do endereço do réu por meio dos cadastros de órgãos públicos e de concessionárias de serviços públicos, a exemplo do SABESP, AES Eletropaulo, SPC, SERASA, CAGED, BACENJUD, Banco do Brasil (PASEP), Caixa Econômica Federal (PIS), INSS e de empresa de telefonia OI.

Dessa maneira, requer a declaração de nulidade da citação editalícia da ré, com a determinação de realização de diligências a fim de se possibilitar nova tentativa de citação pessoal da demandada.

Em que pese assim sustentar, merece ser afastada a presente prefacial.

Sobre a possibilidade da citação por edital, o Código de Processo Civil assim dispõe:

Art. 256. A citação por edital será feita:

I - quando desconhecido ou incerto o citando;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;

III - nos casos expressos em lei.

§ 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.

§ 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

§ 3º **O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.** (grifei)

Em análise ao feito, verifico que corretamente a magistrada da origem determinou a citação do réu por edital, haja vista o local ignorado/incerto daquele.

Isso porque após a primeira tentativa de citação, cujo AR retornou com a indicação “mudou-se” (p. 19), foram realizadas buscas nos sistemas INFOSEG/SIEL que resultaram no mesmo endereço indicado na inicial.

Diante disso, a fim de se obter o logradouro do réu, a juíza *a quo* determinou “a expedição de ofício às principais empresas de telefonia do país” (p. 25). Com a obtenção de novo endereço, foi realizada a diligência de citação por oficial de justiça, a qual, no entanto, não restou bem sucedida (p. 64-65).

Não bastasse, o autor ainda requereu a citação do réu em outro endereço, esse encontrado em um site de busca, tentativa a qual também restou frustrada (p. 74).

Por essa razão, após emenda da inicial com requerimento de prosseguimento do feito sob o rito comum, bem como que fosse o requerido citado por edital, a togada singular deferiu os pedidos formulados.

Isso posto, tenho que não se pode impor à parte demandante e tampouco ao juízo a obrigação de buscar a parte ré em todos os cantos do país, sob pena de, até mesmo, caracterizar abuso processual.

Nesse sentido, registro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO RÉU. 1 - TESE DE NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL. NÃO ACOLHIMENTO. AUTOR QUE INSTRUIU A INICIAL COM DOIS ENDEREÇOS DO RÉU, O QUAL NÃO FOI ENCONTRADO APÓS AS DILIGÊNCIAS DO OFICIAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL. PARTE CONTRATANTE QUE POSSUI O DEVER DE MANTER ATUALIZADO SEU ENDEREÇO PERANTE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CITAÇÃO POR EDITAL VÁLIDA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO REQUERIDO EM DECORRÊNCIA DA SUA REPRESENTAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA, QUE OFERECERAM DEFESA TÉCNICA. RECURSO DESPROVIDO. “Para a validade da citação editalícia, basta ao autor afirmar não saber o paradeiro do acusado, ou o Oficial de Justiça certificar essa circunstância, tal como resulta do disposto no art. 232, I, do Código de Processo Civil. **Não há disposição legal que obrigue a parte pleitear a expedição de ofícios para diferentes órgãos públicos a fim de que**

informem o endereço do demandado, não havendo invalidade na citação editalícia que obedeceu a legislação em vigor [...]” (Apelação Cível n. 2012.060003-4, de Urussanga, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 18-6-2013). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0004422-38.2002.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 20-08-2019). (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COM PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO E ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA SUSPENDER O PODER FAMILIAR DOS GENITORES, COM A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE ALIMENTOS EM FAVOR DO ADOLESCENTE ACOLHIDO. INCONFORMISMO DOS GENITORES. PRELIMINAR. ALEGADA NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL DO GENITOR. INOCORRÊNCIA. TENTATIVA DE CITAÇÃO VÁLIDA. BUSCA FRUSTRADA DE LOCALIZAÇÃO MESMO APÓS CONSULTA AOS SISTEMAS AUXILIARES DO PODER JUDICIÁRIO. OBSERVÂNCIA AO ART. 256, § 3º, DO CPC. EIVA NÃO VERIFICADA. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0909495-53.2018.8.24.0039, de Lages, rel. Des. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 12-11-2019). (grifei)

Não obstante, insta salientar que uma nova diligência a fim de citar o réu em local incerto, apenas puniria o demandante, haja vista que estenderia o feito por ainda mais tempo – o qual já se prolonga desde 2015 –, indo de encontro ao princípio da celeridade processual, previsto no artigo 4º do CPC, a saber: “*Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”.

Dessa maneira, não verificada a nulidade alegada em apelação, afasto a preliminar aventada e passo à análise de mérito do recurso.

3. Mérito

Sustenta o recorrente que não restou comprovada a configuração do dano moral, não sendo possível a sua presunção na hipótese, razão pela qual impositiva seria a reforma da sentença.

Pois bem.

Verifico que o fundamento do demandante, ao pleitear reparação moral, reside na compra e venda frustrada, uma vez que aguardava a entrega de um notebook que, no entanto, nunca lhe foi entregue, alegando ter sido vítima de uma possível fraude executada pelo réu.

Sabe-se, entretanto, que a boa-fé é um dos princípios basilares que regem o direito contratual (art. 422, do CC), sendo que a ma-fé nunca é presumida, devendo essa ser comprovada por quem alega.

Não obstante, também é cediço que mesmo se estando diante das normas consumeristas e da responsabilidade civil do fornecedor, imprescindível é a demonstração da ocorrência do dano.

Isso porque “*o ser humano está sujeito a situações adversas, dia-a-dia depara-se com problemas e dificuldades que, até serem resolvidos, podem gerar desconforto, decepção ou desgosto. Todavia, isso não caracteriza o dano moral, que pressupõe um efetivo prejuízo causado à honra ou à imagem da pessoa*” (AC n. 0300242-43.2015.8.24.0024, rel. Marcus Tulio Sartorato, j. 16-08-2016).

Dessa forma, para que a reparação moral pretendida seja devida, faz-se necessário que o ato ilícito supere a linha da normalidade e ocasione constrangimento que perpassa os dissabores do cotidiano, atingindo a integridade psicológica e moral da vítima.

Acerca da configuração do dano moral, explica Sérgio Cavalieri Filho:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (Programa de Responsabilidade Civil. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2010. p. 87).

Embora a conduta do apelante possa configurar ato ilícito, esta Corte entende que tal ação, ainda que reprovável, não tem o condão de, sozinha, ensejar abalo moral passível de indenização. Para que essa reparação seja devida, é imprescindível que a parte lesada demonstre comprovado prejuízo à sua integridade física e psicológica, e que este foi de fato ocasionado pela atitude da parte contrária.

Até mesmo porque, além da necessidade de se estar diante de um dano que vá além dos desgostos habituais, deve este Tribunal cuidar com a banalização de tal instituto, a fim de que não se incorra na sua industrialização, mediante a qual todo e qualquer aborrecimento justifique a reparação.

Nesse sentido, elucida Cavalieri Filho:

Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias. [...] (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. Revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. P. 93)

Da jurisprudência desta Corte, extraio:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE TELEVISÃO PRÉ PAGO CONTRATADO E NÃO DISPONIBILIZADO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR. DANO MORAL. PLEITO DE FIXAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. INDISPONIBILIDADE DOS SERVIÇOS CONTRATADOS E DIFICULDADES EM SOLUCIONAR O IMPASSE NA VIA ADMINISTRATIVA QUE, POR SI SÓ, NÃO GERAM DEVER DE INDENIZAR. SITUAÇÃO NARRADA QUE NÃO TRAZ REPERCUSSÃO NA ESFERA ÍNTIMA DO AUTOR A PONTO DE OFENDER-LHE A HONRA E A DIGNIDADE. [...] Nem

mesmo a existência de tentativas para solucionar a pendência auxiliam o demandante porque, em situações assim, sem repercussão social, é nítido que os fatos não transbordam o limite do tolerável, ao ponto de significar abalo de ordem moral passível de indenização. [...] **Caso contrário, poderíamos ingressar numa temerária fase de industrialização do dano moral. Qualquer aborrecimento inexpressivo ou suposto dano, ainda que não comprovado, poderia ser objeto de indenizações vultosas. Não provado o dano, ainda que exclusivamente moral, nenhuma indenização é devida. Nossos tribunais corroboram essa corrente, através de reiterados julgados que não reconhecem a existência de responsabilidade civil, quando não comprovada a ocorrência de dano.** (TJSC, Apelação Cível n. 0308758-54.2017.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 12-03-2019). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0301308-46.2015.8.24.0028, de Içara, rel. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 23-04-2019). (grifei)

Como se nota, para que a reparação almejada pelo autor seja devida, imprescindível é a comprovação da ocorrência do dano alegado.

Nesse contexto, destaco que mesmo com a incidência do CDC e a inversão da prova que dispõe o art. 6º, VIII, ainda assim o ônus de demonstrar a sua configuração recaía sobre o requerente, uma vez que as normas consumeristas não afastam a incumbência daquele de demonstrar, ainda que minimamente, os fatos constitutivos de seu direito.

Conforme disposição da Súmula 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.

Compulsando os autos, entretanto, observo que assim não fez o demandante.

É que sustenta o apelado que sofreu abalo anímico devido à fraude experimentada, pois, mesmo tendo pago 50% do valor do produto, como acordado, aquele não recebeu o bem adquirido. Ademais, conta que tentou solucionar, por diversas vezes, o caso na via extrajudicial, sem que obtivesse resposta do fornecedor.

Bem, de fato os e-mails juntados às pp. 162-170 demonstram a frustração do negócio jurídico, e traduzem, aliás, a anterior preocupação do consumidor que, aqui destaco, possuía a informação de ser o vendedor novo naquela plataforma de vendas, carecendo de recomendações de outros clientes. Porém, mesmo com as respectivas dúvidas, o requerente prosseguiu com a compra, cujo objeto nunca lhe foi entregue.

Ora, não olvida este julgador acerca da frustração experimentada por parte do consumidor na hipótese que, adquirindo um produto e pagando pelo preço ajustado, não recebeu a mercadoria como combinado. Contudo, como anteriormente elucidado, a mera decepção com o negócio jurídico frustrado não pode se equiparar ao dano moral indenizável, porquanto faz parte dos riscos a que se sujeitam todos que vivem em sociedade e constituem relações comerciais.

Dessa forma, não vislumbro dos autos situação excepcional apta a atrair a reparação moral almejada pelo autor e concedida na origem.

Em casos semelhantes, já julgou esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMPRA DE APARELHO CELULAR VIA INTERNET. PRODUTO NÃO ENTREGUE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA APENAS PARA RESCINDIR O CONTRATO E DETERMINAR A DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO. RECURSO DA AUTORA. ALEGADO DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE NÃO ENSEJA A PRETENDIDA INDENIZAÇÃO. DISSABOR DO COTIDIANO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0013130-32.2013.8.24.0075, de Tubarão, rel. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 23-04-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS. COMPRA DE PRODUTO EFETUADA PELA INTERNET, POR MEIO DO “SHOPPING UOL”. MERCADORIA NÃO ENTREGUE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA QUE CONDENOU A RÉ À DEVOLUÇÃO DA QUANTIA ATUALIZADA PAGA PELO PRODUTO. INSURGÊNCIA DO AUTOR. PRETENSA CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABALO ANÍMICO NÃO CONFIGURADO. MERO DISSABOR COTIDIANO. Quem compra um aparelho de TV e não o recebe do fornecedor deveria abster-se de vir a juízo pleitear uma indenização por danos morais, dada a banalidade do incidente. **A indenização de danos morais deve representar uma compensação por uma efetiva lesão extrapatrimonial sofrida e não pode ser confundida com uma punição (punitive damages) ao agente. A presunção de dano moral sem comprovação de que um componente da personalidade do autor foi atingido de maneira relevante, no fundo, acaba por substituir, implicitamente, a compensação por punição, que só é admitida no direito anglo-saxão em casos de dolo, fraude, malícia ou outra conduta especialmente grave.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0305550-15.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Helio David Vieira Figueira dos Santos, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 08-11-2018). (grifei)

Do voto proferido pelo Desembargador Helio David Vieira Figueira, relator no julgado acima destacado, extraio:

Nessa perspectiva, a intenção do apelante com as teses de que foi vítima de fraude e de que a apelada cometeu crime contra as relações de consumo é justamente caracterizar uma punição à ré, e não propriamente o ressarcimento por um abalo à sua honra, cuja pretensão se mostra inviável.

O dano moral precisa ser demonstrado, ele não é evidente. A condenação não pode constituir um castigo (*punitive damages*) para a ré e sim o reconhecimento de uma lesão extrapatrimonial que precisa ser compensada. A presunção de dano moral traz ínsita essa problemática e não é à toa que tanto se fala em indústria de dano moral no país.

Assim, como corretamente definiu o magistrado *a quo*: “Embora a situação retratada nos autos possa ter gerado transtornos e incômodos ao autor (não se olvida disso), forçoso concluir que não teve o condão de violar sua moral, porquanto constituem aborrecimentos do cotidiano dos homens, que encontram-se sujeitos à eventos indesejados” (p. 108).

Dessa maneira, não havendo comprovação de dano decorrente da conduta da apelante capaz de gerar abalo anímico – ônus da prova que cabia exclusivamente ao autor –, não há falar em condenação do réu nesse sentido, razão pela qual há de ser reformada a decisão vergastada.

Sendo assim, merece provimento o apelo interposto, uma vez que não restam caracterizados no presente caso os danos morais.

4. Honorários recursais

O art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, determina:

§ 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.

O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu os seguintes critérios para o arbitramento da verba:

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:

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”;

o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente;

a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso; 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;

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;

não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba (AgInt nos EDcl no REsp 1357561/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 4/4/2017, DJe 19/4/2017). (grifei)

Assim, não preenchidos os requisitos para tanto, deixo de arbitrar a verba honorária recursal.

5. Resultado

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para afastar os danos morais.

É o voto.

Apelação Cível n. 0008068-55.2013.8.24.0125, de Itapema

Relatora: Desembargadora Haidée Denise Grin

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS MOVIDA CONTRA LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS EM RAZÃO DA ENTREGA DE LAUDO LABORATORIAL CONTENDO ERRO DE DIGITAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

INCONFORMISMO DO AUTOR

TESE DE QUE O RESULTADO INDICAVA QUE SUA FILHA ERA PORTADORA DE LEUCEMIA, SUSPEITA AFASTADA APÓS A REALIZAÇÃO DE HEMOGRAMA EM OUTRO ESTABELECIMENTO. LABORATÓRIO RÉU CONVENIADO A REDE PÚBLICA DE SAÚDE QUE, EM CONTESTAÇÃO, CONFIRMOU A OCORRÊNCIA DE ERRO DE DIGITAÇÃO NO LAUDO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONFIGURADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUTOR QUE APÓS A REALIZAÇÃO DE TRÊS HEMOGRAMAS COM DADOS INCONSISTENTES, RECORREU A REDE PARTICULAR DE SAÚDE PARA ATENDIMENTO E REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME (HEMOGRAMA). NEXO CAUSAL DEMONSTRADO. DEVER DE INDENIZAR O PREJUÍZO MATERIAL RECONHECIDO.

DANO MORAL FUNDAMENTADO NO ERRO DE DIGITAÇÃO. TESE NÃO ACOLHIDA. AFLIÇÃO E ANGÚSTIA COM O DADOS APRESENTADOS NOS EXAMES QUE, APESAR DE COMPREENSÍVEIS, NÃO CONDUZEM À CONDENAÇÃO DO LABORATÓRIO À REPARAÇÃO PRETENDIDA. DANO QUE NÃO SE PRESUME. ÔNUS DA PROVA DE INCUMBÊNCIA DO AUTOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 373, I, DO CPC. ABALO ANÍMICO NÃO EVIDENCIADO.

“A existência de falha na prestação do serviço, por si só, não tem o condão de ensejar o dever de reparação por danos morais. Essencial que reste verificado a existência de um dano advindo da conduta ilícita para nascer o direito à indenização. - Não se revela bastante à caracterização do abalo anímico a existência de erro de digitação [...], se o equívoco é rapidamente sanado, mediante a realização de novo exame, [...], inexistindo decorrências outras” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.070720-8, de Urubici, rel. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 3-3-2011).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0008068-55.2013.8.24.0125, da comarca de Itapema 2ª Vara Cível em que é Apelante Adriano dos Santos Rodrigues e Apelado Central de Exames Laboratório Clínico Ltda..

A Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, redistribuindo-se os ônus sucumbenciais. Custas legais.

O julgamento realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade e dele participou a Exma. Desa. Haidée Denise Grin, o Exmo. Des. Carlos Roberto da Silva e o Exmo. Des. Osmar Nunes Júnior.

Florianópolis, 15 de outubro de 2020.

Desembargadora Haidée Denise Grin
Relatora

RELATÓRIO

Em face do princípio da celeridade processual, adota-se o relatório da sentença recorrida, por sintetizar o conteúdo dos autos, *in verbis*:

Adriano dos Santos Rodrigues ajuizou demanda em face de Central de Exames Laboratório Clínico Ltda, objetivando a condenação da requerida ao pagamento de danos materiais e morais, alegando, em síntese, que: a) em 08/08/2013 levou sua filha Heloisa à Unidade Básica de Saúde da Meia Praia- SUS, por apresentar um pouco de febre; b) o médico que atendeu a criança solicitou uma série de exames, que foram realizados no laboratório da requerida; c) o resultado foi liberado no dia seguinte, apontando alteração no número de Leucócitos e Linfócitos, o que culminou na desconfiança do profissional de que a paciente poderia estar infectada pelo vírus da gripe H1N1; d) após submeter a criança a mais dois hemogramas, os resultados confirmaram as alterações na quantidade de Leucócitos e indicaram o aparecimento de Basófilos, motivo pelo qual surgiu a suspeita de Leucemia; e) após, procurar um pediatra particular, novo hemograma foi feito, em laboratório diverso, cujo resultado apontou quantidades diferentes das referidas células daquelas apresentadas nos exames anteriores, tendo o pediatra afastado a probabilidade de infecção.

Sustentou, por fim, que a situação a qual foi submetido gerou abalo à ordem moral e psíquica, pois acreditou que sua filha era portadora de Leucemia

Valorou a causa e juntou documentos (fls. 15-30).

Intimado, emendou a inicial, retificando o valor da causa e juntando documentos para comprovar sua hipossuficiência financeira, razão pela qual lhe foi deferida a justiça gratuita (fl.41).

Citada (fl. 54), a requerida apresentou contestação, alegando, preliminarmente, carência de ação, afirmando que a) não houve erros no exercício da atividade de análises clínicas, mas tão somente um único erro de digitação no resultado do exame realizado em 03/09/2013 e que os resultados constantes na linha abaixo dos Basófilos apresentam erro em decorrência do erro anterior; b) que, diante do erro, o médico deveria contatar o laboratório para confirmar o resultado do exame, ou concluir pelo erro de digitação; c) não cabe ao laboratório diagnosticar doenças, mas apresentar dados para que os profissionais da medicina possam, juntamente com outros subsídios, diagnosticar doenças d) os resultados fornecidos pela ré são semelhantes aos apresentado pelo laboratório posteriormente contratado; e) não há laudo médico que comprove as suspeitas de patologias concluídas pelo requerente.

Quanto ao mérito, aduz que: a) não há provas que houve erros nos resultados dos exames e que a contagem dos leucócitos estava errada e que ensejaria a suspeita de leucemia; b) houve pequenas diferenças nos resultados, devidas ao decurso de prazo entre exames e ao uso de medicamentos para tratamento e por fatores externos; c) não foram realizados ou pedidos exames de análises clínicas para diagnóstico de Gripe (Influenza) A (H1N1), não sendo correto o diagnóstico com base na contagem de leucócitos; bem como o de Leucemia sem demais exames laboratoriais, tendo, portanto, o autor deduzido sem razão; d) que o erro de digitação não enseja obrigação de indenizar.

Requeru, por derradeiro, o julgamento pela a improcedência dos pedidos.

Em réplica, o requerente sustentou, notadamente, que a requerida, ao juntar o exame contendo o suposto erro de digitação, omitiu a contagem de plaquetas - informação esta constante no exame juntado pelo autor, que poderia indicar que a paciente fosse portadora de Leucemia.

Intimadas para especificarem as provas que pretendiam produzir, as partes mantiveram-se inertes (fl.147).

Vieram-se os autos conclusos para julgamento antecipado (pp. 149-150).

Ao relatório acrescenta-se que sentenciando o feito, a Magistrada Sabrina Menegatti Pítsica julgou improcedentes os pedidos formulados na peça inaugural. Condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários sucumbenciais do procurador da parte adversa, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade em razão do benefício da justiça gratuita concedido à p. 41.

Irresignado o autor interpôs o presente apelo (pp. 155-162).

Nas suas razões recursais, defendeu que “ao divulgar um resultado de exame, o ente prestador deve acautelar-se de todos os procedimentos necessários à preservação da integridade física e moral do paciente, inclusive quanto aos riscos do exame e à imprecisão do resultado, sob pena de responder pelos danos produzidos em decorrência da indicação de diagnóstico errôneo” (p. 158).

Continuou dizendo que “não resta qualquer dúvida quanto ao dever de indenizar, vez que o laboratório, como prestador de serviços, tem o dever e a responsabilidade de divulgar informações corretas e precisas, necessárias à exata delimitação do bem objeto do contrato e no presente caso, não há qualquer dúvida acerca dos prejuízos sofridos pelo autor. Reside, pois, nesses aspectos, a culpa do laboratório/apelado, de modo a caracterizar o primeiro elemento da responsabilidade civil, conduzindo-se, via de consequência, ao dever de indenizar. O laboratório, ora Apelado, admitiu o equívoco, portanto a ação deveria ter sido julgada procedente a título de danos morais e materiais” (pp. 159-160).

Discorreu acerca dos critérios para fixação do dano moral e, por fim, pugnou pela reforma do *decisum* vergastado.

Com as contrarrazões (pp. 169-175), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

Cinge-se a questão a verificação de desacerto da sentença que reconheceu a existência de ato ilícito mas não o dever de reparar os danos morais e materiais vivenciados pelo autor em decorrência das inconsistências no resultado dos exames de Hemograma realizados em sua filha pelo laboratório apelado.

Ao fundamentar a improcedência da ação, a Magistrada *a quo* consignou que, em que pese

reconhecida a falha na prestação de serviço, com relação aos danos materiais “não há prova nos autos que o autor teve a necessidade de contratar outro profissional e, sim, houve preferência por parte dos pais ‘os pais preferiram procurar um pediatra particular (...)’ (fl. 14”, razão pela qual não deve ser restituído o valor despendido coma consulta médica (fl. 29), tampouco os demais exames realizados era desnecessários” (p. 152).

No tocante ao dano moral, concluiu que “da detida análise dos autos, vislumbro que o requerente trouxe apenas suposições para o feito. Não há sequer um laudo médico ou requerimento de exames complementares que demonstram a suspeita de acometimento de Leucemia pela filha do autor” (p. 152).

Data vênia, não me parece de todo acertado esse entendimento.

Explico.

A relação jurídica havida entre as partes é tipicamente de consumo, compreendendo-se o autor e o laboratório réu aos conceitos de consumidor e fornecedor estabelecidos, respectivamente, nos arts. 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o réu atuou como prestador de serviços, ao passo que o autor é o destinatário final do serviço prestado.

Logo, se está diante de caso de responsabilidade objetiva, respondendo o laboratório réu, portanto, independentemente de culpa, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, salvo se presentes algumas das excludentes da responsabilidade civil arroladas no parágrafo terceiro do referido artigo, *in verbis*

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, dentre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º. O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse norte, a procedência da obrigação indenizatória depende da presença dos requisitos necessários à sua caracterização, quais sejam: o dano, a conduta causadora do prejuízo e o nexo causal entre estes, prescindindo-se portanto da prova de culpa ou dolo.

Satisfeitos tais pressupostos, o fornecedor arcará com os prejuízos ocasionados ao consumidor, frisa-se, independentemente de culpa.

Sobre o tema em discussão – equívoco em resultado de laudo laboratorial - o Superior Tribunal de Justiça já manifestou-se no sentido de que “o diagnóstico inexato fornecido por laboratório [...] levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c/c o 3º do CDC)” (STJ, REsp 594962/RJ. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 9-11-2004).

Do corpo acórdão destaca-se

É considerado inadmissível que um laboratório se proponha à realizar serviços de exames e análises dos mesmos e de materiais de pacientes e que, muitas vezes, em função do despreparo de seus prepostos, forneçam resultados de exames com erro, causando gravames até mesmo emocionais aos seus clientes, inclusive, em afronta ao Código de Defesa do Consumidor (art. 14).

Diante disso, forçoso reconhecer que o equívoco cometido pelo laboratório apelado não pode ser desconsiderado, haja vista que, o esperado por aqueles que buscam este tipo de serviço é justamente a exatidão, clareza, e certeza de todos os dados transcritos no laudo laboratorial.

Destaca-se que, na hipótese em apreço, não há discussão se houve ou não o erro na conclusão do laudo, tendo o laboratório apelado reconhecido em sua defesa que houve erro de digitação (p. 58). Todavia, deve-se analisar se o mencionado erro de digitação foi a causa dos danos materiais e morais suportados pelo apelado.

Nesse contexto, infere-se da narrativa lançada na peça inaugural que o apelante compareceu a Unidade Básica de Saúde na data de 8-8-2013, pois sua filha apresentava um pouco de febre. O médico que realizou o atendimento naquela unidade prescreveu inicialmente medicação para o controle daquele sintoma e solicitou a realização de exames de sangue, os quais foram realizados no laboratório apelado que mantém convênio com a referida Unidade Básica de Saúde.

Diante dos resultados apresentados em 9-8-2013, o médico diagnosticou a filha do autor com o vírus influenza (Gripe A), prescrevendo medicamentos para o combate do vírus e, ao término da medicação, a realização de novo hemograma.

Finalizado o tratamento, repetiu-se o exame, tendo o resultado apresentado em 15-8-2013, registrado números de leucócitos e linfócitos altos em relação aos valores referenciais, indicativos de que persistia o quadro infeccioso. Por precaução, o médico solicitou a realização de novos exames após 15 (quinze) dias.

Em 3-9-2013, obtiveram o resultado dos novos exames, no qual verificou-se o aumento dos leucócitos e agora, também, aumento dos basófilos. Diante do último resultado, o médico teria sugerido a realização de novos exames em outro laboratório e o encaminhamento ao pediatra do SUS para um parecer especializado.

Narrou que “devido a preocupação do médico quanto ao resultado do exame, os pais preferiram procurar um pediatra particular, uma vez que pelo que o médico do posto deixou entender, pelos resultados dos três Hemogramas a menor poderia estar desenvolvendo um quadro de Leucemia, principalmente pelo fato dos Leucócitos e Basófilos estarem altos” (p. 4).

Continuou dizendo que, preocupado com a gravidade do quadro clínico de sua filha, procurou um médico particular (pediatra) que, após analisar os laudos elaborados pelo apelado, solicitou nova bateria de exames, os quais foram realizados em laboratório particular e apresentaram resultados diferentes dos hemogramas anteriores, descartando-se assim, a possibilidade da menor estar com leucemia.

Dito isso, passa-se a análise dos pleitos reparatórios separadamente.

Dos danos materiais.

No caso em apreço, é fato incontroverso o equívoco do laboratório apelado que reconheceu a ocorrência de erro de digitação quando da confecção do último hemograma realizado na filha do apelante em 3-9-2013.

Tal circunstância/insegurança culminou na realização de consulta médica e exames laboratoriais na rede privada, cujos valores despendidos pelo apelante restaram comprovados às pp. 28-29.

Nesse particular, registra-se que ao contrário do que restou consignado na sentença combatida, a procura pela rede privada não foi uma preferência dos genitores da menor. Ora, que pai recebe laudos laboratoriais com valores acima daqueles indicados nos valores de referência e, podendo, não busca outros meios para esclarecer os fatos com a maior brevidade possível.

Quando o assunto é a saúde de um filho não se trata de preferência e, sim, de agilidade de diagnóstico e, se necessário, de tratamento.

Assim, considerando que o apelante inicialmente buscou atendimento na rede pública e, tão somente, recorreu ao atendimento na rede particular após as inconsistências nos resultados laboratoriais realizados pelo apelado, conclui-se que restou demonstrado o nexo de causalidade entre o defeito na prestação do serviço e as despesas efetuadas pelo apelante para averiguação do real estado de saúde da sua filha.

Ademais, cabia ao apelado o ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do apelante, conforme art. 333, II, do CPC/1973, porém não o fez.

Portanto, merece alteração a sentença de primeiro grau quanto ao pleito de indenização por danos materiais para condenar o apelado a pagar ao apelante o valor de R\$ 490,00 (quatrocentos e noventa reais), acrescidos de correção monetária pelo INPC a partir do evento danoso, conforme dispõe a Súmula 43 do STJ e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, segundo dispõe o art. 240 do Código de Processo Civil e art. 405 do Código Civil.

Dos danos morais.

No tocante aos danos morais, estes são questionáveis no caso em tela.

Não há discussões se houve ou não o erro de digitação, é incontestável que houve sim um erro. Todavia, deve-se analisar se o mencionado erro de digitação foi a causa dos danos morais suportados pelo apelado.

Sabe-se que “por se tratar de algo imaterial, a prova do dano moral não pode ser satisfeita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação de dano material.[...]. Nesse contexto, a tarefa do operador jurídico é a de perguntar-se se razoavelmente estaria diante de determinada conduta potencialmente ofensiva, presumindo-se ou não o dano moral, sem olvidar o paradigma do homem-médio. Essa permissiva encontra-se disposta no artigo 335 do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 375 do CPC/2015), *in verbis*: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”. Deve-se analisar, portanto, as circunstâncias que envolveram o possível dano, bem como a intensidade do seu fato gerador, as quais permitem que o julgador edifique sua presunção, sempre utilizando como norte os critérios da razoabilidade e bom senso (TJSC, Apelação n. 0001813-55.2010.8.24.0006, de Barra Velha, rel. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 2-6-2016)

In casu, não se desconhece a angústia e a ansiedade sofrida pelo apelante em razão das inúmeras possibilidades que poderiam significar os números erroneamente lançados pelo laboratório apelado quando da confecção do laudo de sua filha. Contudo, a existência de falha na prestação do serviço, por si só, não tem o condão de ensejar o dever de reparação por danos morais. Essencial que reste verificado a existência de um dano advindo da conduta ilícita para nascer o direito à indenização.

Não infere-se do conjunto probatório carreado aos autos qualquer indício de prova da suspeita médica de que a filha do apelante poderia ser portadora de patologia grave – Leucemia ou que, diante das alegadas suspeitas médicas, tenha-se dado início a tratamento específico.

O fato de ter sido determinada a repetição dos exames que, felizmente, descartaram a existência de qualquer enfermidade, não é situação passível de reconhecimento presumido de dano moral.

Ademais, deve-se levar em consideração que a situação vivenciada pelo autor não perdurou por muito tempo, do primeiro ao último exame realizados, transcorreu pouco menos de um mês.

Diante disso, filio-me ao entendimento da Magistrada de primeiro grau, cujo argumento adota-se como razão de decidir:

Da detida análise dos autos, vislumbro que requerente trouxe apenas suposições para o feito. Não há sequer um laudo médico ou requerimento de exames complementares que demonstram a suspeita de acometimento de Leucemia pela filha do autor.

Obviamente, não se pode negar que um pai fique apreensivo ao desconhecer o estado de saúde de sua prole, após uma série de exames. Entretanto, o simples exame laboratorial não pode basear um diagnóstico e, sim, somado a demais evidências, dar suporte ao médico responsável para que chegue à conclusão (pp. 152-153).

Nesse sentido, colhe-se precedentes desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LAUDO EQUIVOCADO. ULTRASSOM QUE APONTA A PRESENÇA DE ÓRGÃOS FEMININOS EM MENINO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM - ERRO DE DIGITAÇÃO. NOVO EXAME REALIZADO. CIENTIFICAÇÃO DA FAMÍLIA DA INCORREÇÃO. EMBARAÇO QUE NÃO IMPLICA ILICITUDE. - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. - A existência de falha na prestação do serviço, por si só, não tem o condão de ensejar o dever de reparação por danos morais. Essencial que reste verificado a existência de um dano advindo da conduta ilícita para nascer o direito à indenização. - Não se revela bastante à caracterização do abalo anímico a existência de erro de digitação ocorrida em laudo de exame de ultrassonografia, que a aponta a existência de órgãos femininos (ovários e saco de Douglas) em menino de 11 anos de idade, se o equívoco é rapidamente sanado, mediante a realização de novo exame, e há declaração do próprio médico assistente no sentido de que esclareceu prontamente que nenhuma anormalidade havia, inexistindo decorrências outras. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.070720-8, de Urubici, rel. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 3-3-2011).

E deste Órgão Fracionário:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESULTADO DE EXAME LABORATORIAL QUE INDICAVA POSSIBILIDADE DE REINCIDÊNCIA DA MOLÉSTIA OUTRORA TRATADA PELA DEMANDANTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. EXAME QUE DEMANDA INTERPRETAÇÃO MÉDICA. INEXISTÊNCIA DE DIAGNÓSTICO. SITUAÇÃO QUE APESAR DE ANGUSTIANTE NÃO GERA DANO MORAL. AUTORA QUE NÃO FOI SUBMETIDA A NENHUM TRATAMENTO EM RAZÃO DO RESULTADO. PROCEDIMENTO REFEITO EM OUTRO LABORATÓRIO QUATRO DIAS DEPOIS, DESFAZENDO-SE A IMPRESSÃO INICIAL. DANO MORAL INEXISTENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301285-75.2015.8.24.0004, de Araranguá, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 8-8-2019).

Logo, conclui-se que a situação vivenciada pelo autor, encontra-se naquele campo de situações da vida a que todos estamos sujeitos a passar e, por esta razão, não merece reparo o comando judicial de primeiro grau nesse particular.

Diante da reforma parcial da sentença, tem-se que o apelante obteve acolhimento de parte dos seus pedidos, razão pela qual deve ser reconhecida a sucumbência recíproca entre os litigantes, a teor do art. 86, *caput*, do Código de Processo Civil.

Assim, cada parte deve responder na proporção de 50% (cinquenta por cento) pelas custas e despesas processuais.

Quanto aos honorários advocatícios, com fulcro no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, restam fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação. Fica, contudo, sobrestada a exigibilidade do pagamento dos ônus sucumbências pelo apelante ao apelado, em razão do benefício da justiça gratuita concedido à p. 41.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para reformar a sentença objurgada e, por consequência, julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais, a fim de condenar o laboratório apelado ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 490,00 (quatrocentos e noventa reais) acrescidos de correção monetária pelo INPC a partir do evento danoso, conforme dispõe a Súmula 43 do STJ e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, segundo dispõe o art. 240 do Código de Processo Civil e art. 405 do Código Civil. Redistribuído o ônus sucumbencial.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0004662-82.2010.8.24.0011

Relator: Desembargador Carlos Roberto da Silva

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. SENTENÇA QUE REJEITOU OS EMBARGOS MONITÓRIOS E JULGOU PROCEDENTE O PLEITO INAUGURAL.

INSURGÊNCIA DOS RÉUS.

PRETENDIDA INVALIDADE DA COBRANÇA DOS SERVIÇOS SOB ALEGAÇÃO DE ESTADO DE PERIGO. REJEIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS APTOS A COMPROVAR A ONEROSIDADE EXCESSIVA DA CONTRAPRESTAÇÃO E O DOLO DE APROVEITAMENTO DO HOSPITAL CREDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO CIVIL. CONTRATAÇÃO EM MOMENTO DE PERIGO IMINENTE À SAÚDE QUE, POR SI SÓ, NÃO VICIA O CONSENTIMENTO EM RELAÇÃO AOS TERMOS DO CONTRATO ADERIDO. ABUSIVIDADE DOS VALORES COBRADOS NÃO DEMONSTRADA. ÔNUS QUE INCUMBIA AOS EMBARGANTES (ART. 333, II, DO CPC/1973). SENTENÇA MANTIDA.

“A assinatura de contrato em momento de grave estado de saúde de familiar não constitui, por si só, o estado de perigo caracterizador de vício de vontade. Inexistente qualquer indicativo de onerosidade excessiva ou provas para fundamentar a ocorrência do vício de consentimento, permanece hígida a avença firmada, com a imposição dos adimplementos respectivos” (TJSC, Apelação Cível n. 0309234-25.2017.8.24.0023, da Capital, rel. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 4-2-2020). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0004662-82.2010.8.24.0011, da comarca de Brusque (Vara Comercial) em que são Apelantes Sérgio Luiz Ecoel e Lígia Maria Wagner Ecoel e Apelada Associação Hospitalar e Maternidade Cónsul Renaux.

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Exmo. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, presidente com voto, e o Exmo. Des. Osmar Nunes Júnior.

Presidiu a sessão a Exma. Des. Haidée Denise Grin.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2020.

Carlos Roberto da Silva

RELATOR

RELATÓRIO

Sérgio Luiz Eccel e Lígia Maria Wagner Eccel interuseram recurso de apelação contra

sentença (fls. 269-275) que, nos autos da ação monitória ajuizada por Associação Hospitalar e Maternidade Cônsul Carlos Renaux, rejeitou os embargos monitórios opostos pelos apelantes e julgou procedente o pedido inicial.

Para melhor elucidação da matéria debatida nos autos, adota-se o relatório da sentença recorrida:

Trata-se de monitória através da qual a Associação Hospitalar e Maternidade Cônsul Carlos Renaux busca cobrar de Sérgio Luiz Eccel e Lígia Maria Wagner Eccel, está na condição de devedora solidária, os serviços médico-hospitalares prestados em favor do primeiro demandado.

A inicial veio instruída com o contrato de internação hospitalar, firmado pela requerida Ligia (fls. 27/28), pelos extratos da conta paciente (fls. 31/5) e pela nota fiscal de fls. 30.

À parte autora restou concedido benefício da justiça gratuita (fls. 59).

Citada, a parte requerida opôs embargos. Aduz, em síntese, que não havia vaga para internação do demandado Sérgio nos hospitais da rede pública, pelo SUS, razão pela qual não poderia a autora cobrar por serviços prestados em casos de urgência e emergência. Assim, o contrato de prestação de serviços é nulo porquanto firmado em estado de perigo. Por fim, questiona parte dos valores cobrados, notadamente os honorários médicos.

Houve impugnação ao embargos.

A audiência de conciliação restou infrutífera (fls. 254)

Da parte dispositiva do *decisum*, extrai-se a síntese do julgamento de primeiro grau:

Assim sendo, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido deduzido nos embargos, extinguindo-os com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, constituindo de pleno direito o crédito cobrado no valor original de R\$ 23.701,58, sobre o qual incidirá correção monetária deste a data do vencimento e juros moratórios de 01% ao mês a partir da citação.

Condeno a parte embargante ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (Dois mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, considerando, principalmente, o trabalho despendido pelo patrono da parte adversa. A cobrança, contudo, resta suspensa, pois concedo-lhe o benefício da justiça gratuita (grifo nosso).

Em suas razões recursais (fls. 279-304) os réus asseveram que “apesar da possibilidade de empreendimento privado na área da saúde, as instituições particulares de promoção, proteção e recuperação da integridade física e psíquica humanas igualmente devem prestar atendimento universal aos cidadãos no caso de urgência, tal qual os estabelecimentos pertencentes ao Sistema Único de Saúde, independentemente de pagamento” (fls. 282-283).

Aduzem que “o hospital, investido na sua supremacia, aproveitou-se da situação de urgência da

família e do quadro de clínico agudo do recorrente para conseguir o intento, coagindo a recorrente a assinar o documento de fls. 27/28” (fl. 287).

Alegam que a esposa do paciente “estava sob o arbítrio do hospital que, sob ameaças de não atendimento ao seu marido, não vendo alternativa, a não ser sujeitar-se, assinou o contrato de fls. 27/28 que, assinado sob coação, em circunstância totalmente viciada, tornando o mesmo plenamente nulo” (fl. 287).

Sustentam que “no momento da internação a recorrente encontrava-se extremamente agitada e nervosa, sem saber a quem recorrer e o que fazer, tendo assinado o documento de fls. 27/28 sem ter noção do que se tratava, e sem sequer ter sido informada dos custos que estava sendo obrigada a arcar” (fl. 290).

Impugnaram, ainda, os valores cobrados a título de honorários médicos, materiais e medicamentos, sob a alegação de serem abusivos e desproporcionais ao preço usualmente praticado no mercado.

Defenderam, também, a aplicação da lista de procedimentos médicos outorgada pela Associação Médica Brasileira e pelo Conselho Federal de Medicina, como referência para a cobrança dos honorários médicos.

Sob tais fundamentos, postulam a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido inicial, declarando nulo o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares.

Com as contrarrazões (fls. 309-315), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que rejeitou os embargos monitórios opostos pelos apelantes e acolheu o pleito formulado na inicial da ação monitória ajuizada pelo estabelecimento hospitalar apelado.

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se da apelação interposta.

De início, destaca-se que a decisão recorrida foi publicada quando ainda vigente o Código de Processo Civil de 1973 (21-9-2015- fl. 276), 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 novo Código de Ritos.

Tem-se como fato incontroverso, porque reconhecido expressamente pelas partes, que a primeira demandada/recorrente firmou, em 17-5-2010, contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, em decorrência da internação e tratamento médico a que foi submetido o seu esposo, ora também apelante, no nosocômio apelado (fls. 27-28).

A controvérsia, portanto, cinge-se em averiguar a (in)ocorrência de estado de perigo no momento da assinatura do contrato, bem como a (in)existência de abusividade dos valores cobrados pelo serviço.

Sobre tais pontos, então, debruçar-se-á a presente decisão.

Adianta-se, desde já, que o apelo não comporta acolhimento.

Os insurgentes defendem que houve vício de consentimento ao firmarem o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares após não terem conseguido vaga em hospital da rede pública. Nesse contexto, afirma a segunda ré que devido ao grave quadro de saúde de seu marido, ora primeiro demandado, obrigou-se a aceitar os termos propostos pela autora, assumindo encargo excessivamente oneroso.

Contudo, razão não lhes assiste.

Como sabido, o Código Civil, em seu Capítulo IV, do Livro III, possibilita a anulação dos atos jurídicos, denominando isto como “defeitos do negócio jurídico”, conforme expõe em seu art. 171, II, *in verbis*:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

[...]

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Considerando, como é sabido, que a declaração de vontade é requisito essencial à existência do negócio jurídico, tem-se que quando a vontade se revela discrepante em relação à declaração, ocorre o que se denomina como vício de consentimento, conforme extrai-se da doutrina:

A manifestação de vontade é um dos requisitos essenciais da existência do negócio jurídico. Para que este tenha validade e possa produzir efeitos jurídicos é necessário que a vontade seja manifestada de forma livre e consciente. No entanto, é possível que ocorra algum defeito jurídico na declaração de vontade, por deficiência de esclarecimento ou de liberdade, o que dará azo a anulação do negócio jurídico.

O fundamento da teoria dos defeitos do negócio jurídico é a ruptura do equilíbrio de seus elementos essenciais. É o desequilíbrio na atuação da vontade relativamente à sua própria declaração (vícios de consentimento) ou às exigências da ordem legal (vício social).

[...]

O erro, dolo, estado de perigo e lesão são chamados de vícios de consentimento, já que existe uma influência externa sobre a vontade manifestada, o que causa uma desarmonia entre o querer do agente e sua manifestação externa (MELLO, Cleyson de Moraes. *Código Civil comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 209).

Também como é de conhecimento, dentre os vícios de consentimento que ensejam a anulação dos negócios jurídicos, encontra-se o estado de perigo, com previsão no art. 156 do Código Civil, que dispõe “configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.”

Sobre o assunto, Flávio Tartuce explica:

De acordo com o art. 156 do CC, haverá estado de perigo toda vez que o próprio negociante, pessoa de sua família ou pessoa próxima estiver em perigo, conhecido da outra parte, sendo este a única causa para a celebração do negócio. “[...] “Pois bem, no estado de perigo, o negociante temeroso de grave dano ou prejuízo acaba celebrando o negócio, mediante uma prestação exorbitante, presente a onerosidade excessiva (elemento objetivo). Para que tal vício esteja presente, é necessário que a outra parte tenha conhecimento da situação de risco que atinge o primeiro, elemento subjetivo que diferencia o estado de perigo da coação propriamente dita e da lesão. Com tom didático, é interessante a fórmula a seguir: “ESTADO DE PERIGO = Situação de perigo conhecido da outra parte (elemento subjetivo) + onerosidade excessiva (elemento objetivo).” (*Manual de Direito Civil*: volume único. São Paulo: Método, 2014, p. 236-237).

Assim, verifica-se a ocorrência do estado de perigo não somente com a assunção de uma obrigação em razão de uma situação de perigo, sendo fundamental, também, que a contraprestação assumida seja excessivamente onerosa, isto é, desproporcional ao ato praticado.

No caso em apreço, analisando-se os elementos contidos no caderno processual, percebe-se que a questão foi corretamente equacionada na instância *a quo*.

Isso porque, em que pese as alegações dos recorrentes, não ficou devidamente caracterizado o estado de perigo na hipótese, porquanto não comprovada a onerosidade excessiva da obrigação assumida e o dolo de aproveitamento da parte autora na negociação.

Explica-se.

Primeiro, embora não se olvide que o primeiro réu tenha sido internado em estado grave de saúde no hospital embargado, não ficou demonstrado que à referida internação tenha precedido procura por vagas na rede pública de saúde. Ora, ainda que no momento da internação não existissem vagas disponíveis nos hospitais públicos, não há provas nos autos de que os recorrentes tenham buscado prévio atendimento médico-hospitalar por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), antes de procurarem o hospital particular ora embargado.

No ponto, importante ressaltar, como muito bem apontado pelo Magistrado de origem, que “as deficiências apresentadas pela rede pública de saúde não podem obrigar o hospital embargado – instituição privada – a prestar serviço público falho, sendo irrelevante que este preste atendimento filantrópico em determinadas situações” (fl. 273).

Ademais, é de conhecimento notório que os tratamentos médicos particulares costumam ser melhores, ou mais completos, do que aqueles prestados pelo sistema único de saúde, justamente

em razão da remuneração do serviço, porquanto possibilita um maior número de profissionais disponíveis para os pacientes, infraestrutura mais adequada e maior individualização no atendimento, de modo que não há como se imputar às instituições particulares o ônus de cumprir, de forma gratuita, o dever que é atribuído exclusivamente ao poder estatal.

E, segundo, não obstante pudesse estar a segunda demandada abalada psicologicamente em razão do perigo iminente à saúde de seu cônjuge, tal fato não foi suficiente para, por si só, viciar o consentimento em relação aos termos do contrato ao qual aderiu, sobretudo porque, como já dito, não restou demonstrado que a contraprestação assumida foi excessivamente onerosa.

Nesse passo, oportuna a transcrição de trecho de acórdão em voto do Des. Saul Steil, por ocasião do julgamento da Apelação Cível n. 0300305-37.2014.8.24.0078, em 7-11-2017:

De certa forma, é inerente aos contratos de prestação de serviços médico-hospitalares, sobretudo no âmbito emergencial, que a parte que representa o paciente possua com ele algum vínculo afetivo, restando abalada pela sua enfermidade. Isso não significa, contudo, que haja vício de consentimento. Caso assim se entendesse, todo contrato de atendimento emergencial firmado em convênio particular seria passível de anulação, o que acabaria por inviabilizar a atividade dos hospitais.

Na mesma toada, da Corte Superior de Justiça:

O tão-só sacrifício patrimonial extremo de alguém, na busca de assegurar a sua sobrevivência ou de algum familiar próximo, não caracteriza o estado de perigo, pois embora se reconheça que a conjuntura tenha premido a pessoa a se desfazer de seu patrimônio, a depauperação ocorrida foi conscientemente realizada, na busca pelo resguardo da própria integridade física, ou de familiar. [...] (REsp 1680448/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 29/08/2017).

Outrossim, não obstante a impugnação dos embargantes quanto aos valores do serviço prestado, conclui-se que não lograram êxito em demonstrar, ainda que minimamente, qualquer indício probatório de que tenham sido excessivos ou, ainda, desproporcionais aos preços usualmente praticados no mercado.

Em relação aos honorários médicos, inviável a pretendida equiparação com o valor cobrado pelos planos de saúde, pois o paciente foi atendido na modalidade particular. Assim, inexistente qualquer obrigação legal que submeta o hospital apelado à tabela de honorários dos planos de saúde.

Quanto aos valores dos materiais e medicamentos, igualmente não se visualiza a abusividade. Primeiramente, cumpre asseverar que o valor efetivamente cobrado (R\$ 28.000,00 – vinte e oito mil reais - fl. 30) é inferior àquele apresentado na conta do paciente (fls.120-128), pois houve a promoção de um desconto por parte do hospital embargado. Assim, eventuais divergências entre a nota fiscal (fls. 30) e os extratos da conta do paciente (fls. 31-35) perdem relevância.

Ademais, o fato de alguns produtos e medicamentos custarem menos em outros estabelecimentos não induz à conclusão da alegada abusividade (fls. 129-172), considerando ser pequena a variação de preços verificada, a qual decorre do princípio da livre concorrência.

Nesse cenário, a “conta paciente” que instrui a inicial (fls. 31-35) discrimina todos os procedimentos e equipamentos empregados na internação do apelante Sérgio, sendo que os valores cobrados não destoam daqueles apresentados por outras instituições médicas privadas.

De se registrar, ainda, que intimados para comparecer em audiência (fls. 252-252), os insurgentes não estiveram presentes ao ato (fl. 254), momento no qual o hospital apelado requereu o julgamento antecipado do feito, sem objeção da parte contrária. Assim, abdicaram da produção de outras provas que poderiam corroborar a tese defendida.

Por outro lado, como é sabido, a aplicabilidade ao caso em estudo do Código de Defesa do Consumidor não desonera os recorrentes do dever de produzir prova ou demonstrar minimamente indícios de suas alegações, conforme orientação da Súmula 55 do Órgão Especial desta Corte: “A inversão do ônus da prova não exime o consumidor de trazer aos autos indícios mínimos do direito alegado na inicial quando a prova lhe diga respeito”.

Nesse passo, considerando que a prova da onerosidade excessiva dos importes cobrados como contraprestação dos serviços médico-hospitalares prestados ao primeiro réu poderia (aliás, deveria) ter sido facilmente produzida pela via documental adequada, conclui-se que os recorrentes não se desincumbiram do ônus que lhes competia, nos termos do art. 333, II, do CPC/1973.

A propósito, colhe-se precedente desta Corte de Justiça em situação semelhante:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO MONITÓRIA - COBRANÇA DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES - DENUNCIÇÃO DA LIDE À OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - INCOMPATIBILIDADE PROCEDIMENTAL - PRECEDENTES - DISCUSSÃO DE COBERTURA A SER TRAVADA EM AÇÃO PRÓPRIA - CPC, ART. 125, §1º

“Incabível a denúncia da lide à operadora do plano de saúde em ação monitoria objetivando a cobrança de despesas médico-hospitalares que não estão cobertas pelo contrato, não obstante o exercício de eventual direito de regresso em ação autônoma” (AI n. 4023128-27.- 2018.8.24.0900, Des. João Batista Góes Ulysséa).

CIVIL - AÇÃO MONITÓRIA - COBRANÇA DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES - ESTADO DE PERIGO - REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS - CC, ART. 156 - EXEGESE

A assinatura de contrato em momento de grave estado de saúde de familiar não constitui, por si só, o estado de perigo caracterizador de vício de vontade. Inexistente qualquer indicativo de onerosidade excessiva ou provas para fundamentar a ocorrência do vício de consentimento, permanece hígida a avença firmada, com a imposição dos adimplementos respectivos. (TJSC, Apelação Cível n. 0309234-25.2017.8.24.0023, da Capital, rel. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 4-2-2020 – grifo nosso).

Assim, não pode a apelada ficar privada do legítimo direito de receber pelos serviços

reconhecidamente prestados ao primeiro réu, diante da mera alegação de vício de consentimento por estado de perigo, cujos requisitos não restaram devidamente comprovados nos autos.

Dessarte, conclui-se que o recurso deve ser improvido e a sentença mantida.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, conforme fundamentação supra.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Interpeleção (Grupo Civil/Comercial) Nº 5007920-96.2020.8.24.0000/SC

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

REQUERENTE: BANCO DO EMPREENDEDOR

ADVOGADO: RAFAEL BERTOLDI COELHO (OAB SC023103) REQUERIDO: Juízo do Juizado Especial Cível da Comarca de Itajaí

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - INSTAURAÇÃO FUNDADA EM DECISÕES DOS JUIZADOS ESPECIAIS, VISANDO SOLUCIONAR QUESTÃO AFETA À LEI N. 9.099/1995 - POSSIBILIDADE, COM VISTAS À UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA - TODAVIA, AUSÊNCIA, COMO REGRA, DE JURISDIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS - INCOMPETÊNCIA DESTE SODALÍCIO - REMESSA DOS AUTOS À TURMA DE UNIFORMIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUIZADOS ESPECIAIS DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (ART. 66C DO REGIMENTO INTERNO DAS TURMAS DE RECURSOS DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA) - INCIDENTE NÃO CONHECIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, não conhecer do presente incidente, determinando-se a remessa dos autos à Turma de Uniformização do Sistema de Juizados Especiais do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (art. 66C do Regimento Interno das Turmas de Recursos do Sistema dos Juizados Especiais do Estado de Santa Catarina), a quem cabe verificar a presença dos pressupostos de admissibilidade correspondentes, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 09 de setembro de 2020.

RELATÓRIO

Banco do Empreendedor instaurou incidente de resolução de demandas repetitivas perante esta Corte de Justiça objetivando solucionar questão afeta à possibilidade de ajuizamento de execuções no foro de domicílio do executado, em causas de competência dos Juizados Especiais e, portanto, sujeitas à normativa da Lei n. 9.099/1995.

Afirmou ter por fim social a cobrança de créditos titularizados por microempreendedores, propondo diversos feitos em juízo com vistas à satisfação dos credores.

Narrou que, nos processos em comento, observou a competência territorial descrita no art. 4º, I, da Lei dos Juizados Especiais, pelo que compete ao juízo de domicílio do acionado o processamento e deliberação do litígio.

Explanou que, não obstante, vários processos restaram extintos, pois os magistrados respectivos entenderam pela competência do juízo de domicílio da requerente para julgamento do feito, o que implicou na interposição de diversos recursos inominados.

Postulou, liminarmente, a suspensão dos processos envolvendo a “quaestio” e, ao fim, diante da controvérsia delineada, a pacificação da questão por este Sodalício.

É o necessário relatório.

VOTO

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas instaurado com vistas à fixação de entendimento relativo à competência do juízo de domicílio do exequente para ajuizamento de execuções da alçada dos Juizados Especiais, com fulcro no art. 4º, I, da Lei n. 9.099/1995.

O incidente em comento possui previsão no art. 976 do Código Processual Civil, que estabelece os requisitos pertinentes:

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.

Nessa linha, muito embora a Lei dos Juizados Especiais não contenha previsão semelhante, nada obsta a aplicação do artigo transcrito às causas de alçada da aludida legislação, porquanto os Juizados Especiais Estaduais não contam com mecanismo de uniformização de suas decisões, diferentemente do que ocorre nos diplomas regentes dos Juizados Especiais Federais e Juizados Especiais da Fazenda Pública (Leis n. 10.259/2001 e 12.153/2009, respectivamente).

É que a função do instituto, de conferir segurança jurídica à aplicação do Direito e de assegurar a isonomia entre os jurisdicionados, recomenda que a técnica incida mesmo nos processos fundados na Lei n. 9.099/1995, otimizando-se, assim, a prestação jurisdicional, em favor dos princípios da celeridade e da economia.

Nesse sentido, já se posicionou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

PROJETO DE SÚMULA - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMADNAS REPETITIVAS - SUSCITAÇÃO COM BASE EM DEMANDAS REPETITIVAS EM CURSO NOS JUIZADOS

ESPECIAIS - POSSIBILIDADE - ENTENDIMENTO ADOTADO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA SEÇÃO CÍVEL DESTES TRIBUNAL - APROVAÇÃO DA SÚMULA, NOS TERMOS PROPOSTOS.
- Não havendo divergência entre o posicionamento prevalecente na Primeira e na Segunda Seção Cível deste Tribunal, deve ser acolhida a proposição e editada súmula, no sentido de que “**o incidente de resolução de demandas repetitivas poderá ser suscitado com base em demandas repetitivas em curso nos juizados especiais**”. (TJMG, Projeto de Súmula 1.0000.19.170107-7/000, Rel. Des. Moreira Diniz, j. em 11/3/2020) (sem grifos no original)

Todavia, é sabido que, em regra, não cabe ao Tribunal de Justiça apreciar as causas deliberadas pelos Juizados Especiais, sendo a competência recursal conferida a uma Turma Recursal, na forma do art. 41, § 1º, da Lei n. 9.099/1995:

Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

§ 1º O recurso será julgado por uma turma composta por três Juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

Desse modo, decorre da sistemática processual ser atribuição do próprio Juizado Especial resolver as divergências jurisprudenciais surgidas de suas decisões, a fim de preservar o objetivo da criação de tais juízos.

Corroborando tal conclusão, dispõe o art. 978 da Lei Adjetiva Civil, que o órgão que delibera o incidente deve igualmente julgar o processo do qual aquele se originou:

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. 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.

Assentando a competência dos Juizados Especiais, colhe-se o seguinte julgado:

PROCESSO CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. CAUSA DE ORIGEM EM CURSO NOS JUIZADOS ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE EFETIVA DIVERGÊNCIA SOBRE QUESTÃO DE DIREITO. INADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE. 1. Constituem pressupostos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas: a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica e a pendência de julgamento de processo ou recurso no tribunal, que originou o pedido de instauração do incidente. 2. Eventual instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

sem a pendência de qualquer causa resultaria na atribuição de competência originária ao tribunal, porquanto transmudaria o incidente processual em verdadeira ação autônoma sem lastro constitucional ou legal. 3. **Suscitado o incidente em autos de processo em curso nos Juizados Especiais, que é sabido não se submete à competência recursal dos Tribunais de Justiça, afasta-se, por conseguinte, a possibilidade de que o Órgão Colegiado incumbido de julgar o incidente e fixar a tese jurídica, igualmente julgue o recurso, remessa necessária ou processo de onde se originou o incidente**, conforme expressa previsão do artigo 978, parágrafo único, do CPC/15, afigurando-se ausente requisito necessário à admissibilidade do Incidente. 4. Conquanto desnecessário grande quantidade de processos com posições antagônicas sobre a mesma questão de direito, necessário um número, ainda que reduzido, mas expressivo, apto a demonstrar que há real e concreta controvérsia sobre a matéria. Sem efetiva divergência decisória, não se vislumbra risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica. 5. **Se há divergência entre as Turmas Recursais, há que ser dirimida por órgão Colegiado de uniformização do próprio sistema dos Juizados Especiais.** 6. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não admitido. (TJDFT, Acórdão n. 1035747, Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira, j. em 24/7/2017) (sem grifos no original)

Ainda, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), por sua Diretoria de Juizados Especiais, emitiu a nota técnica n. 01/2019 com o seguinte teor: “Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema”.

Ademais, a controvérsia a ser solucionada é fundada em dispositivos da própria Lei n. 9.099/1995, a afastar a competência deste Tribunal.

Diante do exposto, com fundamento na incompetência deste Sodalício, voto por não conhecer do presente incidente, determinando-se a remessa dos autos à Turma de Uniformização do Sistema de Juizados Especiais do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (art. 66C do Regimento Interno das Turmas de Recursos do Sistema dos Juizados Especiais do Estado de Santa Catarina), a quem cabe verificar a presença dos pressupostos de admissibilidade correspondentes.

Embargos de Declaração em Ação Rescisória n. 4035425-50.2018.8.24.0000/50000, de Turvo

Relator: Desembargador Luiz Zanelato

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (ARTIGO 1.022 DO CPC/2015) EM AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO COLEGIADA DO GRUPO DE CÂMARAS QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO RESCINDENDO. RECURSO DO AUTOR.

AVENTADA OMISSÃO QUANTO À APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS INVOCADOS NA PETIÇÃO INICIAL. LACUNA INOCORRENTE. CONCLUSÃO DO JULGAMENTO COLETIVO QUE SE ASSENTA EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS NORMAS JURÍDICAS ALEGADAMENTE AFRONTADAS, PARA O FIM DE AFERIR O CABIMENTO DO JUÍZO RESCINDENTE. CLARA TENTATIVA DE REDISSCUSSÃO DO MÉRITO OBJETIVANDO REJULGAMENTO DA CAUSA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ACÓRDÃO MANTIDO.

Conforme se interpreta do artigo 1.022 do CPC/2015, os embargos de declaração constituem recurso cabível contra qualquer decisão judicial, sendo adequado para aclarar obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual deva se pronunciar o juiz, o relator ou o órgão colegiado, de ofício ou a requerimento, ou, ainda, corrigir erro material. Não se prestam para o rejuízo de questões, revisar ou desconstituir decisões judiciais, ainda que para fins de pré-questionamento, pois consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou.

ACLARATÓRIOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração n. 4035425-50.2018.8.24.0000/5000, da comarca de Turvo Vara Única em que é Embargante Vilmar José da Silva e Embargado Antônio Ari da Costa.

A Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer dos embargos e desprovê-los. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Desembargadores Cláudio Barreto Dutra (presidente), Luiz Zanelato, Torres Marques, Sérgio Izidoro Heil, Rejane Andersen, Jânio Machado, Roberto Lucas Pacheco, Túlio Pinheiro, Sebastião César Evangelista, Carlos Adilson Silva, Mariano do Nascimento, Altamiro de Oliveira, Newton Varella Júnior, Rodolfo Tridapalli, Gilberto Gomes de Oliveira, Janice G. Garcia Ubialli e Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 12 de agosto de 2020.

Desembargador Luiz Zanelato

Relator

RELATÓRIO

Vilmar José da Silva opôs embargos de declaração do acórdão deste Grupo de Câmaras de Direito Comercial, que julgou improcedente o pedido do juízo rescindendo (*iudicium rescindens*), nos termos do art. 487, I, do CPC/15, declarou prejudicado o pedido do juízo rescisório (*iudicium rescissorium*) e condenou o autor, ora embargante, ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, de R\$ 3.000,00 (três mil reais), suspensa a respectiva exigibilidade por ser o vencido beneficiário da gratuidade da justiça, de acordo com o art. 98, § 3º, do CPC.

Em suas razões, o embargante sustenta, em síntese, que: (a) a decisão negou vigência e/ou contrariou uma gama de dispositivos legais (art. 1º da Lei nº 8009/90; art. 833, incisos IV e VIII, CPC15; artigo 4º, incisos I e II, alínea a, da Lei n. 8629/93), que merecem apreciação, possibilitando a ascensão de futuro recurso especial; (b) ocorreu expressa violação de norma jurídica no presente caso, pois vários são os dispositivos que estabelecem a proteção do bem impenhorável e, logicamente, os frutos são acobertados pela norma jurídica; (c) a segurança jurídica obriga uma decisão adequada aos unânimes posicionamentos, que concluem que o arroz colhido da área impenhorável serve para sustentar o agricultor, e não pode ser constrito sob pretexto qualquer.

Requer, a final, o acolhimento dos embargos para que este órgão jurisdicional coletivo, em superação da omissão apontada, reanalise os fundamentos levantados na demanda rescisória, inclusive para fins de pré-questionamento.

Intimado, o cessionário e substituto processual do réu, Edmilson Pessi, manifestou-se às fls. 10-11, pugnando pela rejeição dos aclaratórios.

Os autos retornaram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1. Juízo de admissibilidade

Os embargos de declaração, por serem tempestivos e preencherem os demais requisitos de admissibilidade, devem ser conhecidos.

2. Fundamentação

No caso em análise, infere-se da petição de embargos de declaração que o autor da ação rescisória proposta perante este colendo Grupo de Câmaras de Direito Comercial, Vilmar José da Silva, volve aos autos para questionar o acórdão que julgou improcedente o pedido do juízo rescindendo (*iudicium rescindens*), dando-o por contaminado pelo defeito de omissão, por estes motivos: (a)

tal pronunciamento negou vigência e/ou contrariou uma gama de dispositivos legais (art. 1º da Lei nº 8009/90; art. 833, incisos IV e VIII, CPC15; artigo 4º, incisos I e II, alínea a, da Lei n. 8629/93), que merecem apreciação, possibilitando a ascensão de futuro recurso especial; (b) ocorreu expressa violação de norma jurídica no caso, pois vários são os dispositivos que estabelecem a proteção do bem impenhorável e, logicamente, os frutos do bem impenhorável são acobertados pela norma jurídica; (c) a segurança jurídica obriga uma decisão adequada aos unânimes posicionamentos, que concluem que o arroz colhido da área impenhorável serve para sustentar o agricultor, e não pode ser constricto, sob pretexto qualquer.

Em seus comentários sobre a omissão relevante que enseja a arguição de embargos, explicam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

A omissão representa a falta de manifestação expressa sobre algum ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento. Como deixa claro o próprio parágrafo único do art. 1.022, o conceito de omissão relevante para fins de embargos declaratórios é dado pelo direito ao contraditório (arts. 5º, LV, da CF, 7ª, 8º, 9º e 10) e pelo dever de fundamentação analítica (art. 93, IX, da CF, 11 e 489, §§ 1º e 2º). Assim, o parâmetro a partir do qual se deve aferir a completude da motivação das decisões judiciais passa longe da simples constância na decisão do esquema lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou à sua conclusão. Partindo-se da compreensão como dever de debate, a completude da motivação só pode ser aferida em função dos fundamentos argüidos pelas partes. Assim, é omissa a decisão que deixa de se pronunciar sobre argumento formulado pela parte capaz de alterar o conteúdo da decisão judicial. (*Novo Curso de Processo Civil: Vol. 2 – Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 539-540)

Sob tal perspectiva do direito, estabelecido um confronto com o caso versado nos autos, denota-se que não restou caracterizado o alegado vício de omissão, pois, como dito, este surge quando o tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento ou quando deixa de pronunciar-se sobre algum tópico da matéria submetida à sua apreciação, hipóteses não consubstanciadas.

Tal conclusão se justifica porque os dispositivos legais invocados pelo embargante foram devidamente analisados no julgamento colegiado, o que se deu em interpretação sistemática das normas supostamente afrontadas pelo acórdão da Terceira Câmara de Direito Comercial desta Corte, objeto da ação rescisória, uma vez que o acórdão embargado, ao examinar as hipóteses legais de impenhorabilidade previstas no art. 833 do Código de Processo Civil, deixou expresso que “*cereal colhido (mil e quinhentas sacas de arroz), correspondente apenas à parte da produção agrícola em determinado período, não se enquadra em qualquer das hipóteses supraelencadas. Não se trata de remuneração, tampouco consubstancia plantação, visto que a penhora recai sobre bens já destacados do imóvel e acondicionados. Outrossim, o acórdão vergastado [objeto da ação rescisória] levou em consideração que a constrição judicial não atingia a única fonte de subsistência da parte devedora, razão pela qual não afeta seu direito ao mínimo existencial garantidor da dignidade da pessoa humana, fundamento que justifica a existência das regras de proteção da impenhorabilidade de bens. E, também, se amparou em precedentes jurisprudenciais. Logo, a discussão travada na presente ação rescisória não guarda pertinência com a aplicação da norma jurídica dada por vulnerada, mas exame das circunstâncias fáticas que circundam a penhora e execução por quantia certa. Não se constata, pois, manifesta violação à norma jurídica no julgamento do agravo de instrumento, em que o órgão colegiado enfrentou todas as questões levantadas, que ora estão sendo novamente suscitadas na presente ação rescisória, a qual, frise-se, não se presta como instrumento de revisão de atos judiciais de mérito transitados em julgado, mas apenas de remédio extremo para desfazer a coisa julgada material por motivos de invalidade ou flagrante ilicitude*”.

Portanto, em razão de tal análise feita pelo órgão fracionário originário, este colendo Grupo de Câmaras de Direito Comercial, concluiu por não reconhecer a hipótese prevista no art. 966, V, do CPC/2015, utilizada pelo ora embargante como fundamento do pedido do juízo rescindendo da ação rescisória (*iudicium rescindens*), qual seja, a de que o acórdão da Terceira Câmara de Direito Comercial desta Corte de Justiça, no julgamento dado ao Agravo de Instrumento nº 0032062-94.2016.8.24.0000, teria incidido em manifesta violação à norma jurídica.

Vai daí que não se pode atribuir, ao acórdão embargado, o defeito decisório da omissão, como explicitamente alegado pelo recorrente, quanto menos da contradição ou da obscuridade a se entender que de forma implícita hajam sido suscitadas, na medida que aquela se verifica quando a decisão apresenta duas ou mais proposições inconciliáveis entre si, e, essa, quando a decisão padece de clareza, hipóteses, uma e outra, não presentes no contexto em apreciação.

Como posto em relevo, o recurso em tela não tem o propósito de provocar o aperfeiçoamento do acórdão embargado, o que se daria mediante a identificação de algum dos defeitos decisórios elencados no art. 1.022 do CPC/15; visa, na verdade, discutir o acerto do mencionado pronunciamento judicial coletivo, reputando-o equivocado, incurso em *error in iudicando*, e, deste modo, travar nova discussão e provocar rejuízo da causa, para afeiçoá-la ao seu interesse e conveniência, para o que não se presta a via eleita, dos aclaratórios.

Com efeito, cabe destacar que, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, veiculado no informativo 585, “mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra decisão que não se pronuncie tão somente sobre argumento incapaz de infirmar a conclusão adotada. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC/2015, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”. (STJ. EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016)

Em suma, merece ressaltado, conforme intui-se do art. 1.022 do CPC/2015, os embargos de declaração constituem o recurso cabível, contra qualquer decisão judicial – decisão interlocutória, sentença, decisão monocrática de relator ou de acórdão -, e adequado para aclarar obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz, o relator ou o órgão colegiado, de ofício ou a requerimento, ou, ainda, corrigir erro material. Não se prestam para rejuízo de questões, revisar ou desconstituir as decisões judiciais, ainda que para fins de pré-questionamento, pois consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou. Eventual modificação do julgado pode ocorrer apenas excepcionalmente, porém, em decorrência do esclarecimento de obscuridade, desfazimento da contradição ou eliminação da omissão.

Por último, releva observar que, de acordo com o art. 1.025 do Diploma Processual: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

Tal dispositivo criou a figura do prequestionamento ficto, segundo a qual: “[...] para a caracterização do prequestionamento e a conseqüente abertura da instância superior, basta o diligente comportamento da parte no prévio debate da matéria, por meio dos embargos de declaração.” (NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 47ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 955)

Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça assim já se manifestou sobre o tema:

Inexistindo qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada e evidenciado o interesse do

embargante em discutir matéria julgada para adequá-la ao seu entendimento e pretensão, em afronta aos requisitos estampados no art. 1.022 do NCPC/2015 (art. 535 do CPC/1973), devem ser rejeitados os embargos declaratórios, inclusive para fins de prequestionamento.

Além do que, a tese do prequestionamento ficto foi expressamente consagrada no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) em seu art. 1.025, segundo o qual, “(...) ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o Tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade, consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento” (IMHOF, Cristiano Imhof; REZENDE, Bertha Steckert. Novo Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 993).

EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS. (Embargos de Declaração n. 0000915-64.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Carlos Roberto da Silva, 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 20-2-2019).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO [...] PREQUESTIONAMENTO FICTO. ART. 1.025 DA LEI Nº 13.105/15.

“[...] de acordo com o CPC/2015, a simples interposição dos embargos de declaração já é suficiente para prequestionar a matéria, “ainda que sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade” (art. 1.025), consagrando o prequestionamento ficto, já adotado pelas Cortes Superiores” (TJSC, Embargos de Declaração n. 4002021-08.2018.8.24.0000, de Sombrio, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 04-12-2018). RECURSO REJEITADO. (Embargos de Declaração n. 4031514-30.2018.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 22-5-2019).

À luz do demonstrado e das considerações expendidas, por inócua o alegado vício da omissão no acórdão trazido a debate, nem mesmo de qualquer outro previsto no art. 1.022 do CPC, os embargos de declaração em exame não podem ser providos, ainda que para fins de pré-questionamento.

3. Dispositivo

Ante o exposto, pronuncio-me por conhecer e desprover estes embargos de declaração.

É como voto.

Ação Rescisória n. 4013793-36.2016.8.24.0000, de São Carlos

Relator: Desembargador Mariano do Nascimento

AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSA DESCONSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELOS AUTORES E MANTEVE INALTERADA A DECISÃO QUE AFASTOU O PEDIDO DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PELO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO COM LIBERAÇÃO DO BEM PENHORADO. SUPOSTA INCIDÊNCIA DOS INCISOS II E V DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.

AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA JÁ NA VIGÊNCIA DO NOVO DIPLOMA PROCESSUAL. TODAVIA, ACÓRDÃO RESCIDENDO QUE TRANSITOU EM JULGADO QUANDO AINDA VIGIA O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. CÓDIGO BUZAID, PORTANTO, APLICÁVEL À ESPÉCIE, CONFORME PRECEDENTE DO EGRÉGIO STJ (AÇÃO RESCISÓRIA N. 5.931-SP, 2ª SEÇÃO, RELATOR MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, J. EM 9/5/2018).

PRELIMINARES DE CONTESTAÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO PELA AUSÊNCIA DE EMBATE DE MÉRITO. INSUBSISTÊNCIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE ESTABELECEU JUÍZO DE CERTEZA A RESPEITO DO VALOR DEVIDO NA EXECUÇÃO.

A expressão “sentença de mérito” prevista no art. 485, *caput*, do CPC/73 então vigente, não deve ser encarada na sua literalidade, pois o legislador ao fazer tal menção quis referir, obviamente, que não é qualquer decisão transitada em julgado que enseja a ação rescisória, mas apenas aquela que resolver situação a ser acobertada pela autoridade da coisa julgada material.

ARGUIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DO DEPÓSITO PRÉVIO EXIGIDO NO ART. 488, II, DO CPC/73 VIGENTE À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. AUTORES QUE ATRIBUÍRAM À CAUSA O VALOR QUE ENTENDIAM EFETIVAMENTE DEVIDO NA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DA CAUSA QUE NA HIPÓTESE DEVE CORRESPONDER AO BENEFÍCIO ECONÔMICO BUSCADO, ENTENDIDO COMO O IMPORTE QUE OS POSTULANTES PRETENDEM DEIXAR DE PAGAR CASO RESTEM VITORIOSOS. DEPÓSITO DE 5% DESCRITA NO DISPOSITIVO LEGAL SUPRAMENCIONADO QUE, APESAR DE SER REQUISITO ESSENCIAL DE ADMISSIBILIDADE DA PRESENTE DEMANDA, NÃO DEVE IMPOSSIBILITAR O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DA CAUSA.

I - “O valor da causa em ação rescisória deve corresponder, em princípio, ao da ação originária, corrigido monetariamente. Havendo, porém, discrepância entre o valor da causa originária e o proveito econômico buscado na ação rescisória, deve prevalecer esse último. Precedentes. [...]” (REsp 1811781/MS, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 18/2/2020)

II - O depósito de 5% descrito no art. 488, II, do CPC/73 (art. 968, II, do CPC15), apesar de ser requisito essencial de admissibilidade da demanda rescisória, não deve impossibilitar o conhecimento e julgamento da causa quando verificado que a quantia foi depositada de forma parcial em virtude do equívoco na valoração da causa, sem oportunidade de emenda da inicial. Ordem de complementação imposta, ao final. (*vide* Ação Rescisória n. 0157221-81.2015.8.24.0000, de Joaçaba, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, j. em 9/11/2016).

AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGADA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZ (ART. 485, II, DO CPC/73). PARTE AUTORA QUE ALEGA QUE O ACÓRDÃO RESCINDENDO CONFIRMOU DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU CONTENDO CÁLCULOS ARITMÉTICOS REALIZADOS POR JUÍZA QUE NÃO

POSSUI EXPERTISE PARA TANTO. TESE RECHAÇADA. ALEGAÇÃO CALCADA NA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CONTADOR JUDICIAL QUE NÃO POSSUI QUALQUER RELAÇÃO COM SUPOSTA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO CAPAZ DE ENSEJAR A PROPOSITURA DE PLEITO RESCISÓRIO. HIPÓTESE DO ART. 485, II, DO CPC/73 NÃO CONFIGURADA.

I - Nos termos do art. 485, II, do CPC/73, é rescindível a sentença ou o acórdão proferido por juiz ou tribunal absolutamente incompetente, pois neste caso há violação de norma de interesse público (direito indisponível), cuja incidência não pode ser derogada pela vontade das partes.

II - *In casu*, uma vez que os autores não circundam a insurgência em incompetência absoluta (em razão da matéria, da pessoa ou da função), alegando somente que a magistrada *a quo* extrapolou a sua função ao efetuar cálculos supostamente de competência exclusiva do contador do juízo, afigura totalmente descabido o pleito rescisório na linha intelectual traçada.

ALEGADA VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 158, II, DO CDOJESC, ARTS. 2º, 125, 128, 458, II, 471, *CAPUT*, e 614, II, DO CPC/73, E ARTS. 5º, LIII e LIV, E 93, IX, DA CF/88). INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES. TESSES RECHACHADAS. RESPEITO À COISA JULGADA. PRETENSÃO DE REDISCUTIR OS CÁLCULOS APRESENTADOS PELO JUÍZO. MANEJO DE AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

“A apreciação da violação a dispositivo literal de lei deve se limitar aos casos em que a transgressão à lei é flagrante, cuidando sempre para que essa ação de natureza desconstitutiva negativa não seja utilizada como sucedâneo recursal, e impedindo sua utilização com o único objetivo de reviver a discussão com base em fundamentos não suscitados oportunamente pela parte, já que não se trata de via recursal, muito menos uma com prazo de dois anos.” (AR 4589/CE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 28/6/2017).

PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ BUSCADA PELOS RÉUS EM CONTESTAÇÃO, DIANTE DO AJUIZAMENTO DA PRESENTE DEMANDA. ACOLHIMENTO INVIÁVEL. FATO QUE, POR SI SÓ, NÃO DEMONSTRA O DOLOU OU TENTATIVA DE PREJUDICAR A PARTE ADVERSÁRIA. PREJUÍZOS AOS ADVERSOS NÃO EVIDENCIADO.

PLEITO INICIAL QUE MERECE SER JULGADO IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4013793-36.2016.8.24.0000, da comarca de São Carlos Vara Única em que são Autores João Souza e Ana Maria Souza e Réus Paulerson da Silva e Apoio Logística e Serviços Ltda.

A Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, julgar improcedentes os pedidos formulados na presente ação rescisória, impondo aos postulantes o pagamento de R\$ 4.462,08 a título de complementação do depósito previsto no art. 488, II, do CPC/73 (art. 968, II, do CPC/15), o qual será convertido em multa e revertido igualmente em favor dos adversos, além do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais são fixados em 20% sobre o novo valor dado à causa, devidamente rateado entre os procuradores dos demandados, à luz do art. 85, § 2º, do CPC/15, nos termos do voto do relator.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Altamiro de Oliveira, Newton Varella Júnior, Rodolfo Tridapalli, Gilberto Gomes de Oliveira, Janice Ubiali, Guilherme

Nunes Born, Luiz Zanelato, Jaime Machado Junior, Torres Marques, Sérgio Izidoro Heil, Rejane Andersen, Jânio Machado, Desembargador Roberto Lucas Pacheco, Tulio Pinheiro, Sebastião César Evangelista e Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 12 de agosto de 2020.

Desembargador Mariano do Nascimento
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por João Souza e Ana Maria Souza em face de Paulerson da Silva, tendo por escopo a desconstituição do acórdão proferido pela egrégia Câmara Especial Regional de Chapecó, nos autos do agravo de instrumento n. 2014.058219-3, que decidiu, à unanimidade, negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a decisão proferida nos autos da execução de título extrajudicial n. 0000560-19.2000.8.24.0059, que afastou o pedido de extinção da execução pelo pagamento integral do débito pelos devedores, ora autores, negando, conseqüentemente, a liberação do imóvel de matrícula n. 27.506 do CRI de Joinville.

Segundo alegam em sua inicial, o acórdão transitado em julgado padece de vício passível de ser corrigido por meio da presente ação rescisória, uma vez que ao confirmar os cálculos aritméticos da Juíza de Direito da Comarca de São Carlos, “afirmou ser competente quem não o era e, assim, fez incidir o inciso II, *in fine*, do art. 485 do CPC de 1973!” (p. 10). Argumentam, ao lado disso, que ao assim petrificar o mérito da *quaestio*, o aresto violou literal disposição de lei (art. 158, II, do CDOJESC, arts. 2º, 113, 125, 128, 458, II, e 471, *caput*, e 614, II, do CPC/73, e arts. 5º, LIII e LIV e 93, IX, da CF/88), merecendo também sob a ótica do inciso V do art. 485 do CPC/73 ser rescindido. Pugnam, desta feita, pela procedência do pedido para que seja “decretada a nulidade do cálculo de fls. 776 a 796; realizado pela Dra. Juíza de Direito da Comarca de São Carlos outro deverá ser realizado pelo contador do juízo” (pp. 1/41).

Citado, Paulerson da Silva apresentou contestação (pp. 1284/1296), sustentando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, por ter sido sucedido no polo ativo da ação de execução pela empresa Apoio Logística e Serviços Ltda., através da subrogação. Ainda em preliminar, alega a ausência de demonstração de plano das causas de rescindibilidade, razão pela qual a petição inicial merece, a seu ver, ser indeferida. No mérito, defende que não há incompetência, quanto mais absoluta, pois a *quaestio* envolve meros cálculos aritméticos e a juíza da causa utilizou do próprio programa disponível no *site* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com os parâmetros fixados no processo para sua feitura, inexistindo, nessa linha, obrigatoriedade da atuação do contador judicial. Sustenta, pelos mesmos fundamentos, que sequer houve demonstração eficiente da violação literal de disposição de lei, requerendo, por fim, a concessão da gratuidade da justiça e o acolhimento das preliminares, para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito. Não sendo o entendimento, requer a improcedência do pedido, com condenação dos autores ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Na réplica (pp. 1307/1347), os autores reafirmaram a nulidade do cálculo e a incompetência da juíza, além de pugnar pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva, requerendo, ainda, o indeferimento do pedido de justiça gratuita por parte do réu.

Determinou-se aos autores a juntada de cópia de parte dos autos da execução (p. 1349), o que foi cumprido a contento (pp. 1358/1550).

Em decisão monocrática de minha relatoria (pp. 1552/1563), foi reconhecida a existência de litisconsórcio passivo necessário com a empresa Apoio Logística e Serviços Ltda., por ter figurado como compradora do imóvel penhorado na execução e promovido o pagamento do débito excutido, subrogando-se nos direitos do então exequente, Paulerson da Silva.

Citada, a litisconsorte apresentou sua contestação (pp. 1595/1613), alegando, preliminarmente, a carência de ação uma vez que o objeto da presente demanda não constitui decisão de mérito, bem como que a inicial deve ser indeferida, sob o enfoque da insuficiência do depósito exigido no art. 488, II, do CPC/73, porquanto não foi dado à causa o valor correspondente ao proveito econômico efetivamente pretendido pelos autores. No mérito, aduz, em síntese, que as possibilidades de rescisão do acórdão levantadas pelos autores não se fazem presentes, porquanto: (a) é impossível falar em conflito de competência entre a juíza *a quo* e o contador judicial, dado a condição hierárquica daquela e ao fato de ambos pertencerem ao mesmo juízo; (b) é notório que inexistente a incompetência absoluta do juiz de primeiro grau em apresentar os cálculos meramente aritméticos em processo de execução, uma vez que se trata de mera faculdade do juiz valer-se do contador do juízo; e (c) não houve violação aos dispositivos legais referidos na exordial, grande parte suscitados de forma absolutamente genérica. Requer, pois, o acolhimento das preliminares para extinguir o feito, sem resolução do mérito, ou a intimação dos autores para complementação do depósito exigido no art. 488, II, do CPC/73. Não sendo o entendimento, requer a improcedência dos pedidos inaugurais, com reconhecimento, em qualquer hipótese, da litigância de má-fé dos autores.

Com a réplica (pp. 1646/1655), os autos foram remetidos à Douta Procuradoria-Geral de Justiça, manifestando-se a Exma. Sra. Dra. Eliana Volcato Nunes pela ausência de interesse no feito (p. 1660).

Este é o relatório.

VOTO

João Souza e Ana Maria Souza moveram a presente ação rescisória em face de Paulerson da Silva, por meio da qual buscam a desconstituição do acórdão proferido pela egrégia Câmara Especial Regional de Chapecó, nos autos do agravo de instrumento n. 2014.058219-3, que decidiu, à unanimidade, negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a decisão que afastou o pedido de extinção da execução de título extrajudicial n. 0000560-19.2000.8.24.0059, pelo pagamento integral do débito pelos devedores, ora autores, negando, conseqüentemente, a liberação do imóvel de matrícula n. 27.506 do CRI de Joinville, vindo posteriormente a empresa Apoio Logística e Serviços Ltda. integrar a lide, na qualidade de litisconsorte passiva necessária.

As hipóteses de cabimento da ação rescisória apontadas pelos autores cingem-se àquelas dispostas nos incisos II e V do art. 485 do Código de Processo Civil de 1973, diploma aplicável dado que o trânsito em julgado da decisão rescindenda se deu ainda na sua vigência (STJ, AR n. 5.931-SP, 2ª Seção, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 9/5/2018).

Neste sentido, lecionam Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha:

É preciso, porém observar que tais hipóteses somente se aplicam para as rescisórias propostas contra decisões e tenham transitado em julgada durante a vigência do atual CPC. As decisões transitadas em julgado durante a vigência do Código revogado podem ser questionadas por ação rescisória fundada nas hipóteses e nos prazos regulados no CPC-1973. A possibilidade de rescindir decisão rege-se pela lei vigente ao tempo do seu trânsito em julgado. É com o trânsito em julgado que nasce o direito à rescisão e, conseqüentemente, à pretensão e à ação de rescisão de decisão judicial. Nesse sentido, merece destaque o enunciado 341 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O prazo para ajuizamento de ação rescisória é estabelecido pela data do trânsito em julgado da decisão rescindenda, de modo que não se aplicam as regras dos §§ 2º e 3º do art. 975 do CPC à coisa julgada constituída antes de sua vigência. ao comentarem as hipóteses de cabimento da ação rescisória (*in* “Curso de Direito Processo Civil”. Vol. III. 14ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM. p. 542)

Segundo alegam, rememore-se, o acórdão transitado em julgado padece de vício passível de ser corrigido por meio da presente ação rescisória, uma vez que ao confirmar os cálculos aritméticos da Juíza de Direito da Comarca de São Carlos, “afirmou ser competente quem não o era e, assim, fez incidir o inciso II, *in fine*, do art. 485 do CPC de 1973!” (p. 10). Argumentam, ao lado disso, que ao assim petrificar o mérito da *quaestio*, o aresto violou literal disposição de lei (art. 158, II, do CDOJESC, arts. 2º, 113, 125, 128, 458, II, e 471, *caput*, e 614, II, do CPC/73, e arts. 5º, LIII e LIV e 93, IX, da Cf/88), merecendo, também sob a ótica do inciso V do art. 485 do CPC/73, ser rescindido.

Por estar a ação fundamentada tão somente na hipótese de violação à dispositivo de Lei e incompetência absoluta do Juízo (art. 485, II e V, do CPC/73), não há necessidade de produção de outras provas, sendo possível o julgamento antecipado do mérito pelo órgão colegiado competente, nos termos do art. 355, I, do CPC.

Inicialmente, contudo, há que se resolver as preliminares ventiladas por ocasião das defesas, à exceção da ilegitimidade passiva *ad causam* arguida por Paulerson da Silva, objeto de apreciação pretérita por este julgador (pp. 1552/1563), e das preliminares relativas à impossibilidade do manejo da ação rescisória pela carência das situações estatuídas no art. 485 do CPC/73, uma vez que se confundem com o mérito e, portanto, serão apreciadas oportunamente.

1. Da carência de ação

A empresa Apoio Logística e Serviços Ltda. principia a sua contestação alegando que os autores são carentes do direito de ação pela ausência de embate de mérito na decisão rescindenda.

Sem razão, todavia.

Não se ignora, é bem verdade, que nos termos do art. 485 do CPC/73, o texto legal dispõe que cabe ação rescisória da “sentença de mérito, transitada em julgado” e, *in casu*, o questionamento recai sobre decisão de mérito proferida em execução, confirmada em agravo de instrumento.

Sucedo que a expressão “sentença de mérito” não deve ser encarada na sua literalidade, pois o legislador ao fazer tal menção quis referir, obviamente, que cabível ação rescisória apenas em face de decisão de mérito que resolver situação a ser acobertada pela autoridade da coisa julgada material.

Nos ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“[...] se uma decisão de mérito veio a lume, quer por intermédio de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, não importa: se sobre aquela se formou a autoridade de coisa julgada; é rescindível pela ação autônoma de impugnação regulada no CPC 966” (NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.911).

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero ensinam de forma enfática que:

“Cabe ação rescisória para desconstituir decisão definitiva de mérito transitada em julgado (art. 966, CPC). O que interessa para saber se cabe ou não ação rescisória nessa hipótese é que o ato judicial tenha se pronunciado de maneira definitiva sobre o mérito. Nesse sentido, a ação rescisória pode ter por objeto sentença de mérito ou decisão interlocutória definitiva de mérito. Essa decisão tem que ter transitado em julgado. Vale dizer: dela não pode caber mais qualquer recurso. A decisão que julga improcedente liminarmente parcela do litígio, que julga antecipadamente parcela de mérito, que julga a liquidação de sentença e que não acolhe a impugnação fundada em defesas substanciais são decisões interlocutórias de mérito fundadas em cognição exauriente: contra essas decisões cabe ação rescisória [...] (Novo Código de Processo Civil Comentado. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 900).

Nesta perspectiva, deve-se considerar que o decisório em questão resolveu o mérito da execução, visto que julgou o agravo de instrumento interposto pelos ora autores contra a decisão de primeira instância proferida naquele feito e analisou os critérios do cálculo, estabelecendo juízo de certeza a respeito do valor devido. Daí o cabimento da ação rescisória na hipótese.

Rejeito, portanto, a prefacial.

2. Da insuficiência do depósito previsto no art. 488, II, do CPC/73

Sustenta a litisconsorte, ainda, em preliminar, que a inicial deve ser indeferida, sob o enfoque

da insuficiência do depósito exigido no art. 488, II, do CPC/73, porquanto não foi dado à causa o valor correspondente ao proveito econômico efetivamente pretendido pelos autores.

Sobre o tema, cumpre anotar que o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que, em sede de ação rescisória, o valor da causa, via de regra, deve corresponder ao da ação principal, devidamente atualizado monetariamente, exceto se houver comprovação que ele está em descompasso com o benefício econômico pretendido com a rescisória, situação em que este último deve prevalecer, veja-se:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. RAZÕES QUE NÃO ENFRENTAM O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. AÇÃO RESCISÓRIA. DEPÓSITO PRÉVIO DE 5% DO VALOR DA CAUSA. [...] 3. Nos termos da jurisprudência pacificada perante este Superior Tribunal de Justiça, ao ajuizar a ação rescisória, deve a parte autora depositar a importância de 5% do valor da causa, como condição de procedibilidade, **o qual deve corresponder ao valor da causa principal, corrigido monetariamente, ou, quando houver discrepância em relação ao benefício que a parte obterá com eventual sentença favorável, deve o valor atribuído à ação rescisória guardar correlação com o proveito econômico buscado pela rescisão do julgado.** Precedentes. Súmula nº 83/STJ. [...]” (AgInt no REsp 1223797/MS, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. 27/4/2017)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. PROVEITO ECONÔMICO ALMEJADO COM A RESCISÃO DO ACÓRDÃO. [...] 4. O valor da causa em ação rescisória deve corresponder, em princípio, ao da ação originária, corrigido monetariamente. Havendo, porém, discrepância entre o valor da causa originária e o proveito econômico buscado na ação rescisória, deve prevalecer esse último. Precedentes. 5. O que prepondera para fins de fixação do valor da causa na ação rescisória é o proveito econômico pretendido com o ajuizamento da demanda, aferível a partir do pedido que nela foi formulado, não importando se quem a propôs fará jus, excepcionalmente, a apenas uma parte desse benefício. [...] 7. Há de ser reformado, portanto, o acórdão recorrido, a fim de julgar procedente o incidente de impugnação apresentado pelo recorrente, reconhecendo que o proveito econômico almejado pela autora da rescisória (ora recorrida), para fins de estipulação do valor da causa, corresponde ao próprio valor perseguido na ação executiva originária, atualizado monetariamente. 8. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 1811781/MS, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 18/2/2020)

Na espécie, os autores atribuíram à causa o valor de R\$ 44.443,11 (p. 41), e efetuaram o depósito prévio de R\$ 2.222,15 (p. 1277), atinente aos 5% exigidos como depósito. Esclareceram, na réplica (p. 1648), que a quantificação da causa é produto da correção dos R\$ 36.437,15 que constituíam a expressão econômica visada pelo agravo de instrumento, cujo acórdão é agora objeto do pedido rescisório (p. 1648).

Data vênua, o raciocínio não pode ser assentido. Ora, se através do recurso objetivavam os devedores alcançar a extinção do débito pelo depósito de tão só R\$ 36.437,15, considerado por eles devido (pp. 510-525), pretensão mantida na ação rescisória, é evidente que o proveito econômico perseguido corresponde ao importe que não pretendem pagar, atualizado até a data do ajuizamento da ação rescisória (26/10/2016).

Sobre o assunto, lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

“O valor da causa constitui, em essência, o benefício perseguido pelo autor ou que poderá ser auferido por ele. Rescindida a decisão, o benefício a ser auferido corresponde, em princípio, ao valor da causa da ação originária. Por isso, entende-se que: “o valor da causa nas rescisórias, via de regra, é o que foi atribuído à ação originária, monetariamente corrigido, devendo, contudo, ficar devidamente demonstrado, com exatidão, na impugnação, aquele que se reputa correto” (STJ, 3ª S., Pet n. 2.723/SE, rel. Mis. Paulo Gallotti, j. 27.04.2005, publicado no DJ de 07.11.2005, p. 316) (in Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal. 13 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 512).

Sendo assim, ao examinar com afinco os autos, constata-se que, em 7/8/2014, ao julgar os cálculos apresentados pelos devedores, ora autores, o juízo originário declinou que “ao efetuar simples cálculo aritmético, verificou-se que o saldo devedor na data de 15/04/2014, data do depósito de fl. 756, era de R\$ 127.077,64. Ou seja, mesmo após descontado o valor de R\$ 36.437,15, depositado pelo executado, ainda resta um saldo devedor de R\$ 90.640,49 (noventa mil seiscentos e quarenta reais e quarenta e nove centavos)” (p. 258 -com grifo no original).

Depois disso, com o desprovimento do agravo de instrumento (pp. 92-95), e inadmissão do recurso especial (pp. 202-204), a execução teve prosseguimento, com notícia pelo exequente da compra e venda do imóvel penhorado nos autos, ocasião que requereu a intimação da promitente compradora Apoio Logística e Serviços Ltda. para depósito judicial do débito excutado, no montante de R\$ 132.209,09, atualizado até 31/5/2016 (pp. 307-309).

O pleito foi acatado pelo juízo (p. 1428), com nova atualização do débito em 6/12/2016, no valor de R\$ 140.290,06 (p. 1429), vindo a empresa Apoio Logística e Serviços Ltda. efetuar o depósito em juízo de R\$ 151.381,88 (p. 1522), atualizado até 12/6/2017 (p. 1523), para fins de quitação com subrogação e sucessão da parte exequente.

Dessa forma, resta evidente que o valor atribuído à causa não corresponde ao benefício econômico que efetivamente pode ser alcançado na hipótese de procedência desta ação, sendo justo que se proceda à correção, com reflexo no importe a ser caucionado.

Nesses termos, o valor correto da causa é R\$ 138.744,23, ou seja, valor devido pela parte Autora quando do ingresso da ação rescisória (Foi atualizado o valor de R\$ 90.640,49 até a data de ingresso da ação, que ocorreu em 26-10-16), cujos 5% equivalem a R\$ 6.937,21.

Resultado do Cálculo de Atualização Monetária

Valor	R\$ 90.640,49
Data inicial	08/08/2014
Data final	26/10/2016
Valor atualizado	R\$ 109.566,52

Resultado do Cálculo de Atualização Monetária

Juros mensal	Juros de 1,00% de 08/08/2014 até 26/10/2016.
Valor dos juros	R\$ 29.177,71
SELIC	R\$ 0,00
Subtotal	R\$ 138.744,23
Honorários advocatícios (0,00%)	R\$ 0,00
Total	R\$ 138.744,23
Multa (10,00%)	R\$ 0,00
Total geral	R\$ 138.744,23

Cálculo efetuado em 16/07/2020 13:05

Logo, sem descuidar de que o depósito prévio é obrigatório e constitui requisito essencial de admissibilidade da ação rescisória, porém atento ao fato de que houve depósito, mesmo que parcial, sem oportunização de complemento sob as penas da lei, entendo que essa insuficiência não deve impedir o enfrentamento do mérito da *actio* e, somente na hipótese de improcedência unânime do pedido, deve ser ordenada a complementação devida para ulterior reversão em favor dos requeridos, nos termos do art. 488, II, CPC/1973 (art. 968, II, do CPC/2015), como, aliás, já foi decidido por este Grupo de Câmaras de Direito Comercial (vide Ação Rescisória n. 0157221-81.2015.8.24.0000, de Joaçaba, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, j. 9/11/2016).

Passo, então, à análise do mérito.

Do Juízo rescindendo

a) Incidência do inciso II, do art. 485, do CPC/73. Decisão proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

Nos termos do art. 485, II, do CPC/73, é rescindível a sentença ou o acórdão proferido por juiz ou tribunal absolutamente incompetente, pois neste caso há violação de norma de interesse público (direito indisponível), cuja incidência não pode ser derogada pela vontade das partes.

Sobre a questão, oportunos ensinamentos traz o doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

“Quanto à incompetência deve-se distinguir entre a absoluta e a relativa. A relativa pode ser derogada, quer por acordo das partes (foro de eleição) (art. 111), quer por prorrogação, em virtude de ausência da oposição da exceção declinatória no prazo legal (art. 114). Qualquer que seja o critério da fixação da competência absoluta, ela se apresenta sempre como inderrogável pela vontade das partes. Dentre os casos da espécie, o art. 111 cita a competência *ratione materiae* e a de hierarquia. São exemplos da competência relativa a fixada em razão do valor da causa e a em razão do território (art. 111). Em matéria de rescisão, somente a sentença

proferida por juiz absolutamente incompetente é que dá lugar à ação do art. 485. A limitação prende-se ao fato de que na hipótese de incompetência apenas relativa cabe à parte interessada o dever de excepcionar o juízo em tempo hábil (art. 113), sob pena de prorrogar-se sua competência (art. 114), tornando-se, assim, o juízo competente por força da própria lei. Há, na prática, portanto, uma verdadeira impossibilidade de prolação de sentença por juiz relativamente incompetente.” (Curso de direito processual civil, 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1. p. 658).

Sabe-se que a competência absoluta é fixada em razão da matéria, da pessoa ou por critério funcional.

No presente caso, os autores principiam sustentando que o acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento n. 2014.058210-3, ao confirmar os cálculos aritméticos realizados pela juíza singular, afirmou ser competente quem não era, porquanto a feitura de tal matemática é de competência exclusiva do contador do juízo, tentando encaixar referida hipótese à incompetência absoluta que autorizaria o cabimento de ação rescisória.

Do pedido exordial, tem-se, pois, que a incompetência suscitada pelos autores possui relação à suposta falta de expertise da Togada *a quo* para a realização de cálculo aritmético, não possuindo, portanto, qualquer alegação direcionada à incompetência do Juízo, hipótese, na qual, seria possível a discussão via ação rescisória.

Deste modo, não circundam a insurgência em incompetência absoluta (art. 111 do CPC/73 – art. 62 do CPC/15) – tampouco relativa para que fique o registro (fixadas em razão do valor da causa e do território) -, uma vez que a decisão foi prolatada em Juízo competente para tanto, de maneira que é totalmente descabido o pleito rescisório na linha intelectual traçada, não havendo que se falar na hipótese prevista no inciso II, do art. 485, do CPC/73.

b) Violação à literal disposição de Lei

No tocante à viabilidade da ação rescisória, Nelson Nery Júnior ensina que:

“A ação rescisória não se presta para a correção de injustiça da sentença nem para reexame da prova. É medida excepcional que só pode fundar-se nas hipóteses taxativamente numeradas. (NERY JÚNIOR, Nelson. Et al. - Código de processo civil comentado e legislação extravagante - 11.Ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 811).

De igual modo, sabe-se que a ação rescisória não pode ser usada como sucedâneo recursal, conforme farta jurisprudência do STJ neste sentido, citando-se, por exemplo:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INADMISSÃO DA VIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. SUPOSTO ERRO DE FATO. ADVENTO DA PRECLUSÃO

SOBRE O TEMA NO PROCESSO ORIGINÁRIO. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA DESPROVIDO. 1. Conforme orientação jurisprudencial desta Corte, é vedado o manejo da Ação Rescisória fundada no art. 485, V do CPC/1973 como sucedâneo recursal, para substituir providência ou medida que deveria ter sido adotada no curso do processo rescindendo. Precedentes: AgRg no REsp. 1.284.013/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 1o.2.2012; AR 1.277/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 30.8.2011. (AgInt nos EDcl no REsp 1203585/RJ Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 17-12-2019)

Com essas considerações, adianto que não merece acolhimento o pedido de rescisão, pois não configurada quaisquer das hipóteses previstas no art. 485, V, do CPC/73.

In casu, os autores sustentam que o acórdão proferido nos autos do agravo de instrumento n. 2014.058210-3, ao confirmar os cálculos aritméticos realizados pela juíza singular, violou literal disposição de lei (art. 158, II, do CDOJESC, arts. 2º, 113, 125, 128, 458, II, e 471, *caput*, e 614, II, do CPC/73, e arts. 5º, LIII e LIV e 93, IX, da CF/88), merecendo por tais motivos ser rescindido.

Colhe-se dos textos legais:

“**Art. 158, II - CDOJESC -** Compete aos contadores:

[...]

II - contar, discriminadamente, o capital e os juros de títulos;

Art. 2º - CPC/73 - Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 113 - CPC/73 - A Incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

Art. 125, I - CPC/73 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Art. 128 - CPC/73 - O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 458, II - CPC/73 - São requisitos essenciais da sentença:

[...]

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito:

Art. 471 - CPC/73 - Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

Art. 614, II - CPC/73 - Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial:

[...]

II - com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa;

Art. 5º, LIII e LIV - CF:

[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade Competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 93, IX - CF:

IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

Como é cediço, são restritas as hipóteses de cabimento da ação rescisória, como prevê o art. 485 do Código de Processo Civil de 1973 (aplicável à época) não havendo espaço para interpretação extensiva.

A violação à dispositivo de Lei, para fins de rescisão de Acórdão, nos termos do disposto no art. 485, V, do Código de Processo Civil, há que ser *frontal*, não podendo decorrer de simples interpretação do artigo de lei *adversa ao interesse da parte*, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DOCENTE. ART. 485, V, DO CPC/1973. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. DECISUM RESCINDENDO QUE ASSEGURA A CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS ENQUANTO SUBMETIDO AO REGIME CELETISTA EM TEMPO COMUM. APONTADA VIOLAÇÃO AO ART. 165, XX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 18/1981. LIMITAÇÃO TEMPORAL. DECISUM RESCINDENDO QUE NÃO EXAMINA A QUESTÃO SOB O ENFOQUE DO DISPOSITIVO APONTADO POR MALFERIDO. AUSÊNCIA DE IRRESIGNAÇÃO DA PARTE QUANTO A APONTADA VIOLAÇÃO. ALEGAÇÃO QUE PODERIA TER SIDO SUSCITADA DURANTE O TRÂMITE DO PROCESSO ORIGINÁRIO COMO ÓBICE À PRETENSÃO AUTURAL. INOCORRÊNCIA. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA MATERIAL. ART. 474 DO CPC/1973. USO DA AÇÃO DESCONSTITUTIVA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. (...)

2. A violação de dispositivo de lei que propicia o manejo da ação rescisória, na forma do art. 485, V, do CPC/73, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade pela decisão rescindenda, ou seja, é a decisão de tal modo teratológica que consubstancia o desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo. Desta feita, a apreciação da violação a dispositivo literal de lei deve se limitar aos casos em que a transgressão à lei é flagrante, cuidando sempre para que essa ação de natureza desconstitutiva negativa não seja utilizada como sucedâneo recursal, e impedindo sua utilização com o único objetivo de reviver a discussão com base em fundamentos não suscitados oportunamente pela parte, já que não se trata de via recursal, muito menos uma com prazo de dois anos. (AR 4589/CE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 28/6/2017) (grifei).

Pois bem.

Colhe-se do processo de origem (execução n. 0000560-19.2000.8.24.0059), que, após a manifestação dos executados, aqui Autores, quanto ao saldo devedor constante dos autos, a Togada *a quo* decidiu:

“1. Os cálculos apresentados às fls. 741-755 pelos executados não estão em desacordo com os parâmetros fixados por este juízo na decisão de fls. 697-699, a qual se encontra preclusa, razão pela qual não podem ser aceitos.

Verifica-se que a forma de amortização utilizada pelo devedor, ao incluir sobre o valor obtido com a alienação de bem imóvel atualização monetária e juros de mora é totalmente indevida.

Anoto que ao se efetuar simples cálculo aritmético, verificou-se que o saldo devedor na data de 15/04/2014, data do depósito de fl. 756, era de R\$ 127.077,64. Ou seja, mesmo após descontado o valor de R\$ 36.437,15, depositado pelo executado, ainda resta um saldo devedor de R\$ 90.640,49 (noventa mil seiscentos e quarenta reais e quarenta e nove centavos).

Esclareço que para chegar ao cálculo supra, inicialmente se atualizou o saldo devedor até a data de 05/02/2011 (data do depósito dos valores arrecados em leilão), quando se chegou um valor total de R\$ 209.511,73 (R\$ 77.092,31 + R\$ 69.037,53 + R\$ 63.381,89), valor que após ser acrescido da multa de 20% (correspondente a R\$ 41.902,34), atingiu-se o valor de R\$ 251.414,07, sobre o qual se acrescentou honorários advocatícios de 10%, quando então o débito atingiu o total de R\$ 276.555,47 (duzentos e setenta e seis mil quinhentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e sete centavos).

Assim, ao se amortizar do saldo devedor os R\$ 211.000,00 obtidos com a alienação de bem imóvel, tem-se que na data de 05/02/2011, ainda remanesceu um débito de R\$ 65.555,47, os quais, após serem corrigidos monetariamente (INPC) e acrescido de juros de mora (1% a.m.), na data de 15/04/2014, atingem o montante de R\$ 127.077,64 anteriormente mencionado.

1.1 Ante o exposto, considerando que o depósito efetuado foi insuficiente para quitar o débito, REJEITO o pedido de extinção pelo pagamento e também o pedido de liberação do imóvel de matrícula n. 27.506 do CRI de Joinville, apresentados às fls. 741-742.

[...]” (pp. 258-259 – grifo no original).

Irresignados, os devedores interpuseram agravo de instrumento, alegando justamente a “incompetência absoluta da Doutora Juíza de Direito *a quo* para elaboração do cálculo de atualização da dívida” (p. 163).

A inviabilidade da tese, contudo, foi descartada à unanimidade por esta Corte de Justiça - Câmara Especial Regional de Chapecó -, mediante acórdão da lavra do Exmo. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, assim ementado (p. 92):

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE REJEITA O PEDIDO DE LIBERAÇÃO DE IMÓVEL E DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ EM FAVOR DOS EXEQUENTES. CÁLCULO ARITMÉTICO REALIZADO DEVIDAMENTE PELO JUÍZO A QUO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS

QUE NÃO IMPUGNAM ESPECIFICAMENTE A DECISÃO OBJURGADA. IMPOSSIBILIDADE DE LIBERAÇÃO DO IMÓVEL. CÁLCULOS DOS EXECUTADOS QUE CONSIDERAM A CORREÇÃO MONETÁRIA E OS JUROS DE MORA AO SEU FAVOR, COMO SE O EXEQUENTE FOSSE O DEVEDOR. DESNECESSIDADE DA UTILIZAÇÃO DO CONTADOR DO JUÍZO PARA VERIFICAR O QUANTUM DEBEATUR. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NEGADO. MERA REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS. AUSÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. EXIGÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E PERFEITAMENTE IDENTIFICÁVEL PARA CONFIGURÁ-LO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.058210-3, de São Carlos, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 24/11/2014).”

Do corpo do Acórdão rescindendo foi feita a explicitação quanto à improcedência nos seguintes termos (pp. 93-94):

“Os Agravantes pugnaram no recurso que o valor da dívida executada seja aquele a ser encontrado por intermédio de futuro cálculo do contador do Juízo.

A decisão proferida pela Juízo *a quo* está correta. Se não, veja-se:

A Magistrada consignou na decisão de fls. 864-865:

Verifica-se que a forma de amortização utilizada pelo devedor, ao incluir sobre o valor obtido com a alienação de bem imóvel atualização monetária e juros de mora é totalmente indevida.

Esclareço que para chegar ao cálculo supra, inicialmente se atualizou o saldo devedor até a data de 05/02/2011 (data do depósito dos valores arrecados em leilão), quando se chegou um valor total de R\$ 209.511,73 (R\$ 77.092,31 + R\$ 69.037,53 + R\$ 63.381,89), valor que após ser acrescido da multa de 20% (correspondente a R\$ 41.902,34), atingiu-se o valor de R\$ 251.414,07, sobre o qual se acrescentou honorários advocatícios de 10%, quando então o débito atingiu o total de R\$ 276.555,47 (duzentos e setenta e seis mil quinhentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e sete centavos).

Assim, ao se amortizar do saldo devedor os R\$ 211.000,00 obtidos com a alienação de bem imóvel, tem-se que na data de 05/02/2011, ainda remanesceu um débito de R\$ 65.555,47, os quais, após serem corrigidos monetariamente (INPC) e acrescido de juros de mora (1% a.m.), na data de 15/04/2014, atingem o montante de R\$ 127.077,64 anteriormente mencionado.

O cálculo referido é meramente aritmético e foi realizado devidamente pela Magistrada utilizando-se do Site da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, conforme se infere às fls. 864-870.

As alegações dos Agravantes são genéricas e não impugnaram especificamente a decisão objurgada, visto que não apresentam a erroniedade do método do cálculo, da utilização da correção monetária, dos juros de mora, da multa, e dos honorários, limitando-se apenas a afirmarem que todos os cálculos são díspares, bem como fizeram mera remissão à planilha anexa.

Outrossim, verifica-se, conforme aduzido na decisão, que o cálculo realizado pelos Agravantes levou em consideração a correção monetária e os juros de mora a seu favor, como se os Agravados fossem os devedores no processo, ao utilizarem-nos no valor referente à alienação do bem imóvel arrematado em hasta pública.

Portanto, **verifica-se não ser necessária a utilização de contador do juízo para verificar o quantum debeatur** e, deste modo, afasta-se os pedidos referentes a cassação da decisão objurgada e da liberação do imóvel.

Quanto ao pedido de reconsideração, verifica-se tratar de mera reiteração dos pedidos registrados na inicial do agravo.

Por derradeiro, não acolho o pedido de condenação dos Executados em litigância de má-fé, porquanto, para aplicá-la, faz-se necessária a presença de dolo específico e perfeitamente identificável.

[...]” (grifei).

Pois bem.

Em face desta Decisão, os Autores interpuseram Recurso Especial (fl. 161/176), que restou inadmitido (fl. 204), resultando no trânsito em julgado da Decisão rescindenda em 19-06-2015.

Ora, ao revisitar o iter processual, a partir dos documentos encartados pelos autores, constata-se que o feito executivo foi inaugurado em junho de 2000, pelo demandado Paulerson em face dos autores, objetivando a cobrança da quantia de R\$ 53.629,27 (pp. 336/339), representada por 3 Notas Promissórias impagas.

Houve penhora de imóvel de propriedade do autor (p. 616) e sua respectiva venda judicial (p. 683), momento em que o magistrado *a quo*, após assinatura do auto de arrematação, determinou que o credor apresentasse memória atualizada do débito e, havendo saldo devedor, indicasse novos bens passíveis de execução (p. 721).

Em cumprimento à ordem judicial, o exequente, aqui demandado, apresentou nova planilha de cálculos, informando saldo devedor, em novembro de 2010, na ordem de R\$ 127.559,70, bem como requereu nova penhora, agora do imóvel sob a Matrícula nº 27.506, do CRI da Comarca de Joinville (p. 424/432), também de propriedade dos autores.

Em decisão, o togado singular determinou a readequação dos cálculos apresentados, porquanto a amortização do saldo devedor pelo credor se deu em data equivocada, ressaltando (p. 460):

“Em análise do demonstrativo atualizado de débito apresentado pelo exequente verifica-se que ele se encontra equivocado em relação a data de amortização dos valores trazidos à execução em razão da alienação do imóvel de propriedade do executado.

Isso porque, nota-se que o exequente efetuou a amortização daqueles valores sobre o saldo devedor na data em que ocorreu a expedição dos alvarás para saque, quando na verdade, a data que deve ser utilizada é aquela em que ocorreu o depósito destes valores nos autos, ou seja, 05/02/2010 (fl. 492), posto que esta é a data que deve ser entendida para elidir a mora parcial.

A data do saque é tão somente aquela em que o valor é efetivamente entregue ao credor, lembrando-se que quando ocorre o saque do valor ele está devidamente atualizado pelos índices da poupança, que são os utilizados pelo Sistema da Conta Única.

Recorda-se ainda que adoção de entendimento diverso acarretaria na imposição, ao devedor, dos ônus pela demora no repasse do dinheiro, demora que decorre dos procedimentos legais que devem ser observados e não da desídia do devedor, o que não pode ser admitido. (...)

3. Desta feita, intime-se o exequente para que, no prazo de 15 (quinze) dias, traga aos autos demonstrativo atualizado de débito que obedeça as determinações desta decisão.”

Feita a retificação dos cálculos pelo exequente, foi apresentada planilha na ordem de R\$ 124.493,15, em setembro de 2012 (p. 464-469).

Irresignados, os devedores, ora autores, impugnaram o valor apresentado, informando saldo devedor de apenas R\$ 36.437,15 (p. 488-494), oportunidade em que depositaram referida quantia e solicitaram, não só a extinção da execução pelo pagamento, como também a liberação do bem imóvel penhorado (Matrícula nº 27.506, do CRI da Comarca de Joinville).

Daí porque sobreveio a decisão de indeferimento que foi objeto do agravo de instrumento desprovido à unanimidade. Note-se, pois, que não precisa ser *expert* em contabilidade para constatar que os valores apresentados pelos devedores destoam completamente dos históricos de atualização da dívida. E, assim saltando aos olhos, bastou o cálculo meramente aritmético a partir do *site* da CGJ/SC para confirmar a irregularidade.

Deste modo, sabendo que o art. 158, II, do CDOJESC **não** dispõe que são de competência exclusiva dos contadores a realização dos cálculos judiciais, assim como o art. 113 do CPC/73 **não** prevê a incompetência absoluta do juiz para o desiderato, somado ao fato de que, nos termos do art. 125 do CPC/73 (art. 139 do CPC/15), o juiz, na qualidade de sujeito responsável por garantir às partes direitos fundamentais na condução do processo, possui para o alcance desse *munus* auxílio de pessoas que se destinam a apoiar as atividades jurisdicionais (auxiliares da Justiça - art. 139 do CPC/7), tendo-se a contadoria judicial como órgão de apoio e confiança do juízo (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4003173-23.2020.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 9/6/2020), tal fato, por si só, não torna a atuação do Contador obrigatória nos autos, nem impede o Juízo de decidir, dentro de suas convicções, acerca das questões suscitadas pelas partes (art. 128 do CPC), evidenciando na hipótese dos autos a ausência de violação aos dispositivos supra destacados.

Assim é que, entendendo inútil ou meramente protelatória a remessa dos autos ao contabilista, mormente quando se tratar de cálculo aritmético de pouca complexidade, pode o juiz, de acordo com o seu livre convencimento motivado, resolver desde logo a controvérsia (art. 370, parágrafo único, do CPC/15). Tal providência, aliás, vai ao encontro da celeridade processual, tão objetivada pela normativa.

Assim, não se constata violação à norma jurídica, mas - justamente o contrário - , o que se deu foi uma interpretação judicial que vai de encontro à pretensão do autor.

Portanto, não se constatando ofensa clara e inequívoca à norma jurídica, justo que o encaminhamento dos autos à contadoria não teria o condão de alterar a conclusão do Acórdão em discussão, razão pela qual improcede, sob este viés, a pretensão rescindenda quanto à alegada violação à dispositivo de Lei (art. 158, II, do CDOJESC, art. 113, 125, 128 do CPC/73).

Quanto à violação ao art. 458, II, do CPC/73 e art. 5º, LIII e LIV e art. 93, IX, da CF/88, arguem os autores que “a Doutora Juíza de Direito da Comarca de São Carlos, em decisão interlocutória encampada pela Egrégia Câmara Especial Regional de Chapecó fez isso sem nenhuma justificacão ou motivacão [...]” (p. 18).

Sem razão, novamente.

Consoante entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, “o art. 93, IX, da Constitucão Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegaçoes ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão [...] (AI 791292 QO-RG, rel. Min. Gilmar Mendes. J. em: 23/6/2010).

Não obstante, “o juiz não tem obrigacão de responder todos os argumentos das partes, mas tem o dever de examinar as questões que possam servir de fundamento essencial à acolhida ou rejeicão do pedido do autor” (NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de, Código de Processo Civil Comentado, 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1250).

Desta feita, a nulidade pode ser decretada somente quando ocorrer absoluta ausência de fundamentacão, o que não se observa na hipótese presente.

Com efeito, o acórdão ao fazer referênci a aos termos da decisão agravada, justificou de forma suscinta, porém suficiente, os motivos pelos quais deveria ser confirmada, veja-se mais uma vez:

“O cálculo referido é meramente aritmético e foi realizado devidamente pela Magistrada utilizando-se do Site da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, conforme se infere às fls. 864-870.

As alegaçoes dos Agravantes são genéricas e não impugnam especificamente a decisão objurgada, visto que não apresentam a erronia do método do cálculo, da utilizacão da correçao monetária, dos juros de mora, da multa, e dos honorários, limitando-se apenas a afirmarem que todos os cálculos são díspares, bem como fizeram mera remissão à planilha anexa.

Outrossim, verifica-se, conforme aduzido na decisão, que o cálculo realizado pelos Agravantes levou em consideracão a correçao monetária e os juros de mora a seu favor, como se os Agravados fossem os devedores no processo, ao utilizarem-nos no valor referente à alienacão do bem imóvel arrematado em hasta pública.

Portanto, verifica-se não ser necessária a utilizacão de contador do juízo para verificar o *quantum debeatur* e, deste modo, afasta-se os pedidos referentes a cassacão da decisão objurgada e da liberaçao do imóvel.” (93-94).

Sendo assim, resta devidamente atendido o disposto no art. 458 do CPC/73 então vigente, pois houve o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo.

Há que se ressaltar que os autores pretendem, em verdade, reexame da matéria de mérito, o que não é possível em açao rescisória que não serve como sucedâneo de recurso. A propósito:

“é firme o posicionamento desta Corte de que ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento da ação rescisória é aquela evidente, direta, porquanto a via rescisória não é adequada para corrigir suposta interpretação equivocada dos fatos, tampouco para ser utilizada como sucedâneo recursal. 5. Agravo interno a que se nega provimento.” AgInt no AREsp 1054594 / RJ rel. Min. Sérgio Kukina, j. Em 19-8-2019)

Assim, não sendo a ação rescisória meio apropriado para análise do acerto ou desacerto da interpretação dada aos fatos pelo julgador; tampouco medida apta ao reexame da prova produzida, não verificada qualquer das hipóteses autorizadoras da desconstituição do veredito, impõe-se a improcedência do pedido rescisório no ponto.

Deixo de analisar a alegada violação ao art. 471 e 614, II, ambos do CPC, porquanto a decisão rescindenda, bem como a própria petição inicial, nada discorreram a este respeito, cingindo-se, esta última, apenas a mencionar tais dispositivos de forma aleatória e genérica, razão pela qual não merecem sequer serem conhecidas.

Da litigância de má-fé

Buscam os requeridos, de outro lado, a condenação dos autores ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Paulerson da Silva de forma genérica nos pedidos (p. 1296, item “6”), e a empresa Apoio Logística e Serviços Ltda., com sustentáculo no art. 17, II, do CPC/73, aduzem que houve flagrante deslealdade e má-fé processual por meio da distorção dos fatos, merecendo, pois, obter o ressarcimento dos prejuízos que sofreu (pp. 1612-1613).

Todavia, apesar da notória ausência de plausibilidade jurídica das teses aventadas pelos autores, não se vislumbra conduta processual dolosa de sua parte capaz de ensejar a penalização pela litigância de má-fé.

Além disso, o ajuizamento da ação rescisória não causou prejuízo à regular tramitação do feito na origem, tanto que finalmente o credor originário, Paulerson da Silva, logrou obter a quitação do débito pela sub-rogação já em meados do ano de 2017, e a empresa Apoio Logística e Serviços Ltda. permaneceu com o bem adquirido, inexistindo prova efetiva dos prejuízos que disse ter amargado.

Assim, também porque ausente o caráter nitidamente protelatório, entendo que a multa não deve ser aplicada.

Da gratuidade judiciária

O requerido Paulerson da Silva busca o benefício da gratuidade judiciária, alegando possuir poucos rendimentos.

Sucedede que o comprovante anexado aos autos (p. 1297), além de desatualizado, porque referente ao ano de 2017, demonstra que já à época o postulante auferia salário “líquido” na monta de R\$ 3.834,00, não podendo ser entendido como economicamente carente.

Não fosse o bastante, também à época, recebeu R\$ 151.381,88 pela quitação do débito executado, o que reforça que não faz jus ao benefício.

Logo, rejeita-se o pedido.

6. Do dispositivo

Por todo o exposto, afasto as preliminares arguidas pelos réus e julgo improcedentes os pedidos formulados na presente ação rescisória, impondo aos postulantes o pagamento da diferença a título de complementação do depósito previsto no art. 488, II, do CPC/73 (art. 968, II, do CPC/15), o qual será convertido em multa e revertido igualmente em favor dos adversos, além do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais são fixados em 20% sobre o novo valor dado à causa, devidamente rateado entre os procuradores dos demandados, à luz do art. 85, § 2º, do CPC/15.

É como voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento Nº 5026365-65.2020.8.24.0000/SC

Relator: Desembargador Mariano do Nascimento

AGRAVANTE: KIRA TAISE GAIEWSKI

AGRAVADO: PAULO ROBERTO MARZAROTTO

AGRAVODEINSTRUMENTO.CUMPRIMENTO DESENTENÇA.PRETENDIDA SATISFAÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL. DECISÃO QUE DEFERIU A CONSTRIÇÃO DE 10% DA REMUNERAÇÃO LÍQUIDA DOS EXECUTADOS. INSURGÊNCIA DA EXEQUENTE. PRETENSA MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL PARA 30%. TESE REPELIDA. ENTENDIMENTO RECENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A DIFERENCIAR “VERBAS DE NATUREZA ALIMENTAR” E “PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS”. EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE QUE NÃO SE APLICA AO CASO EM APREÇO. MAJORAÇÃO INCOMPATÍVEL COM O REFERIDO POSICIONAMENTO.
RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2020.

RELATÓRIO

Kira Taíse Gaiowski interpôs o presente agravo de instrumento de decisão interlocutória proferida nos autos do cumprimento de sentença n. 5002747-71.2019.8.24.0018, que move em face de Paulo Roberto Marzarotto visando a satisfação de crédito relativo à verba honorária arbitrada em ação monitória, na qual a magistrada a quo deferiu que fossem penhorados valores dos benefícios previdenciários do executado limitados mensalmente a 10% (dez por cento) das referidas verbas (evento 1), assim dispondo (evento 30 dos autos originários):

3. ISTO POSTO, indefiro o requerimento formulado pelo executado nos Eventos 24 e 25 e, nos termos do art. 854, § 5º, do CPC, converto o bloqueio em penhora.

4. Defiro a penhora do percentual de 10% da remuneração líquida (abatidos apenas os descontos obrigatórios) do executado para pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais.

5. Oficie-se ao Instituto Nacional do Seguro Social dando-lhe conta da penhora realizada e determinando o bloqueio mensal do percentual de 10% da remuneração líquida do executado PAULO ROBERTO MARZAROTTO, até o limite de R\$ 37.962,90, com o posterior depósito judicial mensal. Prazo: 30 dias, sob pena de caracterizar o crime de desobediência. Com a missiva, remetam-se os dados da subconta para depósito.

6. Intimem-se as partes acerca dessa decisão.

7. Irrecorrida a presente decisão, expeça-se alvará judicial em favor da parte exequente para levantamento do valor penhorado via BacenJud (Evento 23) mediante transferência bancária para a conta indicada no Evento 28.

8. Após, voltem conclusos.

Inconformada, a agravante sustenta, em suma: a) que “a D. Magistrada deixou de analisar que o agravado possui uma renda bem maior, o que foi devidamente anexado ao pedido e demonstrado na petição, ou seja, a mesma não considerou a remuneração de R\$ 3.024,00 recebida da BB Previdência [sic] Fundo de Pensão conforme extrato”; e b) que “o agravado possui condição econômica “alta” com renda total de R\$ 8.929,73 (oito mil novecentos e vinte e nove reais e setenta e três centavos), razão pela qual deve ser reformada a sentença “a quo”, para que o percentual aplicado na penhora seja de 30% da remuneração TOTAL, ou alternativamente 20% , devendo ser considerada a remuneração total do agravado e não somente o benefício previdenciário”.

Ausente pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, tampouco de antecipação da tutela recursal e, decorrido in albis o prazo para apresentação de contrarrazões (evento 24), retornaram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória que determinou a penhora das verbas de proventos de aposentadoria do devedor, no equivalente a 10% (dez por cento) ao mês.

Segundo a agravante, os proventos de aposentadoria pública não são a única fonte de renda que possui o devedor, que também recebe valores a título de previdência privada, sendo equivocada a limitação da penhora a 10% dos ganhos, devendo este percentual ser triplicado ou, alternativamente, duplicado.

Sem razão, adianta-se.

Diz-se isso porque a despeito de a decisão agravada estar fundada no disposto no § 2º do art. 833 do CPC, segundo o qual a impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria “não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem”,

a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento realizado em 5/8/2020, nos autos do REsp nº 1.815.055/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, assim direcionou o entendimento da matéria:

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR. EXCEÇÃO DO § 2º DO ART. 833. PENHORA DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENÇA ENTRE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA E VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de indenização, na fase de cumprimento de sentença para o pagamento dos honorários advocatícios, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 12/02/2019 e atribuído ao gabinete em 18/06/2019.

2. O propósito recursal é decidir se o salário do devedor pode ser penhorado, com base na exceção prevista no § 2º do art. 833 do CPC/15, para o pagamento de honorários advocatícios, por serem estes dotados de natureza alimentar, nos termos do art. 85, § 14, do CPC/15.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 1.022, II, do CPC/15.

4. Os termos “prestação alimentícia”, “prestação de alimentos” e “pensão alimentícia” são utilizados como sinônimos pelo legislador em momentos históricos e diplomas diversos do ordenamento jurídico pátrio, sendo que, inicialmente, estavam estritamente relacionados aos alimentos familiares, e, a partir do CC/16, passaram a ser utilizados para fazer referência aos alimentos indenizatórios e aos voluntários.

5. O termo “natureza alimentar”, por sua vez, é derivado de “natureza alimentícia”, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, posteriormente conceituado pela EC nº 30/2000, constando o salário como um dos exemplos.

6. Atento à importância das verbas remuneratórias, o constituinte equiparou tal crédito ao alimentício, atribuindo-lhe natureza alimentar, com o fim de conceder um benefício específico em sua execução, qual seja, a preferência no pagamento de precatórios, nos termos do art. 100, § 1º, da CRFB.

7. As verbas remuneratórias, ainda que sejam destinadas à subsistência do credor, não são equivalentes aos alimentos de que trata o CC/02, isto é, àqueles oriundos de relações familiares ou de responsabilidade civil, fixados por sentença ou título executivo extrajudicial.

8. Uma verba tem natureza alimentar quando destinada à subsistência do credor e de sua família, mas apenas se constitui em prestação alimentícia aquela devida por quem tem a obrigação de prestar alimentos familiares, indenizatórios ou voluntários em favor de uma pessoa que, necessariamente, deles depende para sobreviver.

9. As verbas remuneratórias, destinadas, em regra, à subsistência do credor e de sua família, mereceram a atenção do legislador, quando a elas atribuiu natureza alimentar. No que se refere aos alimentos, porque revestidos de grave urgência - porquanto o alimentando depende exclusivamente da pessoa obrigada a lhe prestar alimentos, não tendo outros meios para se socorrer -, exigem um tratamento mais sensível ainda do que aquele conferido às verbas remuneratórias dotadas de natureza alimentar.

10. Em face da nítida distinção entre os termos jurídicos, evidenciada pela análise histórica e pelo estudo do tratamento legislativo e jurisprudencial conferido ao tema, forçoso concluir que não se deve igualar verbas de

natureza alimentar às prestações alimentícias, tampouco atribuir àquelas os mesmos benefícios conferidos pelo legislador a estas, sob pena de enfraquecer a proteção ao direito, à dignidade e à sobrevivência do credor de alimentos (familiares, indenizatórios ou voluntários), por causa da vulnerabilidade inerente do credor de alimentos quando comparado ao credor de débitos de natureza alimentar.

11. As exceções destinadas à execução de prestação alimentícia, como a penhora dos bens descritos no art. 833, IV e X, do CPC/15, e do bem de família (art. 3º, III, da Lei 8.009/90), assim como a prisão civil, não se estendem aos honorários advocatícios, como não se estendem às demais verbas apenas com natureza alimentar, sob pena de eventualmente termos que cogitar sua aplicação a todos os honorários devidos a quaisquer profissionais liberais, como médicos, engenheiros, farmacêuticos, e a tantas outras categorias.

12. Recurso especial conhecido e não provido.

A partir de então, há que se diferenciar as expressões “prestação alimentícia”, que fica restrita aos alimentos decorrentes de vínculo familiar, e “verbas de natureza alimentar”.

Nesse contexto, a norma que admite a penhora de verbas salariais não o faz com relação aos casos de dívidas referentes a honorários advocatícios, mas apenas quanto às prestações alimentícias, porquanto apesar de apresentar natureza alimentar, não se insere dentre aquelas.

Nesse trilhar, colhe-se da jurisprudência desta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS PARA OBTENÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS EM FAVOR DA EXECUTADA. INSURGÊNCIA DA PARTE EXEQUENTE. MÉRITO. PEDIDO DE INFORMAÇÕES AO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS SOBRE A EXISTÊNCIA DE EVENTUAL PROVENTO/BENEFÍCIO DA PARTE AGRAVADA QUE TEM O PROPÓSITO DE DAR SUBSÍDIO PARA UM FUTURO PEDIDO DE CONSTRIÇÃO DOS PROVENTOS. MEDIDA INÓCUA. ENTENDIMENTO RECENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE QUE NÃO É POSSÍVEL PENHORAR SALÁRIO PARA O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REFORMA DO ENTENDIMENTO DESTE RELATOR DIANTE DA NOVA ORIENTAÇÃO DA CORTE DA CIDADANIA. TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA QUE RESTA REVOGADA. “As exceções destinadas à execução de prestação alimentícia, como a penhora dos bens descritos no art. 833, IV e X, do CPC/15, e do bem de família (art. 3º, III, da Lei 8.009/90), assim como a prisão civil, não se estendem aos honorários advocatícios, como não se estendem às demais verbas apenas com natureza alimentar, sob pena de eventualmente termos que cogitar sua aplicação a todos os honorários devidos a quaisquer profissionais liberais, como médicos, engenheiros, farmacêuticos, e a tantas outras categorias (REsp 1815055/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/08/2020, DJe 26/08/2020).” RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4004709-69.2020.8.24.0000, de Rio do Sul, rel. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 10-9-2020).

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. cumprimento de sentença de honorários advocatícios. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE PENHORA de 10% SOBRE O RENDIMENTO Do EXECUTADO PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INSURGÊNCIA DA PARTE EXEQUENTE. mérito. pretensão de constrição de 30% do benefício recebido pelo agravado. alegação de que os HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS são VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. inviabilidade de majoração do bloqueio, com base em recente decisão do superior tribunal de justiça proferida no resp n.º 1815055/SP. mudança de entendimento da corte superior que definiu que a exceção à regra de impenhorabilidade (artigo 833, §2º, do cpc) refere-se somente a prestação alimentícia, ou seja, que decorre de vínculo familiar e não abrange verba de natureza alimentar. decisão mantida. RECURSO conhecido e DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5014062-19.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. GUILHERME NUNES BORN, 1ª Câmara de Direito Comercial, j. 6-8-2020).

Portanto, diante da nova orientação exarada pelo Tribunal da Cidadania, outra alternativa não se alcança senão a constatação da impenhorabilidade da renda mensal do executado, por não se inserir na exceção prevista no art. 833, § 2º do CPC e, conseqüentemente, incoerente a tal entendimento seria a majoração do percentual de constrição autorizado na origem.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

Agravo de Instrumento n. 4017786-35.2018.8.24.0900, de Criciúma

Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva

AGRAVO POR INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO AGRAVADA QUE RECONHECEU A HIPÓTESE DE FRAUDE À EXECUÇÃO NA DOAÇÃO, PELO EXECUTADO, DE COTAS SOCIAIS A SEUS DESCENDENTES, EM RELAÇÃO ÀS QUAIS DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE PENHORA. INSURGÊNCIA DO EXECUTADO.

PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

MÉRITO. DOAÇÃO DE COTAS SOCIAIS DO EXECUTADO AOS SEUS DESCENDENTES APÓS CITAÇÃO VÁLIDA E QUANDO EM APARENTE ESTADO DE INSOLVÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE ILIDE A BOA-FÉ. PRECEDENTES. FRAUDE À EXECUÇÃO CARACTERIZADA.

Na esteira da jurisprudência do STJ, “(...) a doação (...) pelos pais a descendente, quando em trâmite demanda capaz de reduzi-los à insolvência, configura fraude à execução” (AgInt no REsp 1.576.822/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 01/06/2018).

FRAUDE À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO INCIDENTALMENTE NOS PRÓPRIOS AUTOS DA DEMANDA EXECUTIVA, INCLUSIVE DE OFÍCIO.

Consoante entendimento pacificado pelo STJ, não se exige demanda autônoma (ação pauliana) para o reconhecimento de fraude à execução, instituto de direito processual que não se confunde com a fraude aos credores, instituto de direito material previsto no art. 158 do Código Civil. PENHORA DE COTAS SOCIAIS. POSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO IMPLICA OFENSA AO PRINCÍPIO DA *AFFECTIO SOCIETATIS*.

Ainda que se trate de medida extrema, “a penhora de quotas sociais não encontra vedação legal e nem afronta o princípio da ‘affectio societatis’ (AgInt no AREsp 223075/SP, rel.: Ministro Raul Araújo. J. em: 14-3-2017).” (Agravo de Instrumento n. 4005383-18.2018.8.24.0000, da Capital - Continente, rel. Rogério Mariano do Nascimento, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. em 11/10/2018).

ARGUIÇÃO DE CLÁUSULA DE IMPENHORABILIDADE DAS QUOTAS SOCIETÁRIAS PREVISTA NO CONTRATO SOCIAL. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL INEFICAZ, À MÍNGUA DE PREVISÃO LEGAL, PARA IMPEDIR O ATO DE PENHORA JUDICIAL.

“As cotas sociais podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal para tanto e que o contrato não pode impor vedação que a lei não criou”. (STJ. REsp 234.391/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2000, DJ 12/02/2001, p. 113)” (Agravo de Instrumento n. 0009488-77.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. em 20/04/2017).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4017786-35.2018.8.24.0900, da comarca de Criciúma (3ª Vara Cível) em que é Agravante Sérgio Cadorin e Agravado Jaison Gregório Justi.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, revogando-se, *ipso facto*, a decisão de fls. 265-270 que havia deferido parcialmente o pedido de efeito suspensivo para “(...) *obstar a realização de atos expropriatórios em relação às 392.820 cotas sociais recebidas pelo agravante com cláusula de impenhorabilidade e posteriormente doadas a seus filhos*”. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Guilherme Nunes Born, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Mariano do Nascimento.

Florianópolis, 27 de agosto de 2020.

Desembargador Carlos Adilson Silva
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo por instrumento interposto por Sergio Cadorin contra decisão proferida pela MMA. Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Criciúma, Dra. Eliza Maria Strapazzon, que, em cumprimento de sentença que lhe move Jaison Gregório Justi (autos n. 0020492-32.2008.8.24.0020), reconheceu a hipótese de fraude à execução na doação, pelo executado, ora agravante, a seus filhos, de 392.830 quotas da sociedade empresária Américo Cadorin Administradora de Bens e Participações Ltda., em relação às quais determinou a penhora (fls. 21-24).

Em suas razões recursais, suscitou a preliminar de cerceamento de defesa decorrente da não apreciação do pedido de produção de prova oral, o qual visava demonstrar o real motivo da transferência das cotas sociais: um grave problema de saúde.

Quanto ao mérito, defende que: *a*) a fraude à execução somente poderia ser deduzida e analisada no bojo de ação autônoma; *b*) há interesse processual no reconhecimento da impossibilidade da anulação da transferência e da declaração de indisponibilidade das cotas sociais; *c*) inexistente fraude à execução, na medida em que recebeu as referidas cotas por doação com cláusula de impenhorabilidade; e *d*) a penhora de cotas sociais importa ofensa ao princípio da *affectio societatis*.

Requeru a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso (fls. 01-20).

Foi parcialmente deferido o pedido de efeito suspensivo para “(...) *obstar a realização de atos expropriatórios em relação às 392.820 cotas sociais recebidas pelo agravante com cláusula de impenhorabilidade e posteriormente doadas a seus filhos*” (fls. 265-270).

Foram apresentadas as contrarrazões, oportunidade em que o agravado aduz que o STJ admite a penhora de quotas sociais, ainda que haja restrição contratual quanto à sua alienação a terceiros que não os herdeiros e sócios, e que a fraude à execução é passível de conhecimento no próprio processo executivo (fls. 274-286).

É o breve relatório.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, porquanto satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

1. Preliminar de nulidade da decisão por cerceamento de defesa:

O agravante suscita a preliminar de cerceamento de defesa decorrente da não apreciação do pedido de produção de prova oral, o qual visava demonstrar o real motivo da transferência das cotas sociais aos seus filhos: um grave problema de saúde.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Não era mesmo necessária a dilação probatória, eis que os documentos amealhados são mais do que suficientes à formação do convencimento do julgador.

O grave problema de saúde alegado poderia muito bem ser demonstrado por meio da juntada de documentos, e ainda assim não surte qualquer efeito na análise de questão eminentemente jurídica, afeta à (im)penhorabilidade das cotas sociais.

De acordo com art. 370 do CPC/15, ao conduzir a instrução processual, pode o magistrado indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, competindo-lhe apreciar os elementos de prova carreados aos autos e, de forma motivada, indicar as razões do seu convencimento.

Logo, inexistindo necessidade de dilação probatória para aferição de aspectos relevantes da causa, o julgamento antecipado da lide não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88).

Com isso, afasta-se a prefacial suscitada.

2. Mérito:

O executado Sergio Cadorin, ora agravante, doou aos seus descendentes o único patrimônio de que dispunha, qual seja, 392.830 quotas da sociedade empresária Américo Cadorin Administradora de Bens e Participações Ltda., posteriormente à sua citação no cumprimento de sentença, fato incontroverso nos autos.

Ora, se a transação é realizada no curso de ação com potencial de redução do devedor à insolvência, da qual esteja ele plenamente ciente, plenamente possível a configuração de fraude à execução, na forma do art. 792, IV, do CPC/15:

“Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

[...]

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;”

De acordo com o entendimento consolidado no enunciado 375 da Súmula do STJ, “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado **ou** da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Bem a propósito, em caso de alienação entre parentes próximos é dispensável a prova de má-fé, sendo presumido o conluio para blindagem patrimonial dentro da própria família.

Na esteira da jurisprudência do STJ, “(...) a doação (...) pelos pais a descendente, quando em trâmite demanda capaz de reduzi-los à insolvência, configura fraude à execução” (AgInt no REsp 1.576.822/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 01/06/2018).

Extrai-se da jurisprudência desta Corte:

“DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (NOTA DE CRÉDITO COMERCIAL) - RECONHECIMENTO DE FRAUDE À EXECUÇÃO - PLEITO INACOLHIDO EM 1º GRAU - RECURSO DO BANCO EXEQUENTE - OCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO - **COTAS** SOCIAIS DA EXECUTADA ALIENADAS APÓS CITAÇÃO VÁLIDA E QUANDO EM APARENTE ESTADO DE INSOLVÊNCIA - ALIENAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIROS COM RELAÇÃO DE PARENTESCO PRÓXIMO - BOA-FÉ ILIDIDA - FRAUDE À EXECUÇÃO CARACTERIZADA - INEFICÁCIA DO NEGÓCIO EM RELAÇÃO AO EXEQUENTE - EXEGESE DO ART. 593, II, DO CPC/1973 - DECISÃO REFORMADA - AGRAVO PROVIDO.

Ocorrendo alienação maliciosa de bens na pendência de demanda judicial (condenatória ou executiva) após citação válida do devedor, capaz de reduzi-lo à insolvência, resta configurada fraude à execução, com a consequente ineficácia do ato jurídico.” (Agravo de Instrumento n. 4026131-08.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Monteiro Rocha, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. em 21/05/2020).

“EMBARGOS DE TERCEIRO. IMPROCEDÊNCIA. APELO DA PARTE EMBARGANTE.

CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. FEITO QUE SE ENCONTRA INSTRUÍDO PARA O SEU DESLINDE, COM O ARCABOUÇO PROBATÓRIO NELE AMEALHADO.

O instituto do julgamento antecipado da lide não ocasiona cerceamento de defesa; ao contrário, evita a produção de atos dispensáveis para a resolução da demanda, notadamente quando o feito está instruído com documentos suficientes para o deslinde da questão.

IMÓVEL PENHORADO. DOAÇÃO APÓS A CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA. IRRELEVÂNCIA. FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA. SÚMULA N. 375/STJ INAPLICÁVEL.

Tratando-se de imóvel penhorado, ainda que sem o registro do gravame ou averbação premonitória, doado pelo devedor à ex-mulher, reduzindo-o a estado de insolvência, não cabe a aplicação do verbete contido na súmula 375, STJ.

Na hipótese, irrelevante a ocorrência de má-fé do donatário ou se este tinha ciência da penhora, mas sim a má-fé do doador, com objetivo de fraudar a execução já em curso.

APELO NÃO PROVIDO.” (Apelação Cível n. 0300656-60.2017.8.24.0092, da Capital, rel. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em 28/05/2020). [grifou-se]

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. APONTAMENTO À PENHORA PELO EXEQUENTE, EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, DE BEM IMÓVEL DOADO POR DOIS

DOS EXECUTADOS A SEU FILHO. ALEGAÇÃO DE NÃO SE ESTAR DIANTE DE HIPÓTESE DE FRAUDE À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO EMBARGANTE. ARGUMENTAÇÃO DE QUE O ATO JURÍDICO OCORREU ANTES DA DEFLAGRAÇÃO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, QUANDO A AÇÃO DE CONHECIMENTO AINDA TRAMITAVA. ARGUIDA, AINDA, AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A DEMANDA PODERIA REDUZIR OS EXECUTADOS À INSOLVÊNCIA. TESE DE INEXISTÊNCIA, TAMPOUCO, DE AVERBAÇÃO RESTRITIVA NA MATRÍCULA IMOBILIÁRIA. INSUBSISTÊNCIA. FRAUDE À EXECUÇÃO EVIDENCIADA NOS TERMOS DO ART. 792, INC. IV, DO CPC E DA SÚMULA 375 DO STJ. FRAUDE CONFIGURADA ACASO REALIZADA A TRANSAÇÃO NO CURSO DE AÇÃO COM POTENCIAL DE REDUÇÃO DO DEVEDOR À INSOLVÊNCIA, DA QUAL ELE ESTEJA PLENAMENTE CIENTE. DESIMPORTÂNCIA QUANTO À SUA NATUREZA - COGNITIVA OU EXECUTIVA. PRECEDENTE DESTA CORTE. NEGÓCIO CONCRETO EFETIVADO APÓS A CITAÇÃO DOS EXECUTADOS NA AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS QUE DEU ORIGEM AO TÍTULO JUDICIAL OBJETO DE CUMPRIMENTO. PESSOAS FÍSICAS EXECUTADAS QUE DOARAM AO DESCENDENTE SEU ÚNICO IMÓVEL, RESTANDO EM NOME DA PESSOA JURÍDICA IGUALMENTE EXECUTADA VEÍCULOS AUTOMOTORES COM RESTRIÇÕES NO RENAJUD. RELAÇÃO DE PARENTESCO QUE AFASTA A PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO DONATÁRIO. *DECISUM* MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Há configuração de fraude à execução, na forma do art. 792, Inc. IV, do CPC, quando a transferência do bem a terceiro ocorre no curso de ação com potencial de redução do devedor à insolvência, da qual ele esteja plenamente ciente, independentemente de sua natureza cognitiva ou executiva.” (Apelação n. 0300308-76.2019.8.24.0058, rel. Des. Saul Steil, 3ª Câmara de Direito Civil, j. em 04/08/2020).

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA DE REJEIÇÃO, MANTENDO HÍGIDA A PENHORA EFETIVADA SOBRE O IMÓVEL. RECURSO DOS EMBARGANTES. [...] ALEGADA AUSÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO REGISTRO DA PENHORA OU DA MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE. SÚMULA 375 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MÁ-FÉ DOS EMBARGANTES DEMONSTRADA, POIS, À ÉPOCA DA DOAÇÃO DO IMÓVEL, POSSUÍAM PRÉVIO CONHECIMENTO ACERCA DA SITUAÇÃO DE INSOLVÊNCIA DOS EXECUTADOS, EM VIRTUDE DA RELAÇÃO DE PARENTESCO (PAIS, FILHA E GENRO). CIRCUNSTÂNCIA QUE AFASTA A BOA-FÉ DOS EMBARGANTES E FAZ PRESUMIR QUE A DOAÇÃO SE DEU EM FRAUDE À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE PENHORA A GARANTIR A EXECUÇÃO. PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INSOLVÊNCIA. ARTS. 748 E 750, I, DO CPC/73. [...] IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE MINORAÇÃO. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS FIXADOS EM CONFORMIDADE COM OS CRITÉRIOS DO § 3º DO ART. 20 DO CPC/1973. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO” (Apelação Cível n. 0000608-66.2013.8.24.0141, de Presidente Getúlio, rela. Des. Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. em 12/04/2018). [grifou-se]

No mesmo sentido, é como decidiu recentemente esta Primeira Câmara de Direito Comercial:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE. MÉRITO.

FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL NO CURSO DA AÇÃO EXPROPRIATIVA, OU SEJA, APÓS A CITAÇÃO. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL PELA FILHA. EQUÍVOCO DO MAGISTRADO

SINGULAR SOBRE A NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO DO BEM IMÓVEL PARA CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. EXEGESE DA SÚMULA 375, DO STJ, BEM COMO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº. 956.943/PR. CIRCUNSTÂNCIA DA VENDA QUE CONFIGURA MÁ-FÉ DA EXECUTADA E DE SUA FILHA (ADQUIRENTE). CITAÇÃO POR EDITAL VÁLIDA (ARTIGOS 238 E 256, DO CPC). ADEMAIS, CIÊNCIA DA EXECUTADA SOBRE A DEMANDA EXECUCIONAL, EIS QUE O PAI DA ADQUIRENTE JÁ RECEBEU VISITA DE OFICIAL DE JUSTIÇA. FRAUDE RECONHECIDA. DECISÃO REFORMADA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (Agravado de Instrumento n. 5014149-72.2020.8.24.0000, rel. Des. Guilherme Nunes Born, 1ª Câmara de Direito Comercial, j. em 06/08/2020). [grifou-se]

Além disso, a fraude à execução, instituto de direito processual, não se confunde com a fraude aos credores, instituto de direito material previsto no art. 158 do Código Civil.

Cediço que a fraude à execução, “(...) *por ser ato atentatório à dignidade da Justiça, permite que a ineficácia do negócio jurídico seja reconhecida de ofício pelo magistrado, sendo desnecessária a propositura de ação própria para tanto*” (STJ, AREsp 477.650, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 23/10/2015).

Com efeito, consoante entendimento pacificado pelo STJ, não se exige demanda autônoma (ação pauliana) para o reconhecimento de fraude à execução.

De tal sorte:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 1022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS E MULTA. ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS ATRAVÉS DE PARTILHA FRAUDE À EXECUÇÃO. DECRETAÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO. CABIMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que **“A fraude à execução é instituto de direito processual, cuja caracterização pressupõe a prévia existência de ação e que, por isso mesmo, acarreta a ineficácia primária da conduta fraudulenta, com a sujeição imediata do bem desviado aos atos de execução, razão pela qual pode ser declarada incidentalmente no próprio processo, dispensando medida autônoma”** (REsp 1.260.490/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 7/2/2012, DJe 2/8/2012 - grifou-se).

2. De outro lado, é pacífico o entendimento de que, “verificando-se estarem presentes os pressupostos caracterizadores da fraude à execução, no termos do art. 593, II, do CPC, a par do acervo probatório elidir presunção de boa-fé do terceiro adquirente, deve ser declarada a ineficácia da alienação do imóvel penhorado em face do credor” (AgRg no Ag 758.743/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe 21.5.2010).

3. Seguindo tais lineamentos, fica claro que é desnecessário ajuizar ação própria para desconstituir a sentença homologatória de partilha, pois o reconhecimento da ocorrência de fraude nos autos da execução não implica sua desconstituição, mas, tão somente, ineficácia das doações e renúncias efetuadas pelos herdeiros em relação ao credor/exequente.

4. Agravado Interno não provido.” (AgInt no AgInt no REsp 1.822.927/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, . em 29/04/2020, DJe 06/05/2020) [grifou-se]

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FRAUDE DE EXECUÇÃO. DEVEDOR CITADO EM AÇÃO QUE PROCEDE À RENÚNCIA DA HERANÇA, TORNANDO-SE INSOLVENTE. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA, CARACTERIZANDO **FRAUDE À EXECUÇÃO**. INEFICÁCIA PERANTE O EXEQUENTE. PRONUNCIAMENTO INCIDENTAL RECONHECENDO A FRAUDE, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DO EXEQUENTE PREJUDICADO, NOS AUTOS DA EXECUÇÃO OU DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. RENÚNCIA TRANSLATIVA. ATO GRATUITO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA MÁ-FÉ DO BENEFICIADO. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELA FRAUDE, QUE PREJUDICA A ATIVIDADE JURISDICIONAL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO. CABIMENTO.

Os bens presentes e futuros - à exceção daqueles impenhoráveis -, respondem pelo inadimplemento da obrigação, conforme disposto nos arts. 591 do Código de Processo Civil e 391 do Código Civil. Com efeito, como é o patrimônio do devedor que garante suas dívidas, caracteriza **fraude à execução** a disponibilidade de bens pelo demandado, após a citação, que resulte em sua insolvência, frustrando a atuação da Justiça, **podendo ser pronunciada incidentalmente nos autos da execução, de ofício ou a requerimento do credor prejudicado, sem necessidade de ajuizamento de ação própria.**

O art. 592, V, do Código de Processo Civil prevê a ineficácia (relativa) da alienação de bens em fraude de execução, nos limites do débito do devedor para com o autor da ação. Nesse passo, não se trata de invalidação da renúncia da herança, mas sim na sua ineficácia perante o credor - o que não implica deficiência do negócio jurídico -, atingindo apenas as consequência jurídicas exurgidas do ato; por isso não há cogitar das alegadas supressão de competência do Juízo do inventário, anulação da sentença daquele Juízo, tampouco em violação à coisa julgada.

Assim, mesmo em se tratando de renúncia translativa da herança, e não propriamente abdicação, se extrai do conteúdo do art. 1.813, do Código Civil/02, combinado com o art. 593, III, do CPC que, se o herdeiro prejudicar seus credores, renunciando à herança, o ato será ineficaz perante aqueles que com quem litiga. Dessarte, muito embora não se possa presumir a má-fé do beneficiado pela renúncia, não há como permitir o enriquecimento daquele que recebeu gratuitamente os bens do quinhão hereditário do executado, em detrimento do lícito interesse do credor e da atividade jurisdicional da execução.

‘É o próprio sistema de direito civil que revela sua intolerância com o enriquecimento de terceiros, beneficiados por atos gratuitos do devedor, em detrimento de credores, e isso independentemente de suposições acerca da má-fé dos donatários’ (v.g. arts. 1.997, 1.813, 158 e 552 do Código Civil de 2002). (REsp 1163114/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/08/2011)

Recurso especial não provido.” (REsp 1.252.353/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 21/6/2013)

E desta Corte:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO. MATÉRIA A SER CONHECIDA PELO JUÍZO DEPRECADO. ARTIGO 747 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REQUISITOS DA FRAUDE BEM EVIDENCIADOS: LITISPENDÊNCIA E FRUSTRAÇÃO DOS MEIOS EXECUTÓRIOS. ARTIGO 593 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AVERBAÇÃO DA PENHORA NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE QUE, NO CASO, ATINGIU PLENAMENTE A SUA FINALIDADE. INEFICÁCIA DO ATO DE ALIENAÇÃO DO BEM EM RELAÇÃO AOS EXEQUENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. **Dá-se o reconhecimento da fraude à execução nos próprios autos, não se fazendo necessário o ajuizamento de ação própria.**

2. Se o adquirente do imóvel tinha plena ciência da tramitação da ação de execução e, como decorrência da alienação, o exequente viu frustrada a pretensão executiva, tem-se por presente a fraude à execução.” (Agravo de Instrumento n. 2010.035224-7, de Criciúma, rel. Jânio Machado, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em 09/12/2010). [grifou-se]

“[...] INSTRUMENTO DE CESSÃO QUE MATERIALIZARIA FRAUDE CONTRA CREDORES. INSTITUTO QUE NÃO SE CONFUNDE COM FRAUDE À EXECUÇÃO E, POR ISSO, DEPENDE DE DEMANDA AUTÔNOMA EM LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE CEDENTE E CESSIONÁRIA.

EXECUTADA QUE SEQUER DETÉM LEGITIMIDADE PARA INVOCAR FRAUDE EM FAVOR DE CREDORES DIVERSOS DA CEDENTE. ART. 18 DO CPC.

A fraude contra credores - diferente da fraude à execução - é instituto de direito material e refere-se a ato anulável (art. 158 do Código Civil). É considerado vício social, haja vista que o devedor, com o objetivo de inadimplir dívida perante seu credor, firma negócio jurídico com um terceiro, em conluio fraudulento (*consilium fraudis*), para transmitir-lhe bens que até então garantiam sua solvência. Logo, de fato, o negócio jurídico firmado surte efeito até que seja anulado em demanda autônoma (ação pauliana) na qual se exige litisconsórcio passivo necessário entre devedor e terceiro adquirente.

Na forma do art. 18 do CPC, “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. [...] (Agravo de Instrumento n. 4023671-30.2018.8.24.0900, de Criciúma, rel. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em 09/05/2019).

Por fim, inexistindo outros bens passíveis de garantir a satisfação do crédito, ainda que se trate de medida extrema, é plenamente possível a penhora de cotas sociais, o que não configura ofensa ao princípio da *affectio societatis*.

Theotônio Negrão adverte que, na penhora de cotas representativas do capital social, “(...) *prevalece o princípio de ordem pública segundo o qual o devedor responde por suas dívidas com todos os seus bens presentes e futuros, não sendo, por isso mesmo, de se acolher a oponibilidade da ‘affectio societatis’*” (Comentários ao Novo Código de Processo Civil, art. 835 12^a, 47^a ed., 2016).

Veja-se:

“AGRAVOS DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSTRUMENTO PARTICULAR DE TRANSAÇÃO GARANTIDO POR NOTAS PROMISSÓRIAS. AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA A EMPRESA DEVEDORA E DOIS DE SEUS SÓCIOS, QUE FIGURARAM COMO COOBRIGADOS NO PACTO. DECISÃO QUE DETERMINOU A PENHORA DAS COTAS SOCIAIS DE TITULARIDADE DOS COOBRIGADOS. INSURGÊNCIA DESTES, CADA QUAL POR SI.

TESE DE IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA DAS COTAS SOCIAIS, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO LIVRE EXERCÍCIO DO TRABALHO E DE QUEBRA DA AFFECTIO SOCIETATIS DECORRENTE DA VENDA DAS COTAS A TERCEIRO. PENHORA DE COTAS SOCIAIS QUE É POSSIBILITADA

PELA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL. ENTENDIMENTO DA CORTE SUPERIOR NO SENTIDO DE QUE “a penhora de quotas sociais não encontra vedação legal e nem afronta o princípio da ‘affectio societatis’ (AgInt no AREsp 223075/SP, rel.: Ministro Raul Araújo. J. em: 14-3-2017). COMANDO JUDICIAL QUE ATENTOU AOS DITAMES DO ART. 861 DO CPC/15. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.” (Agravado de Instrumento n. 4005383-18.2018.8.24.0000, da Capital - Continente, rel. Rogério Mariano do Nascimento, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. em 11/10/2018). [grifou-se]

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DECISÃO QUE REJEITOU IMPUGNAÇÃO À PENHORA. INSURGÊNCIA DOS EXECUTADOS. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3 DO STJ. APLICAÇÃO. RECURSO REGIDO PELO CPC/2015.

PENHORA DE COTAS SOCIAIS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AFFECTIO SOCIETATIS. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA QUANTIDADE DE COTAS PENHORADAS PARA CADA SÓCIO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA PASSIVA. RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL PELA TOTALIDADE DA DÍVIDA COM DIREITO DE REGRESSO. EXCESSO DE PENHORA. INEXISTÊNCIA. DETERMINAÇÃO PELO MAGISTRADO DE ESTABELECIMENTO DE CONJUNTOS DE COTAS POR OCASIÃO DE EVENTUAL LEILÃO. AVALIAÇÃO DAS COTAS POR PERITO JUDICIAL JÁ ORDENADA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (Agravado de Instrumento n. 4015255-28.2016.8.24.0000, de Criciúma, rel. Salim Schead dos Santos, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. em 21/02/2019). [grifou-se]

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE DEFERIU A PENHORA DAS COTAS SOCIAIS PERTENCENTES AO DEVEDOR.

INSURGÊNCIA DO EXECUTADO.

ALEGADO DESRESPEITO À ORDEM DE PREFERÊNCIA PREVISTA NO ART. 835 DO CPC. TESE RECHAÇADA. AINDA QUE SE TRATE DE MEDIDA EXTREMA, INEXISTINDO OUTROS BENS PASSÍVEIS DE GARANTIR A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO ADMITE-SE A CONSTRIÇÃO DAS COTAS SOCIAIS PERTENCENTES AO AGRAVANTE. ADEMAIS, DEVEDOR QUE NÃO INDICOU QUALQUER BEM À PENHORA.

DEFENDE A IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DE COTAS EM SOCIEDADE LIMITADA. INACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE OFENSA À AFFECTIO SOCIETATIS. DEVEDOR QUE RESPONDE POR SUAS DÍVIDAS COM TODOS OS SEUS BENS PRESENTES E FUTUROS. DECISÃO MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (Agravado de Instrumento n. 4005307-57.2019.8.24.0000, de Chapecó, rel. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. em 21/11/2019). [grifou-se]

Vencido o elementar, o eminente Relator originário, Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, reconheceu a probabilidade de provimento do recurso ao menos no que toca a 392.820 cotas sociais recebidas há muito tempo pelo executado, na data de 19/05/2008, por meio de doação efetuada pelo seu pai e gravada com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade:

“O sócio quotista AMÉRICO CADORIN, com a expressa anuência de sua esposa ISAURA FERRARO CADORIN, casados pelo regime de comunhão universal de bens, de sua livre e espontânea vontade, fazem

a doação da totalidade de suas quotas sociais, com reserva de usufruto e imposição de outros gravames, em favor de seus únicos e legítimos filhos, os também sócios quotistas SERGIO CADORIN, ANA MARIA CADORIN LOCKS e RITA DE CÁSSIA CADORIN PERUCH, já qualificados neste instrumento.

[...] 5. As quotas sociais doadas, e as que forem acrescidas na forma prevista neste instrumento, ficam todas oneradas com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, **com o objetivo de assegurar a continuidade da sociedade**, gravames que se extinguem automaticamente, 15 (quinze) anos após o falecimento dos doadores usufrutuários (fls. 142 e 143).”

Concessa venia, não há previsão legal que dê respaldo à arguição de impenhorabilidade das cotas sociais, mormente por tal ato incidir sobre quase a totalidade das cotas então titularizadas por executado - 392.830 cotas, sendo 392.820 gravadas com o ônus da impenhorabilidade e outras 10 sem nenhum ônus (fl. 144).

Colhe-se da jurisprudência do STJ:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO A QUO. PENHORA DE COTAS DE SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. MATÉRIA DE PROVA. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto por Indústria e Comércio Arno Gartner Ltda. contra decisão com o seguinte entendimento: a) não consta o vício da omissão a ensejar a anulação do julgado por violação do art. 535, II, do CPC; b) possibilidade de penhora de cotas de responsabilidade limitada encontra-se em sintonia com o entendimento deste STJ; c) questões de ordem fática não podem ser revistas na via especial em face da vedação sumular n. 7/STJ.

2. Entendimento do TRF da 4ª Região de que inexistente óbice à penhorabilidade de cotas sociais em virtude de dívida particular não concernente à empresa encontra respaldo na jurisprudência deste STJ: “**As cotas sociais podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal para tanto e que o contrato não pode impor vedação que a lei não criou**” (REsp 234.391/MG, DJ de 12/02/2001).

3. De igual modo: REsp 712.747/DF, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 10/04/2006, AgRg no Ag 475.591/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 23/06/2003, AgRg no Ag 347.829/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 01/10/2001.

4. A alegação de que a execução não se processou em obediência ao que dispõe o art. 620 do CPC (menor onerosidade), porquanto existentes outros bens passíveis de penhora enseja a análise de questões fáticas. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

5. Ausência de violação do art. 535 II, do CPC, já que o Tribunal de origem, posto que com fundamento diverso do pretendido pela recorrente, analisou de forma efetiva a matéria posta em debate na lide.

6. Agravo regimental não-provido.” (AgRg no Ag 894.161/SC, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. em 11/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 224) [grifou-se]

“PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA DE COTAS DE SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO. DESATENDIMENTO DA

GRADAÇÃO LEGAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXPRESSÃO ECONÔMICA. ÔNUS DO DEVEDOR.

I - Descabe o conhecimento do especial quanto ao pedido de relativização da ordem de gradação dos bens indicados à penhora, se o recorrente não se desincumbiu do ônus de comprovar a expressão econômica daqueles que pretendia dar em substituição aos já penhorados.

II - No que se refere à alegação de que os demais sócios do empreendimento são contrários à venda das cotas, sendo ainda essa iniciativa vedada pelo contrato social, asseverou o acórdão recorrido não ter o recorrente se desobrigado do ônus da sua prova, “eis que sequer juntou aos autos cópia do mesmo”, de modo que, superar essa conclusão demandaria incursão no acervo fático-probatório da causa, o que é vedado em âmbito de especial (Súmula 7/STJ).

III - Ademais, a despeito de haver restrição contratual à alienação das cotas, esta não pode ser admitida como válida, à mingua de qualquer previsão legal. Deve-se apenas facultar à sociedade, na qualidade de terceira interessada, a possibilidade de remir a execução, ou então, conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, em consonância com os artigos 1.117, 1.118 e 1.119 do estatuto processual civil. Precedentes.

Recurso especial não conhecido.” (REsp 712.747/DF, rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, j. em 21/02/2006, DJ 10/04/2006, p. 186) [grifou-se]

“Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Penhora das cotas sociais. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

1. As cotas sociais podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal para tanto e que o contrato não pode impor vedação que a lei não criou.

2. A penhora não acarreta a inclusão de novo sócio, devendo ser “facultado à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou conceder-se a ela e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto (CPC, arts.

1.117, 1.118 e 1.119)”, como já acolhido em precedente da Corte.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp 234.391/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. em 14/11/2000, DJ 12/02/2001, p. 113) [grifou-se]

No mesmo sentido, deste colegiado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO (ART. 522 DO CPC/1973). EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE REJEITOU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

IRRESIGNAÇÃO DOS EXECUTADOS. ARGUIÇÃO DE CLÁUSULA DE IMPENHORABILIDADE DAS QUOTAS SOCIETÁRIAS PREVISTA NO CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUE LHE DÊ RESPALDO. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL INEFICAZ PARA IMPEDIR O ATO DE PENHORA JUDICIAL, MORMENTE POR TAL ATO INCIDIR SOBRE A TOTALIDADE DAS COTAS DO CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA AGRAVANTE, CUJOS SÓCIOS SÃO TODOS EXECUTADOS NA DEMANDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA *AFFECTIO SOCIETATIS*. DECISÃO EM CONFORMIDADE COM PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“As cotas sociais podem ser penhoradas, pouco importando a restrição contratual, considerando que não há vedação legal para tanto e que o contrato não pode impor vedação que a lei não criou”. (STJ. REsp 234.391/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2000, DJ 12/02/2001, p. 113)” (Agravo de Instrumento n. 0009488-77.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. em 20/04/2017). [grifou-se]

Destarte, o contrato social não poderia ter imposto restrição à responsabilidade patrimonial do devedor, de modo que as cláusulas valem apenas quando se trata de disposição voluntária das cotas, o que não é o caso da penhora.

Salvo nas hipóteses expressamente autorizadas por lei, como nos casos do bem de família voluntário (art. 1.711 do Código Civil) e disposição testamentária (art. 1.848 do Código Civil), não irradia efeitos a terceiros o negócio jurídico celebrado.

Também já decidiu o TJSP:

“MONITÓRIA EMBARGOS DE TERCEIRO PENHORA DE QUOTAS SOCIAIS POSSIBILIDADE ART. 655, VI DO CPC

- Admissível a penhora de quotas sociais, independentemente de eventual vedação no contrato social. Diante da natureza jurídica da quota social e da previsão legal de penhorabilidade (art. 655, VI do CPC), não há impedimento para sua constrição a fim de satisfazer o crédito do exequente.

- A restrição estatutária não pode afetar terceiros, pois as quotas integram o patrimônio do sócio devedor e podem constituir garantia dos credores pessoais - Recurso não provido” (Apelação Cível 0140081-44.2010.8.26.0100, rel. Des. José Malerbi, 35ª Câmara de Direito Privado, j. em 27/01/2014) [grifou-se]

Com efeito, a impenhorabilidade de bens é exceção, devendo ser legalmente prevista.

À vista do exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, revogando-se, *ipso facto*, a decisão de fls. 265-270 que havia deferido parcialmente o pedido de efeito suspensivo para “(...) *obstar a realização de atos expropriatórios em relação às 392.820 cotas sociais recebidas pelo agravante com cláusula de impenhorabilidade e posteriormente doadas a seus filhos*”.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0300181-80.2016.8.24.0079

Relator: Desembargador Luiz Zanelato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO COM AMPARO NO ARTIGO 485, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AUTORA.

ALEGADA VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO EM MORA REALIZADA POR MEIO DE PROTESTO DO TÍTULO. TESE QUE NÃO COMPORTA ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE QUE A INTIMAÇÃO POR EDITAL FOI DIRIGIDA À PESSOA NATURAL DO DEVEDOR FIDUCIANTE, JÁ FALECIDO POR OCASIÃO DE TAL DILIGÊNCIA E, PORTANTO, SEM CAPACIDADE DE DIREITOS E DEVERES. CONSEQUENTE INEFICÁCIA DO ATO QUE ELIDE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO NÃO PASSÍVEL DE SANAÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL COMBATIDO ACERTADO.

1. “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.” (Súmula n. 72/STJ)

2. À luz do direito substantivo, a existência da pessoa natural termina com a morte (art. 6º do Código Civil), o que faz cessar sua capacidade de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º). Consequentemente, a notificação extrajudicial tendente à comprovação da mora da devedora, por ter sido dirigida contra quem não mais era sujeito de direitos e deveres desde seu falecimento, revela-se ineficaz e sem aptidão de produzir efeitos jurídicos.

3. Constituindo a comprovação da mora do devedor pressuposto de estabelecimento e desenvolvimento válido e regular do processo em ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente em garantia, fundada no Decreto-lei nº 911/69, a inexistência ou ineficácia de tal requisito processual, que não comporta sanção no feito, conduz à extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do CPC/15.

PRETENDIDO AFASTAMENTO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 3º, § 6º, DO DECRETO-LEI N. 911/69. IMPOSSIBILIDADE. INSUCESSO DA DEMANDA QUE IMPORTA NA REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA E OBRIGA O AUTOR À DEVOLUÇÃO DO VEÍCULO. IMPRESCINDIBILIDADE DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO AO RÉU CORRESPONDENTE AO VALOR DO BEM À ÉPOCA DA APREENSÃO MAIS MULTA NA HIPÓTESE DE ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL PRECIPITADA.

“A devolução do bem ao mutuário é decorrência lógica da extinção da demanda. Caso a instituição financeira já tenha promovido a venda judicial do bem, deverá depositar em juízo o montante pecuniário constante na Tabela Fipe na data da apreensão do veículo. III - Nos casos de extinção da ação de busca e apreensão com ou sem resolução do mérito, verificada a impossibilidade de devolução do bem apreendido ao mutuário, fica o autor automaticamente condenado ao pagamento de multa equivalente a 50% do valor originalmente financiado (Decreto-lei n. 911/69, art. 3º, § 6º).” (Apelação n. 0304325-57.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 4-7-2016).

COMPENSAÇÃO DE DÉBITO ENTRE AS PARTES. INOVAÇÃO RECURSAL. ARGUMENTO NÃO SUSCITADO PERANTE O JUÍZO DA ORIGEM, O QUAL NÃO SE TRATA DE FATO NOVO, TAMPOUCO

DECORRE DE FORÇA MAIOR. PONTO NÃO CONHECIDO.

Consequência do efeito devolutivo, a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, desde que tenha sido arguida e submetida ao contraditório no primeiro grau de jurisdição, exceto se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior. Inadmitida, pois, inovação em sede recursal por afrontar o princípio da dialeticidade (art. 1.010, III, do CPC), razão por que não pode ser conhecida a matéria sob pena de supressão de instância e transgressão do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

PREQUESTIONAMENTO.DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE TODOS OS DISPOSITIVOS INVOCADOS PELO APELANTE QUANDO O JULGADOR RESOLVE A LIDE DE FORMA SATISFATÓRIA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. DESACOLHIMENTO DO RECURSO QUE IMPÕE A MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA A QUE CONDENADA NA ORIGEM A AUTORA, ORA RECORRENTE, A TEOR DO ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300181-80.2016.8.24.0079, da comarca de Videira 2ª Vara Cível em que é Apelante BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento e Apelado Sebastiao Pereira.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, por conhecer parte do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento, e por majorar, em 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa, os honorários advocatícios a que a autora/apelante restou condenada a pagar ao patrono da parte adversa na sentença, a teor do art. 85, § 11, do CPC/2015. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Guilherme Nunes Born, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Adilson Silva e Mariano do Nascimento.

Florianópolis, 9 de julho de 2020.

Desembargador Luiz Zanelato
Relator

RELATÓRIO

BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento interpôs recurso de apelação da sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Videira que julgou extinto o feito, com lastro no art. 485, IV, do Código de Processo Civil (fls. 94-96).

Cinge-se a demanda exordial em ação de busca e apreensão proposta BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento em face de Sebastião Pereira visando a restituição de veículo dado em garantia de contrato de alienação fiduciária, em razão da apontada inadimplência do réu (fls. 1-2).

Ao receber a inicial, o magistrado de origem deferiu a medida liminar de busca e apreensão (fl. 37), que foi devidamente cumprida, conforme certificado à fl. 48.

Ato contínuo, Jucileia Pereira, representante do espólio de Sebastião Pereira, apresentou contestação, suscitando, preliminarmente, a ausência de constituição em mora, porquanto o demandado falecera antes mesmo do ajuizamento da ação, e a ilegitimidade passiva. No mérito, aduziu que o valor do veículo supera a dívida, pugnando a restituição do montante remanescente. Pugnou, ao final, a concessão da justiça gratuita (fls. 55-63).

A autora requereu a substituição do polo passivo à fl. 81 e apresentou réplica às fls. 84-92.

Na data de 14 de setembro de 2018, a juíza da causa, Dra. Mônica Fracari, prolatou sentença de extinção do feito, cujo dispositivo segue transcrito:

Ante o exposto, com fundamento no art. 485, IV, do CPC, JULGO EXTINTA a presente ação de busca e apreensão movida por BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento contra Sebastião Pereira.

REVOGO a medida liminar de fl. 37, determinando a devolução do bem ao espólio do requerido e, na hipótese de ter sido alienado o bem, CONDENO o credor fiduciário ao pagamento de multa ao devedor fiduciante, no valor equivalente a 50% (cinquenta por cento) do montante originalmente financiado, corrigido, sem prejuízo do pagamento de perdas e danos, a teor da previsão contida nos §§ 6º e 7º do art. 3º do Decreto-lei 911/69.

Condeno, ainda, o autor ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios ao procurador do réu, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa atualizado, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Promova-se a substituição do polo passivo, no qual deverá constar o espólio do requerido.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Havendo recurso de apelação (art. 1.009 do CPC), intime-se a parte adversa para, querendo, apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.010 do CPC).

Se a parte apelada interpuser apelação adesiva, intime-se o apelante para apresentar contrarrazões, nos termos do § 2º do art. 1.010 do CPC. Após, remeta-se os autos ao egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com as cautelas de estilo, independentemente de juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º do CPC).

Transitada em julgado, archive-se. (fls. 94-96)

Irresignada, a parte autora interpôs recurso de apelação, argumentando, em síntese, que (a) a extinção prematura do feito afronta os princípios da primazia do julgamento de mérito, bem como da celeridade, efetividade e economia processual, sendo imperiosa a prestação satisfativa da tutela jurisdicional; (b) não tinha ciência acerca do falecimento da ré, reputando-se válida a constituição em mora por meio da notificação extrajudicial remetida ao endereço discriminado no contrato; (c) o comparecimento espontâneo nos autos da representante do espólio, parte legítima para figurar no polo passivo do feito, supre a falta da citação; (d) a multa prevista no art. 3º, § 6º, do

Decreto-Lei 911/69 deve ser afastada porquanto a ação foi extinta, e, não, julgada improcedente; (e) sucessivamente, deve ser autorizada a compensação dos débitos entre as partes, à luz dos artigos 368 a 380 do Código Civil; e (f) o ônus da sucumbência deve ser arcado pela adversária (fls. 101-110).

Contrarrazões apresentadas às fls. 117-121.

O recurso ascendeu ao Tribunal de Justiça e foi distribuído a esta relatoria por sorteio (fls. 123-125).

Este é o relatório.

VOTO

1. Juízo de admissibilidade

Inicialmente, registra-se que se trata de recurso de apelação interposto contra sentença prolatada sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, motivo pelo qual é este diploma processual que disciplina o cabimento, o processamento e a análise do presente recurso, haja vista o princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais).

Feitas estas digressões, conheço do recurso de apelação porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2. Fundamentação

2.1. (Im)possibilidade de extinção do feito

A instituição financeira recorrente aduz que a extinção prematura do feito afronta os princípios da primazia do julgamento de mérito, bem como da celeridade, efetividade e economia processual, sendo imperiosa a prestação satisfativa da tutela jurisdicional. Também ressaltou que não tinha ciência acerca do falecimento do réu, reputando-se válida a constituição em mora por meio da notificação extrajudicial, remetida ao endereço discriminado no contrato.

Em sede de ação de busca e apreensão de veículo dado em alienação fiduciária, o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69, alterado pela Lei n. 13.043/2014, redige as consequências do descumprimento ou mora, senão vejamos:

Art 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.

[...]

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.

Da redação dessa norma extrai-se que, na alienação fiduciária, a mora do devedor origina-se com o não pagamento da prestação no vencimento, ou seja, decorre automaticamente do vencimento do prazo para o pagamento.

No entretanto, a mora, por si só, não basta para o credor fiduciário demandar a recomposição de seu direito mediante a busca e apreensão do bem. Indispensável sua comprovação.

Aliás, trata-se de entendimento sedimentado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula n. 72, sob este enunciado: “*A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente*”.

A comprovação da mora admite-se nas seguintes formas: por carta registrada com aviso de recebimento ou expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, ou, ainda, pelo protesto do título, a critério do credor.

Na espécie, embora o demandado, Sebastião Pereira, tenha falecido em janeiro de 2015 (fl. 75), em razão do conseqüente inadimplemento, a instituição financeira enviou a notificação extrajudicial em novembro de 2015 para o endereço do contrato a qual restou infrutífera (fl. 16) e, após, realizou o protesto do título com intimação por edital no mês de dezembro de 2015, atos que não são hábeis em caracterizar a mora.

Cumprido, então, aferir se tal procedimento adotado pela credora é hábil a caracterizar a mora, de modo a satisfazer o exigido no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/69, atualizado pelas alterações introduzidas posteriormente à sua edição.

Ensina Silvio de Salvo Venosa que “a mora constitui o retardamento ou mau cumprimento culposo no cumprimento da obrigação, quando se trata de mora do devedor. Na mora solvendi, a culpa é essencial” (*Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 324).

O pensamento do civilista encontra suporte no art. 396 do Código Civil, segundo o qual, “não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.

No presente caso, a instituição financeira autora direcionou suas atitudes sempre contra a pessoa natural do devedor fiduciante, Sebastião Pereira, tendo isso se verificado na diligência de notificação extrajudicial remetida em 4-11-2015 (fl. 16), protesto do título e intimação por edital de noticiamento da mora realizada em 14-12-2015 (fls. 17-19), bem como no ajuizamento da ação de busca e apreensão promovido em 18-1-2016 (fls. 1/2). Como se vê, todos os eventos foram realizados depois da morte de Sebastião Pereira em 2-1-2015, conforme elucida a certidão de óbito de fl. 75.

Com efeito, urge ponderar que, à luz do direito substantivo, a existência da pessoa natural termina com a morte (art. 6º do Código Civil), o que faz cessar sua capacidade de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º).

Consequentemente, tem-se que os indigitados atos realizados pela parte autora, por terem sido dirigidos contra quem não mais era sujeito de direitos e deveres desde seu passamento, revelam-se inexistentes e, deste modo, ineficazes ou inaptos a produzirem efeitos jurídicos de per si.

Decorre daí, pois, que, constituindo a comprovação da mora do devedor pressuposto de estabelecimento e desenvolvimento válido e regular do processo em ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente em garantia, fundada no Decreto-lei n. 911/69, a inexistência ou ineficácia de tal requisito processual, que não comporta sanção no feito, conduz à extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A propósito, tem se pronunciado a jurisprudência desta Corte de Justiça quanto a matéria em voga:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO - SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO COM FULCRO NO ART. 485, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ARGUIÇÃO DE VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA E POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO PAGAMENTO PELO ESPÓLIO DO RÉU - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA, DIRETAMENTE PELA CASA BANCÁRIA, POR MEIO DE CARTA REGISTRADA COM AVISO DE RECEBIMENTO - ENCAMINHAMENTO AO ENDEREÇO CONSTANTE DO CONTRATO - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, § 2º, DO DECRETO-LEI N. 911/1969 - CONTUDO, ACIONADO JÁ FALECIDO ANTES MESMO DO ENCAMINHAMENTO DA REFERIDA NOTIFICAÇÃO, BEM COMO DO INGRESSO DA DEMANDA - MORA NÃO COMPROVADA - INVIABILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DO POLO PASSIVO DA "ACTIO", ANTE A AUSÊNCIA DE TRIANGULARIZAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL - ADEMAIS, SUBSTITUIÇÃO DO POLO PASSIVO PELOS HERDEIROS QUE SE AFIGURA INAPLICÁVEL NO CASO, PORQUANTO CABÍVEL APENAS QUANDO O FALECIMENTO DA PARTE OCORRER NO CURSO DA DEMANDA, O QUE NÃO SE VERIFICOU NA HIPÓTESE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO NO PONTO.

Consoante o enunciado da Súmula n. 72 do STJ, "a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente". Desse modo, a constituição do devedor em mora constitui pressuposto processual da ação de busca e apreensão fundada no Decreto-Lei 911/1969, devendo, portanto, estar presente antes mesmo da propositura da "actio", não comportando, dessarte, a emenda prevista pelo art. 321 do Diploma Processual.

Não observado, pela instituição financeira, pressuposto da comprovação da mora, tendo em vista que o devedor fiduciário era falecido antes mesmo da data da notificação e da propositura da demanda, é de ser mantida a extinção o feito, sem resolução de mérito, nos termos do inciso IV do art. 485 do Código de Processo Civil.

Registra-se, outrossim, que a substituição processual pelos herdeiros do acionado também afigura-se inaplicável no caso, porquanto cabível apenas quando o óbito da parte ocorre no curso do processo. [...] (Apelação Cível n. 0014212-45.2004.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 1-10-2019) [grifou-se]

Apelação cível. Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária. Extinção do feito principal e do reconvenção, sem resolução do mérito. Artigo 267, inciso VI, do CPC/1973 (vigente à época). Demanda protocolada após o falecimento do réu. Impossibilidade de sucessão (por seu espólio), durante a tramitação do processo, de parte previamente inexistente. Ilegitimidade processual, de fato, reconhecida. Precedentes. Sentença extintiva mantida. Recurso desprovido. (Apelação Cível n. 0303940-30.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 27-6-2019) [grifou-se]

No mesmo norte, em recente julgado, esta Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PACTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO COM BASE NO ARTIGO 485, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IRRESIGNAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. I - RECURSO AUTÔNOMO INTERPOSTO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AUTORA. ALEGADA VALIDADE DA CONSTITUIÇÃO EM MORA REALIZADA POR MEIO DA ENTREGA DE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO ENDEREÇO INFORMADO NO CONTRATO. TESE QUE NÃO COMPORTA ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE QUE TAL NOTIFICAÇÃO FOI DIRIGIDA À PESSOA NATURAL DA DEVEDORA FIDUCIANTE, JÁ FALECIDA POR OCASIÃO DE TAL DILIGÊNCIA E, PORTANTO, SEM CAPACIDADE DE DIREITOS E DEVERES. CONSEQUENTE INEFICÁCIA DO ATO QUE ELIDE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO NÃO PASSÍVEL DE SANAÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL COMBATIDO ACERTADO QUE SE IMPÕE MANTIDO.

1. “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.” (Súmula n. 72/STJ)

2. À luz do direito substantivo, a existência da pessoa natural termina com a morte (art. 6º do Código Civil), o que faz cessar sua capacidade de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º). Consequentemente, a notificação extrajudicial tendente à comprovação da mora da devedora, por ter sido dirigida contra quem não mais era sujeito de direitos e deveres desde seu falecimento, revela-se ineficaz e sem aptidão de produzir efeitos jurídicos.

3. Constituindo a comprovação da mora do devedor pressuposto de estabelecimento e desenvolvimento válido e regular do processo em ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente em garantia, fundada no Decreto-lei nº 911/69, a inexistência ou ineficácia de tal requisito processual, que não comporta sanção no feito, conduz à extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do CPC/15.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO [...] (Apelação Cível n. 0303778-12.2018.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 30-4-2020) [grifou-se]

Como se vê, tem-se que, em virtude de o devedor fiduciante ter ido a óbito anteriormente à diligência empreendida pela instituição financeira credora fiduciária com o intuito de constitui-lo em mora, mediante protesto do título com intimação por edital, a mora não restou configurada nos moldes exigidos pela lei (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69, alterado pela Lei n. 13.043/2014), porquanto realizada de forma inválida, logo, tratando-se de ato inexistente.

Reitera-se, para efeito em ação de busca e apreensão fundada no Decreto n. 911/69, a constituição em mora do devedor representa pressuposto de estabelecimento e desenvolvimento válido e regular do processo, e sua falta, que no caso concreto não pode ser suprida, pois sua concretização deveria anteceder a propositura da ação, importa na extinção do processo, sem apreciação de mérito, por força do art. 485, inciso IV, do Diploma Processual.

Portanto, andou com acerto o magistrado da causa no trato desta questão, pelo que a sentença reclama ser mantida.

2.2. Multa do art. 3º, § 6º, do Decreto-Lei 911/69

Como se vê, a consequência direta no caso de insucesso dos pedidos da inicial consiste na revogação da medida liminar de busca e apreensão e respectiva restituição das partes ao *status quo* anterior.

Logo, havendo impossibilidade da restituição do veículo apreendido decorrente de venda extrajudicial prematura, é imperiosa a condenação da parte autora ao pagamento de indenização correspondente ao valor do veículo acrescido da multa prevista no art. 3º, § 6º, do Decreto-Lei n. 911/69.

Sobre o tema, destaca-se da jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA EXORDIAL - RECURSO DO RÉU - JUSTIÇA GRATUITA - DEFERIMENTO - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENTREGUE AO DEVEDOR APÓS A REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO DA PRESTAÇÃO APONTADA COMO INADIMPLIDA - FATO QUE, ALIADO À COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DE QUE AS PARTES REALIZARAM ACORDO EXTRAJUDICIAL NA ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA, LEVAM À INEXISTÊNCIA DA MORA DEBENDI - PRESTAÇÃO APONTADA NA INICIAL COMO INADIMPLIDA QUE FOI PAGA PELO DEVEDOR EM CUMPRIMENTO AO ALUDIDO ACORDO - AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO - EXTINÇÃO DA DEMANDA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - RESTITUIÇÃO DO BEM APREENDIDO AO CONSUMIDOR - AUTORIZAÇÃO PARA O DEPÓSITO DO EQUIVALENTE EM DINHEIRO CASO A VENDA EXTRAJUDICIAL JÁ TENHA SE OPERADO - VALOR QUE DEVE OBSERVAR A TABELA FIPE DA DATA DA APREENSÃO JUDICIAL - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA EQUIVALENTE A 50% DO VALOR INICIALMENTE FINANCIADO - PROVIDÊNCIA CABÍVEL EM CASO DE IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DO BEM - REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL - RECURSO PROVIDO.

I - O reconhecimento da inexistência da mora debendi torna inviável o prosseguimento da ação de busca e apreensão em razão da ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, sendo imperiosa a sua extinção sem resolução do mérito.

II - **A devolução do bem ao mutuário é decorrência lógica da extinção da demanda. Caso a instituição financeira já tenha promovido a venda judicial do bem, deverá depositar em juízo o montante pecuniário constante na Tabela Fipe na data da apreensão do veículo.**

III - Nos casos de extinção da ação de busca e apreensão com ou sem resolução do mérito, verificada a impossibilidade de devolução do bem apreendido ao mutuário, fica o autor automaticamente condenado ao pagamento de multa equivalente a 50% do valor originalmente financiado (Decreto-lei n. 911/69, art. 3º, § 6º). (Apelação n. 0304325-57.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 4-7-2016 [grifou-se].

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. TOGADO DE ORIGEM QUE JULGA PROCEDENTE A PRETENSÃO INAUGURAL. RECURSO DA DEVEDORA. DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 20-5-19. INCIDÊNCIA DO PERGAMINHO FUX. JUSTIÇA GRATUITA. DOCUMENTOS HAURIDOS AO PROCESSO QUE POSITIVAM A CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DA POSTULANTE. PRETENSÃO ALBERGADA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. BALIZAMENTOS DO ART. 5º, INCISO XXXV, DA “CARTA DA PRIMAVERA” E DOS ARTS. 98, CAPUT, E 99, §§ 2º E 3º, AMBOS DO NCPC. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. TARIFA DE AVALIAÇÃO DO BEM. DEVEDORA QUE EM NENHUM MOMENTO TECEU QUALQUER COMENTÁRIO A RESPEITO DO ENCARGO NO BOJO DA PEÇA CONTESTATÓRIA E NEM MESMO EM QUALQUER OUTRO MOMENTO NA ORIGEM. EVIDENTE INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. DEBUXE VEDADO. ALMEJADA DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA COM A IMEDIATA DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DO VEÍCULO FINANCIADO EM RAZÃO DE TER SIDO RECONHECIDA A ABUSIVIDADE DOS JUROS REMUNERATÓRIOS NA SENTENÇA. ACOLHIMENTO. DESCARACTERIZAÇÃO DO INADIMPLEMENTO DA RECORRENTE. EXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE CONTRATUAL NO PERÍODO DE NORMALIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA ACTIO DE BUSCA E APREENSÃO E EFEITOS DA DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA DEBITORIS QUE, QUANDO SOPESADOS EM CONJUNTO, IMPORTAM SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DO PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. EXTINÇÃO DA BUSCA E APREENSÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, COM ESPEQUE NO ART. 485, INCISO IV, DO CPC/2015. PROVIDÊNCIA QUE SE DESNUDA NECESSÁRIA. COGENTE RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO APREENDIDO À CONSUMIDORA. EVENTUAL IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO QUE URGE A NECESSIDADE DE DEPÓSITO DO SEU EQUIVALENTE EM PECÚNIA, CONSIDERANDO O VALOR DE MERCADO À ÉPOCA DA CONSTRICÇÃO JUDICIAL PELA TABELA FIPE, DEVIDAMENTE ATUALIZADO. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. BANCO QUE, NO PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS EMPÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DESTE ARESTO, DEVERÁ RESTITUIR O BEM À MUTUÁRIA OU POSITIVAR A SUA VENDA EXTRAJUDICIAL, SENDO QUE, NESTE ÚLTIMO CASO, DEVE SER CONDENADO AO PAGAMENTO DA MULTA DE CINQUENTA POR CENTO ENCARTADA NO ART. 3º, § 6º DO DECRETO-LEI N. 911/69. [...] (Apelação Cível n. 0309008-57.2018.8.24.0064, da Capital, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 1-10-2019) [grifou-se].

Logo, tal aspecto da sentença igualmente não merece reforma.

2.3. Compensação de débitos

O banco apelante requereu a compensação dos débitos entre as partes, à luz dos artigos 368 a 380 do Código Civil.

No entretanto, tal tese foi trazida à baila somente em sede de apelação.

Logo, por não ter sido submetida ao contraditório e tampouco à apreciação do juiz do primeiro

grau de jurisdição, importa em flagrante inovação recursal e afronta ao princípio da dialeticidade, razão porque não pode ser conhecida em sede recursal, sob pena de supressão de instância e transgressão do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.

Sobre o tema, dispõe o Diploma Processual Civil, em seu art. 1.010, II e III, que “A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà: [...] II - a exposição do fato e de direito; III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade”.

De acordo com a lição de Humberto Theodoro Júnior, “pelo princípio da dialeticidade exige-se, portanto, que todo recurso seja formulado por meio de petição na qual a parte, não apenas manifeste sua inconformidade com o ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer novo julgamento da questão nele cogitada, sujeitando-se ao debate da parte contrária” (Curso de direito processual civil. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 962).

No mesmo sentido, importa dar à lume o magistério de Celso Scarpinella Bueno:

O recurso tem de combater a decisão jurisdicional naquilo que ela o prejudica, naquilo que ela lhe nega pedido ou posição de vantagem processual, demonstrando o seu desacerto, do ponto de vista procedimental (*error in procedendo*) ou do ponto de vista do próprio julgamento (*error in iudicando*). Não atende ao princípio aqui examinado o recurso que se limita a afirmar a sua posição jurídica como a mais correta. Na perspectiva recursal, é a decisão que deve ser confrontada [...] (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62).

Ainda, a propósito do tema em foco, asseveram Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa que “as questões não suscitadas e não debatidas em 1º grau não podem ser apreciadas pelo Tribunal na esfera de seu conhecimento recursal, pois, se o fizesse, ofenderia frontalmente o princípio do duplo grau de jurisdição”. (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 629).

De acordo com o disposto no art. 1.013 do Código de Processo Civil, “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

Segue daí que, consequência do efeito devolutivo, a apelação devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada, desde que tenha sido arguida e submetida ao contraditório no primeiro grau de jurisdição, exceto se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior. Inadmitida, pois, inovação em sede recursal por afrontar o princípio da dialeticidade (art. 1.010, III, do CPC), razão por que não pode ser conhecida a matéria sob pena de supressão de instância e transgressão do princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, este relator resta impossibilitado de se pronunciar sobre o assunto, pena de violação do princípio do duplo grau de jurisdição e de incorrer em supressão de instância.

Frente destas ponderações, tem-se que este ponto da apelação da demandada não pode ser conhecido.

2.4. Prequestionamento

Não se faz necessário pronunciamento expresso acerca dos dispositivos de lei prequestionados pela apelante, uma vez que já analisados no curso do acórdão no enfrentamento das matérias correlacionadas.

Demais disto, basta ao julgador que exponha e demonstre os fundamentos que formaram seu convencimento, não precisando rebater todos os pontos suscitados pelas partes, porquanto “o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio (STJ, AgRg no Ag 167.073/SP, rel. Min. José Delgado).

3. Ônus da sucumbência

Por fim, em razão da nova derrota da autora com a interposição do recurso, é mister, ainda, o arbitramento dos honorários recursais, previstos no § 11, do artigo 85, do Diploma Processual Civil.

A propósito dos honorários na fase recursal, pertinente trazer à lume excerto doutrinário de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, assim dissertando obre a matéria:

Os honorários de sucumbência consistem em direito do advogado: se este atua no processo, ainda que não tenha praticado algum ato importante ou decisivo, terá direito aos honorários, desde que haja causalidade da parte contrária. A inércia ou falta da prática de algum ato contribui para a definição do percentual aplicável ou fixação do valor, mas não afasta a condenação em honorários, pois estes decorrem da causalidade.” (*Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 14ª ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 185*)

Encampando essa tese, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça proferiu julgado com a seguinte orientação:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. PRESCRIÇÃO. REPARAÇÃO.

DIREITOS AUTORAIS. ILÍCITO EXTRA CONTRATUAL. ACÓRDÃO EMBARGADO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

[...];

5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente:

- a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil;
- b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e
- c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso [...] (AgInt nos EREsp 1539725/DF, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. 9-8-2017). [grifou-se]

Na sentença, a autora foi condenada a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, à luz do art. 85, § 2º, do Diploma Processual. Assim, a fim de abarcar os honorários recursais à sucumbência, majoro o valor a ser pago ao procurador da ré para a importância de 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

4. Dispositivo

Ante o exposto, voto por conhecer parte do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento, e por majorar, em 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa, os honorários advocatícios a que a autora/apelante restou condenada a pagar ao patrono da parte adversa na sentença, a teor do art. 85, § 11, do CPC/2015, nos termos retro fundamentados.

É o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4001772-86.2020.8.24.0000, de Fraiburgo

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO QUE, COM BASE NA REJEIÇÃO DO PLANO DE SOERGUMENTO EM ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES, DECRETOU A FALÊNCIAS DAS RECUPERANDAS – RECURSO DESTAS.

CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA – PLANO RECHAÇADO PELOS CREDORES – DESFECHO OCACIONADO POR UMA MINORIA DE 6 (SEIS) VOTANTES, EMBORA TITULARES DA MAIOR PARTE DOS CRÉDITOS DE UMA DAS CLASSES – REQUISITOS DO “CRAM DOWN” AUSENTES – NÃO OBSTANTE, POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COM BASE NO PRINCÍPIO DE PRESERVAÇÃO DA EMPRESA, TRATADO NO ART. 47 DA LEI N. 11.101/2005 – INADMISSIBILIDADE DO ABUSO AO DIREITO DE VOTO DOS CREDORES, CONFORME ART. 187 DO CÓDIGO CIVIL – JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DELIBERAÇÃO DO PLANO MARCADA POR INCIDENTES E TUMULTOS, INVIABILIZANDO O EXAURIMENTO DAS TRATATIVAS ENTRE OS CREDORES E AS DEVEDORAS – AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO DA ASSEMBLEIA PELO VOTO DE UM ÚNICO CREDOR, QUE SE REVELOU INTRANSIGENTE QUANTO À MODIFICAÇÃO DO PLANO RECUPERACIONAL – ADEMAIS, ASSENTADA A VIABILIDADE ECONÔMICA DAS RECUPERANDAS – CABIMENTO DE NOVA REUNIÃO ASSEMBLEAR, COM DELIBERAÇÃO DE NOVA PROPOSTA DE SOERGUMENTO – HIPÓTESE JÁ ADMITIDA PELA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA – FIXAÇÃO DO PRAZO RAZOÁVEL DE 30 (TRINTA) DIAS – FALÊNCIA REVOGADA – RECLAMO PROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, apoiando-se no princípio da preservação da empresa, fim último da recuperação judicial, conforme destacado no art. 47 da Lei n. 11.101/2005, já admitiu o afastamento da falência de recuperandas que teve seu plano de soerguimento rejeitado por uma minoria de credores, ainda que ausentes os requisitos estabelecidos no art. 58, § 1º, da legislação falimentar.

No caso, embora faltantes os pressupostos do “cram down”, o plano apresentado pelas agravantes foi rechaçado apenas por conta de uma minoria de 6 (seis) credores, titulares da maioria dos créditos de sua classe, em prejuízo do interesse do restante dos interessados, tendo um dos titulares de crédito se mostrado intransigente quanto à apresentação de nova proposta de soerguimento pelas insurgentes, ao impedir o adiamento da assembleia-geral de credores para esse fim.

Assim, considerando: a) o abuso do direito de voto de alguns credores, que deve ser coibido conforme disposto no art. 187 do Código Civil; b) os impasses e tumultos ocorridos durante a discussão e votação do plano recuperacional, a evidenciar que as tentativas de negociação das condições de soerguimento não foram exauridas; c) a viabilidade econômica das empresas envolvidas, além de sua relevância para o mercado local e; d) a necessidade de se buscar, ao máximo, a reestruturação das sociedades em crise, evitando-se a decretação da falência, cabível o afastamento do estado falimentar, com oportunidade de apresentação de novo plano recuperacional, no prazo de 30 (trinta) dias, a ser submetida a nova assembleia-geral de credores.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4001772-86.2020.8.24.0000, da comarca de Fraiburgo 1ª Vara em que é/são Agravante(s) Pomi Frutas S/A e outro e (s).

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para, reformando a decisão agravada, revogar a falência decretada e autorizar a apresentação de novo plano de recuperação judicial pelas agravantes, no prazo de 30 (trinta) dias, o qual deverá ser debatido e deliberado em assembleia-geral de credores. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 22 de setembro de 2020, os Exmos. Srs. Des. Rejane Andersen e Newton Varella Júnior.

Florianópolis, 29 de setembro de 2020.

Desembargador Robson Luz Varella

Relator

RELATÓRIO

Pomi Frutas S/A e Pomifrai Fruticultura S/A interpuseram agravo de instrumento contra decisão que, no bojo de sua recuperação judicial, de autos n. 0300188-72.2018.8.24.0024, decretou a falência das recuperandas, com fundamento na rejeição de seu plano de soerguimento em assembleia-geral de credores.

Em suas razões, afirmaram, em suma, que: a) a rejeição do plano de soerguimento, que motivou a decretação da falência, deu-se em virtude do voto de apenas 6 (seis) credores da Classe III, dentre os 165 (cento e sessenta e cinco) presentes; b) não se pode impedir a recuperação judicial de sociedade técnica e economicamente viável, geradora de empregos na região de atuação e contribuinte de impostos ao Erário, pois a legislação aplicável se pauta pelo princípio da preservação da empresa; c) a deliberação assemblear na qual fora analisada a proposta do plano recuperacional foi marcada por tumultos e confusões, não se tendo possibilitado, na ocasião, a devida negociação sobre as condições do soerguimento, sendo viável a apresentação de nova proposta; d) apoiando-se nos fins sociais da Lei Falimentar, é possível o afastamento do rigor legal para impedir a decretação de falência das irresignantes, como já entendeu a jurisprudência. Ao fim, requereram a revogação da falência decretada, além da oportunização do lapso de 30 (trinta) dias para apresentação de novo plano recuperacional, a ser debatido e deliberado em assembleia-geral de credores.

Às fls. 240/247, o reclamo foi recebido com suspensão do provimento objurgado.

Foram oferecidas contrarrazões às fls. 252/261 e 262/273.

Pelo parecer de fls. 277/300, o Ministério Público opinou pelo provimento do inconformismo.

É o necessário relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que decretou a falência das insurgentes.

O fundamento utilizado foi a rejeição da proposta de soerguimento pelos credores, reunidos em assembleia.

Na espécie, consoante se infere da ata da assembleia-geral de credores realizada no dia 21/1/2020 (fls. 72/90), o plano recuperacional restou aprovado nas Classes I e IV, não havendo credores votantes da Classe II, e rejeitado por apenas 6 (seis) credores da Classe III, representativos, contudo, de 93,23% (noventa e três vírgula vinte e três por cento) do valor dos votos dessa classe.

Cinge-se a controvérsia recursal, assim, em definir a possibilidade de prosseguimento da recuperação judicial com proposição de novo plano aos credores.

Pois bem. Acerca da temática, a Lei n. 11.101/2005 preceitua a convocação em falência da empresa em recuperação judicial, na hipótese do plano de soerguimento por ela apresentado ser rechaçado em assembleia-geral de credores, na esteira dos arts. 56, § 4º, e 73, III, do referido diploma:

Art. 56. [...]

[...]

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

E:

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

[...]

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei.

No entanto, em que pese a fixação dos critérios de aprovação do plano pela aludida legislação, seu art. 58 prevê a possibilidade de concessão da recuperação, evitando-se o estado falimentar, mesmo quando houver rejeição da proposta da recuperanda, com vistas a viabilizar a continuidade do negócio e manutenção da função social da empresa:

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 o 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.

Os requisitos do denominado “cram down”, todavia, afiguram-se ausentes no caso concreto.

Não obstante, e em mitigação ao rigor legal, a jurisprudência pátria tem assegurado a concessão de recuperação judicial, obstando a decretação de falência, a sociedades que, embora não preencham os requisitos do art. 58 da Lei n. 11.101/2005, acima transcrito, evidenciem potencial econômico de reestruturação, com retomada de suas atividades.

É que os dispositivos do ordenamento falimentar não devem ser interpretados isoladamente, mas sempre à luz dos fins sociais do instituto da recuperação judicial, objetivando a preservação da fonte produtora, dos empregos gerados pela empresa, e mesmo da possibilidade de pagamento dos credores, arrimando-se nos objetivos preconizados no art. 47 do diploma regulamentador:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Na mesma toada, o Judiciário não pode admitir o abuso do direito dos credores que, imbuídos de interesses puramente egoísticos, venham a frustrar a busca de soluções razoáveis à coletividade dos envolvidos.

Tal prática vai de encontro ao princípio da boa-fé e ao disposto no art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Nesse sentido, confira-se julgado paradigmático do Superior Tribunal de Justiça:

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 perfaz 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. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 8/5/2018) (sem grifos no original)

A flexibilização dos pressupostos do “cram down”, na mesma senda, também já fora adotada por esta Corte de Justiça:

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. (Agravado de Instrumento n. 4007286-25.2017.8.24.0000, Rel. Des. Álvaro Luiz Pereira De Andrade, j. em 28/2/2019) (sem grifos no original)

Na hipótese analisada, foi apenas uma minoria numérica de 6 (seis) credores, não obstante detentora da maioria da importância dos créditos, que ocasionou a convocação da recuperação judicial em falência.

Na mesma senda, e consoante ponderou a representante do Parquet, o credor Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE) mostrou-se intransigente em relação às propostas efetuadas pelas recuperandas, ao negar pedido de suspensão da assembleia-geral de credores com o fito de promover reformas no plano recuperacional.

Além disso, a deliberação acerca do plano restou conturbada por conta de tumultos e confusões em torno do teor da proposta apresentada, acarretando, inclusive, a impugnação da assembleia por parte da credora Miranda Joana Comerlato (fls. 141/150).

Dessa maneira, as tentativas de negociação entre os credores e as devedoras não foram exauridas, sendo inconcebível que um reduzido número de titulares de crédito obste a apresentação de sugestões e condições satisfatórias para a coletividade dos interessados.

Quanto à situação financeira das insurgentes, diante dos diversos incidentes já apreciados por este Colegiado englobando a presente recuperação judicial, vislumbra-se a viabilidade econômica das recuperandas e significativas chances de seu soerguimento, desfecho mais favorável não apenas aos credores, mas também aos consumidores, trabalhadores e à sociedade como um todo.

Ademais, é sabido que o ramo de atuação das recuperandas – produção e cultivo de frutas – revela-se essencial à região em que empreendem (Fraiburgo), sendo as pessoas jurídicas em comento responsáveis pela criação de diversos empregos na localidade.

Dessa forma, apoiando-se nos resultados exibidos pelas empresas até o momento, bem como na ausência de esgotamento das tratativas tendentes à aprovação do plano recuperacional, cabível a realização de nova assembleia para discussão de proposta de recuperação, pois a decretação da falência caracterizou-se como prematura.

Em tal ocasião, poderá ser analisado e deliberado novo plano de soerguimento, visando a evitar o indesejável estado falimentar.

Destaca-se que a jurisprudência pátria já acatou dita conclusão, mesmo ante a falta dos pressupostos do “cram down”:

Agravo de Instrumento. Plano de Recuperação Judicial rejeitado pela Assembléia-Geral. Pretensão deduzida por credor no sentido de ser decretada a falência da devedora, com base nos artigos 56, § 4o e 73, inciso III, ambos, da LRF. Soberania das deliberações da Assembléia-Geral de Credores. **Decisão que concede prazo para a apresentação de plano alternativo a ser submetido aos credores. Na aplicação da lei, o Juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigo 5o, LICC). O Juiz não é mero chancelador ou homologador das deliberações assembleares, devendo examiná-las sob a óptica do princípio constitucional da função social da empresa que, por isso, deve ser preservada. A preservação da empresa é o maior princípio da Lei nº 11.101/2005, não se olvidando que os princípios têm**

peso e densidade, devendo ser mensurados. Violar um princípio é mais grave do que violar uma regra, mercê do que, havendo conflito entre um princípio e uma regra, o Juiz deve dar prevalência ao princípio. Agravo desprovido. (TJSP, Agravo de Instrumento n. 0132793-93.2006.8.26.0000, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 28/2/2007) (sem grifos no original)

Do corpo do paradigmático aresto, colhe-se:

Por isso, rejeitado o plano de recuperação judicial da agravada, mesmo que por expressiva maioria de credores, os quais, também, são titulares de créditos na sociedade que foi controlada pela ora requerida (Parmalat Alimentos), não se entrevê malferimento dos artigos 56, parágrafo 4o e 73, inciso III, ambos, da Lei nº 11.101/2005, pela concessão de oportunidade para a formulação de plano alternativo à Assembléia-Geral de Credores, pelo digno magistrado “a quo”, eis que, de forma soberana, decidirão os credores se aprovam ou rejeitam a nova proposta. Isto porque, em que pese haver outros princípios informativos da nova Lei de Falências e Recuperações, inegavelmente, a pedra angular ou o coração da nova Lei é, sem qualquer dúvida, o postulado da recuperação da empresa.

Por fim, afigura-se razoável o postulado interregno de 30 (trinta) dias para que outra proposta de recuperação judicial seja elaborada e apresentada em juízo.

Ante o exposto, vota-se no sentido de dar provimento ao recurso para, reformando a decisão agravada, revogar a falência decretada e autorizar a apresentação de novo plano de recuperação judicial pelas agravantes, no prazo de 30 (trinta) dias, o qual deverá ser debatido e deliberado em assembleia-geral de credores.

Apelação Cível n. 0302073-56.2018.8.24.0175, de Meleiro

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA.

PLEITO DE EXIBIÇÃO DE COMPROVANTES DE DEPÓSITOS. NÃO ACOLHIMENTO. EXTRATOS DISPONÍVEIS À PARTE AUTORA DE FORMA ON-LINE. SÚMULA 57 DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA.

REQUERIDA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. ESTIPÊNDIO ARBITRADO NA ORIGEM EM R\$ 700,00 (SETECENTOS REAIS). OBSERVÂNCIA AO PARÂMETRO DESTE COLEGIADO. NOVA FIXAÇÃO EM R\$ 1.500,00 (MIL E QUINHENTOS REAIS).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302073-56.2018.8.24.0175, da comarca de Meleiro (Unidade Regional de Direito Bancário do Litoral Sul Catarinense) em que é Apelante Tereza Conceição Delfino de Souza, e Apelado Banco Pan S/A:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para majorar os honorários advocatícios para R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 20 de outubro de 2020, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Robson Luz Varella.

Florianópolis, data da assinatura do documento

Newton Varella Júnior

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Tereza Conceição Delfino Souza em face de sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Unidade Regional de Direito Bancário do Litoral Sul Catarinense da Comarca de Meleiro que, em Ação de Produção Antecipada de Provas, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados contra Banco Pan S/A, nos seguintes termos, em sua parte dispositiva:

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial da presente ação de produção antecipada de provas, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, para, via de consequência, reconhecer a obrigação da parte

requerida à apresentação dos documentos indicados na fundamentação da presente sentença.

Condeno a parte ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 700,00 (setecentos reais), à luz do art. 85, §8º, do NCPC, sobretudo por se tratar de demanda de pouca complexidade, com reduzido número atos processuais e sem instrução do processo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Oportunamente, archive-se. (p. 53).

Em suas razões recursais, em suma, a parte busca a reforma da decisão sob as alegações de que (1) tais documentos (comprovantes de depósito) podem ser apresentados pela ré; (2) não é incomum que o crédito não seja efetuado; (3) a falta do contrato impede a autora de saber quais datas pesquisar; e (4) os honorários devem ser elevados.

Contrarrazões às pp. 106/114.

Após, ascenderam os autos ao Tribunal.

VOTO

Conhece-se do recurso porquanto preenchidos os requisitos necessários.

1. Exibição

O pleito de exibição dos comprovantes de depósito não pode ser acolhido por esta Corte.

Enquanto os contratos são documentos que, por sua natureza e pela dinâmica geral das relações bancárias, encontram-se tão somente em poder da instituição financeira, o mesmo não ocorre com os extratos bancários.

Estes correspondem a dados que, via de regra, são mantidos pela instituição, mas só podem ser acessados pelo consumidor, posto que o contrário culminaria em desconsiderar o sigilo bancário.

É verdade que algumas transações são monitoradas pelos bancos até em razão de normas tributárias e afins, mas as incursões nos dados do cliente só ocorrem por força de lei.

Além disso, há súmula recente deste Tribunal no sentido de que “Disponível em sítio eletrônico o documento pretendido, carece de interesse processual a produção antecipada de provas ou a pretensão de sua exibição” (Enunciado 57).

E esse entendimento, em casos análogos, impede o deferimento do pedido de juntada dos extratos:

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA DEMANDANTE.

ALMEJADA APRESENTAÇÃO DOS COMPROVANTES DE DEPÓSITO. DESNECESSIDADE. CONTRATO DO EMPRÉSTIMO APRESENTADO NO FEITO, NO QUAL É POSSÍVEL INFERIR TODAS AS INFORMAÇÕES E ENCARGOS INCIDENTES NO PACTO. POSSIBILIDADE DA DEMANDANTE CONSTATAR O DEPÓSITO EM SUA CONTA POR MEIO DE EXTRATOS BANCÁRIOS, QUE SÃO DE SEU AMPLO ACESSO. É inviável impelir a instituição financeira a exibição do comprovante de depósito, para averiguar a data em que houve a disponibilização dos valores em sua conta, quando tal situação é possível ser constatada pela simples consulta aos seus extratos bancários. [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 0301065-10.2019.8.24.0175, de Meleiro, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 30-01-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ARTIGOS 381 A 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE TEM O DEVER DE PRESTAR INFORMAÇÕES DOS NEGÓCIOS CELEBRADOS COM SEU CLIENTE. RECURSO ESPECIAL N. 1.349.453/MT, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **DEVER LEGAL QUE NÃO COMPREENDE A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO (COMPROVANTE DE DEPÓSITO DO VALOR EMPRESTADO) DISPONÍVEL AO CONSUMIDOR POR OUTRO MEIO (EXTRATO DE MOVIMENTAÇÃO DE CONTA BANCÁRIA). SÚMULA N. 57 DO ÓRGÃO ESPECIAL.** ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE SE MOSTROU SUFICIENTE E NECESSÁRIO À DIGNA REMUNERAÇÃO DO ADVOGADO. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300520-37.2019.8.24.0175, de Meleiro, rel. Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 23-01-2020)(grifou-se).

Mesmo que, neste momento, a parte não esteja com os contratos em mãos para verificar as datas próximas, o deferimento do pedido de exibição deles culminará no suprimento dessa falta.

Desse modo, não merece ser reformada a sentença no ponto.

2. Honorários

No concernente ao pedido de majoração dos honorários advocatícios, razão lhe assiste.

É que o montante arbitrado está abaixo do parâmetro firmado por esta Câmara de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) para demandas deste jaez, que dificilmente apresentam alguma variação, dada a relativa singeleza da causa, bem como suficiente para remunerar os causídicos. Para tanto leva-se em consideração a complexidade da causa (ação de produção antecipada de provas), o grau de zelo do profissional (apresentação de documentos iniciais, além da réplica), o local de prestação do serviço (escritório e Juízo localizados em Comarcas diferentes, além de ser o processo digital e não ter ocorrido audiência), bem como o tempo despendido (ação proposta em agosto de 2018 e julgada em janeiro de 2019).

A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - PUBLICAÇÃO SOB A ÉGIDE DO REGRAMENTO PROCESSUAL DE 1973 - RECURSO INTERPOSTO PELA PARTE ACIONADA.

[...]

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DO ESTIPÊNDIO PATRONAL NO VALOR DE R\$ 850,00 (OITOCENTOS E CINQUENTA REAIS) - PRETENSÃO DE MINORAÇÃO DA VERBA - DESCABIMENTO - DEMANDA QUE, A DESPEITO DA BAIXA COMPLEXIDADE DA MATÉRIA DISCUTIDA, ENCONTRA-SE EM TRÂMITE HÁ QUATRO ANOS E DEMONSTRA ATUAÇÃO ZELOSA DO PROFISSIONAL - EXEGESE DO ART. 20, §3º, ALÍNEAS “A”, “B” E “C”, E § 4º DO CÓDIGO BUZAID (ART. 85, §2º, CPC/2015) - ADEMAIS, IMPORTÂNCIA ARBITRADA INFERIOR AO MONTANTE COMUMENTE ADOTADO POR ESTA CORTE EM CASOS SEMELHANTES (R\$ 1.500,00) - IRRESIGNAÇÃO REJEITADA NO PARTICULAR.

Para a fixação dos honorários advocatícios, deve-se atentar ao trabalho desempenhado, ao zelo na defesa e exposição jurídica do advogado e à natureza da demanda.

Todavia, ainda que não apresente grande complexidade a causa, a verba patronal deve remunerar de forma apropriada o profissional, sob pena de desprestígio ao exercício de função essencial à justiça.

Desse modo, consideradas as particularidades do caso concreto e as manifestações dos procuradores das partes durante o trâmite processual de 4 (quatro) anos, verifica-se que o montante de R\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta reais) encontra-se aquém do parâmetro comumente adotado por esta Corte em casos semelhantes (R\$ 1.500,00), impossibilitando a minoração da verba patronal. (TJSC, Apelação Cível n. 0001133-48.2013.8.24.0141, de Presidente Getúlio, rel. Des. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 25-07-2017). (Apelação Cível n. 0001133-48.2013.8.24.0141, Rel. Des. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 25-7-2017).

Portanto, o recurso do demandante nesse ponto deve ser provido.

3. Conclusão

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para majorar os honorários advocatícios para R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Apelação Cível n. 0301641-03.2019.8.24.0175, de Meleiro

Relator: Desembargador Altamiro de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO BANCO REQUERIDO.

ALEGADA AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL SUPOSTAMENTE ENVIADA A ENDEREÇO DIVERSO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DIRECIONADO AO MESMO ENDEREÇO EM QUE HOUVE A CITAÇÃO. ADEMAIS, SOLICITAÇÃO EXTRAJUDICIAL RECEBIDO POR EMPRESA DO MESMO GRUPO DO BANCO APELANTE. RESISTÊNCIA COMPROVADA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. *DECISUM* MANTIDO NO PONTO.

“[...] se a parte colaborar para a produção da prova, não deverá haver condenação em honorários; por outro lado, havendo resistência da parte requerida, os honorários devem ser fixados, tal como dispõe o Enunciado n. 118 do Conselho de Justiça Federal (CJF)” (ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A Nova Produção Antecipada de Provas: estratégia, eficiência e organização do processo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 225-229).

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. BANCO DEMANDADO QUE DEVERÁ ARCAR COM AS CUSTAS PROCESSUAIS E VERBAS ADVOCATÍCIAS DIANTE DO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. FIXAÇÃO EM R\$ 500,00 (QUINHENTOS REAIS). INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 85, §§ 1º E 11 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301641-03.2019.8.24.0175, da comarca de Meleiro Unidade Regional de Direito Bancário Litoral Sul Catarinense em que é Apelante Banco Bonsucesso Consignado As e Apelado Sillei Salvador Rodrigues .

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento e condenar o apelante ao pagamento de honorários sucumbenciais recursais no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 11 de agosto de 2020, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Newton Varela Júnior.

Florianópolis, 12 de agosto de 2020.

Desembargador Altamiro de Oliveira

Relator

RELATÓRIO

Sirlei Salvador Rodrigues ajuizou “Ação Autônoma de Produção Antecipada de Provas –

exibição de documentos” n. 0301641-03.2018.8.24.0175 na Unidade Regional de Direito Bancário do Litoral Sul Catarinense da comarca de Meleiro contra Banco Bonsucesso Consignado S.A., com o objetivo de que fossem exibidos os contratos e extratos dos empréstimos firmados entre as partes, além da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Na exordial a requerente aduziu a necessidade de apresentação dos documentos uma vez que a instituição financeira não se prontificou a exibi-los quando do envio do pedido administrativo através da notificação extrajudicial encaminhada ao seu endereço.

Sustentou, também, a necessidade de concessão da benesse da gratuidade da justiça diante da sua condição de hipossuficiente e, ainda, a condenação do banco requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios por ter dado causa ao ajuizamento da demanda.

Citado (fls. 35-36), o banco apresentou contestação (fls. 37-43), na qual alegou a ausência de resistência uma vez que a notificação extrajudicial foi encaminhada à instituição financeira diversa e a impossibilidade de fixação de honorários sucumbenciais em virtude da ausência de litigiosidade.

Às folhas 108-243 foram juntadas as cópias dos documentos pleiteados na exordial.

Após réplica (fls. 247-257), sobreveio sentença de parcial procedência (fls. 258-260), conforme a seguinte parte dispositiva:

Ante o exposto:

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial da presente ação de produção antecipada de provas, com fulcro no art. 487, I, do CPC, para, via de consequência, reconhecer a obrigação da parte requerida à apresentação dos documentos indicados na fundamentação da presente sentença.

CONDENO a parte ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 700,00 (setecentos reais), à luz do art. 85, § 8º, do NCPC, sobretudo por se tratar de demanda de pouca complexidade, com reduzido número de atos processuais e sem instrução do processo.

Irresignada, a instituição financeira requerida interpôs recurso de apelação (fls. 264-270). Em suas razões recursais sustenta o não cabimento de fixação de honorários advocatícios ante a ausência de resistência em apresentar os documentos uma vez que o requerimento administrativo é inválido pois encaminhado a endereço diverso do seu e para outra instituição financeira. Requer, assim, a exclusão da condenação ao pagamento dos honorários sucumbenciais.

Intimada (fl. 280), a apelada apresentou contrarrazões (fls. 281-285), na qual defende a manutenção da sentença.

Após, os autos ascenderam a esta Corte.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Olé Bonsucesso Consignado S/A contra a sentença proferida pelo Juízo da Unidade Regional de Direito Bancário do Litoral Sul Catarinense da comarca de Meleiro que, nos autos da “Ação Autônoma de Produção Antecipada de Prova – exibição de documentos” n. 0301641-03.2019.8.24.0175, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais e condenou o banco requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais).

Inicialmente, importante esclarecer que, embora o § 4º do artigo 382 do Código de Processo Civil disponha não ser admissível defesa ou o recurso na produção antecipada de provas quando não for o caso de indeferimento total do pedido, entende-se que a inadmissão fica restrita a questões relativas à produção da prova, mas não ao inconformismo sobre outros pontos alheios à questão de fundo do direito material.

Sobre referido dispositivo legal, Teresa Arruda Alvim Wambier comenta que:

O § 4º dispõe que não serão admitidos defesa e recurso, salvo contra a decisão que indeferir totalmente a produção de prova. Também esse dispositivo atrai interpretação sistemática, à luz do princípio da ampla defesa. Não se pode negar ao requerido, sob pena de inconstitucionalidade, o direito de se defender, o que se permite é limitar o âmbito da defesa, proibindo que se pretenda instaurar controvérsia sobre os fatos em si. Mesmo o requerido poderá alegar questões de ordem pública, tais como a ilegitimidade das partes e a falta de interesse de agir decorrente, por exemplo, da inadequação do meio de prova pretendido pelo requerente para demonstração do fato, ou da existência de ação anterior com idêntico objeto, em que a prova já tenha sido produzida. Também não se pode pretender privá-lo do direito de contraditar a testemunha ou apontar o desrespeito a direitos fundamentais, o que aconteceria se fosse deferida perícia que violasse o sigilo fiscal e comercial da empresa, expondo informações particulares desta e de seus sócios. O que o juiz não deve permitir é que, no bojo da ação probatória autônoma, se instaure o debate sobre o direito material. (Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 737-738).

E Maria Elizabeth de Castro Lopes complementa que:

Ao prever a citação dos interessados (§ 1º) a lei está possibilitando seu ingresso nos autos para arguir matérias de conteúdo processual ou descumprimento, pelo autor, dos requisitos da petição inicial, notadamente os requisitos para a antecipação. Também poderá o réu alegar que a inicial não atende ao princípio da substanciação ou descumpre regra de competência ou, ainda, não esclarece o vínculo existente entre a narração dos fatos e o pedido de antecipação. Pense-se, também, na hipótese de ilegitimidade da parte (por exemplo, se o autor não for titular da relação jurídica descrita na inicial).

Como se vê, o parágrafo deve ser interpretado no sentido de que não será admitida defesa ou recurso que envolva matéria de mérito, e não questões preliminares como as retroindicadas (*Comentários ao código de processo civil* – volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 272).

Neste sentido colacionam-se julgados desta Corte Catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO AUTÔNOMA DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. TOGADA A QUO QUE HOMOLOGA A PROVA PRODUZIDA. INSURGÊNCIA DA REQUERENTE. [...]

PROCESSUAL CIVIL. RÉU QUE, EM CONTRARRAZÕES, PUGNA PELO NÃO ENFOQUE DO RECURSO, DIANTE DO DISPOSTO NO ART. 382, § 4º, DO CÓDIGO FUX. INTERPRETAÇÃO DO MENCIONADO DISPOSITIVO LEGAL QUE DEVE SER FEITA À LUZ DO CASO CONCRETO E DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. INSURGÊNCIA QUE PRETENDE A DISCUSSÃO DE TEMA DE CUNHO PROCESSUAL. VERIFICADA AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO ACERCA DA VALORAÇÃO DA PROVA E DE QUESTÃO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE DE DEBUXE DO RECURSO. PROEMIAL RECHAÇADA. [...] (TJSC. Apelação Cível n. 0300235-70.2017.8.24.0092, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 29.8.2017).

E:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO AUTÔNOMO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. PRETENDIDA EXIBIÇÃO DE CÓPIAS DE CONTRATOS BANCÁRIOS. SENTENÇA QUE HOMOLOGOU A PROVA PRODUZIDA E ATRIBUIU À AUTORA O PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDANTE NO TOCANTE ÀS DESPESAS PROCESSUAIS.

PRELIMINAR DENÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, ADUZIDA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES, ANTE A DISPOSIÇÃO CONSTANTE DO § 4º DO ART. 382 DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - QUE INADMITTE DEFESA OU RECURSO NO PROCEDIMENTO AUTÔNOMO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, COM A RESSALVA APENAS DA POSSIBILIDADE DE EMPREGO DE TAIS EXPEDIENTES NA HIPÓTESE DE DECISÃO QUE INDEFERE TOTALMENTE A PRODUÇÃO DA PROVA PLEITEADA PELO REQUERENTE ORIGINÁRIO. INACOLHIMENTO. RESTRIÇÃO LEGAL QUE FOI ENDEREÇADA A QUESTÕES RELATIVAS A PRÓPRIA PRODUÇÃO PROBANTE, NÃO PODENDO SER INTERPRETADA DE FORMA RESTRITIVA A PONTO DE OBSTAR O MANEJO DE INCONFORMISMO EM FACE DE PONTOS OUTROS DA DECISÃO, ALHEIOS À ALUDIDA QUAESTIO DE FUNDO. RECLAMO SOB APRECIACÃO QUE ENFOCA TEMÁTICAS ATINENTES ÀS VERBAS SUCUMBENCIAIS, ASSUNTO DE CARÁTER ESTRITAMENTE PROCESSUAL. RECLAMO CABÍVEL E INTERESSE RECURSAL PRESENTE. PREFACIAL REPELIDA. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0300233-03.2017.8.24.0092, da Capital, rel. Des. Túlio Pinheiro, j. 30.11.2017).

A par disso, é possível observar que o apelo em voga tem como objetivo o reconhecimento da ausência de resistência em exibir administrativamente os documentos e acerca da fixação de honorários advocatícios.

Logo, porque cabível a interposição do recurso, passa-se à análise das alegações constantes no apelo.

O banco apelante sustenta, de início, o não cabimento de fixação de honorários advocatícios ante a ausência de resistência de sua parte em apresentar os documentos pleiteados.

Explica que a notificação extrajudicial juntada aos autos é inválida pois além de ter sido direcionada à instituição diversa, foi encaminhada a endereço que não corresponde ao da sua sede, que está localizada em Belo Horizonte.

Dos documentos acostados aos autos, observa-se que o requerimento administrativo foi encaminhado e recebido no endereço “Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 2041, Vila Olímpia, São Paulo/SP” (fl. 30). Tal endereço, aliás, foi o mesmo utilizado para a realização da citação, perfectibilizada na primeira tentativa (fl. 35), haja vista que a contestação foi apresentada tempestivamente.

Dito isto, ainda que a sede do banco apelante esteja situada em local diverso daquele ao qual foi enviada a notificação extrajudicial e se trate de outra instituição financeira, aplica-se ao caso a teoria da aparência, uma vez que não se pode exigir que a requerente soubesse que se tratam de pessoas jurídicas diferentes uma vez que fazem parte do mesmo grupo econômico.

Isso porque, conforme se retira da página eletrônica do Banco Olé Consignados S.A., tal instituição bancária nasceu da associação entre o Banco Bonsucesso e o Santander, veja-se:

Fruto da *joint venture* entre o Banco Bonsucesso e o Santander, a Olé Consignado nasceu Banco Bonsucesso Consignado, em fevereiro de 2015. Em 25 de abril de 2016, a instituição teve seu nome e sua marca alterados e, assim, nasceu a Olé Consignado, [...]. (Extraído de: <https://institucional.oleconsignado.com.br/institucional/sobre> no dia 29.07.2020 às 16h51).

Ademais, apesar de o banco apelante estar sediado em Belo Horizonte, a sede do banco Santander está localizada no complexo WTorre, no qual também está situado o shopping JK Iguatemi, conforme observa-se de pesquisa ao logradouro em discussão (Extraído de: <http://www.wtorre.com.br/projetos/wtorre-plaza---torre-d-e-e/245>, no dia 29.07.2020 às 17h23).

Assim, não há falar em ausência de resistência em apresentar os documentos quando pleiteados administrativamente ante o desconhecimento do pedido uma vez que o requerimento administrativo foi recebido por preposto do mesmo grupo econômico o qual pertence o banco apelado.

Tampouco prospera a alegação de impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios, pois sabe-se que em ações autônomas de produção antecipada de provas a fixação de honorários advocatícios é cabível somente na hipótese de comprovada resistência da parte na produção da prova, como explica Arthur Ferrari Arsuffi:

Questão interessante que se coloca é a da possibilidade de condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios no bojo da produção antecipada de prova.

A questão foi amplamente debatida na vigência do CPC/1973, onde se estabeleceu o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que só era cabível a fixação de honorários e condenação em custas na hipótese de resistência da parte na produção da prova. [...]

Nesse sentido, se a parte colaborar para a produção da prova, não deverá haver condenação em honorários; por outro lado, havendo resistência da parte requerida, os honorários devem ser fixados, tal como dispõe o Enunciado n. 118 do Conselho de Justiça Federal (CJF). (*A Nova Produção Antecipada de Provas: estratégia, eficiência e organização do processo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 225-229).

Esse, aliás, é o entendimento adotado no Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, nas ações de exibição de documentos, a ausência de prévio requerimento administrativo denota a ausência de interesse de agir. Precedentes.

2. **Entende este Tribunal Superior, à luz dos princípios da sucumbência e causalidade, que, em ações de exibição de documentos, a parte requerida somente será condenada ao pagamento da sucumbência caso se repute indevida a resistência à apresentação da documentação pleiteada.** Precedentes. [...] (STJ, AgInt no AREsp 1403993/SP, rel. Ministro Marco Buzzi, QUARTA TURMA, j. 26.03.2019, DJe 29.03.2019 – grifou-se).

Logo, possível a fixação de honorários pois comprovada a resistência do banco apelante em apresentar os documentos quando requeridos extrajudicial.

A propósito, em caso semelhante assim já se manifestou este Tribunal Catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA POR EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA CONDENAR A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA A APRESENTAR OS CONTRATOS POSTULADOS NA PETIÇÃO INICIAL E ARCAR COM OS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ. ALEGADA INOCORRÊNCIA DE PRETENSÃO RESISTIDA EM RAZÃO DE A AUTORA TER REMETIDO A NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL PARA ENDEREÇO EQUIVOCADO. TESE REJEITADA. CARTA ENVIADA AO MESMO LOGRADOURO NO QUAL A RÉ FOI CITADA. LOCAL EM QUE SE ENCONTRA A SEDE DE SEU CORRESPONDENTE BANCÁRIO AUTORIZADO. [...] RECALCITRÂNCIA DA ENTIDADE FINANCEIRA A FORNECER OS DOCUMENTOS REQUERIDOS PELA VIA ADMINISTRATIVA, QUE OBRIGOU A AUTORA A DEMANDAR EM JUÍZO. CONTENCIOSIDADE INSTAURADA POR CULPA DO RÉU. EXIBIÇÃO DOS DOCUMENTOS COM A CONTESTAÇÃO, APÓS CITAÇÃO, QUE NÃO ELIDE A RESPONSABILIDADE DA CASA BANCÁRIA QUANTO AOS ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA. PRETENSÃO RESISTIDA NA VIA ADMINISTRATIVA DEMONSTRADA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SENTENÇA IRRETOCADA.

SUCUMBÊNCIA RECURSAL. NOVA DECAÍDA DO RÉU. IMPOSITIVA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS FIXADOS EM FAVOR DO CAUSÍDICO DA PARTE ADVERSA. EXEGESE DO ARTIGO 85, § 11, DO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301645-40.2019.8.24.0175, de Meleiro, rel. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 23.07.2020).

Portanto, mantém-se a sentença irretocável no ponto.

Por fim, diante da improcedência dos pedidos da instituição financeira, deve ela arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios recursais, nos termos do disposto no artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil.

Logo, arbitra-se os honorários sucumbenciais recursais em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Ante o exposto, conhece-se do recurso, nega-se-lhe provimento e condena-se o apelante ao pagamento de honorários recursais no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento Nº 5016578-12.2020.8.24.0000/SC

Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista

AGRAVANTE: MARIA REIS NASCIMENTO WIPPEL

ADVOGADO: FABRICIO NATAL DELL AGNOLO (OAB SC014050)

ADVOGADO: Thiago Von Mann Caramuru (OAB SC032521)

ADVOGADO: PATRICIA MICHELE KEMPER (OAB SC033780)

AGRAVADO: OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL E OUTRO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DECISÃO QUE DEFERE O PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE QUANTIA PREVIAMENTE DEPOSITADA EM JUÍZO PELA EXECUTADA. RECURSO DA PARTE EXEQUENTE.

PROPALADA OFENSA AO ART. 1.022, II, DO CPC EM RAZÃO DE SUPOSTA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO JUÍZO A QUO ACERCA DE EVENTUAL CONTRADIÇÃO E/OU OMISSÃO NA INTERLOCUTÓRIA AO JULGAR OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RESPECTIVAMENTE OPOSTOS. INSUBSISTÊNCIA. DECISÃO EMBARGADA DESPROVIDA DOS AVENTADOS VÍCIOS. SENTENÇA QUE JULGA OS ACLARATÓRIOS MANTIDA. TESE RECHAÇADA.

PRETENDIDO LEVANTAMENTO DE IMPORTE DADO COMO GARANTIA DO JUÍZO. DEPÓSITO EM DINHEIRO REALIZADO ANTES DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, MAS SEM A FINALIDADE EXPRESSA DE PAGAMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PENDENTE DE JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE LIBERAÇÃO FUTURA DOS VALORES À PARTE CREDORA. DEVOLUÇÃO DO MONTANTE AO PATRIMÔNIO DA EXECUTADA MANTIDA.

O levantamento, em favor do credor, de dinheiro depositado judicialmente pela Oi S.A. com a finalidade de garantia do juízo somente é admitido quando a discussão da dívida tenha se esgotado, seja pelo trânsito em julgado dos embargos à execução, seja pela preclusão da decisão da impugnação, antes de 21.06.2016, data do processamento da recuperação da empresa de telefonia.

Os crédito líquidos, considerados concursais, deverão ser pagos conforme o plano de recuperação judicial homologado, do que resulta a extinção dos processos individuais em curso contra a referida empresa de telefonia nos quais são objeto de discussão. Nessa situação, caberá ao Juízo de origem expedir certidão para que o credor possa habilitar o seu crédito no Juízo de Recuperação, nos termos da Circular n. 90, de 15.05.2018, da Corregedoria-Geral de Justiça desta Corte, bem como determinar a liberação do valor depositado judicialmente em favor da empresa de telefonia.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2020.

RELATÓRIO

1 Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Maria Reis Nascimento Wippel, da decisão proferida nos autos 5000108-16.2011.8.24.0033/SC, sendo parte adversa Oi S.A. - Em Recuperação Judicial.

A decisão agravada deferiu o pedido de levantamento, pela parte executada, do valor depositado nos autos (Evento 125 - autos n. 5000108-16.2011.8.24.0033).

Os embargos de declaração opostos pela parte agravada contra tal decisão restaram rejeitados (Eventos 129 e 138 daqueles autos).

Nas razões recursais, a recorrente alinhou os seguintes argumentos:

a) possibilidade de expedição de alvará, em favor da exequente, equivalente ao valor incontroverso nos autos e

b) ausência de enfrentamento expreso, pelo Juízo singular, dos embargos declaratórios opostos contra o decisum guerreado.

Requeru a atribuição de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

Em decisão monocrática, admitiu-se o recurso e indeferiu-se-lhe o pretendido efeito suspensivo (Evento 2).

Intimada, a parte agravada apresentou contraminuta, em que sustentou os fundamentos da decisão profligada (Evento 8).

Após, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

1 A verificação da admissibilidade do recurso já foi realizada, sob a luz do CPC/15, quando da análise do pleito de efeito suspensivo (Evento 2), motivo pelo qual se passa a analisar o mérito.

2 A parte agravante sustenta que o Magistrado a quo não se manifestou expressamente acerca das razões abordadas nos embargos de declaração opostos em primeiro grau, em violação ao disposto no art. 1.022 do CPC.

Inexiste, na espécie, ofensa ao dispositivo legal supracitado, considerando que a parte embargante deixou de indicar onde residiria a contradição do decisum além de os embargos de declaração, conforme consignado na origem, não se destinarem à rediscussão de teses (Evento 138 dos autos de origem).

Outrossim, o prequestionamento, como requisito criado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores para admissibilidade de recursos especial e extraordinário, tem arrimo na premissa de que tais vias recursais destinam-se à uniformização da aplicação da lei federal e do texto constitucional e, como tal, prestam-se a reavaliar a interpretação que lhe tenha sido atribuída nas Cortes de origem. Noutras palavras, é necessário o prévio exame para que se possa admitir o reexame da matéria legal ou constitucional.

Cuida-se de requisito de admissibilidade que é rigidamente examinado, e seu descumprimento implica o não conhecimento da insurgência.

Sobre o tema, disserta Manoel Caetano Ferreira Filho:

Fizesse alguém um levantamento estatístico do número de embargos de declaração opostos a sentenças e a acórdãos e submetesse o resultado a uma análise comparativa, provavelmente chegaria a um resultado, no mínimo, intrigante: parecer-lhe-ia que em primeiro grau de jurisdição as decisões fossem proferidas com um grau bem mais elevado de zelo do que aquelas proferidas pelos tribunais. Com efeito, é notório e imensamente superior o número de embargos opostos de acórdãos, comparado ao daqueles que se dirigem a sentenças. Seriam os acórdãos mais frequentemente obscuros, contraditórios ou omissos? A resposta, ao que tudo indica, é negativa. Esta disparidade é explicada pelo requisito do prequestionamento para o cabimento dos recursos extraordinário e especial. Mais, até, pelo rigor com que os tribunais superiores têm examinado a presença deste requisito. (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 7. p. 306-307).

No Supremo Tribunal Federal, o cumprimento do requisito do prequestionamento traduz-se na expressa menção do artigo da Constituição da República no corpo do acórdão ou, na sua falta, a alegação de ofensa ao preceito pela via de embargos de declaração (ARE 795648 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, j. 29.4.2014). A orientação firmada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é diferente. Enquanto se admite prequestionamento implícito (acórdão recorrido aborda o tema, embora não faça menção expressa ao dispositivo legal), é obrigatória a manifestação pela Corte de origem, o que não se substitui pela alegação de ofensa à lei pelo recorrente (AgRg no AREsp n. 512.274/DF, rel. Min. Raul Araújo, j. 24.6.2014, 1.8.2014; REsp n. 1390617/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.6.2014; AgRg no AgRg no REsp n. 1315926/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 8.4.2014).

Observe-se que não tem a parte o direito de exigir do Juízo que se manifeste sobre qualquer tema que lhe venha à mente, e que repute útil invocar, por meio de recurso, a listagem dos dispositivos que se devem dar por prequestionados.

Assim, seja para efeito de recurso especial ou de extraordinário, o prequestionamento dá-se com a comprovação de que houve a análise da matéria a ser eventualmente aventada em razões recursais posteriores.

Considerando que o deslinde do feito de origem contemplou a análise da matéria à exaustão, desnecessário o pedido de prequestionamento formulado nas razões dos aclaratórios, não se podendo provê-lo.

3 Consigne-se, na sequência, que, em consideração aos parâmetros estabelecidos por decisões e avisos expedidos pelo Juízo onde tramita a recuperação da empresa de telefonia, ora apelada, bem como orientação da Corregedoria-Geral de Justiça desta Corte de Justiça, tem-se exigido como condição para liberação de valores depositados em juízo, ou que o depósito judicial tenha ocorrido para fins de pagamento em data anterior à 21.06.2016, ou, nas hipóteses de depósitos para garantia do juízo, que o trânsito em julgado ou a preclusão da decisão final da impugnação tenha ocorrido antes da referida data.

Nesse sentido, colhe-se do acórdão da lavra do Des. José Carlos Carstens Köhler (Apelação Cível n. 0011580-57.2018.8.24.0000, j. em 26.06.2018):

- 1) as ações e as execuções nas quais se discutem créditos líquidos não estão mais sujeitas à suspensão desde 19-12-17, marco no qual foi realizada a Assembleia Geral de Credores;
- 2) os créditos concursais - isto é, constituídos antes de 20-6-16 - deverão ser pagos conforme o plano de recuperação judicial homologado, do que resulta a extinção dos processos individuais em curso nos quais são objeto de discussão;
- 3) no que diz respeito aos processos que têm como objeto os créditos extraconcursais, prosseguem a normal tramitação, porém os atos expropriatórios devem ser determinados exclusivamente pelo Juízo da ação de soerguimento, sob pena de inviabilizar a eficácia do plano de recuperação judicial homologado;
- 4) aprovação do plano de recuperação judicial não atingiu a eficácia da decisão que deferiu o pedido recuperacional - a qual foi reformada parcialmente pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - de forma que persiste:
 - 4.1) a liberação de valores depositados judicialmente pela OI S.A. antes de 21-06-16 nos casos de expressa declaração da finalidade de pagamento;
 - 4.2) o levantamento dos montantes penhorados cuja discussão tenha se esgotado antes de 21-06-16 pela preclusão da decisão que resolveu a impugnação ao cumprimento de sentença;
 - 4.3) o prosseguimento das demandas que abrangem crédito ilíquido até que seja possível promover a sua execução, quando deverão ser observadas as diretrizes estabelecidas nos pontos “2” ou “3” adrede citados, conforme o caso;
- 5) somente poderão ser efetuados pelo Juízo recuperacional todos atos que digam respeito a disponibilização do patrimônio da Devedora, excetuando-se os valores depositados antes de 21-6-16, cuja destinação deverá observar o disposto nos itens “4.1 e 4.2” suso apontados; e
- 6) cabe ao credor promover a habilitação de seu crédito e a impugnação de crédito no Juízo recuperacional, o qual compete debuxar e classificar montante.

Essa distinção foi observada pela decisão em recurso de Agravo de Instrumento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Decisão de suspensão de ações e execuções contra as recuperandas que não abrange o levantamento dos depósitos efetuados antes da prolação da decisão recorrida (21/06/2016), com expressa declaração de pagamento, bem como os valores depositados que se mostrem incontroversos pelo trânsito em julgado da sentença de embargos à execução ou preclusão da decisão de resolução da impugnação ao cumprimento de sentença. Falta de demonstração concreta, pelas recuperandas ou pelo Administrador Judicial, de efetivo prejuízo aos ativos das empresas em razão da liberação das quantias aludidas acima. Garantia dos interesses dos credores de valores depositados sem qualquer pendência jurisdicional concreta. (TJRJ, AI n. 0034576-58.2016.8.19.0000, j. 22.11.2016).

Confira-se precedente desta Colenda Câmara a esse respeito, que espelha com exatidão o entendimento firmado nas Câmaras de Direito Comercial desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA FIRMADO COM COMPANHIA DE TELEFONIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE JULGOU EXTINTA A EXECUÇÃO, DETERMINANDO A LIBERAÇÃO, EM FAVOR DO POLO CREDOR, DA QUANTIA HOMOLOGADA PELO JUÍZO. RECURSO DA PARTE ACIONADA. [...] ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE LEVANTAMENTO DOS VALORES DEPOSITADOS EM CONTA VINCULADA AO PROCESSO. JUÍZO DA RECUPERAÇÃO QUE AUTORIZOU O LEVANTAMENTO DE QUANTIAS EM DEPÓSITO JUDICIAL DESDE QUE TAL TENHA SIDO REALIZADO COM EXPRESSA FINALIDADE DE PAGAMENTO E ANTERIORMENTE A 21.6.2016 (DATA DO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL), OU QUE TENHA SE DADO A PRECLUSÃO OU O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO FINAL DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ATÉ A REFERIDA DATA. REQUISITOS, NA HIPÓTESE, NÃO PREENCHIDOS. LIBERAÇÃO DA REFERIDA QUANTIA OBSTADA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE (Ap. Cív. n. 0014923-79.2010.8.24.0020, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. em 02.08.2018)

No mesmo diapasão: Agravo de Instrumento n. 4005794-27.2019.8.24.0000, de Camboriú, rel. Des. Rogério Mariano do Nascimento, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 12.12.2019; Agravo de Instrumento n. 4035496-52.2018.8.24.0000, rel. Des. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. em 29.10.2019; Agravo de Instrumento n. 4020817-47.2018.8.24.0000, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 29.11.18; Apelação Cível n. 0138146-65.2007.8.24.0023, da Capital. Relator Des. Túlio Pinheiro, j. 05.12.2019; Agravo de Instrumento n. 4029526-37.2019.8.24.0000, de Palmitos, rel. Des. Tulio Pinheiro, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 30.01.2020; Agravo de Instrumento n. 4028557-56.2018.8.24.0000, de Concórdia, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 28.01.2020; Agravo de Instrumento n. 4006457-73.2019.8.24.0000, de Camboriú, rel. Des. Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 03.10.2019; dentre outros.

Na hipótese dos autos, a agravada ofertou impugnação ao cumprimento de sentença, tendo efetuado o depósito judicial, a título de garantia do juízo, em 14.6.2014 (Evento 25, Informação 40 - autos n. 5000188-72.2014.8.24.0033). A despeito de o depósito judicial ser anterior ao processamento da recuperação judicial (21.6.2016), seu escopo foi a garantia do juízo, não satisfazendo os critérios extipulados pelo juízo recuperacional. Ademais, a decisão que acolheu parcialmente o incidente

de Impugnação ao Cumprimento de Sentença, ainda não alcançou o trânsito em julgado (autos n. 5000188-72.2014.8.24.0033).

Nesse contexto, afigura-se indevida a expedição de alvará em favor do credor, desmerecendo prosperar o recurso, uma vez que não há o preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo Juízo do processo de Recuperação Judicial para a liberação daqueles valores.

Por se tratar de crédito líquido, de natureza concursal, uma vez que o evento que lhe deu origem - subscrição deficitária ocorrida na década de 90 - é anterior ao processamento da recuperação judicial, deve se submeter ao plano de recuperação judicial homologado, conforme consignado pelo togado singular na decisão atacada.

A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL. TELEFONIA. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE DECLAROU EXTINTA A IMPUGNAÇÃO PARA DETERMINAR O LEVANTAMENTO DO VALOR CREDITADO EM FAVOR DO EXEQUENTE. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. PROPALADA NECESSIDADE DE VEDAÇÃO DA LIBERAÇÃO DO ALVARÁ JUDICIAL. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA POSTERIOR AO DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO SUJEITO À DELIBERAÇÃO DO JUÍZO RECUPERACIONAL. Embora a garantia do juízo para apresentação de impugnação tenha ocorrido em 11-03-2015, o trânsito em julgado da decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença deu-se apenas em 24-05-2018, ou seja, em data posterior ao deferimento da recuperação judicial realizada em 21-6-2016. HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS. INEXISTÊNCIA DE ARBITRAMENTO DE SUCUMBÊNCIA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0019869-76.2018.8.24.0000, rel. Des. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 07.03.2019).

Sendo assim, o inconformismo desmerece albergue.

4 Por todo o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Apelação Cível n. 0300681-62.2017.8.24.0031, de Brusque

Relator: Desembargador Jaime Machado Junior

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE FALÊNCIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 485, IV, DO CPC/15. INSURGÊNCIA DA REQUERENTE.

PREFACIAL DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INACOLHIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAL E PERICIAL. FALTA DE INÍCIO DE PROVA ESCRITA. DOCUMENTAÇÃO COLACIONADA AO FEITO QUE NÃO CORRESPONDE À OBRIGAÇÃO EM COBRANÇA.

AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE A EMPRESA REQUERIDA NÃO POSSUI BENS SUFICIENTES. INSOLVÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE OBSTA A UTILIZAÇÃO DO REQUERIMENTO DE QUEBRA COMO MERO INSTRUMENTO DE COBRANÇA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS LEGAIS E MENOS GRAVOSOS DE COMPELIR A DEVEDORA AO PAGAMENTO.

Não se deve permitir, ab initio, que, inadimplida qualquer dívida comercial, no âmbito das normais relações empresariais, que se dê ensejo ao pedido de quebra. É esse, pois, o espírito que marca a nova Lei de Falências que, em seu artigo 94 e incisos delimita, com maior rigor, os procedimentos para a decretação da falência. (STJ. REsp 1012318/RR, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 19/08/2010, DJe 14/09/2010).

HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, §§ 1º e 11, DO CPC/15. MAJORAÇÃO DEVIDA. CRITÉRIOS CUMULATIVOS NÃO PREENCHIDOS (STJ, EDCL NO AGINT NO RESP 1.573.573/RJ).

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300681-62.2017.8.24.0031, da comarca de Brusque Vara Comercial em que é Apelante Sergifill Indústria Têxtil Ltda e Apelado Pablotex Fábrica de Artefatos Têxteis Ltda – Epp.

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Tulio Pinheiro, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Sebastião César Evangelista.

Florianópolis, 15 de outubro de 2020.

Desembargador Jaime Machado Junior

Relator

RELATÓRIO

Sergifil Indústria Têxtil Ltda. interpôs recurso de apelação cível contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Comercial da comarca de Brusque que julgou extinto o pedido de falência por si formulado em face de Pablutex Fábrica de Artefatos Têxteis Ltda - Epp, cujo dispositivo restou assim vertido:

“Ante o exposto, JULGO EXTINTO o presente pedido de falência deduzido por Sergifil Indústria Têxtil Ltda. contra Pablutex Fábrica de Artefatos Têxteis Ltda. EPP, com espeque no artigo 485, IV, do CPC, sem resolução do mérito, porquanto os títulos apresentados à exordial carecem de força executiva, por não atenderem aos requisitos previstos no artigo 15 da Lei n. 5.474/68, ante a falta do aceite e da comprovação de entrega das mercadorias, o que revela ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do pedido de falência.

Custas pela parte autora. Sem honorários, porquanto não operada a citação.

Havendo saldo de custas, cumpra-se a Portaria nº 2/2016 da Vara Comercial.

Não interposto o recurso de apelação, intime-se a ré do trânsito em julgado da sentença e, em seguida, archive-se (§ 3º do art. 331, NCPC).

Tudo cumprido, ao arquivo em definitivo”. (p.107)

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, a insurgente defendeu, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, diante do julgamento antecipado da lide. No mérito, sustentou, em síntese, que os documentos acostados aos autos comprovam a relação comercial que ensejou a emissão das duplicatas não adimplidas pela empresa apelada.

Sem contrarrazões, porquanto não angularizada a relação processual, ascenderam os autos a esta Corte.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Monika Obst, opinando pelo conhecimento e provimento parcial do reclamo.

Este é o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Considerando que a decisão foi lançada sob a égide do Código Processual Civil de 2015, a análise do reclamo ficará a cargo do mencionado diploma legal.

Sustenta a insurgente, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, sob o argumento de que a togada singular julgou o feito sob o fundamento de que não restou demonstrada a operação triangular, contudo não oportunizou a produção de provas.

Sem razão, adianta-se.

A operação triangular, também conhecida como venda à ordem, consiste basicamente na compra de mercadorias pelo adquirente originário, que antes de receber do fornecedor, vende a um terceiro adquirente, que as recebe diretamente do fornecedor.

Inferre-se que o togado **a quo** fundamentou sua decisão nos seguintes termos:

“A relação supostamente estabelecida entre as partes fundamenta-se em alegado inadimplemento de duplicatas emitidas em operações que se denominam de “venda à ordem”, “venda por conta e ordem” ou, ainda, “operação triangular”, perfeitamente admitida nas relações comerciais de terceiros, conforme ponderado por ocasião do despacho de fls. 77-8.

Analisando-se os documentos anexados à exordial e à emenda (fls. 85-103), de se ponderar que a parte autora não logrou êxito em demonstrar os requisitos legais ao manejo da presente ação, mais precisamente, no que tange à comprovação de inadimplemento de “obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência”.

Consoante já delineado por ocasião do despacho de fls. 77-8, ainda que não se discuta a existência de relações comerciais nos moldes perpetrados, é certo que não nos autos prova alguma de que a requerida tenha autorizado a operação de venda e compra em seu nome para a empresa terceira.

Observa-se que os pedidos de compra de fls. 87 e 88 não se encontram subscritos pela parte requerida, inviabilizando a identificação de um liame entre a ordem de compra e remessa das mercadorias à empresa terceira.

Sem esse liame, ainda que tal empresa tenha recebido as mercadorias descritas nas notas fiscais de fls. 24 e 40, não há prova de que a devedora tenha, de fato, autorizado tal procedimento.

Tal situação inviabiliza a legitimação da operação realizada e, por conseguinte, a constituição da obrigação líquida materializada em título executivo protestado, já que a duplicata não aceita, sem a prova do recebimento da mercadoria por quem de direito, não configura título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 15 da Lei n. 5.474/68, in verbis:

“Art 15 - A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

I - de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;

II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que,

cumulativamente:

a) haja sido protestada;

b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e

c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei”.

Portanto, sem a autorização de compra e entrega a terceiro não há falar em triangulação da operação, até porque a emissão de nota fiscal em nome da pessoa jurídica, sem a prova de que esta tenha solicitado tais bens, recebido-os ou autorizado que terceiro os recebesse, por si só, não é capaz de legitimar, por si só, a emissão de títulos de cobrança em seu desfavor [...] “. (p.104-105)

Com efeito, não há provas de que a empresa apelada tenha autorizado a operação de compra em seu nome para uma terceira empresa e, portanto, inexistindo aludida autorização, não há falar em triangulação da operação, ao passo que a simples emissão de nota fiscal sem a prova da compra e do recebimento por terceiros não justifica a emissão das duplicatas em cobrança.

Nos termos do art. 373, I, do CPC/15, incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, de forma que, *in casu*, o conjunto probatório não comprova a relação negocial alegada pela insurgente.

Ora, compete ao autor instruir a petição inicial com a documentação que julgar pertinente à comprovação de seu direito, bem como ao réu apresentar os documentos que possam desconstituir os direitos do autor no momento da apresentação de resposta, conforme disposto no art. 396 do CPC/73, salvo nos casos de documentos novos (TJSC. Apelação Cível n. 0302783-26.2015.8.24.0064, de São José, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 1-3-2018).

Não fosse isso, o magistrado é o destinatário das provas, facultando-se a ele a determinação daquelas necessárias, bem como o indeferimento das inúteis ou protelatórias, já que vigora no ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento motivado.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que:

[...] Inexiste ilegalidade tampouco cerceamento de defesa na hipótese em que o juiz, verificando suficientemente instruído o processo, considera desnecessária a produção de mais provas e julga o mérito da demanda na forma antecipada (Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 14838/SP, rela. Mina. Nancy Andrichi, j. 28-11-2008).

Em nada destoam o posicionamento desta Corte Julgadora:

[...] ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. TESE REJEITADA. ELEMENTOS DOS AUTOS SUFICIENTES PARA FORMAR O CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. PRELIMINAR REJEITADA. Não caracteriza cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide sem a produção das provas que a parte pretendia produzir - no caso, pericial e oral - quando o Magistrado entender que o feito está adequadamente instruído com os elementos indispensáveis à formação de seu convencimento. [...] (Apelação Cível n. 2016.020955-9, de Balneário Camboriú, Segunda Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Robson Luz Varela, j. 26-4-2016) (Apelação Cível n. 0500323-30.2011.8.24.0062, de São João Batista, rel. Desa. Rejane Andersen, j. 9-5-2017).

Registra-se, por oportuno, que a magistrada possibilitou a emenda à inicial a fim de comprovar os fatos constitutivos do direito alegado, inclusive, apontando os pontos a serem esclarecidos através de documentação (p.77-78).

Logo, não há se falar em cerceamento de defesa.

Observa-se, outrossim, que o pedido de decretação de falência da empresa apelada decorre do inadimplemento da quantia de R\$ 78.731,30 (setenta e oito mil, setecentos e trinta e um reais e trinta centavos), referente a duplicatas mercantis de compra e venda.

É cediço que “o pressuposto para a instauração de processo de falência é a insolvência jurídica, que é caracterizada a partir de situações objetivamente apontadas pelo ordenamento jurídico. No caso do direito brasileiro, caracteriza a insolvência jurídica, nos termos do art. 94 da Lei n. 11.101/2005, a impontualidade injustificada (inciso I), execução frustrada (inciso II) e a prática de atos de falência (inciso III)” (STJ. REsp 1433652/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. em 18-9-2014).

Nesse contexto, a decretação de falência é medida excepcional, razão pela qual os requisitos necessários devem estar devidamente preenchidos, considerando a gravidade de suas implicações.

A propósito, esta Corte Julgadora já se manifestou:

APELAÇÃO CÍVEL. “PEDIDO DE FALÊNCIA”. DUPLICATAS EMITIDAS A PARTIR DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SENTENÇA QUE, AO RECONHECER A FALTA DE INTERESSE DE AGIR DA DEMANDANTE, INDEFERE A PEÇA PORTAL E JULGA EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, COM ESPEQUE NO ART. 267, INCISO I, DO CÓDIGO DE RITOS. IRRESIGNAÇÃO DA CREDORA. FALÊNCIA. MEDIDA CONSIDERADA EXCEPCIONALÍSSIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO HODIERNO, EIS QUE PÕE FIM ÀS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E SUBMETE À EMPRESA EM QUEBRA AOS EFEITOS NEFASTOS DA EXECUÇÃO CONCURSAL. NOVA LEI DE FALÊNCIAS QUE ESTABELECE COMO PRINCÍPIO MÁXIMO A PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. ESTIMA À FUNÇÃO SOCIAL DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. GERAÇÃO DE RIQUEZA, CRIAÇÃO DE EMPREGO E RENDA E CONTRIBUIÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO SOCIAL DO PAÍS. EXEGESE DO ART. 47 DA LEI N. 11.101/05. PROCEDIMENTO FALENCIAL QUE EXCLUI A EMPRESA EM DIFICULDADE NA ESFERA NEGOCIAL PARA PRESERVAR A CLASSE DOS EMPRESÁRIOS E A CREDIBILIDADE DO MERCADO. DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA QUE CONSISTE EM ULTIMA RATIO E SOMENTE TEM LUGAR QUANDO O CREDOR TEM PLENA CERTEZA DA INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. REQUERENTE QUE SE VALE DO PROCEDIMENTO FALIMENTAR COM O PROPÓSITO EXCLUSIVO DE RECEBER O SEU CRÉDITO. AUTORA QUE PODERIA TER SE SOCORRIDO DAS MEDIDAS PROCESSUAIS DISPONÍVEIS PARA A SATISFAÇÃO DO SEU DIREITO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO MANEJO DE DEMANDA PRETÉRITA. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO REPRESENTADA POR TÍTULO EXECUTIVO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL QUE NÃO IMPLICA, NECESSARIAMENTE, NO RECONHECIMENTO DA INSOLVÊNCIA DA SOCIEDADE DEVEDORA. IMPONTUALIDADE QUE PODE SER PLENAMENTE JUSTIFICADA POR SAZONALIDADES OU, ATÉ MESMO, EM VIRTUDE DE CRISES QUE ATINGEM DETERMINADO SEGMENTO SOCIETÁRIO. CLARIVIDENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DA REQUERENTE. SENTENÇA MANTIDA INCÓLUME NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. REBELDIA IMPROVIDA (Apelação Cível n. 2015.085564-5. Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler. Quarta Câmara de Direito Comercial. Data do julgamento: 02-02-2016) (grifou-se).

É evidente que a apelante pretende receber seu crédito utilizando-se, para tanto, do presente pedido como meio de coerção da empresa devedora.

Registra-se, por oportuno, que a credora possui outros meios menos gravosos e adequados para satisfazer seu crédito, como, por exemplo, o processo de execução, o qual possibilita a desapropriação forçada dos bens do devedor, sem, contudo, obstar a realização da atividade empresarial, pois, reforça-se, “a falência de uma empresa constitui um acontecimento desastroso social e economicamente, e por isso já há legislação nova investindo na recuperação judicial daquelas que tenham condições de sobrevivência. Nesse contexto, é desarrazoado que um credor, munido de título judicial que pode aparelhar uma execução individual, recorra ao pedido de falência do devedor” (STJ. MC n. 011674/SP, rel. Ministro Ari Pargendler, DJ de 23/6/2006). (grifou-se).

Ademais, inexistente qualquer indício de que o patrimônio da apelada não seja suficiente a garantir o pagamento da dívida, razão pela qual não se justifica a procedência da pretensão inicial.

Logo, não se admite que a recorrente se valha do procedimento falimentar, pugnando pelo encerramento das atividades de sua devedora, com o intuito único de perseguir seu crédito.

Outro, aliás, não é o entendimento esposado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao assim dispor:

Vê-se, pois, que, sem dúvida, a Lei de Falências fora utilizada como instituto de cobrança de dívidas. E tal não era e não é o escopo da Lei. Trata-se, na verdade, de instrumento específico, de utilização excepcional, cujo os requisitos de aplicação são absolutamente restritos. Não se deve permitir, ab initio, que, inadimplida qualquer dívida comercial, no âmbito das normais relações empresariais, que se dê ensejo ao pedido de quebra. É esse, pois, o espírito que marca a nova Lei de Falências que, em seu artigo 94 e incisos delimita, com maior rigor, os procedimentos para a decretação da falência. (STJ. REsp 1012318/RR, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 19-08-2010).

Nesse mesmo diapasão, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. FALÊNCIA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL, COM A EXTINÇÃO DO PROCESSO NOS TERMOS DO INCISOS I E VI DO ARTIGO 267 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE QUEBRA SUPOSTO NA IMPONTUALIDADE INJUSTIFICADA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. PROVIDÊNCIA DE NATUREZA EXTREMA QUE NÃO ENCONTRA JUSTIFICATIVA NO INTERESSE DE CREDOR INDIVIDUALIZADO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE SE SOBREPÕE AO DO CREDOR INDIVIDUAL. INDÍCIOS DA UTILIZAÇÃO DO PROCESSO COM A FINALIDADE DE COBRANÇA DA DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Cível n. 2015.021513-3, de São José, rel. Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 23-04-2015).

APELAÇÃO CÍVEL. FALÊNCIA. PEDIDO DE QUEBRA. DUPLICATAS EMITIDAS A PARTIR DE CUPONS FISCAIS. COMPROVANTE DO RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. POSSIBILIDADE. SOMATÓRIO DOS CRÉDITOS QUE ALCANÇA O VALOR MÍNIMO EXIGIDO PELO INCISO I DO ART. 94 DA LEI 11.101/2005. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE A COMPROVAÇÃO DA INSOLVÊNCIA DA DEVEDORA. AÇÃO EXPROPRIATIVA QUE

SEQUER FOI AJUIZADA. INTENÇÃO DE COBRANÇA FORÇADA DO DÉBITO VIA PROCEDIMENTO FALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO MANTIDA, MAS POR FUNDAMENTO DIVERSO. Recurso desprovido (Apelação Cível n. 2014.061970-9, de Timbó, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 12-02-2015).

E em nada destoa o entendimento deste Órgão Fracionário:

DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE PARA O DESLINDE DA CAUSA. PRODUÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVAS DISPENSÁVEL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. Não ocorre cerceamento de defesa na hipótese em que o magistrado entende que o feito está suficientemente instruído pelas provas documentais, sem a utilização de outros meios probatórios, pois os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução, bem como a hipótese de julgamento nos termos no art. 330, inciso I do Código de Processo Civil de 1973, então vigente. DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA. PEDIDO PAUTADO NA IMPONTUALIDADE DE NOTA PROMISSÓRIA. ESTADO DE FALÊNCIA NÃO EVIDENCIADO, PORÉM. MEDIDA GRAVOSA QUE NÃO SE JUSTIFICA NO CASO CONCRETO. IMPERIOSA COIBIÇÃO DO USO DO INSTITUTO DA FALÊNCIA COMO SUCEDÂNEO DOS MEIOS DE COBRANÇA DE DÍVIDAS. A análise do pedido de decretação de falência deve se orientar, certamente, pela ótica legal, porém sem olvidar a relevância do princípio da preservação da empresa, bem como o contexto que envolve o caso concreto, sobretudo com o fim de evitar o desvirtuamento do instituto. Em que pese a literalidade da lei, é certo que o Poder Judiciário deve ter olhos atentos e sensíveis aos fins sociais ao interpretá-la e aplicá-la, de modo a coibir o uso injustificado do instituto da falência como sucedâneo dos meios de cobrança de dívidas. Assim, é certo que não demonstrado o estado falimentar, a quebra de uma empresa não se justifica se embasada na pretensa satisfação de crédito de um credor isolado [...]. (Apelação Cível n. 0052136-31.2011.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 08-11-2018).

Desse modo, a sentença combatida deve ser mantida incólume.

Por fim, Quanto aos honorários recursais a que dispõe o art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/15, verifica-se que são incabíveis na hipótese, uma vez que não se encontram presentes os requisitos cumulativos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ).

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4004491-41.2020.8.24.0000, da Capital – Bancário

Relator: Desembargador Túlio Pinheiro

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DECISÃO NA QUAL FOI INDEFERIDO PEDIDO DE CITAÇÃO PELA VIA POSTAL.

RECURSO DA PARTE EXEQUENTE.

ALEGADO CABIMENTO DA CITAÇÃO PELO CORREIO EM PROCESSOS DE EXECUÇÃO. SUBSISTÊNCIA. SUPRESSÃO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 DA REGRA PREVISTA NO ART. 222, D, DO CPC/1973, O QUAL VEDAVA A CITAÇÃO PELA VIA POSTAL NOS PROCEDIMENTOS EXPROPRIATÓRIOS. AUSÊNCIA DE ÓBICE LEGAL À UTILIZAÇÃO DA VIA POSTAL. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL ESTABELECIDADA NO ART. 247 DA NOVEL LEGISLAÇÃO. ADEMAIS, CITAÇÃO PELO CORREIO QUE NÃO REPRESENTA PREJUÍZO À DEFESA DOS EXECUTADOS, ALÉM DE ESTAR EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. DECISÃO REFORMADA, PARA ADMITIR A UTILIZAÇÃO DA VIA POSTAL.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4004491-41.2020.8.24.0000, da Comarca da Capital – Bancário (2ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana da Capital – Bancário (2ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis), em que é Agravante Banco Santander Brasil S/A, e são Agravados Átimo Software e outro:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para admitir a citação pela via postal no caso dos autos. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Sebastião César Evangelista e Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 30 de julho de 2020.

Desembargador Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Santander Brasil S.A. contra decisão do Juízo da 2ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis, sediada na Comarca da Capital, exarada pelo MM. Juiz Leone Carlos Martins Junior nos autos da Execução de Título Extrajudicial n. 0300978-80.2017.8.24.0092, na qual foi

indeferido pedido de citação por meio de carta com Aviso de Recebimento, ao fundamento, em suma, de ausência de previsão legal nesse sentido (fl. 288 dos autos de origem).

Nas razões do inconformismo, sustenta o agravante o cabimento da citação pela via postal, ancorando-se, para tanto, no disposto nos artigos 247, 249, 830 e 854, todos do Código de Processo Civil.

Em decisão interlocutória às fls. 57/59, foi indeferida a tutela recursal de urgência.

Sem contrarrazões.

Este é o relatório.

VOTO

Cinge-se a controvérsia recursal ao cabimento ou não da citação por meio do correio no processo de execução.

Na decisão agravada, o douto magistrado de origem indeferiu a utilização da via postal, ao fundamento, em suma, de ausência de previsão legal nesse sentido em se tratando de ação de execução.

O agravante, por sua vez, sustenta nas razões do inconformismo o cabimento da medida, ancorando-se, para tanto, no disposto nos artigos 247, 249, 830 e 854, todos do Código de Processo Civil de 2015.

Pois bem.

Frisa-se, *ib initio*, que a demanda versada nos autos foi deflagrada após a entrada em vigor do CPC/2015, sendo aplicável ao caso, portanto, o regramento da legislação em referência.

A propósito da matéria controvertida, o novo CPC estabeleceu como regra, em seu artigo 247, a citação pela via postal e enumerou, nos incisos do dispositivo em voga, as respectivas exceções:

Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:

I - nas ações de estado, observado o disposto no art. 695, § 3º;

II - quando o citando for incapaz;

III - quando o citando for pessoa de direito público;

IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;

V - quando o autor, justificadamente, a requerer de outra forma.

No dispositivo correspondente do CPC/1973 (art. 222), previa-se, dentre as exceções, a citação nos processos de execução (alínea *d*).

Nota-se, pois, que a novel legislação suprimiu a vedação expressa à utilização da via postal na citação nos procedimentos expropriatórios.

Embora a exegese dos arts. 829 e 829 do CPC/2015 possa conduzir à conclusão da necessidade de citação por meio de oficial de justiça nos processos de execução, é certo que não há disposição legal expressa no sentido do descabimento da via postal nesses casos, não se podendo ignorar a omissão proposital do legislador a esse respeito.

A propósito da questão, colhe-se da doutrina:

(...) Merecem algum comentário a citação postal e a por meio eletrônico em matéria de execução. Quanto à citação postal, conforme indicado anteriormente, o novo CPC retirou a proibição expressa do CPC de 1973 o que acaba sendo significativo. Pode soar um pouco estranho possibilitar o seu uso subsidiário na execução, considerando que a regra geral é no sentido de “frustada a citação por correio”, utilizar-se a citação por oficial de justiça e não o contrário (art. 249). O fato, porém, é que a lei não proíbe mais a citação postal na execução, o que leva a essa conclusão. Mais do que isso, durante os trabalhos legislativos, ficou muito clara a intenção de permitir a citação postal na execução, na medida em que a Câmara rejeitou mais de uma emenda proposta para incluir vedação expressa (conforme dão notícia tanto o Relatório do Deputado Sérgio Barradas quanto o do Deputado Paulo Teixeira). Nas razões da rejeição, consignou-se expressamente que não havia razão para se vedar sua utilização na execução e que essa possibilidade aberta pelo projeto era um avanço em relação ao CPC de 1973. Dessa forma, entendemos que a citação postal efetivamente é possível na nova lei. (Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas, *in* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, editora Revista dos Tribunais, pág. 1.917 – grifou-se).

Observa-se, ainda, que “(...) *a citação via postal não representa prejuízo à defesa do executado, além de ser mais eficiente do ponto de vista econômico, bem como célere. Ademais, os atos expropriatórios, cada vez mais, caminham no sentido de serem realizados por meio eletrônico (...)*” (Agravo de Instrumento n. 4006043-46.2017.8.24.0000, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. em 24.09.2019).

Assim, dado o disposto no art. 247 do CPC, aliada à ausência de óbice legal à utilização da via postal em processos de execução, deve ser admitida a citação nos moldes requeridos pelo exequente/agravante.

Nesse sentido, citam-se precedentes desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERE PEDIDO DE CITAÇÃO POR VIA POSTAL. IRRESIGNAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EXEQUENTE. ALEGADA POSSIBILIDADE DE CITAÇÃO POSTAL NA EXECUÇÃO DE ORIGEM, NA FORMA DO ART. 247 DO CPC/2015. CABIMENTO. HIPÓTESE EM QUE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ADMITE ESSA MODALIDADE DE CITAÇÃO NA EXECUÇÃO. DECISÃO REFORMADA. (...) (Agravo de Instrumento n. 4003652-16.2020.8.24.0000, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 23.06.2020).

Mais:

AGRAVODE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CITAÇÃO PELO CORREIO. INDEFERIMENTO. JUÍZO A QUO QUE CONSIDERA IMPRESCINDÍVEL A CITAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA, COM FUNDAMENTO NO § 1º DO ART. 829 DO CÓDIGO FUX. DESNECESSIDADE. EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 222, ALÍNEA “D”, DO CPC/1973 NÃO REPRODUZIDA NO ART. 247 DO CPC/2015, JÁ VIGENTE AO TEMPO DA PROPOSITURA DA EXPROPRIATÓRIA. IMPLEMENTAÇÃO DO ATO QUE NÃO IMPEDE A REALIZAÇÃO DE ARRESTO EXECUTIVO OU PRÉ-PENHORA VIA BACENJUD. CITAÇÃO PELO CORREIO PERMITIDA. DOUTRINA ESPECIALIZADA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 4012881-68.2018.8.24.0000, rel. Des. Torres Marques, j. em 26.05.2020).

E em arremate:

AGRAVODE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU PLEITO DE CITAÇÃO POR VIA POSTAL (AR). RECURSO DO EXEQUENTE. ACOLHIMENTO. LIMINAR DEFERIDA. PROVIDÊNCIA ADMITIDA PELA NOVEL LEGISLAÇÃO (ART. 247 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A regra vigente permite a citação por correio na execução (art. 274 do Código de Processo Civil de 2015) e, conquanto haja divergência doutrinária, sobretudo diante do contido nos arts. 829 e 830 do Código de Processo Civil de 2015, é certo que a medida traduz maior celeridade e menores custos, sem prejuízo da possibilidade de posterior avaliação e penhora, se e quando necessário. Aliás, a constrição patrimonial atualmente ocorre, via de regra, por sistemas informatizados, de maneira que a tese de indispensabilidade, logo de início, do Oficial de Justiça não se sustenta, e tal providência, inclusive, era prevista para outras obrigações de pagar (art. 8º, inciso I, da Lei n. 6.830/1990). (Agravo de Instrumento n. 4006645-03.2018.8.24.0000, rel. Des. Rubens Schulz, j. em 17.04.2019).

Ante todo o exposto, impõe-se conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para admitir a citação do executado pela via postal.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0300271-29.2018.8.24.0076, de Turvo

Relator: Desembargador José Antônio Torres Marques

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DOS AUTORES. SUSTENTADA A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. INOCORRÊNCIA. IMÓVEL QUE PERTENCE À FILHA DOS APELANTES E NÃO SERVE DE MORADIA AOS GENITORES. BEM ENCRAVADO EM OUTROS DOIS IMÓVEIS, ESTES COM ACESSO À VIA PÚBLICA E GRAVADOS COM USUFRUTO VITALÍCIO AOS APELANTES. IRRELEVÂNCIA. SITUAÇÃO JURÍDICA SOLUCIONADA PELO INSTITUTO DA PASSAGEM FORÇADA. DIREITO REAL QUE AINDA ASSIM PERMITIRIA A CONSTRIÇÃO DA NUA-PROPRIEDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300271-29.2018.8.24.0076, da comarca de Turvo (Vara Única), em que são Apelantes Laudelino Amorim e Elisabeth Wippel Amorim e Apelado Banco Bradesco S/A.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas de lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Des. Sérgio Izidoro Heil e José Carlos Carstens Köhler. Florianópolis, 18 de agosto de 2020.

Des. Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Laudelino Amorim e Elisabeth Wippel Amorim interuseram recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos dos embargos de terceiro opostos contra Banco Bradesco S/A, nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos narrados na inicial, o que faço com força no art.487, I, do Código de Processo Civil.

Revogo a suspensão deferida às fls.44.

Condeno os embargantes ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$3.000,00 (três mil reais), conforme art.85, §8º do CPC. (fls. 109/111).

Alegaram os apelantes, em síntese, que: a) “restou penhorado nos autos do cumprimento de

sentença n. 0001993-21.2011.8.24.0076/01, promovido pelo apelado em face de Joice Wippel Amorim EPP, Joice Wippel Amorim e Fábio Amorim, o imóvel de matrícula n. 21.919, junto ao Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Turvo/SC”; b) o bem penhorado, sem benfeitorias, de 1.019,30 m², pertence à filha dos apelantes (Joice Wippel Amorim), está encravado nos fundos dos imóveis de matrículas n. 6.557 e n. 22.829, ambos igualmente registrados no mesmo Ofício, e gravado com usufruto vitalício em benefício dos genitores; c) apesar de o bem não contar com uma casa construída, é utilizado pelos apelantes “em razão de estar nos fundos do imóvel sobre o qual está edificada a moradia”; e, d) o bem é usado diariamente para as atividades cotidianas “para fins pessoais, como, por exemplo, com a horta, não sendo aceitável a decisão recorrida”, até porque se enquadra no conceito de bem de família.

Requereram, diante disso, a reforma da sentença e o conseqüente provimento do recurso, com a inversão dos ônus sucumbenciais (fls. 115/123).

Com contrarrazões (fls. 127/132), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Laudelino Amorim e Elisabeth Wippel Amorim em face da sentença que julgou improcedentes seus embargos de terceiro opostos contra Banco Bradesco S/A.

Alegaram os apelantes na origem, em síntese, que:

Verifica-se então que restou penhorada a residência dos executados, sendo que estes residem sobre o imóvel há aproximadamente dez anos juntamente com sua família, conforme declaração em anexo.

O imóvel é utilizado como único bem para residência permanente, conforme se infere pelas faturas de água e luz em anexo.

[...]

Ainda, tem-se que o imóvel em questão se trata de um terreno encravado, ou seja, está dentro dos imóveis de matrículas n.º 22.829 e 6.557, de propriedade dos embargantes, sendo parte integrante da residência destinada a moradia destes, conforme se percebe da matrícula anexa, na qual, resta averbado o usufruto em favor dos Embargantes.

Pretendem, portanto, que o imóvel construído seja considerado bem de família, até porque gravado com usufruto.

A Lei 8.009/1990 considera impenhorável um único imóvel residencial do próprio casal ou da entidade familiar (proteção estendida a pessoas solteiras, separadas e viúvas – Súmula 364 do STJ), desde que nele residam e estabeleçam moradia permanente (arts. 1º e 5º), autorizada a expropriação, em caso de existir vários imóveis, dos bens mais valiosos (aplicada aqui a teoria do patrimônio mínimo), exceto em caso de averbação da qualidade de bem de família convencional (parágrafo único do art. 5º), cômico que a impossibilidade de expropriação fica ampliada em caso de locação

do bem de família, “desde que a renda obtida seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família” (Súmula 486 do STJ).

Em linhas gerais, portanto: a) o único imóvel residencial do devedor, desde que utilizado para moradia permanente, é impenhorável para pagamento das suas obrigações civis, comerciais, fiscais ou previdenciárias; b) ainda que alugado a terceiro este bem, a impenhorabilidade persiste desde que o valor auferido com aluguel seja revertido para a subsistência; e, c) em caso de ser proprietário de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo constituição na competente matrícula de bem de família convencional.

Denota-se, como bem destacado na própria certidão do oficial de justiça e nas razões recursais, que o imóvel não pertence aos embargantes e, além disso, não é utilizado como moradia, mas sim como dependência, para fins de “atividades rotineiras”, “horta” ou agricultura familiar.

Isso, por si só, o descaracteriza como bem de família, porquanto não é único, não serve de moradia, não é alugado e nem sequer é dos apelantes.

Ainda que o bem estivesse gravado com usufruto vitalício (o que não é o caso dos autos, uma vez que a matrícula do bem, carreada à fl. 154 do cumprimento de sentença, não evidencia o aludido direito real) não estaria impossibilitada a penhora do imóvel, que recairia sobre a nua-propriedade, intacto o direito real, como bem já decidiu este Colegiado em caso análogo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO À PENHORA. INSURGÊNCIA DO EXECUTADO. RECURSO INTERPOSTO PELO DEVEDOR E POR TERCEIROS ESTRANHOS AO PROCESSO DE ORIGEM SEM PROCURADOR CONSTITUÍDO NOS AUTOS. RECLAMO NÃO CONHECIDO EM RELAÇÃO A ESTES. [...] IMPENHORABILIDADE DE APARTAMENTO RECEBIDO POR DOAÇÃO COM USUFRUTO VITALÍCIO. CONSTRICÇÃO QUE ABRANGE A NUA-PROPRIEDADE DO RECORRENTE. DIREITO REAL DO USUFRUATUÁRIO PRESERVADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE MORADIA. [...] ALEGAÇÃO DE QUE O IMÓVEL E AS TRÊS VAGAS DE GARAGEM OBJETOS DA ALIENAÇÃO CONSTITUEM BEM DE FAMÍLIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO APARTAMENTO PARA MORADIA. CIRCUNSTÂNCIA NÃO POSITIVADA. INSUFICIÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE INSTITUIÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA SUBSCRITA PELO EXECUTADO. TENTATIVA DE CITAÇÃO DO DEVEDOR NO IMÓVEL FRUSTRADA. VAGAS DE GARAGEM COM MATRÍCULAS PRÓPRIAS. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 449 DO STJ. NÃO CONFIGURAÇÃO COMO BEM DE FAMÍLIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Agravos de

Instrumento n. 4025552-60.2017.8.24.0000, de Balneário Camboriú, desta Relatoria, j. 26/5/2020).

E do inteiro teor:

O usufruto “pressupõe a coexistência harmônica dos direitos do usufrutuário, construídos em torno da ideia de utilização e fruição da coisa, e dos direitos do proprietário, que os perde em proveito daquele, conservando, todavia, a substância da coisa ou a condição jurídica de senhor dela”. Assim, “constituído o usufruto, dá-se um desmembramento da propriedade, permanecendo este na titularidade de uma pessoa (nu proprietário), enquanto uma outra tem o uso e a fruição da coisa, como se fosse o seu proprietário”

(PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil - Vol. IV - Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 268).

A propósito, “a nua-propriedade não fica fora do comércio. Pode ser alienada, gravada, sem que com isso se altere o direito do usufrutuário” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. São Paulo: Atlas, 2005, p. 506).

Importa consignar que “a nua-propriedade pode ser objeto de penhora e alienação em hasta pública, ficando ressalvado o direito real de usufruto, inclusive após a arrematação ou a adjudicação, até que haja sua extinção” (REsp 1.712.097/RS, Min. Nancy Andrighi, j. 22/3/2018).

Dessa forma, a penhora ora impugnada se deu somente sobre a nua-propriedade do imóvel (fl. 365 da origem), de modo que permanecem intocáveis os direitos da usufrutuária, a qual poderá residir de maneira permanente no imóvel objeto da penhora.

Nesse sentido, deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE EMBARGANTE. PENHORA DE IMÓVEL GRAVADO COM CLÁUSULA DE USUFRUTO VITALÍCIO. POSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DA NUA-PROPRIEDADE. DIREITOS DOS USUFRUTUÁRIOS RESGUARDADOS. OFENSA A BEM DE FAMÍLIA. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação n. 0000852-46.2015.8.24.0166, de Forquilha, rel. Des. Rodrigo Antônio da Cunha, j. 29/9/2016).

Logo, tendo em vista que o executado não mora no imóvel e que o direito à moradia da sua genitora encontra-se resguardado, não se verifica qualquer violação ao instituto do bem de família.

De igual modo, ainda que o bem esteja encravado em detrimento dos outros dois imóveis de propriedade da filha dos apelantes (estes sim com usufruto registrado), ainda assim tal situação pode ser dirimida mediante o instituto da passagem forçada (art. 1.285 do CC), fato que não consubstancia impossibilidade à expropriação.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 8.009/1990. DISPOSIÇÕES EXCEPCIONAIS ACERCA DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITA. PENHORA DO SEGUNDO IMÓVEL DO PROPRIETÁRIO DO BEM DE FAMÍLIA, AINDA QUE ENCRAVADO. CABIMENTO, COM EXSURGIMENTO DA SERVIDÃO LEGAL DE PASSAGEM. 1. A Lei n. 8.009/1990 é de ordem pública, assegurando um mínimo existencial, observadas as regras de exceção nela previstas. Contudo, não é o propósito desse Diploma legal servir de instrumento para favorecer maus pagadores e prejudicar credores. 2. A legislação estabelece, de forma expressa, as hipóteses de exceção ao universal princípio da sujeição do patrimônio do devedor às dívidas, a demandar interpretação estrita, pois a regra geral é a prevista no art. 391 do Código Civil, que dispõe que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. 3. Por um lado, pelo princípio da efetividade da tutela executiva, o exequente tem direito à satisfação de seu crédito, sem a qual o processo não passa de mera ilusão. Por outro lado, o art. 805 do Novo CPC, consagrando o princípio da efetividade da tutela executiva, impõe ao executado que, acaso alegue existir medida menos gravosa à execução, indique os meios mais eficazes e menos onerosos. 4. O art. 176, § 1º, I, da Lei dos Registros Públicos, em harmonia com o princípio da unitariedade matricial,

estabelece que cada matrícula deve especificar apenas um imóvel. É dizer, o imóvel encravado, por ter matrícula própria, constitui um segundo bem imóvel do executado, à parte, pois, daquele em que está situada a residência do devedor (bem de família). 5. O art. 1.285, caput, do Código Civil estabelece que o dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constringer o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário. 6. Com efeito, é possível a penhora do imóvel encravado, devendo o Juízo, para prevenir conflitos e angariar o sucesso da atividade jurisdicional na execução, previamente à expropriação do bem, tomar todas as medidas necessárias para assegurar a cabal indenização - isto, quando o imóvel serviente de passagem não for do próprio executado - e também para delimitar judicialmente a passagem, estabelecendo o rumo, sempre levando em conta, para a fixação de trajeto e largura, a menor onerosidade possível ao prédio vizinho e a finalidade do caminho. 7. Recurso especial provido. (REsp n. 1.268.998/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 28/3/2017).

Conclui-se, portanto, que: a) o imóvel de matrícula n. 21.919, junto ao Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Turvo/SC, pertence unicamente à filha dos apelantes, está encravado no fundo de outros dois imóveis e não possui usufruto registrado em benefício dos recorrentes; b) a utilização deste imóvel encravado, com atividades rotineiras, horta e eventual agricultura familiar, não autoriza enquadrá-lo na qualidade de bem de família; c) os dois imóveis da frente, estes sim com acesso à via pública (matrículas n. 6.557 e n. 22.829), com a construção da moradia do casal, possuem usufruto vitalício em benefício dos apelantes, mas não foram objeto da constrição impugnada; e, d) ainda que se interpretasse no sentido de que o imóvel encravado estivesse gravado com o usufruto, a penhora seria permitida junto à nu-propriedade e o acesso à via pública dar-se-ia mediante o instituto da passagem forçada.

Em razão disso, fica mantida a sentença.

No que diz respeito aos honorários recursais, estabelecidos no art. 85, §11, do Código de Processo Civil de 2015, o cabimento deve observar os requisitos cumulativos assim definidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

- a) decisão recorrida publicada a partir de 18/3/2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil;
- b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e,
- c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. [...] (AgInt nos EREsp 1539725/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. 9/8/2017).

No caso diante do preenchimento de todos os requisitos mencionados, e considerado o trabalho adicional nesta instância para quantificação da verba, fixa-se os honorários recursais em R\$ 3.000,00, valor a ser acrescido aos honorários sucumbenciais fixados em primeiro grau no mesmo patamar.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Agravo de Instrumento n. 5002150-25.2020.8.24.0000

Desembargador: José Antônio Torres Marques

AGRAVANTE: MULTILOG S/A AGRAVANTE: MULTILOG BRASIL S/A AGRAVADO: MULT'LOG LOCACOES E SERVICOS LOGISTICOS LTDA EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INIBITÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA INDEFERIDA. RECURSO DAS AUTORAS. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE ANTECIPOU PARCIALMENTE OS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL. AGRAVO INTERNO INTERPOSTO PELA AGRAVADA. MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO SUBMETIDO AO COLEGIADO, JUIZ NATURAL DA CAUSA. PERDA DE OBJETO. PRELIMINAR DE OFENSA À DIALETICIDADE SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. RECURSO QUE FUNDAMENTOU ADEQUADAMENTE OS MOTIVOS PARA A REFORMA DA DECISÃO. TESE AFASTADA. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL E ILEGITIMIDADE ATIVA DE UMA DAS AGRAVANTES. ARGUIÇÃO EM CONTRARRAZÕES. MATÉRIAS NÃO ENFRENTADAS NA DECISÃO RECORRIDA. TESES SUSCITADAS EM CONTESTAÇÃO QUE AGUARDAM DELIBERAÇÃO DO JULGADOR, NA FORMA DOS CAPÍTULOS IX E X DO LIVRO I DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO FUX (ARTS. 347 AO 357). ENFOQUE PELO COLEGIADO QUE REDUNDA EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONTRARRAZÕES QUE NÃO SE DESTINAM À FORMULAÇÃO DE PRETENSÃO CALCADA NA INTENÇÃO DE REFORMAR O DECISUM. MÉRITO DO RECURSO. ANÁLISE RESTRITA AOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À TUTELA PROVISÓRIA. MARCA “MULTILOG” REGISTRADA EM NOME DE UMA DAS AGRAVANTES. AGRAVADA DENOMINADA “MULT'LOG”. TUTELA INIBITÓRIA PRETENDIDA PARA QUE A RECORRIDA ABSTENHA-SE DE UTILIZAR O NOME E SEJA IMPOSSIBILITADA DE PARTICIPAR DE EVENTO QUE CONSUBSTANCIA PLATAFORMA DE NEGÓCIOS. MARCA. PROTEÇÃO CONCEDIDA PELO INPI. ALEGAÇÃO DE NULIDADE, AINDA QUE INCIDENTALMENTE, IMPASSÍVEL DE AFERIÇÃO NA VIA DA JUSTIÇA COMUM. PRECEDENTES DO STJ. ÂMBITO DE ABRANGÊNCIA (AGRAVANTES QUE ATUAM PREDOMINANTEMENTE NAS REGIÕES SUL E SUDESTE E AGRAVADA NAS REGIÕES NORTE E NORDESTE). IRRELEVÂNCIA. RAMO DE ATUAÇÃO CONEXO (ARMAZENAGEM, TRANSPORTES, LOGÍSTICA E SERVIÇOS PORTUÁRIOS), QUE SE ESTENDE POR TODO TERRITÓRIO NACIONAL. CONFUSÃO VERIFICADA. PRESENÇA DE FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. TUTELA INIBITÓRIA MANTIDA. PROIBIÇÃO DE A AGRAVADA PARTICIPAR DE EVENTOS DESTINADOS À CONFECÇÃO DE NEGÓCIOS. IMPOSSIBILIDADE. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO E LIVRE COMÉRCIO IMPASSÍVEL DE CENSURA. VEDAÇÃO À UTILIZAÇÃO DO NOME, EM CARÁTER PROVISÓRIO, QUE CONSUBSTANCIA O MESMO RESULTADO PRÁTICO. TESE REJEITADA. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 20 de outubro de 2020.

RELATÓRIO

MULTILOG S/A e MULTILOG BRASIL S/A interpuseram agravo de instrumento em face da decisão interlocutória proferida na ação inibitória c/c indenizatória n. 5011949-27.2019.8.24.0033, ajuizada contra MULT'LOG LOCAÇÕES E SERVIÇOS LOGÍSTICOS LTDA., a qual indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado para que a requerida “se abstenha de utilizar o nome das requerentes indevidamente, bem como seja cancelada a inscrição da ‘Feira Intermodal 2020’” (ev. 4, eproc1).

Alegaram as agravantes, em síntese, que: a) “a empresa Multilog iniciou sua atuação em 1984 na comarca de Itajaí/SC, expandindo suas operações e marca em todo território nacional nos últimos 35 anos”; b) “Multilog é, hoje, uma das maiores operadoras logísticas integradas do Brasil [...], com 13 unidades, distribuídas nos estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, com forte atuação na região Sul e Sudeste do País”, inclusive com premiações de “reconhecimento nacional e internacional”; c) em razão da forte expansão, “a Multilog realizou os devidos depósitos de sua marca no INPI a fim de resguardar seu bom nome e deixar a marca de qualidade de sua prestação de serviço em excelência”; d) “a agravada está utilizando indevidamente o nome ‘Mult’Log’, que possui semelhança na escrita e fonéticas com o nome das agravantes, o que não pode ser aceito pelo Poder Judiciário”; e) “possuem de fato a exclusividade da marca ‘Multilog’, devidamente registrada e concedida pelo INPI”; f) “até que haja anulação e/ou retificação da exclusividade perante àquele instituto e ou judicialmente, pelas vias previstas na lei, é irrefutável que as agravantes são protegidas pelo uso exclusivo em todo território nacional”; g) “caso pretenda a agravada o reconhecimento de sua marca, seja por ausência de exclusividade ou distinção entre as empresas, essa deverá tomar as medidas cabíveis perante o INPI”; h) “a confusão nominativa das empresas é cristalina”; i) as provas corroboram o uso indevido da marca e a evidente confusão causada perante os consumidores; e, j) a tutela cautelar justifica-se, também, em razão da realização da “Feira Intermodal 2020” em São Paulo/SP, que resultará em “inúmeros prejuízos”, uma vez que tal evento destina-se “à divulgação dos serviços dos operadores de logística em geral” e as agravantes “possuem armazéns em Mooca, Barueri, Campinas e Santos”.

Requereram, diante disso, “a atribuição do efeito ativo na tutela recursal, a fim de que a agravada se abstenha de utilizar o nome das agravantes indevidamente, bem como seja cancelada a sua inscrição na ‘Feira Intermodal 2020’, sob pena de gerar ainda mais prejuízo e confusão entre as empresas no evento” e, no mérito, “seja dado provimento ao presente recurso para reformar a respeitável decisão agravada, a fim de manter a tutela recursal de abstenção do uso da marca e cancelamento da inscrição na Feira Intermodal 2020, até a análise exauriente da ação e, consequentemente, julgamento da lide originária” (ev. 1).

Em decisão liminar, o agravo de instrumento foi admitido e a antecipação da tutela recursal parcialmente deferida para “determinar que a agravada, no prazo máximo de 48 horas, abstenha-se de usar o sinal ‘Multilog’ ou ‘Mult’Log’ como marca, nome empresarial, título de estabelecimento ou nome de domínio, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)” (ev. 8).

Em contrarrazões, a agravada sustentou, resumidamente, que: a) é empresa especializada “na prestação de serviços de operação portuária e locação de maquinários afins, com atuação restrita à região Norte/Nordeste do Brasil, prestando serviços no porto do Mucuripe em Fortaleza/CE, e no de Itaqui em São Luiz/MA”; b) em 6/9/2007 formalizou seus serviços mediante inscrição na Junta Comercial do Maranhão, com razão social ‘MULT’LOG LOCAÇÕES E SERVIÇOS LOGÍSTICOS LTDA,’ e nome fantasia ‘MULT’LOG’; c) após 15 anos de dedicação, recebeu determinação judicial da 2ª Vara Cível da comarca de Barueri/SP (para onde o processo foi inicialmente distribuído, posteriormente declinada a competência em benefício da comarca de Itajaí/SC) para que, “do dia para a noite se abstinhasse de usar sua denominação, nome empresarial, título de estabelecimento e nome de domínio”; d) após demonstração de que a marca em discussão (Multilog) havia sido reconhecida pelo INPI como signo meramente evocativo (autos n. 5006934-26.2018.4.04.7107, junto à 4ª Vara Federal de Caxias do Sul/RS), o juízo paulista refluuiu em seu posicionamento, fato mantido pela 4ª Vara Cível da comarca de Itajaí/SC; e) as empresas litigantes convivem há mais de 15 anos, e ao menos há mais de 5 anos junto à Feira Intermodal; f) e-mails juntados aos autos pelas agravantes não comprovam a suposta confusão entre clientes; g) as agravantes não possuem contato com “Docas do Ceará”, de modo que não poderia ter havido confusão entre os nomes discutidos; h) o recurso não pode ser admitido ante a ausência de dialeticidade; i) suas atividades concentram-se no Maranhão e no Ceará, de modo que neste último localiza-se sua sede, razão pela qual a incompetência territorial acarretaria na remessa dos autos ao juízo da comarca de Fortaleza/CE; j) “cabe apontar que a ação somente foi ajuizada em Barueri/SP por ser o domicílio da autora MULTILOG BRASIL S/A – que, no entanto, carece de legitimidade ativa, na medida que os aludidos registros no INPI são da outra autora, a MULTILOG S/A”; k) inexistente probabilidade do direito suscitado no recurso, já que se trata de “marca fraca”, até porque autorizada a discussão incidental da nulidade da marca no juízo estadual; l) o nome em discussão, por ser sugestivo e evocativo, não comporta proteção, mormente porque decorre da expressão “MULT-iplas modalidades de serviços LOG-ísticos”, a qual é utilizada “por incontáveis empresas, no Brasil e no mundo”; m) ainda que haja semelhança entre os nomes, os demais signos que formam a marca (logotipo) são diversos; n) “no processo n. 912520213, junto ao INPI, a agravante sustentou que nomes semelhantes devem coexistir pacificamente” (na ocasião discutia-se o nome Multi Armazéns); o) os princípios da territorialidade e especialidade desautorizam o reconhecimento da identidade, porquanto os serviços são prestados em regiões diversas e as agravantes dedicam-se à armazenagem, enquanto a agravada destina-se às operações portuárias e locação de maquinário (não abrangidos pelo INPI em benefício das agravantes); p) inexistente concorrência desleal ante a diversidade do público alvo; e, q) não há periculum in mora no caso concreto, essencialmente ante o risco de dano inverso.

Requeru a agravada, com isso, a revogação da tutela liminar, o não conhecimento do recurso ante a ausência de dialeticidade e, no mérito, o desprovimento do reclamo (ev. 14).

Ainda, a recorrida interpôs agravo interno (ev. 28), nos quais suscitou a ausência de dialeticidade no agravo de instrumento e a inexistência do periculum in mora e do fumus boni iuris, razão pela qual requereu a reforma da liminar.

Em juízo de retratação foi mantida a decisão impugnada (ev. 34) e, na sequência, apresentadas as contrarrazões, ocasião em que foi suscitado o caráter protelatório do recurso manejado (ev. 44).

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MULTILOG S/A e MULTILOG BRASIL S/A em face da decisão interlocutória que indeferiu a tutela de urgência formulada nos autos da ação inibitória c/c indenizatória ajuizada contra MULT'LOG LOCAÇÕES E SERVIÇOS LOGÍSTICOS LTDA.

Diante da pluralidade de teses sustentadas no presente reclamo, em atenção à melhor técnica, passo à análise de forma individual

1. Agravo interno

Em detida análise do processado recursal, verifico que a recorrida interpôs agravo interno em face da decisão monocrática que deferiu parcialmente a tutela liminar pleiteada pelas agravantes. O relator, nesses casos, atua como longa manus do colegiado - juiz natural na causa - ante a urgência do provimento e a possibilidade de ulterior revisão em caso do pronunciamento por acórdão.

Exatamente por isso, diante da importância da lide e celeridade processual, os julgadores implementarão, nesta ocasião, julgamento de mérito sobre o agravo de instrumento, prejudicado, portanto, o agravo interno ante a perda de objeto.

Sobre o julgamento conjunto, este Tribunal já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (ARTIGO 1.015, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15). AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NÃO RECONHECEU A IMPENHORABILIDADE DO VALOR CONSTRITO. AGRAVO INTERNO (ARTIGO 1.021 DO CPC/2015). DECISÃO DO RELATOR QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. [...] AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO E NÃO CONHECIDO. (Agravo Interno n. 4016142-07.2019.8.24.0000, de Blumenau, rel. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 7/11/2019).

Importante destacar que o recurso não é manifestamente inadmissível ou protelatório a ponto de permitir a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, uma vez que a agravante, em uso legítimo do direito conferido pelo ordenamento jurídico, impugnou as razões de decidir e pleiteou a submissão da matéria ao órgão julgador competente, de maneira dialética e fundamentada.

Nesse viés, “a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que não se aplica a multa por litigância de má-fé quando a parte utiliza recurso previsto no ordenamento jurídico, sem abusar do direito de recorrer, como é o caso dos autos” (AgInt no AREsp n. 1.393.897/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20/8/2019).

2. Feira Intermodal 2020

Inicialmente, destaco que o pedido recursal foi no sentido de inibir que a agravada abstenha-

se de usar o nome das agravantes e, além disso, seja cancelada a sua inscrição na Feira Intermodal 2020, que seria realizada de 19 a 21/3/2020.

In casu, a tutela liminar foi deferida para conceder a proteção inibitória, sem a proibição de inscrição no evento respectivo, porquanto ao Poder Judiciário não seria lícito proibir o livre exercício da profissão ou livre comércio e, obstada a utilização do nome, a participação na solenidade não conduziria ofensa ao direito de propriedade industrial. Durante o curso do agravo de instrumento, deu-se início ao período pandêmico (fato público e notório, art. 374, I, do CPC), situação que resultou na transferência do evento para o ano seguinte (31/8/2021 a 2/9/2021), conforme informações constantes no site “<https://www.intermodal.com.br/pt/visitar/FEIRA-CANCELADA-2020.html>”.

De outro modo, foi destacado na previsão de cancelamento a ocorrência, em outubro deste ano (de 6 a 8) da Intermodal Xperience, evento online “que promete reunir todos os players dos segmentos contemplados pela feira [setores logístico, de transporte de cargas e comércio exterior] em um único canal virtual - por meio de nossa nova plataforma digital”.

Logo, a tutela recursal não perdeu o seu objeto (porquanto deferida a garantia inibitória e não realizado o evento), motivo pelo qual sua análise será, agora, realizada em sua plenitude pelo órgão competente.

3. Ausência de dialeticidade

Assevera a agravada, em síntese, que as agravantes não impugnaram de maneira específica e detalhada a decisão recorrida, em contrariedade ao que dispõe o art. 1.016, II e III, do CPC.

Contudo, por simples leitura da análise do recurso é possível perceber que as agravantes formularam argumentação tendente a desconstituir a decisão recorrida, com fatos e fundamentos que permitiriam, em tese, reverter o posicionamento firmado, situação que afasta a preliminar suscitada, consoante entendimento deste Colegiado:

Afasta-se a tese de ofensa ao princípio da dialeticidade suscitada em contrarrazões. Isso porque, do cotejo entre a exceção de pré-executividade e as razões do agravo de instrumento, apura-se que, embora a parte recorrente tenha reiterado teses contidas na petição apresentada no primeiro grau, apontou expressamente as questões em que diverge da decisão proferida pelo magistrado a quo, motivo pelo qual não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade. (inteiro teor do Agravo de Instrumento n. 4004600-55.2020.8.24.0000, de Chapecó, rel. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. 28/7/2020).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. [...] PRELIMINAR DE OFENSA À DIALETICIDADE SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. RECURSO QUE FUNDAMENTOU ADEQUADAMENTE OS MOTIVOS PARA A REFORMA DA DECISÃO. TESE AFASTADA. [...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 4023186-77.2019.8.24.0000, de Criciúma, desta Relatoria, j. 21/7/2020).

4. Ilegitimidade ativa e incompetência relativa

Alegou a agravada que o processo deveria ter sido proposto na comarca de Fortaleza/CE, à luz do que dispõe o art. 53, III, 'a', do CPC (competência do foro do lugar onde está a sede, para a ação em que for ré pessoa jurídica), até porque ilegítima a agravante MULTILOG BRASIL S/A “na medida que os aludidos registros no INPI são da outra autora MULTILOG S/A”.

A incompetência territorial é relativa (tirante o juízo universal da falência e recuperação judicial) e a ilegitimidade ativa matéria de ordem pública, a qual pode ser alegada em qualquer momento nas instâncias ordinárias, desde que inexistir decisão irrecorrida sobre o assunto, sob pena de preclusão.

Percebo da contestação apresentada na origem que a agravada arguiu a ilegitimidade ativa de MULTILOG BRASIL S/A e suscitou a incompetência relativa (ev. 1, pet 4, fls. 40 e 42, eproc1). Com a remessa dos autos à 4ª Vara Cível da comarca de Itajaí/SC, as agravantes reiteraram o pedido liminar, que foi indeferido na decisão objeto deste recurso (ev. 4, eproc1).

Contudo, os pedidos suscitados seguem pendente de análise do julgador singular. Isso porque, à luz do art. 337 do CPC, compete ao réu alegar, em preliminar de contestação, tanto a incompetência relativa (II), quanto a ausência de legitimidade (XI), de modo que o ato jurisdicional subsequente será aquele previsto no art. 351 e, posteriormente, julgamento conforme o estado do processo (extinção, julgamento antecipado ou decisão de saneamento e organização, nos termos do art. 354 e seguintes). Em razão disso, as teses suscitadas em contrarrazões não sofreram análise do juízo a quo e, por isso, não podem nessa etapa recursal receber análise de mérito, sob pena de supressão de instância. Além disso, as contrarrazões não servem para formular pretensão própria, calcada na intenção de reformar o decisum, conforme entendimento do STJ sobre o assunto:

[...] 4. Esta Corte Superior possui o entendimento de que “as contrarrazões são cabíveis apenas para impugnar os fundamentos de eventual recurso interposto, com o intuito de manutenção da decisão exarada, mostrando-se via inadequada para suscitar pedidos de reforma de decisão, consoante os princípios da non reformatio in pejus e do tantum devolutum quantum appellatum” (EDcl no REsp 1.584.898/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, DJe de 10/08/2016). (AgInt no REsp n. 1.591.925/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 15/3/2018).

5. Caso concreto

A tutela inibitória com pedido de reparação por perda e danos foi proposta inicialmente pelas agravantes na comarca de Barueri/SP (em razão do domicílio de MULTILOG BRASIL S/A na cidade paulista), com indicação de que realizam “transporte de cargas, logística, armazenagem de cargas, centros de distribuição, cargas projeto, serviços conexos, gestão de estoques e outros afins” com presença nacional, mas forte atuação nas regiões Sul e Sudeste (Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e São Paulo).

MULTILOG S/A é uma sociedade anônima de capital fechado (CNPJ 78.614.229/0001-03), fundada em 1984, com sede em Itajaí/SC. Segundo informações cadastrais (consulta diretamente realizada no site da Receita Federal do Brasil), sua atividade principal é “armazéns gerais - emissão de warrant” e secundárias as funções de “transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional e transporte rodoviário de produtos perigosos”.

MULTILOG BRASIL S/A (alteração de Elog S/A), fundada em 1966, também sociedade anônima de capital fechado, possui sede em Barueri/SP (CPNJ 60.526.977/0001-79). Segundo comprovante de inscrição cadastral (consulta diretamente realizada no site da Receita Federal do Brasil), a sua atividade principal é “armazéns gerais - emissão de warrant” e secundárias as funções de “transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional; transporte rodoviário de produtos perigosos; holdings de instituições não-financeiras; envasamento e empacotamento sob contrato; operador de transporte multimodal - OTM e fabricação de outros equipamentos e aparelhos elétricos não especificados anteriormente).

Segundo o processo administrativo n. 822573423, junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial- INPI, MULTILOG S/A detém a marca “Multilog Soluções de Logística” (apresentação nominativa), concedida em 19/9/2006, com vigência até 19/9/2026, mediante as especificações de “serviços de armazenagem, embalagem e transporte de mercadorias e cargas; corretagem de transporte” (ev. 1, pet 2, fl. 18, eproc1).

Consta nesse registro a averbação de uma ação de retificação de registro autuada na 4ª Vara Federal de Caxias do Sul/RS, autos n. 5006934-26.2018.4.04.7107, a qual foi suscitada em contrarrazões.

Contudo, o processo já transitou em julgado em 4/8/2020 com a seguinte prestação jurisdicional, na parte que interessa:

TRANS MULT-LOG TRANSPORTE E LOGÍSTICA LTDA ajuizou a presente ação pelo Procedimento Comum contra o INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI, postulando tutela jurisdicional que determine a retificação da apostila do INPI, para que nos processos administrativos nºs processos 822573423 (MULTILOG), 828406588 (MULTILOG), 818884720 (MULTILOGISTICA) e 909479933 (TRANSULMULTILOG), as expressões “multilog” sejam palavras sem exclusividade. Narrou ter ingressado com pedido de registro de marca, por meio do processo 909479933, que foi indeferido pelo réu. Aduziu que duas das marcas usadas como paradigma, Multilog Soluções em Logística e Multilog, processos 822573423 e 828406588, respectivamente, notificaram-na extrajudicialmente, porque seriam detentoras da marca Multilog, razão pela qual solicitam a abstenção da expressão, bem como a retirada do nome empresarial, domínio e desistência do processo. Afirmou que “em pesquisa mais aprofundada junto ao INPI, verificou-se que, a Autarquia tem cometido inúmeros erros ao analisar processos de solicitantes de marcas, análises estas, sem qualquer critério de anterioridade, palavras de uso comum, deferimento de pedidos de marcas iguais e classes iguais com serviços iguais, dentre outros” (página 02). Sustentou que expressões pouco originais ou de fraco potencial criativo não podem ser apropriadas como marca exclusiva por empresas. Defendeu que o uso dos elementos multi e log traz ao consumidor a ideia de transporte e

logística, e que de acordo com pesquisa que realizou, são comuns no segmento de transporte de cargas, de modo que não poderia haver impedimento de que outras empresas as utilizassem. Fez menção ao REsp nº 1.039.011, à doutrina pertinente e à disposição do art. 124 da Lei nº 9.279/96, concluindo que, no caso concreto, “o sinal de caráter comum simplesmente descreve o serviço prestado” (página 06). Colacionou a utilização das expressões por diversas marcas e reforçou a ideia de que os sinais distintivos em análise são constituídos por elemento comum inapropriável, que expressa característica essencial do objeto comercializado. Requereu a concessão de antecipação de tutela e, ao final, a procedência do pedido. Anexou documentos.

[...] III.

DISPOSITIVO

Ante o exposto:

- a) JULGO EXTINTO o feito, sem resolução do mérito, forte no art. 485, VI, do CPC, em relação aos pedidos envolvendo os registros de marca reconhecidos nos processos administrativos nº 909479933 e 818884720;
- b) JULGO EXTINTO o feito, com resolução do mérito, com base no art. 487, II, do CPC, já que prescrita a pretensão envolvendo a nulidade, ainda que parcial, dos registros de marca concedidos nos processos administrativos nº 822573423 e 828406588.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor da causa, a ser atualizado pelo IPCA-E desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC. Os valores deverão ser igualmente repartidos em favor do INPI e da empresa Multilog S/A. Sem condenação em honorários em favor do réu remanescente, já que não houve apresentação de defesa nos autos.

Verifico, portanto, que esse registro (PA n. 822573423) encontra-se vigente e sem retificação, com a ressalva “sem direito ao uso exclusivo da expressão soluções de logística”.

Foi concedido também pelo INPI à MULTILOG S/A (nos autos do PA n. 828406588), em 10/6/2008 (com validade de 10 anos), a propriedade industrial da marca “Multilog” (apresentação mista) em relação aos serviços de “armazenagem, embalagem e transporte de mercadorias e cargas; corretagem de transporte” (ev. 1, pet2, fl. 19, eproc1).

De igual forma, à MULTILOG S/A foi concedido o registro da marca “Multilog Soluções de Logística” (apresentação nominativa), pelo prazo de 10 anos a partir de 25/10/2011, com indicação das atividades de “serviços de representação comercial, intermediação na compra e venda de bens móveis, importação e exportação de mercadorias e serviços”, sem exclusividade da expressão “soluções de logística” (PA n. 822573415) (ev. 1, pet 2, fl. 20, eproc1).

Ainda, MULTILOG S/A obteve, nos autos do PA n. 828406596, o registro da marca “Multilog”, pelo prazo de 10 anos a partir de 10/6/2008, para exploração de “serviços de representação comercial, intermediação na compra e venda de bens móveis, importação e exportação de mercadorias e serviços” (ev. 1, pet2, fl. 21, eproc1).

Não obstante, MULTILOG S/A obteve, em 30/10/2018, pelo prazo de 10 anos (PA n. 912520213), o registro da marca “Multilog” para exploração das atividades de “armazenagem

de mercadorias, corretagem de transporte, depósito, embalagem de mercadorias, serviços de logística em matéria de transporte, transporte, arrendamento de contêiner, assessoria consultoria e informação em armazenagem, assessoria consultoria e informação em transportes, empacotamento de mercadorias para fins de transporte, logística referente ao transporte de carga, operação de aeroportos (transporte), operação de portos (transporte) e operação de rodovias (transporte)” (ev. 1, pet 2, fl. 22, eproc1).

Dessa forma, a marca “Multilog”, de propriedade de MULTILOG S/A, possui registro (sem apostilamento ou restrição que impeça o uso exclusivo), com validade até 2028, para exploração dos mais variados ramos de armazenagem, corretagem e depósito de mercadorias e logística de transportes, além de operações de cargas em rodovias, portos e aeroportos.

A agravada, MULT’LOG LOCAÇÕES E SERVIÇOS LOGÍSTICOS LTDA. (CNPJ 09.041.003/0001-48) possui como atividade principal “transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, municipal” e funções secundárias “atividades de agenciamento marítimo; organização logística do transporte de carga; comércio atacadista de materiais de construção em geral; comércio atacadista de cimento; atividades do Operador Portuário; atividades de limpeza não especificadas anteriormente; locação de automóveis sem condutor; transporte por navegação interior de carga, municipal, exceto travessia; carga e descarga; armazéns gerais - emissão de warrant; e instalação de portas, janelas, tetos, divisórias e armários embutidos de qualquer material” (consulta diretamente realizada no site da Receita Federal do Brasil). No site da agravada, consta a publicidade de serviços destinados às “operações portuárias”, detalhadas como “operações de armazenagem e movimentação de cargas” (ev. 1, pet 2, fls. 23 e 77, eproc1).

De posse dessas informações, inclusive diante do pedido da agravada de participar da Feira Intermodal 2020, sustentaram as agravantes evidente confusão e violação de propriedade industrial.

6. Decisão recorrida

O magistrado singular, em suas razões, ponderou o seguinte posicionamento:

Com efeito, verifica-se a aparente condição evocativa da marca em questão, isto é, as empresas utilizam vocábulos de uso comum, classificando a inscrição como fraca ou evocativa, com redução do grau de particularidade, por encontrar-se relacionada ao produto ou serviço que deseja ilustrar.

A respeito, Pontes de Miranda ensina:

“Dizem-se marcas livres, ou sinais livres, os que já pertencem ao domínio comum. A construção jurídica é a da res communis omnium, sobre as quais todos têm direito. Tudo se passa à semelhança da invenção que se tornou coisa de todos, antes ou depois da patenteação. Quando a lei se refere a ‘denominações genéricas’, ou expressões empregadas comumente para designar gênero, espécie, natureza, origem, nacionalidade, procedência, destino, peso, medida, valor, qualidade, salvo quando revestidas de suficiente forma distintiva, aludiu ao que é fundo comum de cultura e de indicação e ao que, por sua generalidade, não poderia individualizar, ou, individualizando, ofenderia direito de outrem que poderia empregar a mesma denominação ou expressão. O que, se fosse de uso exclusivo de alguém, privaria os outros de empregarem

termo comum, não podendo ser registrado. ‘O melhor canivete’, a ‘caneta perfeita’, ‘bomba automática’, ‘a folha do cafeeiro’ para pacotes de café, ‘dois cajus’ para sucos de cajus são expressões e emblemas descritivos e, portanto, irregistráveis.” (Tratado de Direito Privado Parte Especial Tomo XVII, pg. 33, 2ª ed. Editora Borsoi).

Por conseguinte, as marcas evocativas possuem um campo de proteção limitado, admitindo a minoração da exclusividade a elas atribuídas, obrigando-se proceder à análise de suas distinções a partir de orientações mais flexíveis.

No caso concreto, ao que se parece não existe a possibilidade de confusão pelos consumidores, o que possibilitaria a proteção da marca, na medida que a autora utiliza “Multilog S/A” enquanto a requerida usa “Mult’log Locações e Serviços Logísticos Ltda.”

O fato da autora exibir registros de marcas “MultiLog” para segmento relacionado com o ramo logístico, não concede o poder completo de impedir que outras sociedades que se destinam a negócios logísticos utilizem essa expressão para identificação de seus serviços como no caso da requerida.

[...]

Ademais, as empresas, não obstante atuarem no ramo de logística, restou demonstrado, a princípio, a divergência nos serviços prestados, sendo que a autora tem como atividade principal a prestação de serviços de armazenagem, enquanto que a requerida fornece serviços de operação portuária e locação de máquina. Além do que, elas prestam serviços em regiões distintas.

Isto posto, INDEFIRO o pedido de tutela de urgência. (ev. 4, eproc 1).

In casu, é fato incontroverso nos autos que a agravante MULTILOG S/A detém o registro da marca “Multilog”, até 30/10/2028, para exploração de “armazenagem de mercadorias, corretagem de transporte, depósito, embalagem de mercadorias, serviços de logística em matéria de transporte, transporte, arrendamento de contêiner, assessoria consultoria e informação em armazenagem, assessoria consultoria e informação em transportes, empacotamento de mercadorias para fins de transporte, logística referente ao transporte de carga, operação de aeroportos (transporte), operação de portos (transporte) e operação de rodovias (transporte)”.

De outro lado, as operações portuárias prestadas pela agravada nada mais são do que armazenagem de mercadorias (e armazéns gerais), logística de transporte, carga e descarga, atividades estas que estão abrangidas no registro da marca da agravante MULTILOG S/A.

A proteção à propriedade da marca encontra respaldo constitucional (art. 5º, XXIX), adquire-se pelo registro validamente concedido pelo INPI e assegura ao titular “seu uso exclusivo em todo território nacional” (art. 129 da Lei n. 9.279/1996).

É importante destacar a impossibilidade de registrar marcas que sejam mera reprodução de “sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir” (art. 124, VI, da LPI).

O registro concedido à agravante é válido e não há, na via judicial ou administrativa, ação ou procedimento que busque anulá-lo. Além disso, não compete à justiça estadual, ainda que de forma

incidental, enfrentar qualquer alegação de nulidade do registro, porquanto haveria nítido interesse do INPI na *quaestio* e, por isso, a competência seria da Justiça Federal:

[...] 2. A previsão legal para formulação de pedido incidental de nulidade de patente como matéria de defesa, a qualquer tempo (art. 56, § 1º, da Lei n. 9.279/1996), deve ser interpretada de forma harmônica com as regras de competência absoluta para conhecimento da matéria. 3. O mesmo diploma legal estatui a obrigatoriedade de atuação do INPI (autarquia federal) em demandas que versem sobre a nulidade de patentes (art. 57 da Lei n. 9.279/1996), de modo que o interesse federal legalmente estabelecido enseja a competência absoluta do Juízo federal. 4. A observância das regras de competência absoluta é pressuposto intransponível para a cumulação de pedidos, razão pela qual o pedido incidental declaratório de nulidade de patente não pode ser julgado pelo Juízo de direito estadual. (REsp 1.558.149/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2019)

[...] 3. Incompetência da Justiça comum estadual para apreciar, ainda que em caráter incidental, alegação de invalidade de marca, por se tratar de controvérsia que envolve interesse de autarquia federal, o INPI. Julgados desta Corte Superior. (REsp 1738014/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/6/2018).

[...] 1. A alegação de que é inválido o registro, obtido pela titular de marca, patente ou desenho industrial perante o INPI, deve ser formulada em ação própria, para a qual é competente a Justiça Federal. Ao juiz estadual não é possível, incidentalmente, considerar inválido um registro vigente, perante o INPI. Precedente. (REsp 1132449/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/3/2012).

A proteção do registro é nacional e sua abrangência não pode ficar limitada apenas às regiões Sul e Sudeste, ainda que nestas as agravantes detenham a maior parte dos negócios, uma vez que as atividades junto ao mercado portuário (armazéns, cargas e descargas, transportes e logística) podem ser realocadas desde que haja a conveniência e a oportunidade entre importadores, exportadores e intermediadores de serviços afins.

Consta nos autos, como argumento de reforço, que no próprio site da agravada a sua denominação está (estava, antes da desabilitação) como “Multilog” quando da informação de ‘certificados’, fato reproduzido na aba ‘clientes’ (ev. 3 pet 1, fl. 12, eproc 1).

É consabido que marcas fracas ou evocativas, de expressão comum, mitigam a regra de exclusividade do registro, como já assentou o STJ nos autos do AREsp n. 1.395.389/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. 4/5/2020.

Contudo, não se está diante de conflitos de marcas, mas sim um sinal distintivo com proteção nacional (com registro validamente concedido pelo INPI) e um nome empresarial, restrito a determinado estado, diferenciado apenas pela omissão de uma vogal (justamente pela função gramatical do apóstrofo).

O fato é que a agravada apresenta-se no mercado com o nome fantasia Multlog, o qual é foneticamente idêntico à marca da agravante e graficamente semelhante. Suas atividades no setor

portuário, ao contrário do que descrito pelo julgador singular, podem, sim, causar confusão perante consumidores e o público em geral, ao menos nesta análise para deferir a tutela provisória.

O *fumus boni iuris*, portanto, decorre do registro validamente concedido à agravante quanto à marca “Multilog” em relação às atividades portuárias (armazenagem, transporte, logística, corretagem, arrendamento de contêiner, assessoria e consultoria e operação de portos).

O *periculum in mora* decorre do evidente prejuízo que pode causar aos consumidores ante a confusão de nomes extremamente semelhantes (ainda que o design da escrita seja diverso) inerentes ao mesmo ramo de atividade, fato corroborado pela própria pretensão de as partes participarem da Feira Intermodal 2020 (ainda que em anos anteriores eventualmente possam ter coexistido, fato que não valida a prática de utilização indevida de marca legalmente concedida, ainda que suprimida uma vogal do nome).

Como destacado anteriormente, na decisão que enfrentou o pedido liminar:

Com exceção da localidade, infere-se que as marcas (como sinal distintivo visualmente perceptível) Multilog e Mult’Log em muito se assemelham, não apenas graficamente e foneticamente, mas também pelo objeto social das empresas, não se podendo cogitar, em um primeiro momento, tratar-se de sinais fantasiosos, arbitrários, evocativos, sugestivos ou fracos.

Não é algo, a princípio, que consubstancie baixo grau de distintividade que possa, nessa análise preliminar, afastar a pretensão recursal.

Sobre o assunto, este Tribunal já decidiu:

[...] A proteção às marcas e patentes tem “status” de direito constitucional fundamental individual e de cláusula pétrea (CRFB/88, arts. 5º, inciso XXIX, e 60, § 4º, inciso IV), e tem por objetivo assegurar o interesse social à proteção da propriedade intelectual e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. A Lei 9.279/1996, em seu art. 124, inciso XIX, veda o registro de marca que constitua “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”. A reprodução ou imitação de marca anterior, aliada à difusão da daquela reproduzida ou imitada no mesmo ramo de atividade empresarial da marca paradigma, constitui conduta reprovável e, por conseguinte, concorrência desleal. Tal prática fere o princípio da boa-fé objetiva, além de causar séria possibilidade de indução do consumidor em erro, em detrimento da proteção conferida à propriedade industrial, o que merece pronta reprovação pelo Poder Judiciário. . Exegese dos arts. 4º, inciso VI, e 6º, inciso III, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e o art. 2º, inciso V, da Lei 9.279/1996. Para fins de proteção ao direito de marca, faz-se necessário demonstrar a: a) precedência e a regularidade do respectivo registro da marca referência perante o INPI; b) identidade/semelhança entre a marca paradigma e a questionada, bem como das atividades empresariais desenvolvidas pelas partes, no seio das quais se divulgam a marca paradigma e a questionada; requisitos esses que devem ser analisados caso a caso. Na espécie, o vasto conjunto probatório colacionado ao processo evidencia que vem a apelada atuando no mesmo ramo de atividade empresarial da insurgente (alimentício), utilizando marca (Heróis da Pizza) bastante semelhante a de propriedade da recorrente (Heróis. Da Pizza!), o que representa nítida possibilidade de os consumidores serem induzidos a erro pela expressão empregada. (Apelação Cível n. 0300109-19.2019.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 29/10/2019, sem grifos no original).

Estão presentes, portanto, os requisitos necessários à concessão da tutela provisória, agora em análise colegiada, para o fim de impedir que a agravada abstenha-se de utilizar o sinal “Multilog” ou “Mult’Log” como marca, nome empresarial, título de estabelecimento ou nome de domínio.

Confirma-se, por via de consequência, a liminar anteriormente deferida, inclusive a multa cominatória (ev. 8).

A presente decisão, reitero, é tomada mediante análise sumária do postulado à luz dos pressupostos inerentes à tutela liminar, fato que não enceta cognição exauriente, tampouco vincula o julgador de primeiro grau quando da prolação da sentença de mérito.

Destaco, como registrado na decisão monocrática, a impossibilidade de proibir que a agravada se inscreva em qualquer evento relacionado ao seu campo de atuação, porquanto tal atitude impediria o livre exercício da profissão e configuraria medida extremamente gravosa, uma vez que a proibição de utilizar a marca suscitada já produziria o resultado prático equivalente.

A confusão, por fim, verificada junto aos eventuais interessados, não decorre, nessa análise preliminar, apenas das provas que o as agravantes trouxeram aos autos (as quais foram inclusive impugnadas pela agravada), mas sobretudo diante do evidente e incontestável uso de nome empresarial extremamente semelhante à marca de outrem, em atividade do mesmo ramo mercantil.

7. Honorários advocatícios

Diante da ausência de fixação de honorários advocatícios sucumbenciais na origem, em razão da natureza jurídica do comando recorrido, descabida a estipulação de honorários recursais.

8 Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao agravo de instrumento e julgar prejudicado o agravo interno.

Apelação Cível n. 0022877-35.2013.8.24.0033, de Itajaí

Relator: Desembargador Torres Marques

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DEPÓSITO. CONTRATO MERCANTIL DE DEPÓSITO DE 400 VASILHAMES TRANSPORTÁVEIS DE AÇO PARA GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO (GLP). SENTENÇA DE EXTINÇÃO, ANTE A INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECURSO DA AUTORA. BOTTIÇÕES DE GÁS MODELO P-13. AUTORIZAÇÃO PARA QUE A APELADA PUDESSE SE SERVIR DOS CILINDROS VAZIOS, MEDIANTE SISTEMA DE TROCA NA VENDA AOS CONSUMIDORES. BEM FUNGÍVEL. DEPÓSITO IRREGULAR. DOCTRINA. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE MÚTUO. EXEGESE DO ART. 645 DO CÓDIGO CIVIL. INICIAL LAVRADA NÃO APENAS PARA A OBTENÇÃO DOS BENS, MAS TAMBÉM PARA A RESCISÃO CONTRATUAL E A INDENIZAÇÃO PELO VALOR CORRESPONDENTE. PERMISSÃO DE CONTINUIDADE DA AÇÃO, PELO PROCEDIMENTO COMUM. PRECEDENTE DESTA CORTE. CONTESTAÇÃO VOLTADA UNICAMENTE À RELAÇÃO ORIGINÁRIA, SEM IMPUGNAÇÃO AO PROCEDIMENTO. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, DEVER DE COOPERAÇÃO E PRIVILÉGIO. À RAZOABILIDADE E À PROPORCIONALIDADE QUE CONSUBSTANCIAM VERTENTES APLICÁVEIS À SOLUÇÃO DE MÉRITO ATENTA AOS FINS SOCIAIS E ÀS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM. SENTENÇA CASSADA.

CAUSA MADURA. DICÇÃO DO ART. 1.013, § 3º, I, DO CPC. MATÉRIA EMINENTEMENTE DOCUMENTAL. PROVAS TESTEMUNHAL E PERICIAL NÃO REQUERIDAS, ALÉM DE SEREM IRRELEVANTES AO CASO CONCRETO. MÉRITO AMPLAMENTE DEBATIDO PELAS PARTES NA ORIGEM E NESTA INSTÂNCIA. ANÁLISE DOS PEDIDOS INICIAIS PERMITIDA.

IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA APELADA, SUSCITADA EM RÉPLICA PELA APELANTE. ALEGADA NECESSIDADE DE JUNTADA DO CONTRATO SOCIAL PARA AFERIÇÃO DO CORRETO CREDENCIAMENTO DA REPRESENTANTE. DESNECESSIDADE. PESSOA INDICADA QUE FIRMOU O CONTRATO QUE SE BUSCA RESCINDIR. VÍCIO INOCORRENTE.

RESCISÃO CONTRATUAL. PACTO FIRMADO POR PRAZO INDETERMINADO. ENVIO DE NOTIFICAÇÃO À APELADA QUE AUTORIZA O DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO.

VALOR DA OBRIGAÇÃO. APELANTE QUE PRETENDE COBRAR O PREÇO UNITÁRIO LIVREMENTE PRATICADO PELO MERCADO. IMPOSSIBILIDADE. APELADA QUE BUSCA PAGAR, PELO VALOR INDIVIDUAL, A QUANTIA INDICADA PELA CREDORA EM NOTA FISCAL ANÁLOGA. TESE ACOLHIDA. BOTTIÇÕES OFERECIDOS À DEPOSITÁRIA POR PREÇO INDIVIDUAL CONSTANTE EM NOTA FISCAL. DEVOLUÇÃO QUE DEVE CONTEMPLAR A MESMA SISTEMÁTICA.

PRAZO PARA CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO DA OBRIGAÇÃO. INÍCIO APÓS O LAPSO CONCEDIDO NA DENÚNCIA. MORA VERIFICADA A PARTIR DE ENTÃO. DEPÓSITO VOLUNTÁRIO REALIZADO APENAS COM A CONTESTAÇÃO, QUE NÃO CONTEMPLOU A INTEGRALIDADE DO DÉBITO (JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE A INTERPELAÇÃO EXTRAJUDICIAL). ENCARGOS DA MORA.

MÁ-FÉ. TESE SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO PARCIALMENTE ACOLHIDA. TESSES DEFENSÁVEIS EM JUÍZO.

PEDIDOS INICIAIS JULGADOS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0022877-35.2013.8.24.0033, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível), em que é Apelante Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. e Apelada Distribuidora de Gás e Água Beira Mar Ltda. ME.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para cassar a sentença recorrida e, por força do art. 1.013, § 3º, I, do CPC, julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados por Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. em face de Distribuidora de Gás e Água Beira Mar Ltda. ME no sentido de: a) declarar rescindido o contrato de depósito de vasilhames transportáveis de aço para Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) firmado entre as partes; b) condenar a apelada ao pagamento de R\$ 10.624,00 em benefício da apelante, com a incidência de juros de mora e correção monetária (1% ao mês e INPC) desde 27/2/2013 até 23/5/2014, data em que os encargos acessórios terão o termo inicial renovado e incidirão tão somente sobre a diferença verificada após o cômputo da quantia paga pela devedora (fl. 71); c) condenar ambas as partes ao pagamento das custas processuais, na proporção de 75% para a apelada e 25% para a apelante; e, d) fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% sobre o valor atualizado da condenação, em benefício do patrono da apelante, e 10% sobre o valor da diferença entre a condenação e o valor atualizado da causa, em benefício do advogado da apelada. Custas de lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Des. Sérgio Izidoro Heil e Janice Goulart Garcia Ubiali.

Florianópolis, 1º de setembro de 2020.

Des. Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. interpôs recurso de apelação em face da sentença que reconheceu a carência de ação, ante a inadequação da via eleita, e julgou improcedentes seus pedidos formulados nos autos da ação de depósito n. 0022877-35.2013.8.24.0033, ajuizada contra Distribuidora de Gás e Água Beira Mar Ltda. ME, além de lhe condenar ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa (R\$ 45.600,00 em outubro de 2013).

Alegou a apelante, em síntese, que: a) inexistente carência de ação no caso concreto, uma vez que o pedido exordial, calcado em contrato específico de depósito, “é cristalino no sentido de se ver consolidada na posse de seus bens”;

b) a natureza do depósito é irrelevante, essencialmente porque “jamais pretendeu submeter a apelada às consequências advindas da configuração de depositário infiel”;

c) ainda que os botijões sejam bens fungíveis, o que caracterizaria depósito irregular, “mesmo

assim a operação não se confunde com o mútuo”; e, d) a fungibilidade do bem não inviabiliza a ação de depósito.

Requeru, diante disso, o provimento do recurso com “o retorno dos autos ao primeiro grau para o regular prosseguimento do feito” ou, subsidiariamente, julgamento direto por este Colegiado em razão da previsão inserta no art. 1.013, § 3º, do CPC (fls. 93/108).

Com contrarrazões (fls. 114/119), vieram os autos redistribuídos (fls. 124/136), ocasião em que foi noticiada a troca de procuradores da apelante com pedido expresso para “rateio de eventual verba sucumbencial existente” (fls. 141/142).

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. em face da sentença que reconheceu a carência de ação, ante a inadequação da via eleita, e julgou improcedentes seus pedidos formulados nos autos da ação de depósito ajuizada contra Distribuidora de Gás e Água Beira Mar Ltda.

A apelante firmou com a apelada, em 19/2/2009, contrato de “depósito de vasilhames transportáveis de aço para Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) e/ou equipamentos” (cláusula 1.1); os quais foram entregues à depositária “a título gratuito, ficando esta autorizada a servir-se destes bens” (cláusula 1.2); com obrigação de devolvê-los “nas mesmas condições em que os recebeu” (cláusula 1.4); com prazo “indeterminado” (cláusula 2.1); fornecida à apelada “autorização para utilizar os recipientes transportáveis de aço para GLP identificados pela marca da depositante, que não desvirtuará a natureza jurídica do contrato de depósito, dado que os bens sempre ficam sob a guarda da depositária, mesmo os vasilhames objeto do sistema de troca quando da venda do GLP” (cláusula 3.1); com a obrigação de utilizar os recipientes transportáveis “exclusivamente sob a bandeira da depositante” (cláusula 3.2) (fls. 18 e 18-v).

Segundo as especificações constantes no “auto de depósito e termo de investidura de fiel depositário” (fl. 19), foram entregues à apelada 400 botijões “modelo P13” de propriedade da apelante.

O Código Civil conceitua depósito o pacto por meio do qual “recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame” (art. 627), certo que “o depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obrigue a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo” (art. 645).

Diante dessas previsões, a doutrina especializada destaca a existência de duas espécies de depósito.

Diz-se regular “quando tem por objeto coisas não fungíveis, obrigando-se o depositário a restituir especificamente a própria coisa depositada, que se identifica pelos seus caracteres individuais”. Por outro lado, considera-se irregular “quando incide sobre coisas fungíveis, obrigando-

se o depositário a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade”. Para que se tenha como irregular, exige-se a ocorrência de dois fatores junto ao depósito, quais sejam, “o primeiro material, é a faculdade concedida ao depositário de consumir a coisa; o segundo, anímico, é o propósito de beneficiar o depositário” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: V. 3 - Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 326/327).

In casu, embora o contrato preveja que à apelada incumbia devolver os botijões “nas mesmas condições em que os recebeu”, igualmente está consignado no pacto que, por se tratar de venda de gás em sistema de troca, os vasilhames objeto da negociação igualmente ficariam sob a guarda da contratada (parte final da cláusula 3.1, fl. 18).

Significa dizer, portanto, que os botijões oferecidos pela apelante servem/serviram ao comércio da apelada, a qual se obrigou à conservação e guarda dos recipientes, inclusive aqueles que foram objeto de troca com o consumidor, motivo pelo qual a restituição não ficaria restrita e exclusiva aos 400 vasilhames depositados na ocasião do início do contrato (até porque seria impossível fazer sempre negociação com os mesmos clientes para a devolução dos mesmos cascos), mas sim 400 botijões modelo P13 em bom estado de conservação.

É fundamental frisar isso porque, em razão dessa característica, juridicamente caberia à apelada devolver os bens móveis objeto do depósito do mesmo gênero, qualidade e quantidade, realidade que evidencia a fungibilidade do bem e a ocorrência de depósito irregular (porquanto os bens eram utilizados com intuito comercial do depositário), regido, portanto, pelas regras de mútuo (exegese do art. 645 do CC).

Exatamente por isso (aplicação das regras inerentes ao mútuo e, por isso, descabido o trâmite da ação de depósito fundamentada no art. 901 do CPC/1973), o julgador reconheceu de ofício a carência de ação e, na parte dispositiva da sentença, julgou improcedentes os pedidos iniciais (fls. 88/89).

De antemão, verifica-se duas irregularidades processuais.

A primeira refere-se à prolação de decisão surpresa (vedada pelos arts. 9º e 10 do CPC), uma vez que a carência de ação, por inadequação da via eleita, não teria sido até então suscitada nos autos por nenhum dos sujeitos processuais, inclusive o julgador. Essa tese não foi alegada pelas partes.

A segunda refere-se ao julgamento de improcedência dos pedidos iniciais (exegese do art. 487, I, do CPC), quando na realidade a medida adequada seria a extinção da ação, por inadequação da via eleita (art. 485, VI, do CPC), sem emissão de juízo de valor quanto à procedência, ou não, dos pleitos exordiais. Essa irregularidade foi impugnada pela apelante, não porque pretendia a extinção da ação, mas porque almejava a continuidade por adequação da via escolhida.

Além desses vícios procedimentais, o mérito da prestação jurisdicional recorrida não se coaduna com a melhor aplicação do direito do caso concreto.

É bem verdade que, sob a vigência do CPC/1973, parte da jurisprudência não admitia o trâmite

de ação de depósito calcada em bem fungível passível de utilização pelo consumidor e devolução de outro da mesma espécie, qualidade e quantidade, cuja solução seria a extinção do procedimento:

[...] 2. Não se cuidando de armazém-geral (contrato de armazenagem), a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior é no sentido de ser descabida a ação de depósito com vistas à restituição de bens fungíveis e consumíveis, ainda que se trate de penhor mercantil, haja vista a sua incompatibilidade com o dever de custódia (depósito irregular), sendo aplicáveis, à hipótese, as regras do mútuo. (AgRg no Ag 458.117/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. TJRS), Terceira Turma, j. 6/10/2009).

[...] II. Cabeças de gado bovino, identificadas apenas por quantidade, sexo e raça, são bens fungíveis, de sorte que descabida a ação de depósito, bem assim a decretação da prisão do depositário irregular e a multa respectiva, aplicáveis as regras do mútuo. (REsp n. 299.658/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 13/2/2007).

[...] I - A ação de depósito somente tem cabimento nas hipóteses do chamado depósito clássico (arts. 1.265 e segs.), em que o depositário recebe, para guardar, um objeto móvel do depositante, a fim de restituí-lo quando lhe for exigido, não importando seja esse bem móvel fungível ou infungível. [...] III - O depósito irregular não enseja o cabimento da ação de depósito (art. 1.280, CC), devendo aplicar-se as regras do mútuo. (REsp 331.042/MS, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 13/11/2001).

Contudo, não se pode desconsiderar que o CPC/2015 trouxe vetores essenciais e princípios constitucionais para dentro do processo civil, o qual passa a ser “ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição” (art. 1º), conferido às partes o direito “de obter em prazo razoável a solução integral do mérito” (art. 4º), mediante uma “decisão justa e efetiva” (art. 6º) com atenção “aos fins sociais e às exigências do bem comum” (art. 8º).

Nesse aspecto, o Fórum Permanente de Procesualistas Civis – FPPC editou dois enunciados doutrinários que, interpretados à luz da previsão normativa, corroboram a visão de eventual saneamento de vícios procedimentais para análise do mérito:

O art. 4º tem aplicação em todas as fases e em todos os tipos de procedimento, inclusive em incidentes processuais e na instância recursal, impondo ao órgão jurisdicional viabilizar o saneamento de vícios para examinar o mérito, sempre que seja possível a sua correção (Enunciado 372).

A identificação de vício processual após a entrada em vigor do CPC de 2015 gera para o juiz o dever de oportunizar a regularização do vício, ainda que ele seja anterior (Enunciado 574).

In casu, a petição inicial foi clara ao pretender a entrega dos 400 vasilhames ou consignação do valor de R\$ 45.600,00 (quantia equivalente à indenização, conforme tabela de preço), além da própria rescisão contratual decorrente do descumprimento da obrigação (fl. 5).

Diante desse cenário, possível permitir que a ação prossiga em relação aos pedidos não estritamente vinculados ao depósito, embora dele decorrentes, quais sejam, a rescisão contratual e

a conversão em perdas e danos pela quantia equivalente (ou eventual análise da quitação, suscitada em contestação).

Este Tribunal de Justiça, em julgado recente, posicionou-se no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DEPÓSITO. PRETENDIDA DEVOLUÇÃO DE VASILHAMES DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, PELA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECURSO DA AUTORA. ARGUMENTAÇÃO NO SENTIDO DE QUE A AÇÃO É ADEQUADA AO FIM PRETENDIDO, QUE VISA A RECUPERAÇÃO DOS CILINDROS DE GÁS FORNECIDOS À PARTE RÉ. SUBSISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE GÁS QUE ENVOLVE O SISTEMA DE TROCA DE BOTIJÕES, EM QUE A ADQUIRENTE RECEBE UM CHEIO E DEVOLVE UM VAZIO. DEPÓSITO IRREGULAR (COISA FUNGÍVEL). AÇÃO QUE DEVERIA SEGUIR PELO PROCEDIMENTO COMUM, DE ACORDO COM AS REGRAS PERTINENTES AO CONTRATO DE MÚTUO (ARTIGO 645 DO CÓDIGO CIVIL). AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO QUE VEM SENDO PRESERVADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À CONTRAPARTE. PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS E DA ECONOMIA PROCESSUAL QUE IMPÕEM A RETOMADA DO ANDAMENTO DO PROCESSO, FACULTANDO ÀS PARTES A PRODUÇÃO DE PROVAS. SENTENÇA CASSADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (Apelação Cível n. 0305426-84.2014.8.24.0033, de Itajaí, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 25/6/2020, sem grifos no original).

Logo, ter-se-ia a possibilidade de o recurso ser provido para cassar a sentença e determinar o regular processamento na origem, sob o procedimento comum, pelas regras do contrato de mútuo, quanto ao pedido de rescisão contratual e eventual indenização pelos botijões não ressarcidos, com atenção especial ao contraditório, à ampla defesa e à produção de provas. Isso privilegiaria não apenas a instrumentalidade das formas e a celeridade processual, mas essencialmente a prolação de uma decisão de mérito sobre o caso (isto é, evitaria nova rediscussão em juízo sobre o assunto).

Não obstante essa possibilidade indicada, o CPC permite que o Colegiado decida desde logo o mérito quando reformar a sentença fundada no art. 485 (no caso, reconhecida a carência de ação ante a inadequação da via eleita), desde que o processo esteja em condições de imediato julgamento (art. 1.013, § 3º).

Em detida análise do caso concreto, verifica-se que a apelada exerceu na origem seu amplo contraditório, ocasião em que sustentou, resumidamente: a) não dispor “de todo o objeto depositado”, porquanto os botijões “sempre foram objeto de comércio”; b) ter ficado acordado que a “compra indireta da Nacional Gás Butano dar-se-ia por meio de revendedor de Itajaí”; e, c) a abusividade do valor indicado quanto ao preço unitário do botijão, uma vez que o valor real, de 2009, fora calculado e a quantia depositada em juízo, descabida a prisão civil por dívida; d) litigar a credora de má-fé (fls. 34/74).

Após a prolação da sentença, a apelante requereu o retorno dos autos à origem para regular prosseguimento. Subsidiariamente, pretendeu o julgamento nesta instância por se tratar “apenas de matéria de direito já esgotada a dilação probatória”.

A apelada, por seu turno, em preliminar de contrarrazões, suscitou a necessidade de manutenção da sentença mas, quanto ao mérito (amplamente impugnado em seu recurso), reafirmou seus argumentos apresentados em primeiro grau, ocasião em que requereu “a confirmação da decisão” ou “a revisão dos cálculos apresentados pela apelante, tendo por base as notas fiscais apresentadas, com o conseqüente reconhecimento da consignação realizada em juízo como quitação do comodato, condenada a apelada ao pagamento dos encargos de sucumbência e às penas de litigância por má-fé”.

A matéria, portanto, é eminentemente documental e não há, no caso concreto, pedido para produção de prova testemunhal ou pericial.

Sobre o assunto, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] 5. A apreciação do mérito da ação pelo Tribunal no julgamento da apelação, em caso de reforma de sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, atende à amplitude do efeito devolutivo em profundidade de referido recurso, privilegia o princípio da celeridade processual e não ofende o direito de defesa da parte, se estiverem presentes as condições de ser a matéria exclusivamente de direito ou o processo estar maduro para julgamento, por suficiência ou pela desnecessidade de produção de provas. (REsp n. 1.735.004/SP, Rel. Mina. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 26/6/2018).

Em razão disso, dá-se provimento ao recurso para cassar a sentença recorrida e, nos termos do art. 1.013, § 3º, I, do CPC, avançar à análise dos pedidos formulados na inicial.

Preliminarmente, alegou a apelante, em réplica, “o defeito de representação” da apelada, porquanto não foi juntado aos autos o contrato social (fl. 78).

Sem maiores digressões, verifica-se que o CPC/1973, vigente ao tempo da realização do ato, previa a representação das pessoas jurídicas “por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores” (art. 12, VI), dicção reproduzida no art. 75, VIII, do Código Fux.

In casu, a pessoa indicada na contestação como representante, Vera Maria Drey Rebelo, foi quem lavrou a procuração (fl. 30), recebeu a citação (fl. 32) e, principalmente, assinou o contrato de depósito que se busca rescindir (fl. 18-v) e a notificação destinada ao desfazimento da relação jurídica (fl. 22).

Não há dúvidas a respeito da regularidade da representação pela pessoa indicada.

Com efeito, “a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a juntada dos atos constitutivos da pessoa jurídica apenas é imprescindível caso haja fundada dúvida sobre a validade da representação em juízo” (AgInt nos EDcl no AREsp n. 223.457/SE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 22/8/2017).

Não obstante, além de a pessoa indicada ter sido justamente a responsável por representar a apelada junto ao contrato firmado com a apelante, é quem figura na “Consulta Quadro de Sócios e Administradores – QSA”, junto ao comprovante de inscrição e situação cadastral emitido pela

Receita Federal do Brasil (http://servicos.receita.fazenda.gov.br/Servicos/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp?Cnpj=).

Quanto ao mérito em si, a discussão travada entre as partes é relativamente simples, porquanto a entrega dos 400 botijões de gás à apelada é fato incontroverso (fls. 19/21), o pacto foi firmado por tempo indeterminado (cláusula 2.1, fl. 18) e a notificação encaminhada comprova a intenção de desfazer o negócio (fls. 22/23).

A não devolução dos vasilhames está confessada na contestação (fls. 35/36) e, muito embora a apelada tenha frisado não ter descumprido o contrato (quanto ao abastecimento por outras companhias distribuidoras, por exemplo) (fl. 36), o objeto da ação é a rescisão contratual operada pela denúncia da apelante (por ausência de adaptação, fl. 22), e a restituição decorrente de obrigação legal (art. 586).

A notificação – juridicamente entendida como denúncia – nada mais é do que a exteriorização da vontade da apelante em não manter mais o contrato até então em vigor. A inexistência de discussão a respeito de dolo ou culpa, a propósito, permite decretar de imediato a rescisão.

Quanto ao valor unitário dos botijões, a apelante produziu prova unilateral, na qual descreveu o preço do modelo P13 em outubro de 2013 em R\$ 114,00 (fl. 24), situação que consubstanciaria o pedido de R\$ 45.600 formulado na inicial (fl. 5).

Contudo, as notas fiscais emitidas em 14/3/2009 quando da “remessa para depósito” indicaram um valor unitário de R\$ 26,56 (fls. 20/21), o que alcançaria o valor global de R\$ 10.624, indicado pela ré em contestação (fl. 39) e depositado em juízo (fl. 71).

Poder-se-ia interpretar, de início, que a diferença do preço decorreu de fatores ligados ao decurso do tempo (inflação, aumento dos preços, valorização dos produtos).

Contudo, nesse ponto específico exige-se uma fundamental ponderação.

Isso porque, além de a apelada indicar o valor unitário do botijão P13 que entende correto, juntou diversas notas fiscais emitidas por clientes da apelante no ano de 2013 e 2014 (a notificação para desfazimento do negócio e a petição inicial datam, respectivamente, de fevereiro e novembro de 2013), as quais registram não apenas “retorno de vasilhames”, como também “venda a revendedor” pelo preço unitário de R\$ 26,56, com variações em alguns meses para R\$ 30,00, R\$ 31,50, R\$ 33,00 e R\$ 33,50 (fls. 50, 50/70).

O preço unitário do vasilhame, quando da concessão à apelada, era R\$ 25,56 (fls. 20/21). Não há informações de quanto custava no momento da notificação, porém em maio de 2013 “Vanilde Wippel Zermiani ME” vendeu à apelante 50 botijões por preço unitário de R\$ 31,50 (fl. 52).

Em novembro de 2013 (mês do ajuizamento da ação), o preço praticado na venda à apelante era de R\$ 33,50 (fls. 60/62).

Tais informações, como frisado, referem-se às notas fiscais emitidas por parceiros comerciais

da apelante. Contudo, especificamente em maio de 2014 foi emitida uma nota fiscal pela recorrente em benefício de uma parceira comercial, denominada “Noeli Fátima Villanova Garcez ME”, na qual constou o valor unitário do vasilhame em R\$ 26,56 (fl. 50).

Ou seja, exatamente no mês em que a apelada foi citada para devolver os botijões (maio de 2014, fl. 321), a apelante emitia nota fiscal pelo valor unitário de R\$ 26,56, realidade que justifica o valor indicado na contestação como devido (R\$ 10.624,00, fl. 71).

Não obstante, a apelante em réplica deduziu que o preço unitário dos botijões praticado nas notas “é lançado em valor abaixo dos valores de mercado” e que isso “não acarreta dano ao erário” (fl. 83).

Foge da competência deste Órgão Julgador analisar os aspectos tributários da prática narrada. Contudo, se os vasilhames foram entregues à apelada quando do início da contratação pelo valor unitário lançado na nota (fls. 20/21), não há outra alternativa senão restituí-los (ou o equivalente, como no caso concreto) da mesma forma, comprovado o preço praticado no mesmo mês do pagamento voluntário, o que cumpriria, ao menos em tese, a obrigação de o mutuário restituir “ao mutuante o que dele recebeu” (art. 586).

Em razão disso, além da rescisão contratual, justificada está a condenação da apelada ao pagamento de R\$ 10.624,00, com incidência de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo INPC desde 27/2/2013 (fl. 23-v), isto é, 5 dias (concedidos na notificação para cumprimento voluntário da obrigação) após a constituição em mora mediante interpelação extrajudicial (parágrafo único do art. 397 do CC).

Aqui é importante fazer outro destaque. O valor unitário dos botijões pretendidos pela apelante seria aquele praticado livremente pelo mercado, contraditado não apenas pela apelada mas também pela própria nota fiscal que deu origem à contratação do depósito, fato que incidiria a máxima venire contra factum proprium (ou seja, não poderia a apelante entregar botijões por preço da nota e exigí-los por preço de mercado).

Ademais, em sua réplica a apelante não impugnou especificamente os valores indicados nas notas de outros clientes (se R\$ 26,56, R\$ 30,00, R\$ 31,50, R\$ 33,00 e R\$ 33,50), porém deduziu “na pior das hipóteses deve-se atualizar legalmente os valores constantes nas notas fiscais acostadas na inicial” (fl. 83).

Sua tese até poderia contar com certo prestígio, contudo fica cabalmente prejudicada quando a apelada justamente traz, no momento do pagamento em juízo, nota fiscal emitida pela apelante quanto à cobrança pelo valor unitário de R\$ 25,56 (fl. 50).

Tem-se, portanto, notas fiscais emitidas pela apelante em março de 2009 e maio de 2013 pelo valor unitário de R\$ 25,56. As demais notas fiscais apresentadas em contestação, apesar de indicarem pontuais divergências de valores em poucos reais, não foram emitidas pela apelante e, por isso, não contradizem seu preço indicado em notas por si emitidas.

Fica estabelecido, portanto, o valor de R\$ 26,56 pelo preço unitário do botijão P13 no caso concreto.

Ainda que o devedor tenha efetuado o depósito de R\$ 10.624,00 em 23/5/2014 (fl. 71), tal realidade configura tão somente pagamento parcial, uma vez que os encargos da mora, desde fevereiro de 2013, conduziriam à majoração do quantum devido.

Entretanto, não se desconhece que o depósito de quantia em conta única vinculada aos autos cessa a incidência de juros de mora e correção monetária, ao menos quanto ao montante depositado, que passa a ser remunerado unicamente pela instituição financeira depositária.

Logo, esclarece-se que o valor dos botijões (R\$ 10.624,00) sofrerá a incidência de juros de mora e correção monetária de 27/2/2013 até 23/5/2014, data em que se chegará a um valor provisório. Com esse numerário ocasional, deverá a credora subtrair exatamente o montante que o a devedora depositou em juízo. Na sequência, o saldo em aberto (diferença entre o valor provisório e a quantia depositada) voltará a contar com a incidência de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária, pelo INPC (ambos a partir de 23/5/2014). Ao fim, caberá à credora apelante, além da quantia majoritária depositada em juízo (remunerada na forma específica da conta única), a diferença desse pagamento parcial.

Muito embora a pretensão da autora não tenha sido acolhida in totum, a procedência parcial justifica o exercício do seu direito de credora e, nesse aspecto, afasta qualquer ilação a respeito da má-fé, pois suas alegações são defensáveis em juízo e não traduzem propósito protelatório ou atentatório à dignidade da justiça ou à litigância regular da parte adversa.

De qualquer forma, independentemente da solução jurídica adotada, é pacífico o entendimento firmado pelo STF no sentido de ser “ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (Súmula Vinculante 25), descabida qualquer alegação em sentido contrário.

Diante do acolhimento parcial dos pedidos iniciais (rescisão contratual e indenização), reduzido o montante pretendido em aproximadamente 75%, condena-se as partes ao pagamento das custas processuais, as quais serão rateadas 25% pela apelante e o percentual remanescente pela apelada.

Os honorários advocatícios sucumbenciais, por sua vez, em atenção aos incisos previstos no § 2º do art. 85 do CPC, são fixados da seguinte forma: 10% sobre o valor atualizado da condenação, incluída a quantia depositada em juízo, em benefício do patrono da apelante e 10% sobre o valor da diferença entre a condenação e o valor atualizado da causa em benefício do advogado da apelada.

A fixação heterogênea justifica-se por exprimir, com exatidão, a ordem de preferência estabelecida na legislação e adotada pela Segunda Seção do STJ nos autos do REsp n. 1.746.072/PR (Rel. Mina. Nancy Andrichi, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, j. 13/2/2019).

Ainda, verifica-se que a apelante constituiu novos procuradores às fls. 141/142, com informação expressa de “não se opor ao rateio de eventual verba sucumbencial existente” (fl. 141). Diante disso, uma vez que todo o trabalho realizado deu-se antes do novo patrocínio (embora permitido aos novos advogados a sustentação oral no julgamento da apelação, oposição de embargos de

declaração e eventualmente recursos às instâncias superiores), imperiosa a distribuição de 90% da verba sucumbencial aos patronos anteriores e o remanescente aos posteriores.

Por fim, descabida a fixação dos honorários recursais, uma vez que, com o provimento do reclamo houve a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Na mesma linha, extrai-se da jurisprudência do STJ:

“Não cabem honorários recursais de sucumbência em caso de provimento do recurso” (AgInt no REsp 1745134/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/11/2018, DJe 22/11/2018). (AgInt nos EDcl no AREsp 1186391/BA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 25/6/2019).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para cassar a sentença recorrida e, por força do art. 1.013, § 3º, I, do CPC, julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados por Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda. em face de Distribuidora de Gás e Água Beira Mar Ltda. ME no sentido de: a) declarar rescindido o contrato de depósito de vasilhames transportáveis de aço para Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) firmado entre as partes; b) condenar a apelada ao pagamento de R\$ 10.624,00 em benefício da apelante, com a incidência de juros de mora e correção monetária (1% ao mês e INPC) desde 27/2/2013 até 23/5/2014, data em que os encargos acessórios terão o termo inicial renovado e incidirão tão somente sobre a diferença verificada após o cômputo da quantia paga pela devedora (fl. 71); c) condenar ambas as partes ao pagamento das custas processuais, na proporção de 75% para a apelada e 25% para a apelante; e, d) fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% sobre o valor atualizado da condenação, em benefício do patrono da apelante, e 10% sobre o valor da diferença entre a condenação e o valor atualizado da causa, em benefício do advogado da apelada.

Apelação Cível n. 0301525-91-2017.8.24.0037, de Joaçaba

Relator: Des. Janice Ubialli

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO SOCIETÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE VALIDADE DE DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR E CONDENATÓRIA DE PAGAMENTO DE LUCROS A COTISTAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA EMPRESA E DE TERCEIROS PREJUDICADOS.

RECURSO DA EMPRESA.

PRESCRIÇÃO. AUTORES QUE ALMEJAM DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. APLICAÇÃO DO PRAZO DECENAL PREVISTO NO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO DE COBRANÇA DE DÍVIDAS LÍQUIDAS CONSTANTES DE INSTRUMENTO PÚBLICO OU PARTICULAR. INAPLICABILIDADE DO PRAZO QUINQUENAL DO INCISO I DO § 5º DO ART. 206. PRELIMINAR AFASTADA.

SENTENÇA *EXTRA PETITA*. TESE DE NÃO FORMULAÇÃO, PELOS AUTORES, DE PEDIDO DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. INSUBSISTÊNCIA. PEDIDO EXPRESSAMENTE FEITO NA PETIÇÃO INICIAL. TESE REJEITADA.

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. PROVA DOCUMENTAL BASTANTE PARA RESPALDAR O JULGAMENTO. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ARTS. 355, I, E 370, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

MÉRITO. PLEITO AUTURAL DE PAGAMENTO DE LUCROS REFERENTES AO EXERCÍCIO DE 2016, NO PERCENTUAL DE 22% DO LUCRO OPERACIONAL GERAL, EM OBSERVÂNCIA AO QUE DELIBERADO EM ASSEMBLEIA-GERAL ORDINÁRIA REALIZADA NO ANO DE 2005. IMPROCEDÊNCIA. OMISSÃO NO CÓDIGO CIVIL SOBRE A FORMA DE DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS AOS SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. CONTRATO SOCIAL QUE É IGUALMENTE SILENTE E QUE NÃO TRAZ EXPRESSA PREVISÃO DE APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS (LEI N. 6.404/1976). DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS QUE NÃO É, ASSIM, AUTOMÁTICA E QUE, A TEOR DA CLÁUSULA 32ª, K, DO CONTRATO SOCIAL, DEPENDE DE DECISÃO DA ASSEMBLEIA DOS SÓCIOS (CC, ART. 1.078, I). AUSÊNCIA DE DELIBERAÇÃO SOBRE DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS AOS COTISTAS NO EXERCÍCIO DE 2016. INEXISTÊNCIA, PORTANTO, DE VALORES A SEREM PAGOS. DECISÃO DA ASSEMBLEIA REALIZADA EM 2005 QUE NÃO POSSUI EFEITO VINCULANTE. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE DECISÃO ASSEMBLEAR POSTERIOR QUE DESCONSIDEROU ESSA DELIBERAÇÃO PRETÉRITA ACERCA DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. VALIDADE DA ATA 001/2015 RECONHECIDA, SEM EFEITOS PARA EXERCÍCIOS FUTUROS.

MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DOLO.

PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. READEQUAÇÃO.

HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO.

RECURSO DA EMPRESA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. PREJUDICADO O RECURSO DOS TERCEIROS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 030152591.2017.8.24.0037, da comarca de Joaçaba (2ª Vara Cível), em que são apelantes Lacticínios Tirol Ltda e outros, e apelados Afonso Luiz Dresch e outros:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso da Lacticínios Tirol Ltda. e dar a ele parcial provimento, e julgar prejudicado o recurso de Roberto Rofner, Ricardo Francisco Rofner e Erna Rofner. 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. Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 21 de julho de 2020.

Janice Ubialli
Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações cíveis interpostas por Roberto Rofner, Ricardo Francisco Rofner, Erna Rofner e Lacticínios Tirol Ltda. contra sentença proferida nos autos da Ação Declaratória c/c Cobrança c/c Pedido de Tutela de Urgência n. 0301525-91.2017.8.24.0037, aforada por Afonso Luiz Dresch e outros contra a Lacticínios Tirol Ltda. O decisório recorrido contou com a seguinte parte dispositiva:

Ante todo o exposto, resolvo o mérito da demanda, com fulcro no art. 487, I, do CPC, e JULGO PROCEDENTES os pedidos feitos na inicial por Afonso Luiz Dresch e outros, todos qualificados, para, em consequência:

- a) DECLARAR válidas as deliberações constantes na Ata 001/2005, realizada em 6/4/2005;
- b) CONDENAR a Lacticínios Tirol Ltda ao pagamento aos autores dos valores referentes a 22% (vinte e dois por cento) do Lucro Operacional Geral da sociedade empresária apurado no exercício 2016, proporcionalmente às cotas sociais de cada autor, descontados os valores pagos aos sócios a título de antecipação. Os valores deverão ser corrigidos monetariamente pelo INPC e agregados de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos a contar do encerramento do prazo concedido na notificação de p. 459-468.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, considerando o julgamento antecipado, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC (p. 985).

Como terceiros prejudicados, Roberto Rofner, Ricardo Francisco Rofner e Erna Rofner sustentam, em síntese, que: **a)** uma vez que não houve deliberação acerca do saldo de lucros para o pagamento de dividendos, a sociedade simplesmente não pode pagá-los, sob pena de infração por

parte de quem realizar os pagamentos, isto é, os administradores. Assim, não estando a ré (Lacticínios Tirol Ltda.) obrigada a pagar dividendos, não pode ser ré na ação, nem dela pode ser pedido aquilo que ela não deve, pelo que deve ser reconhecida sua ilegitimidade passiva; **b)** ao contrário do disposto na sentença apelada, a assembleia de 2005 pode ser válida para o exercício de 2004 e para as demais deliberações nela tomadas, mas sua projeção até os dias presentes não é possível; **c)** os autores se esquecem de mencionar que o problema gerado por créditos tributários não ingressados no caixa e sua respectiva contabilização mudaram no curso dos anos, motivo pelo qual a situação financeira e contábil da empresa não é a mesma de 2005, o que impede que se aplique em caráter perene uma decisão tomada num contexto distinto; **d)** segundo entendeu o magistrado, a fórmula de divisão contida na ata de 2005 poderia ter sido alterada por nova assembleia mas a proposta dos recorrentes foi rejeitada, porém equivocou-se na qualificação dos fatos porque a ata de 2017 não contém deliberação final sobre distribuição de lucros, pois o tema foi suspenso por falta de quórum; **e)** se mantida a sentença, a Tirol terá de descumprir seu convênio com o Estado do Paraná, pagando indenizações, multas e, pior, não gerará empregos na região, não movimentará a cadeia de produção de leite, que gera empregos indiretos, não gerará tributos, nem fará crescer a economia, privilegiando o bolso dos sócios, em prejuízo de compromissos sociais, legais e jurídicos; **f)** os autores almejam receber dividendos a partir de créditos tributários que a sociedade ainda não conseguiu transformar em caixa; **g)** a ré não deve ser condenada ao pagamento de juros e correção monetária a partir de 20-5-2017; **h)** os ônus de sucumbência devem ser revistos, pois os honorários deveriam incidir somente sobre a parte controversa, e não sobre o montante da condenação (p. 1.049-1.072).

A Lacticínios Tirol Ltda., por sua vez, em extenso arrazoado, fazendo entremeado de preliminares com matérias de mérito, alega, em apertadíssima suma, que: **a)** na assembleia-geral de 2017 não houve decisão sobre a distribuição dos lucros referentes ao ano de 2016. Assim, a sentença apelada muda decisão soberana dos sócios de não distribuir referidos lucros; **b)** a tutela antecipada deve ser revogada por ausência dos requisitos que a autorizam, determinando-se a devolução dos valores dos lucros referentes ao exercício de 2016 à apelante; **c)** a recorrente deve, até o final do quarto mês seguinte ao término do exercício social, reunir-se em assembleia de sócios para tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico, conforme preceituam os arts. 1.071, 1.072, combinado com o inciso I do art. 1.078, todos do Código Civil. Somente após essa deliberação é que o lucro da sociedade poderá ser transferido para o patrimônio dos sócios; **d)** a sentença é nula, por ser *extra petita*, na medida em que não havia pedido formulado pelos autores para a distribuição de lucros, tanto que a ação de cobrança pleiteou o pagamento de créditos, supostamente decorrente da distribuição dos lucros; **e)** houve ofensa ao contraditório e à ampla defesa, pois a sentença, ao tempo em que reconhece que a demanda é controvertida, julga antecipadamente o mérito; **f)** inexistente fato constitutivo do direito dos autores; **g)** como os lucros do exercício integram o patrimônio da sociedade até que os sócios lhes deem destinação, o pedido, e a própria ação de cobrança, é juridicamente impossível; **h)** a sentença foi proferida com base em usos e costumes, os quais, todavia, não podem suplantar ou modificar disposição de lei; **i)** os autores devem ser condenados por litigância de má-fé. Pugna pelo indeferimento da petição inicial sob inúmeros motivos, pelo reconhecimento da prescrição autoral e pelo prequestionamento de dispositivos legais (p. 1.121-1.199).

Com contrarrazões (p. 1.209-1.225 e 1.226-1.247), nas quais os apelados também pugnam pela majoração dos honorários, os autos vieram-me conclusos.

VOTO

Cuida-se de apelações cíveis interpostas por Roberto Rofner, Ricardo Francisco Rofner, Erna Rofner e Lacticínios Tirol Ltda. contra sentença que julgou procedentes os pedidos da inicial feitos por 49 sócios quotistas desta empresa, para declarar válidas as deliberações constantes na Ata 001/2005, realizada em 6-4-2005, e condenar a Lacticínios Tirol Ltda. a pagar aos autores valores referentes a 22% (vinte e dois por cento) do lucro operacional geral da sociedade empresária apurado no exercício 2016, proporcionalmente às cotas sociais de cada autor.

Na origem, os autores, todos sócios da ré Lacticínios Tirol Ltda., ajuizaram ação declaratória cumulada com cobrança contra a empresa, alegando, em suma, que são dela cotistas; que no ano de 2017 (exercício de 2016) a ré não efetuou o pagamento de dividendos na proporção definida em decisão assemblear datada de 6-4-2005 (22% sobre o lucro operacional geral), o qual deveria ser realizado em 20-5-2017, como ocorreu nos anos anteriores; que o não pagamento dos créditos é fruto de iniciativa de parte dos sócios do Grupo Rofner, que, com o Grupo Dresch, detém os poderes de decisão da sociedade e que, encabeçado pelo Diretor Executivo Comercial, Adalberto Rofner, não concorda com a distribuição dos lucros nos moldes como vinha sendo feita até então; e que o não pagamento, no exercício de 2016, naquela proporção (22% sobre o lucro operacional geral) deriva de proposta feita pelo Grupo Rofner, a qual, todavia, não foi aprovada na assembleia realizada no ano de 2017, de forma que deve permanecer válida a deliberação feita em 2005.

Após regular tramitação do processo, foi proferida sentença, a qual, como dito, julgou procedentes os pedidos dos demandantes.

Apesar de todo emaranhado processual e, principalmente, das longas peças de contestação e apelação apresentadas pela ré, com as mais variadas teses, a questão que cumpre aqui analisar é singela: aplicação, para o exercício de 2016, da deliberação feita pela assembleia-geral da empresa ré no ano de 2005, em que foi decidido, por unanimidade, que “nos exercícios seguintes será distribuído o percentual de 22% sobre o lucro operacional geral” (ata da assembleia-geral ordinária n. 001/2005 – p. 401). Para os autores, a determinação da assembleia-geral de 2005 é clara, de forma que deveria ser aplicada igualmente para o exercício de 2016, o que acabou não ocorrendo; para a empresa ré, Lacticínios Tirol Ltda., ora apelante, compete aos sócios se reunirem anualmente para deliberar sobre o balanço patrimonial e o resultado econômico da empresa, e, sendo o caso, decidir sobre a distribuição dos lucros. Nesse sentido, segundo alega, uma vez que na assembleia-geral de 2017 não foi apreciada sua proposta para que no exercício de 2016 aqueles 22% incidissem não sobre o lucro operacional geral, mas apenas sobre valores que a empresa tem em caixa, eventual lucro obtido nesse ano deve ficar incorporado ao capital da empresa até ulterior deliberação.

Na bem fundamentada sentença, o magistrado, entendendo, em resumo, que não existe previsão da maneira pela qual a distribuição dos lucros deve ser realizada na sociedade limitada; que na

assembleia de 2005 os sócios expressamente deliberaram sobre a destinação dos lucros da sociedade para os exercícios vindouros; que não há obrigatoriedade legal de que a matéria seja deliberada anualmente pelos sócios reunidos em assembleia; e que ao longo dos anos a questão referente à destinação dos lucros sempre foi decidida em assembleia com base na deliberação constante na Ata n. 001/2005, o que, portanto, tornou-se costume da empresa a ser obedecido; decidiu por declarar válidas as deliberações constantes na mencionada ata e, conseqüentemente, condenar a empresa ré a pagar aos autores 22% do lucro operacional geral da sociedade empresária apurado no exercício 2016, proporcionalmente às cotas sociais de cada autor, descontados os valores pagos aos sócios a título de antecipação.

Contra a sentença interpuseram recurso a ré (Lacticínios Tirol Ltda.) e, como terceiros prejudicados, Roberto Rofner, Ricardo Francisco Rofner e Erna Rofner, sócios da empresa.

Pois bem. Por haver prejudicialidade em relação ao mérito do recurso desses três sócios, cujas razões recursais se assemelham às da ré, analisar-se-á primeiramente o apelo desta.

Afora a tese de prescrição, de julgamento *extra petita* e de ofensa ao contraditório e à ampla defesa pelo julgamento antecipado da lide, todas as outras preliminares trazidas pela ré confundem-se com o mérito, o qual será analisado em momento oportuno.

Não se verifica a prescrição da pretensão autoral. Isso porque o que almejam os demandantes é a distribuição dos lucros referentes ao exercício de 2016, pelo que se aplica ao caso o prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil, não o quinquenal, e a partir de 2016, não de 2005 (ano da ata de realização da assembleia na qual foi deliberado o pagamento do percentual de 22%), como pretende a ré/apelante. O inciso I do § 5º do art. 206 do Código Civil, a cuja aplicação visa a recorrente, diz respeito à “pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular”, o que, a toda evidência, não é o caso dos autos, já que os autores não objetivam a cobrança de nenhuma dívida porventura constante da mencionada ata.

A apelante sustenta também que a sentença é nula por ser *extra petita*, na medida em que os autores não teriam formulado pedido de distribuição de lucros, tanto que a ação de cobrança pleiteou o pagamento de créditos, supostamente decorrente da distribuição dos lucros.

A tese não prospera e beira a má-fé, pois a distribuição de lucros perfaz todo o litígio *sub judice*, é o que lhe dá existência. Da leitura da inicial, por exemplo, é nítido o pleito dos autores de condenação da ré ao pagamento dos lucros obtidos pela empresa no ano de 2016, como se vê do título “dos pedidos”:

Diante do exposto acima, REQUEREM:

[...]

d) A procedência total dos pedidos, para declarar válida a Ata 001/2005 para fins de destinação dos lucros aos sócios, a qual é resultado de decisão assemblear, sem condicionamentos de qualquer natureza e, **por consequência, a procedência da presente demanda para condenar a requerida a pagar o total dos valores**

reclamados pelas partes autoras [distribuição dos lucros], tudo corrigido monetariamente e juros de mora de 1% ao mês;

Afastada está, portanto, a preliminar.

Em relação ao argumento da apelante de que houve ofensa ao contraditório e à ampla defesa, ao fundamento de que a sentença, ao tempo em que reconheceu que a demanda é controvertida, julgou antecipadamente o mérito, tem-se que não procede, pois deduzido de forma genérica e abstrata. Isto é, não indicou a apelante como a produção de outras provas poderia interferir no julgamento da demanda, nem há indicação precisa dos fatos e das teses que pretendia comprovar com a dilação probatória.

De acordo com o disposto no art. 355, I, do Código de Processo Civil, o magistrado analisará antecipadamente os pedidos, proferindo sentença com resolução de mérito, quando não houver necessidade de produção de outras provas.

Além disso, conforme bem consignado pelo magistrado de origem, o julgamento antecipado é viável no caso, pois, como a questão é eminentemente de direito (possibilidade de distribuição de lucros de sociedade limitada em determinado exercício financeiro), para se chegar à resolução da lide basta o cotejo das provas já colacionadas aos autos, dispensando-se as meramente protelatórias (CPC, art. 370, *caput* e parágrafo único).

Não se acata, assim, a preliminar de nulidade da sentença pelo julgamento antecipado da lide.

No mérito recursal, razão socorre em parte a apelante.

A controvérsia nos autos gira, repita-se, em torno de aplicar ou não, para o exercício de 2016, a decisão da assembleia-geral ordinária datada de 2005, segundo a qual devem ser distribuídos aos quotistas, no exercício de todos os anos posteriores, 22% do lucro operacional geral. A celeuma está em definir se a deliberação tomada na assembleia de 2005 continua com força obrigatória, uma vez que, em decisão assemblear posterior, em 2017, a discussão da base de cálculo do percentual foi retomada mas, em face da divergência entre os grupos Rofner e Dresch, não foi definitivamente decidida.

Primeiramente é importante consignar que o tipo societário da apelante, “sociedade limitada”, tem disciplina nos arts. 1.052 a 1.087 do Código Civil e que da leitura desses artigos verifica-se que o legislador é omissivo quanto à forma (periodicidade, destinação e percentuais) de distribuição dos lucros da sociedade. E aqui é de extrema importância trazer a disposição do art. 1.053 do Estatuto Civil:

Parágrafo Único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

Como nos artigos referentes à sociedade simples (arts. 997 a 1.038) também não existe menção à forma como os lucros devem ser distribuídos, o próximo passo é perquirir se no contrato social

da empresa apelante há previsão de aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976). Se o contrato não dispor sobre a forma da distribuição de lucros ao quotistas, mas havendo nele expressa menção à aplicação supletiva da Lei das S.A., a distribuição anual dos lucros é, nos termos do seu art. 202, obrigatória.

Consta da cláusula 1ª do contrato social da empresa:

CLÁUSULA 1ª - Sob a denominação social de LACTICÍNIOS TIROL LTDA., fica constituída uma Sociedade Empresária Limitada que reger-se-á por este Contrato Social, pela Lei 10.406/2002 e supletivamente pelas Leis vigentes no país (sem grifo no original).

Dessa cláusula se infere que a Lei n. 6.404/1976 não pode ser invocada no caso, pois o dispositivo apenas de forma genérica se remete à regência supletiva, vale dizer, não dispõe, expressamente, que a Lei das S.A. é aplicada ao contrato social.

Sobre a necessidade de o contrato social trazer de forma expressa a aplicação supletiva da Lei n. 6.404/1976, colhe-se lição de Fábio Ulhoa Coelho:

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a questão da legislação aplicável às sociedades limitadas perde a complexidade doutrinária, desde então, o regime disciplinar desse tipo societário é o do Código Civil, inclusive em matéria de constituição e dissolução (arts. 1.052 a 1.087). **Quando omissivo o Código Civil na disciplina desse tipo societário, a disciplina supletiva pode ser a da sociedade simples ou a da anônima, dependendo da vontade dos sócios (art. 1.053). Em outros termos, se o contrato social da limitada contiver cláusula estabelecendo a regência supletiva pelas normas da sociedade anônima, aplica-se a LSA nas omissões do Capítulo do Código Civil concernente às sociedades limitadas; caso contrário, prevendo-o ou não o contrato social, as omissões desse capítulo devem ser supridas pelas normas referentes às sociedades simples [...].**

As sociedades limitadas se submetem, assim, à Lei n. 6.404/76, nos assuntos passíveis de negociação pelos sócios e atendido o requisito de expressa previsão contratual exigido pelo art. 1.053, parágrafo único, do CC [...].

O segundo subtipo de sociedades limitadas é o das sujeitas à regência supletiva da LSA. **Para tanto, é necessário que o contrato social contemple cláusula expressa mencionando a opção dos sócios por essa disciplina supletiva. Sem a expressa eleição** pelos sócios da LSA como fonte supletiva de regência da sociedade, submete-se ela às regras da sociedade simples (Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa, 10. ed, Saraiva, 2007, p. 367-368 e 376, sem grifo no original).

Por não ser aplicada a Lei n. 6.404/1976 ao contrato social em exame, é imperioso concluir que, embora seja o principal fator de atração do interesse dos sócios, a distribuição periódica dos lucros aos quotistas nas sociedades limitadas, se não prevista no contrato social (CC, art. 997, VII), não é automática, conclusão essa que igualmente é extraída de lição do renomado doutrinador:

Nas sociedades limitadas [...] a maioria dos sócios delibera sobre a destinação do resultado, **podendo livremente decidir pelo reinvestimento da totalidade dos lucros gerados**. Isso porque, nas normas de regência da sociedade simples, não estabelece a lei **nenhuma obrigatoriedade de distribuição mínima de parte dos lucros entre os sócios** [...].

Na sociedade limitada, a política de distribuição dos resultados é matéria a ser negociada entre os sócios, **de preferência mediante cláusula do contrato social. A veiculação do acordo por essa forma é garantia de sua efetividade**. Nada impede, é certo, os sócios de contratar os critérios de distribuição num instrumento negocial apartado [...]. Os lucros, **quando distribuídos**, são devidos a todos os sócios (ob. cit., p. 378, 421 e 423, sem grifo no original).

A distribuição automática aos quotistas não é possível (se não aplicada a regência supletiva das S.A.) até porque a sociedade pode, por exemplo, investir em equipamentos, pessoal e em tecnologia o lucro obtido em determinado exercício, e assim a repartição entre os sócios pode ficar prejudicada. Sem contar que, não havendo lucro no período, por óbvio também não haverá distribuição.

Certo é que, como visto, na sociedade limitada a política de distribuição dos lucros deve estar de acordo com a vontade dos sócios, preferencialmente por meio de cláusula do contrato social. A margem de lucro a ser recebida por cada sócio, assim como a regularidade da distribuição, dependerá do que for nela estabelecido.

Ocorre que o contrato social em exame também é absolutamente omissivo sobre a forma de distribuição dos lucros aos quotistas. Nele há, todavia, a seguinte disposição:

CLÁUSULA 32ª - A Assembleia Geral ordinária destina-se:

[...]

k) **A deliberar sobre os destinos a serem dados aos lucros verificados em balanços gerais.**

[...]

CLÁUSULA 35ª - **Os lucros líquidos apurados em balanço geral, após as deduções previstas em lei, serão distribuídos da seguinte forma:**

a) 5% (cinco por cento) para a constituição do fundo de reserva, destinado a garantir a integridade do capital social e cobertura de eventuais prejuízos, até atingir 20% (vinte por cento) do capital social;

b) **O saldo remanescente será transferido para a Reserva de Lucros à Disposição da Assembleia até a data de 30 de abril de cada exercício, quando os sócios reunir-se-ão em Assembleia Geral para deliberarem sobre seu destino;**

c) Após deliberação da Assembleia Geral, se for optado pela integralização dos lucros ao Capital Social, este será transferido para a Reserva de Lucros a Capitalizar, permanecendo ali até oportuna alteração contratual para efetiva integralização ao Capital Social, limitado ao valor do Capital Social (p. 693-694, sem grifo no original).

Conforme se verifica desses dispositivos contratuais, compete ao sócios, em assembleia-geral

ordinária, “deliberar sobre os destinos a serem dados aos lucros verificados em balanços gerais”, transferindo-os “para a Reserva de Lucros à Disposição da Assembleia até a data de 30 de abril de cada exercício, quando os sócios reunirem-se em Assembleia Geral para deliberarem sobre seu destino”. Ou seja, o contrato social igualmente dispõe não haver distribuição automática do lucro aos sócios, mas a transferência deste a uma reserva, onde permanecerá até nova decisão assemblear sobre seu destino. Essa deliberação dos sócios sobre o resultado econômico da empresa encontra suporte no art. 1.078, I, do Código Civil.

A controvérsia nos autos, repita-se mais uma vez, está em aplicar ou não, para o exercício de 2016, a decisão da assembleia-geral ordinária datada de 2005, segundo a qual devem ser distribuídos aos quotistas 22% do lucro operacional geral no exercício de todos os anos posteriores, incluindo, portanto, o ano de 2016.

Transcreve-se, no que para aqui interessa, trecho da ata da Assembleia-Geral Ordinária n. 001/2005, na qual consta referida deliberação:

Assumiu a presidência da Assembléia Geral Ordinária o Sr. Roberto Rofner, Diretor Comercial, exercendo atribuição que lhe é conferida pelo Contrato Social, conforme cláusula 27^a (vigésima sétima), convidou a mim, Vandoir Luedke, para secretariar os trabalhos. Constituída assim a mesa, a pedido do Presidente, eu Vandoir Luedke procedi à leitura da ordem do dia, cujo teor é o seguinte: a) Balanço Patrimonial e Demonstração Resultado do Exercício ambos do exercício de 2004; b) Eleição dos membros do Conselho de Administração para o exercício de 2005; c) **Distribuição dos lucros aos sócios do exercício de 2004;** d) **Distribuição de lucros aos sócios para os exercícios seguintes [...].** Em seguida, o presidente deixou a palavra livre para discutir a Distribuição de Lucros do exercício de 2004, apresentaram então a proposta pelos Srs. Mauro Dresch e Roberto Rofner que além dos valores já distribuídos mensalmente durante o exercício de 2004, fosse distribuído o valor de R\$ 1.600.000,00 (um milhão, e seiscentos mil reais) referente distribuição anual, proposta aprovada por unanimidade, sendo assim, os valores deverão ser pagos em 07 (sete) dias, ou seja no dia 13 (treze) do corrente mês. **Em relação aos exercícios seguintes o Sr. Henrique Rumpf sugeriu que 25% (vinte e cinco por cento) do Lucro Líquido fosse distribuído, a seguir o Sr. Ricardo Rofner mencionou que no ano de 2003, a distribuição dos lucros foi maior, devido ao faturamento ser maior, conseqüentemente o lucro foi maior. O Sr. Henrique mostrou-se insistente e permaneceu com a proposta de 25% (vinte e cinco por cento). Como contraproposta permaneceu os Diretores Sr. Mauro e o Sr. Roberto sugeriram que fosse estipulado o percentual de 22% (vinte e dois por cento) do lucro operacional geral. As propostas foram colocadas em apreciação e aprovação, sendo então por unanimidade a segunda, ou seja, nos exercícios seguintes será distribuído o percentual de 22% sobre o lucro operacional geral, proposta igualmente aprovada em unanimidade pela assembleia.**

[...] (p. 400-401, sem grifo no original).

Com base nessa deliberação, os autores – argumentando que, ao contrário de todos os anos anteriores, contrariando o costume até então estabelecido, no exercício de 2016 o percentual de 22% sobre o lucro operacional geral não lhes foi transferido na data apazada (20-5-2017) – ingressaram com a presente ação pleiteando o respectivo pagamento.

A divergência em questão teve origem com a assembleia-geral ordinária realizada em 26-4-2017, cujo trecho da ata segue transcrito:

Assim, passamos à TERCEIRA ORDEM DO DIA: **DESTINAÇÃO DOS LUCROS DO EXERCÍCIO 2016:** Para apreciação e votação foram apresentadas duas propostas, uma do Grupo Rofner e um Ofício do Grupo Dresch. [...]. O Sr. Mauro se manifestou no sentido de não concordar com essa manifestação. O Sr. Carlos disse que não considera isso uma proposta e sim uma solicitação da manutenção do que já foi definido e aprovado na ata da AGO 001/2005. Sr. Afonso Luiz Dresch levantou a questão de contestar a votação, pois, não consta na pauta e na convocação da Assembleia a mudança da forma de cálculo, e sim a destinação dos lucros, obedecendo e cumprindo o que consta na ATA 001/2005. O Sr. Adalberto disse que em todos os anos sem exceção é feita a votação e em todos os anos é apresentada uma proposta de consenso entre os grupos e que em todos os anos em qualquer assembleia é permitido a qualquer acionista a fazer qualquer proposta de alteração ou destinação dos lucros. Que em cada assembleia AGO de uma empresa limitada de capital fechado podem ser tomadas quaisquer decisões, desde que aprovadas pelo quórum necessário. Nada pode ser definido sem aprovação do quórum necessário. A proposta do Grupo Rofner mantém os 22% combinado anteriormente, mas leva em consideração que na época não existiam créditos acumulados e não recebidos pela empresa. Desta forma a posição do Grupo é contrária a distribuir valores duvidosos que não estão no caixa para distribuição, com o único interesse de manter a saúde financeira da empresa. Como não houve um consenso esse ano, utilizam-se do direito de apresentar uma proposta para a assembleia [...]. **Colocado em votação a proposta do Grupo Rofner 42,07% aprovaram a proposta. Desta forma, não sendo aprovado. Passou a leitura do ofício resposta do Grupo Dresch.** [...]. O Sr. Adalberto ressalta que em 2005 foi feita essa decisão de percentual, e foi decidido para aquele ano, apenas como indicativa para os próximos períodos, mas em que cada AGO ela é soberana em razão de novas deliberações e que inclusive estão mantendo o percentual acertado naquele período mas adaptando a realidade atual. Que esta ata nunca foi vinculante às próximas assembleias, e a prova disso é que a partir dali todos os anos houve votação para definição da distribuição de cada ano. Sr. Carlos se manifesta dizendo que na ATA 2005 sempre foi votado e seguido o que consta na ata que é distribuição de 22% sobre o lucro operacional geral, e que na ata falava em exercícios seguintes e quer que mantenha porque está valendo. Sr. Fabio reitera que não se trata de proposta e sim de manutenção. Sr. Adalberto diz que todo o ano é feito uma votação. **Na condução da AGO o Diretor Comercial responsável pela AGO pediu para por em votação as propostas existentes dos dois grupos e que o Grupo Dresch não apresentou proposta diferente para a votação e sim um racional que eles entendem que não precisa ser votado. que os mesmos acionistas que fizeram a outra proposta se entendem no direito de exigir uma votação e que independente de haver ou não votação, se consideram contra a proposta dos Dresch com o percentual dos 42,07% e que esse tema apresentado pelo Grupo Dresch tem apoio de apenas 57,28% que também não dá quórum necessário para aprovação.** Sr. Carlos disse que o Grupo Dresch enviou um ofício comunicando e exigindo a manutenção do que consta na ata 001/2005 aprovada por unanimidade de sócios presentes na AGO naquela época. O presidente da seção pergunta se os acionistas do grupo Dresch se recusam a fazer a votação, manteve-se a recusa. Em relação ao item 3 - **DESTINAÇÃO DOS LUCROS DO EXERCÍCIO 2016** não houve definição aprovada e nem votação de proposta para sua destinação, sendo que os lucros à disposição permanecem à disposição da AGO para futura destinação. Manifestação do Grupo Dresch: O grupo Dresch, mais a Sra. Marcia e seus representados, querem deixar claro que só teve uma proposta na AGO a qual foi votada e não aprovada. O Grupo Dresch não concorda em deixar para uma outra assembleia a definição da distribuição de lucros, e que deve ser decidido hoje, seguindo-se o que consta na ATA 001/2005 que até hoje não foi revogada e portanto válida, sendo assim um direito dos sócios a distribuição de lucros. [...] **SÉTIMA ORDEM DO DIA: DEMAIS ASSUNTOS DE INTERESSE SOCIAL:** Sr. Adalberto

acrescenta que na manifestação como presidente da Seção que apesar do Grupo Dresch se recusar a colocar a proposta deles em votação, ficando a mesma indefinida, foi deliberada e votada a proposta enviada pelo Grupo Rofner, porém, não houve aprovação da mesma. O entendimento do Grupo Rofner é que só existiu uma proposta que foi recusada, e que, como não teve outra proposta apresentada para votação, o item permanece indeciso para futura deliberação, como prevê o contrato social. **** O Grupo Dresch, entende que onde se lê duas propostas - Item 3 Destinação dos lucros do exercício 2016, leia-se uma proposta do Grupo Rofner e um ofício do Grupo Dresch. Tendo em vista que a proposta da distribuição de lucros apresentada pela família Rofner não foi aprovada, permanecem válidos os termos da ATA 001/2005. O Grupo Dresch solicita o pagamento dos dividendos até 20 de maio deste, conforme costume das AGO's anteriores. Grupo Rofner: Entende que sem deliberação aprovada pela Assembléia, para o item 3 - Destinação dos Lucros do Exercício de 2016, nada fica decidido, sendo que o item permanece pendente até decisão para aprovação com o quórum necessário [...] (ata 001/2017, p. 516-519, sem grifo no original)

Em suma, percebe-se da leitura dessa ata que existe aguda divergência entre os grupos “Rofner” e “Dresch”, que detêm a maioria das quotas do capital social (cláusula 9ª, p. 689), sobre a base de cálculo do percentual de 22% dos lucros: enquanto o primeiro grupo sustenta que o percentual deve incidir apenas sobre a quantia em caixa da empresa, isto é, apenas sobre valores efetivamente por ela recebidos, o segundo grupo pleiteia que o percentual incida sobre o “lucro operacional geral”, como vinha sendo feito nos anos anteriores, desde aquela assembleia-geral de 2005, divergência essa que levou, ao fim e ao cabo, conforme se constata do trecho da ata transcrito e segundo reconhecido pelos próprios autores na petição inicial (p. 13), à não deliberação sobre a distribuição dos lucros por ausência do quórum de aprovação de 2/3 previsto na cláusula 31ª do contrato social (p. 693).

Não sendo deliberada a distribuição de lucros na assembleia-geral ordinária realizada em 2017, e não sendo aplicada às sociedades limitadas a distribuição automática de lucros, como ocorre nas sociedades anônimas, outro entendimento não se pode ter senão julgar improcedente o pedido de pagamento de valores aos autores quotistas feito na inicial.

Pode-se sem dúvida afirmar que a não distribuição automática dos lucros aos quotistas é de ciência até mesmo da empresa apelante, tanto que vem sendo objeto de deliberação desde ao menos o ano de 2009, conforme se observa à p. 709 (ata 001/2009 – exercício 2008), 714 (ata 001/2010 – exercício 2009), 720 (ata 2011 – exercício 2010), 727 (ata 001/2012 – exercício 2011), 734 (ata 001/2013 – exercício 2012), 745 (ata 001/2014 – exercício 2013), 752 (ata 001/2015 – exercício 2014) e 763 (ata 002/2016 – exercício 2015), embora na maioria das deliberações venha sendo aplicado o percentual e base de cálculo definidos em 2005.

É curioso observar, nesse passo, que, à semelhança do que proposto pelo Grupo Rofner na assembleia-geral de 2017 (e que constitui motivo de controvérsia nestes autos), na assembleia realizada em 2009 foi deliberada e aprovada proposta de redução dos lucros distribuídos aos quotistas, cálculo este que foi realizado sem sequer a aplicação do percentual de 22% do lucro operacional geral, se não vejamos:

Quinta ordem do dia, destinação dos lucros do Exercício 2008, onde o Presidente da sessão inicialmente colocou que conforme Ata n. 001/2005, da AGO, de 2005, a distribuição anual para os exercícios seguintes **seria de 22% (vinte e dois por cento) do Lucro Operacional Geral**, que conforme DRE de 2008 corresponde a **R\$ 5.468.877,48** (cinco milhões quatrocentos e sessenta e oito mil oitocentos e setenta e sete reais e quarenta e oito centavos), **porém no Exercício de 2008 houve alguns ajustes muito significantes, os quais devem ser levados em consideração excepcionalmente neste exercício**, e que resumem-se no números a seguir: Lucro Contábil foi de R\$ 20.113.934,00 (vinte milhões cento e treze mil novecentos e trinta e quatro reais), desse valor R\$ 3.090.418,00 (três milhões noventa mil quatrocentos e dezoito reais) foram destinados para as reservas previstas na Cláusula 35^a, alíneas a) e b) do Contrato Social, **R\$ 9.658.811,00 (nove milhões seiscentos e cinquenta e oito mil oitocentos e onze reais) foram destinados a cobrir ajustes dos exercícios anteriores referentes a diferenças de tributos federais e estaduais (RS) e diferença do Ativo Permanente**, que foram apurados e contabilizados no Exercício de 2008 e R\$ 4.303.366,00 (quatro milhões trezentos e três mil trezentos e sessenta e seis reais) foram distribuídos antecipadamente no decorrer do Exercício de 2008. Subtraindo esses valores, **o saldo de lucro a disposição da AGO é de R\$ 3.061.339,00** (três milhões sessenta e um mil trezentos e trinta e nove reais), **o qual ficou posto em discussão para definição da destinação**. Após sugestões e ponderações a assembleia aprovou por unanimidade **a distribuição de mais R\$ 1.363.442,50 (um milhão trezentos e sessenta e três mil quatrocentos e quarenta e dois reais e cinquenta centavos)**, que deverá ser pago até dia 20 de junho de 2009, e **capitalização na próxima alteração contratual de R\$ 1.697.896,50 (um milhão seiscentos e noventa e sete mil oitocentos e noventa e seis reais e cinquenta centavos)** (p. 709, sem grifo no original).

Veja-se que, se fosse seguir o deliberado na assembleia de 2005, o valor distribuído aos quotistas deveria ser de R\$ 5.468.877,48 (22% do lucro operacional geral). Porém o valor distribuído foi menor, de R\$ 3.061.339,00, obtido do resultado da subtração do lucro contábil por valores destinados às reservas previstas na cláusula 35^a do contrato social, por valores destinados a cobrir diferenças tributárias e por valores distribuídos antecipadamente. Vale dizer, os sócios, diante das circunstâncias por que passava a empresa, decidiram que o lucro a eles distribuído deveria ser menor, o que é inteiramente legítimo, haja vista ser a assembleia-geral o fórum competente para tanto, a teor da alínea *k* da cláusula 32^a do contrato.

Portanto, esses aspectos só vêm a corroborar o entendimento disposto neste voto segundo o qual o que foi decidido na assembleia-geral realizada no ano de 2005 não vincula nos exercícios seguintes os sócios, a quem compete, em cada nova assembleia-geral ordinária (CC, art. 1.078, *caput*; cláusula 24^a do contrato social), deliberar sobre a destinação dos lucros da sociedade, mesmo que se acabe aplicando para os sócios aqueles 22% sobre o lucro operacional geral.

Ainda sobre a assembleia de 2009, cujo excerto da ata foi acima transcrito, é importante destacar que, assim como na assembleia de 2017, nela foi proposta a redução dos lucros com base também na necessidade de ajustar o balanço tributário. Ora, ainda que, como dispôs o magistrado *a quo*, tratava-se de uma “excepcionalidade” (p. 981), é de se perguntar se também não deveria ser assim encarada a proposta, realizada em 2017 pelo Grupo Rofner, de redução da base de cálculo, uma vez que fundamentada na preocupação da empresa de que, diante da “atual conjuntura econômica brasileira” (p. 516), não fossem distribuídos aos sócios lucros decorrentes de valores de créditos tributários que não entraram no caixa da sociedade. É de se perguntar, em outras palavras, por que

a proposta feita em 2009, contrariando a decisão da assembleia de 2005, foi deliberada e aprovada, enquanto a de 2017 não teve ainda a mesma resolução. Novamente: a distribuição dos lucros aos sócios em 2005 não vinculou a assembleia de 2009, assim como não pode vincular a assembleia realizada em 2017.

Portanto, considerando-se que o contrato social em tela não optou expressamente pela aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas, a qual prevê distribuição automática dos lucros aos acionistas (Lei n. 6.404/1976, art. 202); que compete à assembleia-geral ordinária deliberar anualmente sobre a destinação dos lucros obtidos pela empresa (CC, art. 1078, *caput* e inciso I; cláusula 32ª, alínea k, do contrato social); e que na assembleia realizada no ano de 2017 (ata 001/2017, p. 516-519) não se decidiu sobre a distribuição dos lucros aos cotistas referente ao ano de 2016, é medida de rigor a reforma da sentença que condenou a Lactínios Tirol Ltda. ao pagamento aos autores dos valores referentes a 22% do lucro operacional geral da sociedade apurado no exercício 2016.

A empresa apelante requereu também a condenação da parte autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé (CPC, art. 81, *caput*), pleito igualmente feito em primeiro grau e rejeitado na sentença.

Pois bem. Para a caracterização da litigância de má-fé, é necessária a existência de elementos que comprovem o dolo do agente de causar prejuízos à parte contrária.

No caso, não há elementos nos autos que comprovem a existência de dolo dos autores capaz de retardar o regular andamento do processo e de configurar qualquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 80 do Código de Processo Civil.

Anote-se que a boa-fé se presume, enquanto a má-fé reclama prova ou fortes indícios de atuação dolosa ou culposa da parte.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA AO PLEITO EXORDIAL PROLATADA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. NOTAS FISCAIS ACOMPANHADAS DE COMPROVANTES DE ENTREGA DE MERCADORIAS. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. [...]

PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA REQUERIDA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DESPROVIDO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA CONDUTA DOLOSA. EXEGESE DO ART. 17, DO CÓDIGO INSTRUMENTAL DE 1973 (CORRESPONDÊNCIA COM O ART. 80 DO CPC/2015).

“Nas relações processuais a boa-fé é sempre presumida (presunção *‘juris tantum’*), enquanto a má-fé, para ser configurada, repita-se, requer prova robusta, incontestada da conduta dolosa a fim de tumultuar o processo e causar prejuízo à parte adversa. Convém destacar, ainda, que inexistente comprovação de conduta dolosa da parte [...], persiste a presunção de boa-fé não derruída nos autos” (Apelação n. 0004334-44.2000.8.24.0031, de Indaial, rel. Des. Robson Luz Varela, j. 16-8-2016) (Apelação Cível n. 0009216-14.2012.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Rejane Andersen, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 6-2-2018).

Conforme mencionado, não há prova de dolo da parte autora, a qual durante toda a tramitação processual apenas se valeu do direito de ação para buscar o bem da vida que tinha como certo. Assim, o recurso não merece provimento no ponto.

Quanto ao postulado prequestionamento, tem-se desnecessária a existência, na decisão judicial, de manifestação acerca de todos os dispositivos legais suscitados pelas partes, mormente se claramente delineados os fundamentos decisórios, em atenção ao que dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal.

À vista do exposto, conhece-se do recurso, rejeitam-se as preliminares e, no mérito, dá-se parcial provimento ao apelo da Lacticínios Tirol Ltda. a fim de reformar a sentença para afastar a condenação da empresa ao pagamento dos valores referentes a 22% (vinte e dois por cento) do lucro operacional geral da sociedade apurado no exercício 2016.

Quanto à decisão de p. 917-920, a qual determinou que a empresa Lacticínios Tirol Ltda. procedesse à destinação dos lucros referentes ao exercício de 2016 aos seus sócios, na quantia de R\$ 11.010.295,10 (onze milhões dez mil duzentos e noventa e cinco reais e dez centavos), refluo do meu posicionamento inicial (que foi no sentido de revogá-la) para acompanhar os votos da maioria, considerando que se trata de valores incontroversos.

Persiste válida a ata 001/2005 da assembleia-geral ordinária realizada em 6-4-2005, sem, contudo, efeitos vinculantes para futuras deliberações.

Invertem-se os ônus de sucumbência e, nos termos do art. 85, *caput* e § 2º, do CPC, condena-se a parte autora/apelada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa (R\$ 9.147.418,82 – nove milhões cento e quarenta e sete mil quatrocentos e dezoito reais e oitenta e dois centavos) atualizado.

Com o resultado deste julgamento, fica prejudicada a análise da apelação interposta por Roberto Rofner, Ricardo Francisco Rofner e Erna Rofner.

Prejudicado também está o pedido de tutela de urgência em caráter incidental formulado pela autora Daniela Augusta Dresch Brand (p. 1.033-1.034).

No que diz respeito aos honorários recursais, o cabimento deve observar os requisitos cumulativos assim definidos pelo Superior Tribunal de Justiça: a) decisão recorrida publicada a partir de 18-3-2016; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso (AgInt nos EREsp 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. 9-8-2017).

Como o presente recurso não preenche cumulativamente esses requisitos, deixa-se de arbitrar honorários recursais.

Agravo de Instrumento n. 4005512-52.2020.8.24.0000

Relator: Des. José Carlos Carstens Kohler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TOGADO DE ORIGEM QUE, ENTRE OUTROS ASPECTOS, DISPENSOU A REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. RECURSO DA IMPUGNANTE.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 13-5-20. INCIDÊNCIA DO PERGAMINHO FUX.

ALEGADA EXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*. TESE REPELIDA. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO PARA O MAGISTRADO QUANDO SE TRATAR DE MATÉRIA PROBATÓRIA. PRECEDENTES DESTE AREÓPAGO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INACOLHIMENTO. TOGADO DE ORIGEM QUE PONTUOU MINUDENTEMENTE OS MOTIVOS PELO QUAL DISPENSOU A REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA, REGISTRANDO QUE OS ESCLARECIMENTOS A SEREM FEITOS PELO *EXPERT* JÁ SERÃO SUFICIENTES. INCUMBE AO MAGISTRADO, DESTINATÁRIO DAS PROVAS (ARTS. 370 E 371, AMBOS DO CPC/2015), REPUTAR COMO NECESSÁRIA OU NÃO AO DESLINDE DA *QUAESTIO* A REALIZAÇÃO DE NOVA PROVA PERICIAL E OS SEUS CONTORNOS. PERITO QUE NÃO PODE ULTRAPASSAR OS LIMITES DE SUA DESIGNAÇÃO, BEM COMO EMITIR OPINIÕES PESSOAIS QUE EXCEDAM O EXAME TÉCNICO OU CIENTÍFICO DO OBJETO DA PERÍCIA (ART. 473, § 2º, DO NCPC), CABENDO AO JUIZ, ALÉM DISSO, INDEFERIR QUESITOS IMPERTINENTES (ART. 470, INCISO I, DO CÓDIGO FUX). INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA NESTA SEARA. EXEGESE DO ART. 580 DO NCPC. PRECEDENTE DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO. INTERLOCUTÓRIA QUE DEVE SER MANTIDA IRREPROCHÁVEL.

REBELDIA INACOLHIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4005512-52.2020.8.24.0000, da comarca de Rio do Oeste Vara Única em que é Agravante Arcângelo nardeli e Filhos Ltda. e Agravado Banco do Brasil S.A.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar 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, 13 de outubro de 2020.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Arcângelo Nardelli e Filhos Ltda. interpôs Agravo de Instrumento (fls. 1-12) contra a decisão prolatada pelo Magistrado oficiante na Comarca de Rio do Oeste – doutor Leandro Ernani Freitag – que, nos autos da impugnação à execução de sentença n. 0000962-68.2002.8.24.0144/12, oposta pela ora Agravante em face de Banco do Brasil S.A., entre outros aspectos, dispensou a realização de nova perícia (fls. 608-612 dos autos de origem).

A Empresa almeja o provimento do Reclamo para reformar a decisão agravada, determinando-se que o Expert responda aos quesitos por si formulados pela Agravante às fls 82-85, ou a contrario sensu, cassar o decisum por cercear o direito de defesa do Agravante, quer em decorrência do indeferimento dos quesitos por si formulados, quer em razão da dispensa de nova prova pericial, com a determinação da coleta de nova perícia.

Os autos foram distribuídos a esta relatoria por prevenção em razão do processo n. 0096389-29.2008.8.24.0000, na data de 23-7-20 (fls. 15-16).

Empós, sem a existência de pedido de concessão de efeito suspensivo/ativo (fls. 18) e com as contrarrazões (fls. 21-29) o feito volveu novamente concluso.

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 13-5-20, isto é, já na vigência do CPC/2015.

1 Do Agravo de Instrumento

1.1 Da alegada preclusão *pro judicato*

Argumenta a Inconformada que: a) os quesitos por si formulados e encartados às fls. 82-85 foram deferidos pelo Juízo *a quo*; b) não obstante, o *Expert* deixou de examiná-los por inteiro, motivo pelo qual foi compelido a completar a resposta aos faltantes, conforme determinado pelo juiz da causa (fl. 591); c) existe preclusão *pro judicato* entornando os quesitos oportunamente por si formulados, na medida em que não houve insurgência recursal de seu deferimento e também da decisão de fl. 591; d) agrega-se a isso a manifesta pertinência das perguntas para a solução da causa; e) a jurisprudência tem entendimento sedimentado no sentido de que a preclusão *pro judicato* veda ao juiz, mesmo quando provocado pela parte, redecidir a matéria já examinada, sob pena de

perpetuar ad infinitum o curso do processo; f) cumpria ao Juízo *a quo* ordenar ao Louvado Judicial a responder aos quesitos por si formulados; e g) compete a esta Corte cassar a decisão agravada, porque descabia novo pronunciamento sobre o tema, nos termos do art. 505 do NCPC, já que a matéria encontra-se coberta pela preclusão *pro judicato*.

Entrementes, sem razão.

Isso porque há entendimento vazado por esta Corte no sentido de inexistir preclusão para o magistrado em questões probatórias, de modo que podem ser revistas à luz do princípio do livre convencimento motivado. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ADIMPLENTO CONTRATUAL. RECURSO DO EXEQUENTE CONTRA DECISÃO QUE DISPENSOU A EXIBIÇÃO DO CONTRATO E AFASTOU A PENALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 524, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO PRO JUDICATO EM SE TRATANDO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** PACTO FIRMADO NA MODALIDADE PLANTA COMUNITÁRIA DE TELEFONIA - PCT. DISPENSA DE EXIBIÇÃO DO CONTRATO. ADOÇÃO DOS VALORES INDICADOS NA PORTARIA MINISTERIAL VIGENTE À ÉPOCA. INTERLOCUTÓRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

(Agravo de Instrumento n. 4002129-03.2019.8.24.0000, Rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 12-12-19, gizou-se).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM CHEQUES - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PUBLICADA SOB A ÉGIDE DO REGRAMENTO PROCESSUAL DE 1973 - RECLAMO DA RÉ.

JUSTIÇA GRATUITA - PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - PREPARO, TODAVIA, RECOLHIDO - ATO INCOMPATÍVEL COM A VONTADE DE RECORRER - RECURSO NÃO CONHECIDO NESTE ASPECTO.

É incompatível com a postulação de gratuidade da justiça o recolhimento do preparo recursal, providência esta que acarreta o não conhecimento da tese referente à concessão da benesse.

CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - PRETENSÃO DE PRODUÇÃO DE PERÍCIA, DEPOIMENTO PESSOAL DO AUTOR E OITIVA DE TESTEMUNHAS - AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA DAS ALEGAÇÕES QUE OBJETIVAVA A PARTE INTERESSADA COMPROVAR POR INTERMÉDIO DA DILAÇÃO PROBATÓRIA - ELEMENTOS CONSTANTES NO PROCESSO APTOS À FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE - EXEGESE DOS ARTS. 130, 131 E 330, I, DO CÓDIGO BUZAID - INVIABILIDADE, ALÉM DISSO, DE PROVA EXCLUSIVAMENTE ORAL - DÍVIDA QUE SUPERA O DÉCUPLO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DA EMISSÃO DOS TÍTULOS - VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 401 DA EXTINTA LEI PROCESSUAL CIVIL - **INSUBSISTÊNCIA, AINDA, DA AVENTADA PRECLUSÃO "PRO JUDICATO" PELA EXISTÊNCIA DE INTERLOCUTÓRIO PRETÉRITO AUTORIZANDO AS PROVAS PRETENDIDAS - INSTITUTO PROCEDIMENTAL QUE, DE ACORDO COM ENTENDIMENTO EXARADO PELA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA, NÃO SE APLICA À MATÉRIA PROBANTE** - PREFACIAL RECHAÇADA.

A teor do art. 330, I, do antigo "Codex Instrumentalis" (equivalente ao art. 355 da atual Lei Adjetiva Civil), inexistente cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, quando a prova coligida nos

autos fornecer elementos suficientes à formação do convencimento do Julgador.

Não fosse isso, na hipótese, o valor da dívida discutida supera o décuplo do salário mínimo vigente à época da emissão dos cheques, o que impossibilita o julgamento do feito com lastro exclusivamente no depoimento de testemunhas, conforme vedação expressa contida no art. 401 do Código Buzaid.

Na mesma esteira, considerando a autonomia do Magistrado no tocante à instrução processual para formação de seu convencimento, é de ser igualmente afastada a tese de preclusão acerca do comando proferido no início da marcha processual autorizando a produção das provas ao fim indeferidas na sentença.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça deliberou a respeito, firmando a tese de que a preclusão “pro judicato” não ocorre no tocante às decisões que versem sobre matéria probatória.

Diante de tais circunstâncias, portanto, descabido se falar na ocorrência de cerceamento de defesa pelo indeferimento, na decisão terminativa impugnada, da produção de perícia, da oitiva do autor e das testemunhas.

DEMANDA FUNDADA EM 5 (CINCO) CHEQUES - SUSTAÇÃO DOS TÍTULOS PELA RÉ/ EMBARGANTE - ALEGADA INEXIGIBILIDADE DAS CÁRTULAS, AO ARGUMENTO DE QUE FORAM EMITIDAS COMO GARANTIA DE COMPRA DE “MADEIRA EM PÉ” NA PROPRIEDADE DO AUTOR, CUJA EXTRAÇÃO, TODAVIA NÃO FOI PERMITIDA - DEMONSTRAÇÃO DA “CAUSA DEBENDI” - DESNECESSIDADE - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NOS MOLDES DA SÚMULA 531 - AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE ELEMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DÍVIDA OU, AO MENOS, JUSTIFICAR A AVERIGUAÇÃO DA RELAÇÃO SUBJACENTE - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INÍCIO DE PROVA ACERCA DA RELAÇÃO JURÍDICA E, POR OUTRO LADO, DE DEMONSTRAÇÃO DE VÍCIOS CAPAZES DE MACULAR O DIREITO DE CRÉDITO - ÔNUS DA PARTE DEMANDADA - EXEGESE DO ART. 333, II, DO REVOGADO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC/2015, ART. 373, II) - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DAS CÁRTULAS QUE DEIXOU DE SER DERRUÍDA - MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE ACOLHIMENTO DO PLEITO INJUNTIVO - INSURGÊNCIA DESPROVIDA NO CAPÍTULO.

Conforme consignado em entendimento sumular da Corte Superior de Justiça, “em ação monitoria fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula” (Enunciado 531).

Além disso, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.357/1985, “as obrigações contraídas no cheque são autônomas e independentes”.

Todavia, embora o portador do cheque prescrito esteja dispensado de demonstrar a origem do débito cobrado, nada impede que, nos embargos injuntivos, a parte devedora questione a “causa debendi” que lhe está sendo exigida, por ser possível matéria de defesa, mas não pressuposto da demanda monitoria.

Nessa circunstância, pretendendo derruir a presunção de legitimidade do título de crédito, submetido aos princípios da literalidade, autonomia e abstração, cabe à parte embargante/acionada fazer prova de suas alegações, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil (NCPC, art. 373, II).

No caso dos autos, o argumento da ré de que as cártulas foram dadas como garantia de compra de “madeira em pé” cujo corte, todavia, não foi autorizado pelo autor, veio desacompanhado de qualquer início de prova, ônus esse competia à demandada, nos termos do art. 333, II, do Código Processual Civil de 1973 (art. 373, II, do NCPC), devendo ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido monitorio.

PREQUESTIONAMENTO - PEDIDO GENÉRICO E DESPIDO DE FUNDAMENTAÇÃO - EXEGESE DO ART. 514, II, DO EXTINTO “CODEX INSTRUMENTALIS” (EQUIVALENTE AO ART. 1.010, II E III,

DA ATUAL CODIFICAÇÃO) - NÃO CONHECIMENTO DO INCONFORMISMO NO PARTICULAR.

Conforme disposição do art. 514, II, do revogado Código de Processo Civil (com equivalência no art. 1.010, II e III, da Lei Adjetiva Civil vigente), o recurso de apelação deve, obrigatoriamente, conter os fundamentos de fato e de direito com base nos quais o recorrente pretende a reforma da decisão.

(Apelação Cível n. 0008903-18.2010.8.24.0038, Rel. Des. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 25-4-17, destacou-se).

Na mesma toada, o Superior Tribunal de Justiça já proclamou:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ENTREGA DE ESCRITURA PÚBLICA. RECONVENÇÃO. RESCISÃO DE CONTRATO. INADIMPLEMENTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. DESISTÊNCIA DO INCIDENTE. OFENSA AOS ARTS. 265, III, 266 E 306 DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚM. 282/STF. INDEFERIMENTO DE PROVA ANTERIORMENTE DEFERIDA. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO PRO JUDICATO EM MATÉRIA PROBATÓRIA. PRECEDENTES. CONSTITUIÇÃO EM MORA. INTERPELAÇÃO DO CÔNJUGE DO PROMITENTE COMPRADOR. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO DE PROVA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. ANÁLISE ACERCA DE EXISTÊNCIA DE MORA DO VENDEDOR E INEXISTÊNCIA DE MORA DO COMPRADOR. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICES DAS SÚM. 5 E 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não há falar em ofensa ao art. 535 do CPC/1973, se a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente.

2. Fica inviabilizado o conhecimento do tema relativo à existência ou não de poderes conferidos ao advogado para subscrever pedido de desistência de exceção de suspeição, porquanto não foi debatido e decidido nas instâncias ordinárias, tampouco opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão, porquanto ausente o indispensável prequestionamento. Aplicação, por analogia, das Súmulas 282 e 356 do STF.

3. É inviável a análise de teses alegadas apenas em agravo interno, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, por se caracterizar inovação recursal. Precedentes.

4. Nos termos dos precedentes do colendo STJ, não ofende o art. 471 do CPC/73 o indeferimento de produção da prova oral, ainda que anteriormente deferida, tampouco “implica preclusão ‘pro judicato’, pois, em questões probatórias, não há preclusão para o magistrado. Precedentes” (AgRg no REsp 1.212.492/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe de 02/05/2014).

5. A notificação do cônjuge, no caso de promessa de compra e venda onde figura apenas o marido como promissário comprador, se faz desnecessária para efeito de constituição em mora. Precedentes.

6. Não há falar em cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de prova testemunhal em razão de o acórdão recorrido entender suficientes as provas documentais trazidas aos autos para comprovação do dano e da responsabilidade, porquanto, no nosso sistema processual, o magistrado é o destinatário da prova, cabendo-lhe, por força do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, apreciar livremente as provas apresentadas, devendo apenas fundamentar os motivos que lhe formaram o convencimento.

7. O eg. Tribunal de origem, com arrimo no acervo probatório constante dos autos, concluiu que o promitente comprador não realizou o pagamento no tempo e modo previstos em contrato, estando em mora, portanto. Por outro lado, que o atraso na outorga da escritura de compra e venda se deu por motivo alheio à vontade do promitente vendedor. Com efeito, a modificação do entendimento firmado esbarra nos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.

8. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 438.748/BA, Rel. Min. Lázaro Guimarães, Desembargador convocado do TRF 5ª Região, Quarta Turma, j. 14-8-18, grifou-se).

Dessarte, tendo em vista que no caso concreto a Agravante suscita uma possível ocorrência de preclusão *pro judicato* em prova pericial, inviável o acolhimento da tese recursal sob este espectro.

1.2 Do cerceamento de defesa

Neste ponto, a Empresa venitla que: a) na manifestação de fls. 497-505 impugnou o laudo de fls. 441-490 e indicou inúmeros equívocos; b) não obstante, o *Expert* deixou de responder esses esclarecimentos em sua manifestação de fls. 546-569, cometendo ainda novos equívocos; c) em razão disso, o juiz da causa determinou a intimação do Perito para completar o exame pericial e atender as insurgências das Partes, especialmente para responder aos quesitos da Agravante (fl. 591); d) todavia, o Vistor oficial se recusou em atender a determinação judicial com argumento simplista; e) o Perito Judicial reconheceu expressamente que o laudo não era conclusivo; f) essa recalcitrância fez com que requeresse esclarecimentos do Perito (fls. 546-569 e fls. 596-598), inclusive postulando a sua substituição por estes motivos; g) sobreveio a decisão agravada que desacolheu essa pretensão sob o entendimento de que os esclarecimentos prestados eram suficientes; h) a decisão agravada entendeu de que o *Expert* deveria esclarecer estes pontos, exclusivamente, h1) indicar os parâmetros utilizados para elaboração do cálculo (taxa de juros e correção monetária em cada período); h2) quais os valores convertidos em créditos à empresa decorrentes de ECC não juntado ao processo; h3) quais os contratos que foi possível efetuar a revisão deferida no processo principal; i) contudo, essa decisão, caso não impugnada no presente Agravo de Instrumento, tornaria preclusa a matéria referente aos quesitos formulados e não respondidos pelo *Expert*, surgindo daí o interesse recursal; j) os quesitos formulados pela Agravante às fls. 82-85 são extremamente necessários para dirimir as controvérsias que pairam sobre o imbróglgio litigioso originário da ação de cobrança n. 0000962-68.2002.8.24.0144 e não se mostram imprestáveis, já que nele se questionou matéria estritamente contábil, respeitando os critérios de cálculo estabelecidos na sentença que julgou a ação de cobrança; k) o quesito impertinente é a pergunta dirigida ao contador e que foge do âmbito do exercício de sua profissão, ou seja, não se refere à matéria contábil; l) resta evidenciado o severo cerceamento de defesa no caso *sub examine*, quer em decorrência do indeferimento dos quesitos por si formulados, quer em razão da dispensa de nova prova pericial; m) a decisão agravada, ao dispensar a nova perícia e entender que os quesitos formulados pela ora Agravante às fls. 82-85 são desnecessários ou impertinentes, cerceou o seu direito de defesa, desprivilegiando os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, contraditório e ampla defesa.

Novamente sem razão.

Brota que o Togado de origem pontuou minudentemente os motivos pelo qual dispensou a realização de nova perícia, registrando que os esclarecimentos a serem feitos pelo Perito já serão suficientes. Veja-se:

1. Trata-se de ação de impugnação à execução de sentença n.º 0000962-68.2002.8.24.0144/006 proposta pelo banco demandado em face da empresa ora impugnante.

Na exordial, alega a empresa demandante que há excesso de execução. Disse que após a revisão dos contratos conforme determinado na sentença, mais nada é devido ao banco. Pelo contrário, há um crédito em favor da empresa na importância de R\$ 2.379.083,05.

As alegações iniciais foram contestadas pelo banco, o qual ratificou o cálculo apresentado no cumprimento de sentença.

Diante da complexidade dos cálculos e da manifesta divergência, foi determinada a perícia contábil para apuração da real quantia devida pelo impugnante. As partes apresentaram quesitos.

Às pp. 102/103, o perito requereu esclarecimentos acerca de “*como devem ser considerados os lançamentos a débito PAG/ECC no período compreendido ao trabalho pericial*”.

Na sequência a empresa impugnou o pedido de esclarecimentos feito pelo *expert* (pp. 222/229), o banco entendeu pertinente e para tanto, solicitou prazo para a juntada dos extratos das contas pessoais dos sócios, já que na época dos ECC, acontecia do crédito do empréstimo ser liberado na conta pessoal dos sócios e os débitos na conta bancária da pessoa jurídica (pp. 237/238).

Após a juntada dos extratos, não houve oposição da empresa e os autos foram remetidos ao perito sem o esclarecimento da dúvida apresentada por ele. O laudo pericial foi acostados aos autos às pp. 441/490, no qual o profissional contábil apresentou dois cálculos. Um considerando os ECCs e outro sem estes. O laudo foi impugnado por ambas as partes.

Intimado acerca das impugnações, o *expert* se manifestou às pp. 546/551. Após, houve novas impugnações das partes e nova manifestação do perito.

Pois bem. Compulsando detidamente os autos desde a ação principal, extrai-se os seguintes dados: a) a ação de cobrança foi ajuizada pelo banco em 18.12.2002; b) a citação da empresa ré ocorreu em 11.3.2003 (a juntada do mandado ocorreu no mesmo dia); c) a conta bancária da empresa foi aberta em 21.7.1993; d) a cédula de crédito n.º 95/00310-2, objeto da ação de cobrança, foi firmada em 3.7.1997.

Quanto à sentença, observo que a mesma determinou: **a)** a condenação da empresa consumidora ao pagamento do débito decorrente da cédula de crédito comercial n.º 95/00310-2, firmada em 3.7.1997; **b)** a revisão de todos os contratos celebrados pelas partes desde a abertura da conta (21.7.1993) até 3.7.1997, inclusive a cédula comercial n.º 95/00310-2 para: b.1) limitar os juros remuneratórios à taxa de 12% ao ano, calculados de forma simples, até 3.7.1997; b.2) permitir, após 3.7.1997, a incidência de juros remuneratórios calculados na forma prevista na cédula n.º 95/00310-2, aqui, se estiver previsto na cédula, inclusive juros remuneratórios capitalizados; b.3) permitir a utilização da taxa referencial como critério para correção monetária; b.4) impedir a cobrança de juros moratórios e multas moratórias; **c)** feita a revisão dos contratos e constatado saldo devedor a ser pago pela empresa consumidora, o débito deveria ser acrescido de juros moratórios legais a partir da citação; **d)** diante da sucumbência recíproca, a condenação de ambas as partes em honorários advocatícios da parte contrária, em 15% sobre a parcela em que cada qual decaiu. A sentença transitou em julgado em 2006.

Esses são dados que se extrai facilmente dos autos. Assim, não é necessário que o *expert* responda a quesitos das partes sobre isso. Aliás, também não é necessário e aqui, diga-se, é também inconveniente, que o perito responda quesitos que questionem a sua opinião sobre as decisões proferidas.

Aliás, a este respeito, dispõe o art. 473, § 2º, do CPC: “É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia”.

Portanto, a meu ver, mandou bem o perito ao deixar de responder ou quando considerou como prejudicado alguns quesitos.

De fato, todos os quesitos apresentados pela empresa às pp. 82/84 não foram objeto de análise pelo *expert*. No entanto, tenho que tais questionamentos são desnecessários ou impertinentes. Desnecessários porque as informações estão estampadas nos autos, não necessitando de conhecimento técnico especializado para identificá-las, bastando a simples leitura da documentação pertinente, não havendo qualquer razão para se perguntar ao *expert*, por exemplo, “qual a data da abertura da conta corrente?”. Impertinentes porque alguns induzem o *expert* a realizar o cálculo do débito com critérios diversos daqueles constantes no julgado.

Lembro as partes que o perito é auxiliar da justiça e não assistente técnico delas.

Assim, quanto aos quesitos, com os complementos de pp. 546/551, tenho como superada a questão. [...].

4. Com relação à alegação de que o laudo pericial é incompleto, tenho que, em verdade, da forma como os cálculos de evolução do débito foram apresentados pelo *expert* não é possível verificar, de plano, se estes seguiram estritamente ou não os comandos sentenciais. Por isso, entendo que o profissional deve apenas complementar o laudo, informando objetivamente os seguintes pontos: a) indicar os parâmetros utilizados para elaboração do cálculo (taxa de juros e correção monetária em cada período); b) quais os valores convertidos em créditos à empresa decorrentes de ECC não juntado ao processo; c) quais os contratos que foi possível efetuar a revisão deferida no processo principal.

5. Por ora, não vislumbro a necessidade de determinar a realização de nova perícia; a meu ver, os esclarecimentos a serem feitos pelo perito já serão suficientes. Todavia, caso seja necessário, o pedido poderá ser reapreciado.

(fls. 602-612 dos autos de origem, grifou-se).

Ora, incumbe ao Magistrado, destinatário das provas (arts. 370 e 371, ambos do CPC/2015), reputar como necessária ou não ao deslinde da *quaestio* a realização de nova prova pericial e os seus contornos.

Com efeito, a teor do art. 473, § 2º, do NCPC, “é vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia”, cabendo ao juiz, além disso, indeferir quesitos impertinentes (art. 470, inciso I, do Código Fux).

No caso concreto, o Magistrado de origem, valendo-se do seu livre convencimento motivado, entendeu que os questionamentos trazidos pela Agravante eram desnecessários ou impertinentes, inexistindo qualquer cerceamento de defesa neste aspecto.

Ademais, a realização de nova perícia é plausível quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida (art. 480 do NCPC), circunstância que não se vislumbra no caso em liça, ao menos por ora, haja vista que o laudo não é inconclusivo e a sua complementação determinada pelo Togado de origem já será suficiente para resolver a quizila.

Sobre o tema, o posicionamento deste Órgão Fracionário não destoa:

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. INSURGÊNCIA DO EMBARGADO.

AGRAVO RETIDO. CONHECIMENTO. PEDIDO EXPRESSO NAS RAZÕES DA APELAÇÃO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE NOVA PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 130 E 131 DO CPC/1973.

Não há falar em cerceamento de defesa tampouco determinação de nova perícia se o laudo pericial e as demais provas produzidas mostraram-se suficientes para o convencimento do magistrado.

APELAÇÃO.

ALEGAÇÃO DE EQUÍVOCO NO LAUDO PERICIAL GRAFOTÉCNICO E DE EXISTÊNCIA DE PROVA TESTEMUNHAL ACERCA DO MÚTUO REALIZADO. TESES INSUBSISTENTES. CONCLUSÃO DA EXPERT JUDICIAL DE QUE A ASSINATURA APOSTA NO TÍTULO NÃO CORRESPONDE A DA EMBARGANTE. TESTEMUNHOS FRÁGEIS E CONTRADITÓRIOS. PREVALÊNCIA DA PROVA PERICIAL

Comprovado por meio de perícia grafotécnica que a assinatura aposta no título executivo não partiu do punho do devedor, e não havendo prova robusta em sentido contrário, a manutenção da decisão que acolheu os embargos opostos é medida que se impõe.

REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA CONCEDIDA À EMBARGANTE. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE MUDANÇA SIGNIFICATIVA NA SITUAÇÃO FINANCEIRA DA BENEFICIÁRIA.

HONORÁRIOS PERICIAIS. VALOR ARBITRADO ADEQUADAMENTE. MINORAÇÃO INDEVIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. TRABALHO ADICIONAL CARACTERIZADO. VERBA DEVIDA.

(Apelação Cível n. 0002366-85.2011.8.24.0065, Rel. Desa. Janice Goulart Garcia Ubiali, j. 3-7-18).

Nesse norte, outra solução não há senão manter a interlocutória indene.

2 Da verba advocatícia recursal

Finalmente, quanto 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 sucumbenciais, 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, nega-se provimento ao Reclamo.

Comunique-se imediatamente ao Juízo *a quo*.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO Nº 0301121-36.2018.8.24.0027/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR RODOLFO CEZAR RIBEIRO DA SILVA TRIDAPALLI

APELANTE: CONSTRUCAO CIVIL M G LTDA (RÉU)

APELANTE: CONSTRUTORA GRABOWSKI LTDA (RÉU)

APELANTE: LUSMARINA PARISI GRABOWSKI (RÉU)

APELANTE: ABELARDO BENVENUTTI (RÉU)

APELANTE: COMERCIAL DACLANDE LTDA - ME (RÉU)

APELANTE: GILBERTO GRABOWSKI (RÉU)

APELANTE: ISA GRABOWSKI (RÉU)

APELANTE: MARCO ADRIANO GRABOWSKI (RÉU)

APELANTE: TEREZINHA PARISI BENVENUTTI (RÉU)

APELADO: LEILA ETELVINA GRABOWSKI (AUTOR)

APELADO: ANDERSON RAIAN GRABOWSKI (AUTOR)

APELADO: CLAYTON ALAN GRABOWSKI (AUTOR)

APELADO: COMERCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA (AUTOR)

APELADO: DAVID RICHARD GRABOWSKI (AUTOR)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE EMPRESA. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS CONCORRENTES. ALEGADA OCORRÊNCIA DE FRAUDE EMPRESARIAL. ATOS UNILATERAIS E ABUSIVOS SUBSEQUENTES DOS SÓCIOS, QUE RESULTARAM NO ESVAZIAMENTO DO OBJETO SOCIAL DA SOCIEDADE LIMITADA AUTORA, COM A TRANSMISSÃO DA ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO DE MINÉRIOS PARA A EMPRESA RÉ. PRETENSÃO DE TRANSFERÊNCIA DOS DIREITOS MINERÁRIOS CONCEDIDOS NOS PROCESSOS DNP. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DOS RÉUS. (1) PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. TESE ACOLHIDA. AUTORA QUE NÃO COMPROVOU QUE A OUTORGA DA CONCESSÃO DOS DIREITOS MINERÁRIOS PELO DNP E/OU ANM ORIGINARIAMENTE. CESSÃO PARCIAL DOS TÍTULOS MINERÁRIOS ENTABULADA ENTRE A EMPRESA RÉ E DUAS EMPRESAS ESTRANHAS À LIDE. VALIDADE E EFICÁCIA DOS CONTRATOS DE CESSÃO DE LAVRA DEMONSTRADA. REGULARIDADE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DNP QUE OUTORGARAM A CONCESSÃO DOS TÍTULOS MINERÁRIOS. EMPRESA RÉ QUE ATENDEU ÀS EXIGÊNCIAS PARA EXPLORAÇÃO DE MINÉRIOS PERANTE O ÓRGÃO COMPETENTE NA ESFERA NACIONAL, A TEOR DOS ARTS. 2º, 36, 38, 79 E SEGUINTE DO CÓDIGO

DE MINERAÇÃO. DESCABIMENTO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR COM ESTEIO NO ART. 55 DO DECRETO-LEI N. 227/1967. NORMA LEGAL QUE POSSIBILITA A TRANSMISSÃO DOS DIREITOS DE CONCESSÃO DE LAVRA ENTRE A CESSIONÁRIA E O NOVO TITULAR. CONTUDO, INCABÍVEL A PRETENSÃO DE OBRIGAR A EMPRESA RÉ A CELEBRAR CONTRATO DE CESSÃO COM A EMPRESA AUTORA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE OU DO CONSENSUALISMO. NEGÓCIO JURÍDICO QUE PRESSUPÕE A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE COMO REQUISITO DE EXISTÊNCIA. CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA E, POR CONSEQUÊNCIA, AUSÊNCIA DO INTERESSE PROCESSUAL. (2) MÉRITO. APLICAÇÃO DO ART. 488 DO CPC. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NÃO DEMONSTRADO. CONJUNTO DE PROVAS QUE DENOTA A VALIDADE E EFICÁCIA DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DNPM E DAS PORTARIAS DE LAVRA EXPEDIDAS EM FAVOR DA EMPRESA RÉ, COM BASE NOS DIREITOS CEDIDOS POR EMPRESAS ESTRANHAS AO LITÍGIO. EMPRESA AUTORA QUE NUNCA OBTVEVE AUTORIZAÇÃO OU CONCESSÃO DOS DIREITOS MINERÁRIOS. CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE NÃO CORROBORA O ARDIL PARA REGISTRO MINERÁRIO, E ABUSO DE PODER E DESLEALDADE EMPRESARIAL EM DETRIMENTO À EMPRESA AUTORA E AOS OUTROS SÓCIOS DESTA. IMPROCEDÊNCIA QUE SE IMPÕE. SENTENÇA REFORMADA. (3) INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial com espeque no art. 487, I c/c art. 488 do CPC, e, em consequência, extinguir o feito, com resolução do mérito. Revogo a tutela provisória de urgência concedida no Evento 13, tudo a ser cumprido pelo Juízo de origem. Condene os Autores ao pagamento das custas e despesas processuais, e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no art. 85, § 2º, do CPC. Os ônus de sucumbência foram fixados proporcionalmente, em consonância com o art. 87, caput, do CPC, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 19 de novembro de 2020.

RELATÓRIO

Da ação

Adota-se o relatório da sentença recorrida (Evento 73 - SENT346), em atenção aos princípios da celeridade e economia processual, por retratar com fidedignidade o trâmite processual no primeiro grau, *in verbis*:

Leila Etelvina Grabowski e outros propuseram ação nominada como “ação de responsabilidade dos sócios e administradores (fraude empresarial, exclusão de sócia majoritária mediante falsificação de assinatura,

atos unilaterais e abusivos subsequentes) e pedido de transferência de titularidade de direitos minerários/DNPM” em face de Construção Civil Mg Ltda. e outros, todos qualificados nos autos. Na inicial, os autores narram que a empresa Comércio e Transporte Grabowski é proprietária de uma jazida de granito, explorada pela empresa Comercial Daclande Ltda, a qual repassa o minério para as empresas Construção Civil MG Ltda e Construtora Grabowski Ltda. Asseveram que a exploração da jazida rende milhões de reais, os quais são desviados para as empresas, cujo quadro societário é composto apenas pelos demais réus, nada recebendo os autores, viúva e filhos de Osmar Grabowski, que era o sócio majoritário da Comércio e Transporte Grabowski. Relacionam as diversas ações judiciais propostas e diversos fatos ocorridos ao longo de anos, os quais afirmam terem o escopo de gerar o esvaziamento patrimonial da Comércio e empresa Construtora Daclande; o segundo, adquirido da empresa Marmoraria Água Verde por meio de procuração outorgada por Lusmarina a Marco. Esclarecem que na poligonal 815.427/2002 está o portão de entrada, escritório e os equipamentos de britagem e na poligonal 815.478/2010 ocorre a extração de granito. Referem que pouco depois da aquisição dos títulos minerários os réus fizeram pedido de alteração da autorização de pesquisa, pois no regime de licenciamento o proprietário do solo deve autorizar a exploração. Asseveram que no procedimento 815.363/2014, Marco autorizou a extração de granito gratuitamente em favor da Comercial Daclande, fazendo-se passar por administrador da Comércio e Transportes Grabowski, ato cuja nulidade foi reconhecida. Apresentaram seus fundamentos jurídicos e, ao final, requereram liminar de natureza cautelar para determinar o bloqueio judicial dos imóveis de matrículas 3.218 e 9.742 do CRI de Ibirama, de propriedade da Comércio e Transportes Grabowski e dos títulos minerários n. 815.427/2002 e 815.478/2010 e a procedência para transferir os títulos minerários em nome da Comercial Daclande para a autora Comércio e Transportes Grabowski. Valoraram a causa, juntaram documentos e recolheram custas. Determinada emenda (fls. 1656-1657), sobreveio a petição das fls. 1659-1672, com novos documentos (fls. 1673-1691). Na decisão das fls. 1694-1699 foi deferida a tutela de urgência. Os réus foram citados (fls. 2337-2338) e apresentaram contestação (fls. 1739-1759). Foram arguidas as seguintes preliminares: (i) impugnação ao valor da causa; (ii) repetição dos fundamentos de ação já julgada, na qual os autores foram sucumbentes e não recolheram as custas processuais; (iii) ilegitimidade ativa porque os autores não compõem o quadro social das empresas réus e jamais tiveram relação com os réus Lusmarina, Terezinha e Abelardo; (iv) prescrição da pretensão em face da Comercial Daclande Ltda, pois foi constituída há mais de 20 anos. No mérito, os réus sustentam que os mesmos fundamentos foram enfrentados em outras ações entre as partes e que à empresa Daclande foi outorgada concessão de lavra no processo n. 815.478/2010, a qual inclusive teve aumento de volume autorizado em 20.02.2014. Afirmam que o aproveitamento das jazidas não depende do consentimento do proprietário do imóvel, pois se trata de bem da União, possuindo portaria de lavra para explorar as jazidas dos imóveis de matrículas 3.218 e 9.742, sendo possível ao titular do domínio apenas exigir uma renda pela exploração. Acrescentam que “[...] somente é possível ocorrer a extinção de uma Concessão de Lavra, ou seja, do título denominado Portaria de Lavra, mediante a sua caducidade ou nulidade, apurado em processo administrativo. [...] Do contrário, permanece o direito de lavra como sendo perpétuo ou até o exaurimento da jazida, [...]” (fl. 1.755). Apontam a impropriedade dos pedidos de tutela cautelar e, ao final, requerem a total improcedência dos pedidos. Juntaram documentos (fls. 1760-2333). Interposto agravo de instrumento, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 2352-2355). Na petição das fls. 2356-2359 os réus requerem a reconsideração da liminar aduzindo que nos processos 815.427/2002 e 815.478/2010 abrange outros imóveis além dos da empresa Comércio e Transportes Grabowski Ltda e nas fls. 2396-2398 aduzem que há impossibilidade jurídica do pedido formulado pelos autores porque “[...] não cabe à Justiça conceder ou remover os direitos relativos a lavra mineral, porquanto isso depende unicamente do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) [...]” (fl. 2397). Apresentada réplica (fls. 2400-2425). Manifestado interesse pelos réus (fl. 2399), foi designada audiência conciliatória, a qual não foi exitosa. Na sequência, o processo foi saneado com o afastamento das preliminares deduzidas pelos réus, fixação dos pontos controvertidos e determinação, de ofício, de requisição de informações à Agência Nacional de Mineração (ANM) (fls. 2438-2441). Negado provimento ao agravo de instrumento interposto

pelos réus (fls. 2446-2455). Juntada resposta da ANM (fls. 2576-2592). Transporte Grabowski e Construtora Daclande apenas em benefícios dos demais réus. Afirmam que os réus ardilosamente registraram em nome da Comercial Daclande os títulos minerários 815.427/2002 e 815.478/2010, o primeiro adquirido da empresa Ceramina Indústria Cerâmica e Mineração Ltda pouco antes do retorno da autora Leila ao quadro social da Em razões finais, os autores ratificam que seu objetivo é a obtenção dos direitos minerários que foram transferidos à empresa Daclande em razão de atos fraudulentos praticados pelos autores, relação de direito comercial e não de direito minerário. Concluem asseverando que a robusta prova presente aos autos autoriza não apenas a procedência do pedido mas o deferimento de tutela de evidência (fls. 2604-2615). Os réus, por sua vez, sustentam que os autores não comprovaram os fatos constitutivos do direito alegado, pois a exploração da reserva mineral independe da autorização da proprietária do solo, a qual apenas pode pleitear o pagamento de uma renda em razão disso. Referem que a Comercial Daclande possui portaria de lavra regularmente expedida e somente é possível sua extinção mediante caducidade ou nulidade a ser apurada em processo administrativo (fls. 2597-2603).

Da sentença

A Juíza de Direito, Dra. ANGÉLICA FASSINI, da 1ª Vara da Comarca de Ibirama, julgou procedentes os pedidos iniciais, por entender que houve a quebra do dever de lealdade em função dos atos de abuso de poder praticados com o intento de lesar os Autores, COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA, LEILA ETELVINA GRABOWSKI, DAVID RICHARD GRABOWSKI, CLAYTON ALAN GRABOWSKI e ANDERSON RAIAN GRABOWSKI, nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por Comércio e Transportes Grabowski Ltda e outros em face de Comercial Daclande Ltda ME e outros para DETERMINAR a transferência para a empresa autora dos títulos minerários originados dos processos DNPM 815.427/2002 e DNPM 815.478/2010, que conferem direito de lavra à empresa Comercial Daclande Ltda, restrito às poligonais que integram os imóveis de matrículas 3.218 e 9.742 do CRI de Ibirama, ante o reconhecimento de que foram obtidos por meio da prática de atos lesivos à sociedade autora. Outrossim, CONFIRMO a tutela cautelar para que permaneça surtindo efeitos até o julgamento definitivo do mérito. CONDENO a parte ré ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios no montante equivalente a 20% do valor atualizado da causa. P. R. I. Transitada em julgado, oficie-se à ANM para que seja promovida a averbação da transferência dos títulos nos respectivos processos administrativos, com cópia da sentença/acórdão. Cumpridas as providências atinentes às custas, arquivem-se os autos.

Foram opostos Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados (Evento 86 - SENT358).

Da Apelação

Inconformados com a prestação jurisdicional, os Réus COMERCIAL DACLANDE LTDA ME, CONSTRUÇÃO CIVIL MG LTDA, CONSTRUTORA GRABOWSKI LTDA, MARCO

ADRIANO GRABOWSKI, ISA GRABOWSKI, GILBERTO GRABOWSKI, LUSMARINA PARISI GRABOWSKI, TEREZINHA PARISI BENVENUTTI e ABELARDO BENVENUTTI interpuseram o presente recurso de Apelação Cível (Evento 91), no qual reeditam os argumentos trazidos na contestação. Pugnam para que seja cassada a decisão recorrida, uma vez que demonstrado o cerceamento de defesa, determinando-se o retorno dos autos à origem para instrução processual. Arguem as preliminares de falta de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, ilegitimidade ativa e falta de interesse processual, e a prejudicial de prescrição da ação com base no art. 206, § 3º, VII, “b”, do CC. No mérito, afirmam que não há prova de que a COMERCIAL DACLANDE LTDA ME, constituída em 01/04/1999, tem origem em créditos ou bens sociais derivados da COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA., fato este que reafirma o cerceamento de defesa e também a prescrição. Prosseguem alegando que, caso a autorização de uso do solo firmada em 17/06/2014 em favor da COMERCIAL DACLANDE LTDA ME, referente aos imóveis matriculados sob ns. 3.218 e 9.742 junto ao Ofício de Registro de Imóveis de Ibirama/SC, causasse algum prejuízo à COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA., então a sentença deveria determinar o pagamento em dinheiro do equivalente ao uso das terras, e não a transferência do direito de lavra de titularidade da primeira e concedido pelo DNPM.

Dessa feita, buscam a improcedência da lide, considerando a manifesta ausência de amparo legal, com a inversão dos ônus sucumbenciais e/ou a sua minoração ao piso legal de 10% (dez por cento).

Das contrarrazões

Devidamente intimados, os Apelados apresentaram contrarrazões (Evento 96), em que refutam os argumentos suscitados pelos Apelantes.

Ascenderam os autos ao Tribunal de Justiça.

Da decisão que apreciou o efeito suspensivo

O requerimento de efeito suspensivo restou indeferido por este Relator, mormente porque não ficaram evidenciados os pressupostos do art. 1.012, § 4º, do CPC (Evento 9).

Após, os autos retornaram conclusos para julgamento. Este é o relatório.

VOTO

I- Da admissibilidade

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido.

II- Do julgamento do recurso

Cuida-se de Apelação interposta por COMERCIAL DACLANDE LTDA ME, CONSTRUÇÃO CIVIL MG LTDA, CONSTRUTORA GRABOWSKI LTDA, MARCO ADRIANO GRABOWSKI, ISA GRABOWSKI, GILBERTO GRABOWSKI, LUSMARINA PARISI GRABOWSKI, TEREZINHA PARISI BENVENUTTI e ABELARDO BENVENUTTI contra a sentença de procedência prolatada nos autos da “Ação de Responsabilidade dos Sócios e Administradores (fraude empresarial, exclusão de sócia majoritária mediante falsificação de assinatura, atos unilaterais e abusivos subsequentes) e pedido de transferência de titularidade de direitos minerários/DNPM” proposta por COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA, LEILA ETELVINA GRABOWSKI, DAVID RICHARD GRABOWSKI, CLAYTON ALAN GRABOWSKI e ANDERSON RAIAN GRABOWSKI, ora Apelados.

a) Da carência de ação

Em contestação, os Apelantes arguíram a impossibilidade absoluta de cassação, de revogação ou mesmo de qualquer outra forma de extinção das Portarias de Lavra expedidas em favor da COMERCIAL DACLANDE LTDA ME, seja pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) ou pelo Poder Judiciário, além daquelas expressamente constantes do Código de Mineração. Desta maneira, defenderam que a empresa é detentora das Portarias de Lavra originadas dos processos DNPM ns. 815.427/2002 e 815.478/2010, que lhe garante, sem qualquer restrição ou sofisma, o direito de acesso aos imóveis das jazidas, e de execução da lavra. Destacaram que a exploração das jazidas minerais não fica adstrita ao consentimento do proprietário das terras, sendo necessária somente a concessão da União. Por fim, alegaram que a exordial não demonstrou fato constitutivo ou lesão de direito subjetivo.

A MM. Juíza a quo interpretou a tese da defesa como preliminar de impossibilidade jurídica do pedido em virtude da natureza do ato administrativo de concessão. Assim, no saneamento do processo, ordenou a produção de prova documental suplementar consistente em oficiar à Agência Nacional de Mineração (ANM), por sua sede em Florianópolis, para prestar informações acerca dos processos administrativos DNPM (Evento 48 - TERMOAUD271). Após, foram prestados os devidos esclarecimentos sobre os processos, e as partes apresentaram as derradeiras alegações.

A preliminar restou apreciada na sentença, conforme segue (Evento 73 – SENT346, fls. 04/07):

[...] O processo foi saneado (fls. 2438-2441), ocasião em que foram afastadas as preliminares esgrimidas pelos réus, remanescendo somente a análise da impossibilidade jurídica do pedido (que não foi objeto de específico exame) e que será apreciada em conjunto com o mérito.

A questão nodal deste processo reside em definir se a aquisição dos direitos minerários n. 815.427/2002 e 815.478/2010 em favor da empresa Comercial Daclande Ltda foi realizada de modo fraudulento, causando esvaziamento patrimonial da empresa Comércio e Transportes Grabowski Ltda, em prejuízo da empresa e de seus sócios majoritários, ora autores desta ação.

Inicialmente cumpre assentar que embora os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, IX), aqui não está a se tratar acerca dos títulos minerários em seu espectro de autorização administrativa (que tem

natureza de direito administrativo e sequer seria de competência estadual), mas sim das relações que se estabeleceram entre as partes e que culminou na obtenção pela empresa Comercial Daclande Ltda dos direitos de lavra da jazida de granito.

A respeito são elucidativas as informações prestadas pela Procuradoria Federal Especializada junto à ANM, que traça as distinções de enfoque existentes (quanto aos recursos minerais enquanto bem da União; os recursos minerais enquanto produto da lavra autorizada (patrimônio privado); os direitos minerários em si, enquanto título outorgado pelo Poder Público autorizando particular a extrair o bem mineral).

Fica claro, portanto, que não há impedimento legal à oneração dos títulos minerários, tampouco vedação à análise quanto à regularidade da outorga em favor de determinado particular em razão de suas relações próprias (o que é especificamente objeto deste litígio) e não com o Poder Público.

Veja-se que os réus justamente fundam seus argumentos na redação do art. 55 do Decreto-Lei 227/67, *in verbis*: [...]

Ora, desse dispositivo legal justamente se infere que o concessionário pode alienar ou gravar o título que lhe foi outorgado, não obstante o novo titular tenha que cumprir adequadamente as exigências do Poder Concedente para prosseguir na exploração das riquezas.

Logo, não é porque os títulos minerários foram regularmente outorgados à empresa Comercial Daclande Ltda que está impedido o julgamento acerca da regularidade desse ato jurídico em face da parte autora. (Grifou-se)

Em suas razões de reforma da sentença, os Apelantes suscitam a impossibilidade jurídica do pedido novamente. Asseveram que o seu direito à exploração das jazidas de granito é evidente, porquanto está amparado nos arts. 20, IX e 176, § 1º, ambos da Constituição Federal e nos arts. 7º e 55, § 2º, do Decreto-Lei n. 227/1967, e que as Portarias de Lavra foram expedidas pelo DNPM em prol da COMERCIAL DACLANDE LTDA ME, não sendo possível a transmissão da concessão dos direitos minerários para a COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA.

Pois bem.

Consubstancia-se da prefacial, que os Apelados pretendem o reconhecimento dos atos fraudulentos praticados por GILBERTO GRABOWSKI, ISA GRABOWSKI e MARCO ADRIANO GRABOWSKI - os quais são sócios minoritários da Apelada COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA - juntamente com as sociedades empresárias Apelantes, para o esvaziamento patrimonial e transferência dos direitos de exploração das jazidas de granito para a empresa COMERCIAL DACLANDE LTDA ME. Em consequência da fraude empresarial verificada nos atos unilaterais e abusivos subsequentes imputados aos Apelantes, restou formulado o pedido condenatório, tendo por escopo o retorno da administração das atividades de mineração em prol da COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA, por meio da determinação de transferência dos títulos minerários dos processos DNPM n. 815.427/2002 e n. 815.478/2010, atualmente em nome da COMERCIAL DACLANDE LTDA ME.

É pertinente citar do teor da peça inaugural (Evento 9 - EMENDAINIC128, fls. 07/08):

[...]

Já a empresa Comercial Daclande, fundada apenas em 1999, ou seja, 19 anos após o início das atividades da empresa Autora, de maneira pícara, foi utilizada pelos réus para aquisição dos Direitos Minerários junto ao DNPM. Demonstrando assim, o conflito de interesses dos sócios minoritários Gilberto, Marco e Isa, com os interesses da empresa Comércio e Transportes Grabowski e conseqüentemente em prejuízo aos herdeiros de Osmar Grabowski. Clarividente que a empresa Comércio e Transportes Grabowski Ltda tem o DIREITO de minerar a Própria Jazida de Granito. Fica explícito, que os réus registraram em nome da Comercial Daclande os Direitos Minerários, com escopo de desviar as atividades de mineração desenvolvidas na Pedreira da empresa Comércio e Transportes Grabowski, assim como fizeram com mais de 14 caminhões e carretas e diversos bens móveis e imóveis, com transferência de bens da Comércio e Transportes Grabowski diretamente para a empresa Comercial Daclande Ltda ME. Ocorre Excelência, que a transferência dos títulos minerários, é a única maneira de os Autores restituírem as atividades de Exploração de Granito, para o seio da sociedade Comércio e Transportes Grabowski, e FINALMENTE, os sócios minoritários serem responsabilizados por desrespeitarem/infringirem o Contrato Social da empresa Comércio e Transportes Grabowski e as Leis que regulam as sociedades.

A Causa de Pedir

Diante de todo exposto, os Autores alegam que foram vítimas de deslealdade e fraudes cometidas pelos réus, a começar pela falsificação da assinatura (fls. 532-535) da Autora Leila Etelvina Grabowski, passando pelo Esvaziamento Patrimonial, Confusão Patrimonial e Posterior e Orquestrada Aquisição dos Direitos Minerários 815.427/2002 e 815.478/2010 do DNPM em nome da empresa Comercial Daclande.

O Pedido

Os Autores requerem o retorno da administração das atividades de mineração A QUEM DE DIREITO, ou seja, a empresa Autora. Para isso, pedem a V. Ex.^a que Determine a Transferência dos Títulos Minerários 815.427/2002 e 815.478/2010 do DNPM em nome da empresa Comercial Daclande para a empresa mineradora Comércio e Transportes Grabowski Ltda. (Grifou-se)

A petição inicial informa que a COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA detém o domínio dos imóveis matriculados sob n. 3.218 e n. 9.742 no Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Ibirama/SC, nos quais se encontram as jazidas, ao passo que a sociedade empresária desenvolvia, originariamente, a atividade de exploração de minérios.

Perscrutando detalhadamente os documentos amealhados ao caderno processual, denota-se que José Grabowski constituiu Firma Individual no ramo de “Transporte de Cargas e Comércio de Pedras Brutas”, com início das atividades em 01/06/1971 (Evento 1 - CONTRSOCIAL5, fl. 1). Na data de 30/05/1985, houve alteração da Firma Individual para Microempresa (fl. 3). Em 25/07/1985, ocorreu a modificação da atividade econômica para “Extração e Comércio de Pedras Brutas (Granito); Comércio Varejista de Material de Construção; e Fabricação de Artefatos de Cimento” (fl. 2). Já em 17/09/1987, foi acrescentada a atividade de “Prestação de Serviços de Detonação” (fl. 4), e na data de 05/05/1988, a atividade de “Comércio Atacadista de Explosivos” (fl. 5). Destaca-se que esta empresa estava localizada nos endereços das jazidas objeto da lide, qual seja, Rua Joinville, 308, Centro, Ibirama/SC e BR 470, S/N, KM 125, Serra São Miguel, Ibirama/SC.

A empresa de José Grabowski obteve do Município de Ibirama o “Alvará de licença” para “Localização e Funcionamento” no endereço “Serra São Miguel Ibirama - SC”, da atividade “Extração Mineral de Granito e Paiol de Explosivos”, com validade de 01/01/1986 a 31/12/1986 (Evento 1 - INF13, fl. 1). Também obteve o “Alvará de licença” para “Localização e Funcionamento” no endereço “Rua Joinville, 308, Ibirama - SC” da atividade “Extração de Pedras”, com validade de 01/01/1986 a 31/12/1986 (Evento 1 - INF13, fl. 2).

O art. 2º do Decreto-Lei n. 226/1967 (redação vigente à época da obtenção da licença pelo Município, anterior à alteração dada pela Lei n. 9.314/1996) assim estabelece:

Art. 2º Os regimes de aproveitamento das substâncias minerais, para os efeitos deste Código são:

I- regime de Concessão, quando depender de decreto de concessão do Governo Federal; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 318, de 1967)

II- regime de Autorização e Licenciamento, quando depender de expedição de Alvará de autorização do Ministro das Minas e Energia e de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro do Produtor no órgão próprio do Ministério da Fazenda; (Redação dada pelo Decreto-lei nº 318, de 1967)

III- regime de Matrícula, quando depender, exclusivamente do registro do garimpeiro na Exatoria Federal do local da jazida; e (Vide Lei nº 7.805, de 1989)

IV- regime de Monopolização, quando em virtude de lei especial, depender de execução direta ou indireta do Governo Federal. (Grifou-se)

Por oportuno, o art. 3º da Lei n. 6.567/1978 (que dispõe sobre regime especial para exploração e aproveitamento das substâncias minerais que especifica) preconiza que “O licenciamento depende da obtenção, pelo interessado, de licença específica, expedida pela autoridade administrativa local, no município de situação da jazida, e da efetivação do competente registro no Departamento Nacional da Produção Mineral (D.N.P.M.), do Ministério das Minas e Energia, mediante requerimento cujo processamento será disciplinado em portaria do Diretor-Geral desse órgão, a ser expedida no prazo de 60 (sessenta) dias da publicação desta Lei.” (Grifou-se).

Segundo o Decreto n. 62.934/1968, denominado Regulamento do Código de Mineração (revogado pelo Decreto n. 9.406/2018) as jazidas de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil estão na “Classe II” (art. 7º), e possuem a seguinte especificação “ardósias, areias, cascalhos, gnaisses, granitos, quartzitos e sálbros, quando utilizados ‘in natura’ para o preparo de agregados, pedra de talhe ou argamassa, e não se destinem, como matéria-prima, à indústria de transformação.” (art. 8º).

No referido Regulamento, dentre os regimes de exploração e aproveitamento das substâncias minerais está o “Regime de Licenciamento”, que depende “[...] de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais, de inscrição do contribuinte no órgão próprio do Ministério da Fazenda e de registro da licença, acompanhada da planta da respectiva área, no Departamento

Nacional da Produção Mineral (D.N.P.M.)” (art. 11, III, parágrafo único - Grifou-se). Na sequência, o art. 13 explica o aproveitamento das jazidas da Classe II pelo “Regime de Licenciamento”, pelo proprietário do solo ou terceiro autorizado, ao passo que o seu § 2º estipula que “Após o licenciamento, o interessado poderá optar pelos Regimes de Autorização e de concessão, que serão obrigatórios se ficar positivada, no curso dos trabalhos, a ocorrência comercial de substância mineral não enquadrável na Classe II.”

Ainda sobre o tema, a Instrução Normativa n. 01/1983, incidente na época, estabelece entendimentos e procedimentos normativos do DNPM, sendo que o item 29 trata do “Registro de Licença” expedida pelo Município.

Atualmente, o site da ANM traz os devidos esclarecimentos pertinentes ao licenciamento, também quanto à Licença Municipal, a saber:

I. LICENCIAMENTO

O licenciamento é um regime de aproveitamento de substâncias minerais no qual é registrada, na ANM, licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais, e que permite a extração de determinados bens minerais.

A emissão do registro de licença credencia seu possuidor ao aproveitamento mineral de substâncias destinadas ao emprego imediato na construção civil, ou seja:

[...]

-Rochas, quando aparelhadas para paralelepípedos, guias, sarjetas, moirões ou lajes para calçamento;

-Rochas, quando britadas para uso imediato na construção civil e os calcários empregados como corretivos de solo na agricultura.

O aproveitamento mineral por licenciamento fica adstrito à área máxima de cinquenta hectares (50 ha), e é facultado, exclusivamente, ao proprietário do solo ou a quem dele obtiver expressa autorização.

A obtenção do título é mais rápida, uma vez que todos os trâmites ocorrem na superintendência, por outro lado, depende das prefeituras e dos proprietários do solo, fato que pode se tornar um elemento complicador. Além disso, o prazo de vigência do título está vinculado às autorizações concedidas pelo proprietário do solo e prefeituras.

A cessão ou transferência de direitos, parcial ou total, é admitida, apenas, após a outorga do registro de licença.

II. QUEM PODE REQUERER

O registro de licença pode ser requerido por brasileiros, pessoa natural, firma individual ou empresas legalmente habilitadas.

III. ÁREA PRETENDIDA

[...]

IV. LICENÇA MUNICIPAL

O licenciamento depende da obtenção, pelo interessado, de licença específica, expedida pela autoridade administrativa local, competente do(s) município(s) de situação da área requerida.

Para fins de registro na ANM, a licença deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

- Nome do licenciado;
- Localização, município e estado em que se situa a área;
- Substância mineral licenciada;
- Área licenciada em hectares;

-Memorial descritivo ou descrição da área licenciada que permita sua localização, desde que conste, no mínimo, um ponto de coordenadas geodésicas, datum SIRGAS 2000 da área licenciada e a data da sua expedição.

Situando-se a área pretendida em mais de um município, deverão ser apresentadas as licenças de cada um dos respectivos municípios, as quais serão objeto de um único registro.

Em caso de ocorrer à expiração do prazo da licença municipal, ainda na fase de requerimento de Registro de Licença, o requerente deverá protocolizar, em até 30 (trinta) dias contados do vencimento do mesmo, novo elemento essencial, dispensada qualquer exigência por parte da ANM, sob pena de indeferimento do requerimento de Registro de Licença. (Disponível em <http://outorga.dnpm.gov.br/SitePages/Regimes%20Licenciamento.aspx>; acesso em 17/10/2020 - Grifou-se).

Conforme a legislação em vigor no ano de 1986, quando expedido o “Alvará de licença” pelo Município de Ibirama/SC em favor da empresa de José Grabowski, constata-se que o Regime de Licenciamento consistia na expedição de licença municipal (de acordo com as normas administrativas locais) em que está situada a jazida de minérios, sendo necessária a inscrição do contribuinte no órgão próprio do Ministério da Fazenda (para efeito do pagamento do imposto único sobre minerais) e o registro da licença no DNPM.

Ademais, embora haja alteração da legislação como fundamentado alhures, a ANM permanece com a mesma exigência de registro da “Licença Municipal” expedida em nome do licenciado.

Entretanto, o conjunto probatório demonstra que José Grabowski não providenciou o registro

dos dois “Alvarás de licença” juntados aos autos. Como descrito anteriormente, as licenças possuíam prazo de validade de apenas um ano, operando-se o termo final em 31/12/1986. Deste modo, expiradas estas licenças, a empresa José Grabowski ME não estava mais autorizada à exploração das jazidas.

O Contrato Social da COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA denota que a Sociedade Limitada foi constituída em 02/12/1980 por José Grabowski, OSMAR GRABOWSKI, e ISA GRABOWSKI, com sede na Rua Joinville, n. 308, Ibirama/SC, início das atividades em 01/01/1981, e com o seguinte objeto (Evento 1 - CONTRSOCIAL6, fls. 1/4):

CLÁUSULA 3ª - O objeto da Sociedade será a exploração por conta própria, do ramo de Extração e Comercialização de Pedras Brutas (granito) para Construção Civil, e Transportes Rodoviários de Cargas; e, Britagem.

Depreende-se da matrícula n. 3.218 do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Ibirama/SC, que a Apelada COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA, primeiramente celebrou o arrendamento do bem de domínio de Rudiberto Jasper e Ursula Jasper para “extrair paralelepípedos, pedras brutas, meio fio e pedras amaroada” e autorização para fazer estradas para retirada de materiais e para executar detonações sob o terreno, na condição de arrendatária (20/09/1985) com encerramento em cinco anos (20/09/1990). Após foi registrada a constituição de servidão de trânsito (15/09/1986) e a aquisição da propriedade pela Firma Individual Hilário Possamai (18/12/1986), continuando em vigor o arrendamento (Evento 1 - INF15, R.5/3.218, fls.15/16; R.6/3.218, fl. 17; R.8/3.218, fl. 18). Finalmente, a Firma Individual Hilário Possamai vendeu o bem imóvel para a Apelada COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA (18/12/1992) (R.10/3.218, fl. 19).

Na matrícula n. 9.742 da mesma Serventia Extrajudicial, vislumbra-se que Antônio Manoel de Pinho e Natália de Pinho adquiriram o imóvel (21/05/1986) e conforme a AV.2/9.742: “Fica reservado para José Grabowski e seus legítimos sucessores o direito de aproveitar um caminho já existente, que vai da Estrada Geral, passa nas terras do comprador e vai até as terras de José Grabowski, com iguais direitos de servidão e conservação.” (24/06/1986) (Evento 1 - INF15, fls. 34/35). Os proprietários entabularam a venda da pedreira existente na área de 10.000 m² (e não o domínio do imóvel) para Arthur Toassi (06/02/1975), pelo prazo de 99 (noventa e nove) anos para exploração da pedreira e construção de ranchos e casa (Evento 1 - INF15, AV.3/9.742, fl. 35). No álbum imobiliário foi registrada a compra e venda de parte ideal do bem (44.400,00 m²) em favor da COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA (28/03 /1990), com a ressalva de manutenção do AV2 e AV3 atinentes a servidão de passagem e a alienação da pedreira (Evento 1 - INF15, R.4/9.742, fl. 36). Na sequência, ocorreu a venda de fração ideal do imóvel (62.584,00 m²) para Paulo de Pinho, Clara Rotta, José de Pinho, Antônio Manoel de Pinho, Leopoldina de Pinho e Luiz Manoel de Pinho (27/05/1994), também respeitadas as averbações 2 e 3 da matrícula (Evento 1 -INF15, R.5/9.742, fls. 36/37).

Desse modo, as matrículas imobiliárias não possuem registro ou averbação inerente à existência de autorização dos órgãos administrativos competentes, de âmbito nacional, para confirmar que a sociedade empresária Apelada exerceu originariamente a atividade de exploração das jazidas de minérios.

O conjunto probatório não corrobora a expedição de Licença Municipal em favor da Apelada, como havia sido emitida em prol da sociedade José Grabowski ME pelo período de 12 (doze) meses, expirada em 31/12/1986. Além disso, nenhuma prova documental foi produzida no sentido de demonstrar que a apelada COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA tenha adquirido o direito de pesquisa, lavra, exploração e/ou comércio de minérios.

O contrato social e suas alterações, de igual maneira, silenciam quanto à autorização para exercer a atividade fim (Evento 1 - CONTRSOCIAL6).

Os documentos encartados ao caderno processual foram minuciosamente analisados por este Relator, não havendo qualquer dúvida de que a COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA não comprovou a condição de “Empresa de Mineração” a teor dos arts. 79 e seguintes do Decreto-Lei n. 227/1967, bem como dos arts. 94 e 95 do seu Regulamento em vigor na época, *in verbis*:

Código de Minérios

Art. 79 Entende-se por Empresa de Mineração, para os efeitos deste Código, a firma ou sociedade constituída e domiciliada no País, qualquer que seja a sua forma jurídica, e entre cujos objetivos esteja o de realizar aproveitamento de jazidas minerais no território nacional. (Renumerado do Art. 80 para Art. 79 pelo Decreto-lei nº 318, de 1967) [...]

Art. 80 A Empresa de Mineração, para obter outorga do direito de pesquisar ou lavrar jazida mineral, ou exercer atividade de mineração no País, depende de autorização para funcionar, conferida por Alvará do Ministro das Minas e Energia, mediante requerimento da Empresa já constituída apresentado no D.N.P.M. acompanhado dos seguintes elementos de instrução e de prova: (Renumerado do Art. 81 para Art. 80 pelo Decreto-lei nº 318, de 1967) (Revogado pela Lei nº 9.314, de 1996)

I - No caso de firma individual, fotocópia autenticada do registro da firma no Departamento de Registro do Comércio, do Ministério da Indústria e do Comércio;

II - No caso de firma limitada, fotocópia autenticada, ou segunda via do contrato social, e prova do seu registro no Departamento de Registro do Comércio, do Ministério da Indústria e do Comércio.

III - No caso de sociedade anônima, folha do Diário Oficial onde consta a sua constituição.

§ 1º As pessoas, jurídicas estrangeiras, comprovarão sua personalidade, apresentando os seguintes documentos, legalizados e traduzidos:

escritura ou instrumento de Constituição;

b) estatutos, se exigidos, no País de origem;

c) certificado de estarem legalmente constituídos na forma das Leis do País de origem;

§ 2º O título de autorização para funcionar será uma via autêntica do respectivo Alvará, o qual deverá ser transcrito no livro próprio do D.N.P.M. e registrado em original ou certidão no Departamento de Registro do Comércio do Ministério da Indústria e do Comércio. (Revogado pela Lei nº 9.314, de 1996)

Regulamento do Código de Minérios

Art. 94. Entende-se por Empresa de Mineração, a firma individual ou sociedade organizada na conformidade da lei brasileira e domiciliada no país, qualquer que seja a sua forma jurídica, com o objetivo principal de realizar exploração e aproveitamento de jazidas minerais no território nacional.

§ 1º A firma individual só poderá ser constituída por brasileiro.

§ 2º Da sociedade poderão participar como sócios ou acionistas pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, nominalmente representadas no instrumento de sua constituição.

Art. 95. A firma individual ou sociedade, uma vez constituída e registrada no órgão de Registro do Comércio de sua sede, depende de autorização outorgada por Alvará do Ministro das Minas e Energia para funcionar como empresa de mineração.

§ 1º O requerimento dará entrada no D.N.P.M. e será instruído com os seguintes documentos: I - Prova de registro no órgão de Registro do Comércio de sua sede; II - Tratando-se de firma limitada ou de sociedade anônima, além da prova referida no inciso I, fotocópia autenticada ou segunda via do contrato social, ou fôlha do Diário Oficial da União ou do Órgão Oficial do Estado, contendo os atos de constituição.

Igualmente, não existe prova referente à concessão do direito de lavra por meio de títulos minerários do DNPM e, posteriormente, pela ANM.

À vista dessa constatação, a sociedade empresária Apelada não comprovou o registro na esfera nacional, conferido pelo Órgão competente, para autorizar o desenvolvimento da atividade de extração de granito das jazidas localizadas nos imóveis de sua propriedade. Se houve o desempenho da extração de minérios, tal ocorreu de maneira totalmente irregular desde o princípio, quando constituída a Sociedade Limitada.

A situação de irregularidade é inegável, eis que o ordenamento jurídico vigente à época, assim como as posteriores modificações da legislação que versa sobre o assunto, são todos no mesmo sentido: exigem o registro junto ao DNPM e após, perante a ANM.

O ponto fulcral do fato constitutivo do direito dos Apelados estaria representado pelo esvaziamento do objeto social mediante a perda da atividade principal de exploração de minérios. Entretanto, não é possível formular o pedido para retorno da extração das jazidas pela COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA, por meio da transmissão dos títulos minerários n. 815.427/2002 e n. 815.478/2010, quando a mesma nunca obteve esta concessão.

Noutro giro, a documentação coligida aos autos evidencia que a apelante COMERCIAL

DACLANDE LTDA ME cumpriu todas as condições pertinentes ao procedimento para lavra e aquisição dos direitos minerários perante o DNPM. Esta intelecção decorre da apreciação das provas produzidas por ambas as partes no processo, juntamente com o disposto no Código de Mineração, e também das informações colhidas do Ofício n. 00279/2019/PFE-ANM/PGF/AGU da Procuradoria Especializada junto à ANM/SC e da Nota Técnica n. 005/2019- DIFAM/ANM/SC-SAO, de 20/05/2019, os quais prestam esclarecimentos sobre os processos administrativos minerários de “Concessão de Lavra de Granito” e “Concessão de Lavra de Granito para Brita” n. 815.428/2010 e n. 815.427/2002 respectivamente (Evento 60 – OFIC325 a OFIC329, Evento 63 – INF339).

A esse propósito, cumpre trazer à baila a disciplina dos arts. 36 e 38 do Código de Mineração, no tocante ao procedimento de lavra:

Art. 36. Entende-se por lavra o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas.

[...]

Art. 38. O requerimento de autorização de lavra será dirigido ao Ministro das Minas e Energia, pelo titular da autorização de pesquisa, ou seu sucessor, e deverá ser instruído com os seguintes elementos de informação e prova:

I- certidão de registro, no Departamento Nacional de Registro do Comércio, da entidade constituída; (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

II- designação das substâncias minerais a lavar, com indicação do Alvará de Pesquisa outorgado, e de aprovação do respectivo Relatório;

III- denominação e descrição da localização do campo pretendido para a lavra, relacionando-o, com precisão e clareza, aos vales dos rios ou córregos, constantes de mapas ou plantas de notória autenticidade e precisão, e estradas de ferro e rodovias, ou, ainda, a marcos naturais ou acidentes topográficos de inconfundível determinação; suas confrontações com autorização de pesquisa e concessões de lavra vizinhas, se as houver, e indicação do Distrito, Município, Comarca e Estado, e, ainda, nome e residência dos proprietários do solo ou posseiros;

IV- definição gráfica da área pretendida, delimitada por figura geométrica formada, obrigatoriamente, por segmentos de retas com orientação Norte-Sul e Leste-Oeste verdadeiros, com 2 (dois) de seus vértices, ou excepcionalmente 1 (um), amarrados a ponto fixo e inconfundível do terreno, sendo os vetores de amarração definidos por seus comprimentos e rumos verdadeiros, e configuradas, ainda, as propriedades territoriais por ela interessadas, com os nomes dos respectivos superficiários, além de planta de situação;

V- servidões de que deverá gozar a mina;

VI- plano de aproveitamento econômico da jazida, com descrição das instalações de beneficiamento;

VII- prova de disponibilidade de fundos ou da existência de compromissos de financiamento, necessários para execução do plano de aproveitamento econômico e operação da mina.

Parágrafo único. Quando tiver por objeto área situada na faixa de fronteira, a concessão de lavra fica ainda sujeita aos critérios e condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

O Ofício da ANM confirma que os processos administrativos referentes à concessão parcial dos títulos minerários estão em plena vigência. A prova documental, em especial os dados básicos dos processos administrativos minerários DNPM n. 815.427/2002 e n. 815.428/2010 (Evento 61 - INF330 a INF334, e INF335 a INF338) e a cópia integral juntada com a prefacial, denotam a validade dos títulos.

Extrai-se da Nota Técnica n. 005/2019-DIFAM/ANM/SC-SAO, de 20/05/2019 (Evento 63 - INF339):

“1. A situação atual das concessões de lavra:

Processo 815.427/2002 - Trata-se de Concessão de Lavra de Granito para Brita, outorgada pela Portaria nº 499, publicada em 23/11/2015 para Comercial Daclande LTDA.

Processo 815.428/2010 - Trata-se de Concessão de Lavra de Granito outorgada pela Portaria nº 204, publicada no DOU em 22/11/2018, no município de Ibirama, SC.

As Concessões de lavra referidas se encontram em plena vigência, estando, porém, a titular com os direitos minerários indisponíveis, conforme publicação no DOU em 06/05/2019, o que não implica em impedimento à execução da atividade de conforme Nota n. 00308/2019/PFE-ANM/PGF/AGU;”

[...]

3. Prazo de vigência:

O prazo de vigência das portarias de concessão de lavra é indeterminado, desconhecendo-se dispositivos que fixem prazo específico de validade de tais dispositivos de concessão de direitos minerários de lavra;

4. Não foram identificados atos de revogação/cassação dentro dos processos referidos, tão somente a publicação de autorização de indisponibilidade dos direitos minerários conforme resposta ao quesito número 1 (um); [...]

Consoante fundamentado alhures, a COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA não comprovou qualquer autorização emitida pelo DNPM e/ou ANM para desenvolver as atividades de lavra, bem como que a concessão de lavra foi em algum momento deferida. Além destes fatos, a sociedade empresária Apelada não trouxe explicação contundente acerca da invalidade da cessão parcial de concessão de direito de lavra celebrada entre a COMERCIAL DACLANDE LTDA ME e a Cerâmica Indústria Cerâmica e Mineração Ltda - esta situada na Avenida Porcelana, n. 621, bairro

Itaqui, Campo Largo/PR; sendo a legítima titular da Portaria de Lavra n. 97, de 19/03/1993, oriunda do processo administrativo DNPM n. 815.139/1984 outorgado pelo Ministério de Minas e Energia e que autorizou a lavra de caulim e granito - conforme “Escritura Pública de Cessão e Transferência Parcial de Direitos de Lavra” do 1º Ofício de Notas e Protestos da Comarca de Ibirama/SC, lavrada em 22/04/2002 (Evento 1 - INF47), na qual consta que a área cedida para a empresa Apelante seria desmembrada da área maior objeto de concessão. Esta cessão parcial foi analisada no processo administrativo DNPM n. 815.427/2002.

Do mesmo modo, não houve qualquer explanação sobre a invalidade do “Contrato de Cessão Parcial de Direitos Minerários” encetado pela COMERCIAL DACLANDE LTDA ME e a Marmoraria Água Verde Ltda - esta estabelecida na Avenida Água Verde, n. 1110, Curitiba/PR -, na data de 16/12/2009 (Evento 1 - INF48). A cláusula primeira estabelece que a cedente é legítima titular dos direitos decorrentes da aprovação do relatório final de pesquisa por publicação no Diário Oficial da União de 08/04/2005, com requerimento de concessão de lavra de granito pendente de decisão, referente ao processo administrativo DNPM n. 815.084/1989, e, por conseguinte, na cláusula segunda, cede e transfere parte da área maior. A cessão parcial foi apreciada no processo administrativo DNPM n. 815.428/2010.

Com o máximo respeito, em momento algum os Apelados esclareceram a situação supracitada. Não parece crível que a sociedade empresária Apelada tenha desempenhado as atividades de exploração de minérios, durante tantos anos no mesmo local, sem que tivesse conhecimento de que a Cerâmica Indústria Cerâmica e Mineração Ltda e a Marmoraria Água Verde Ltda eram as titulares dos direitos de lavra das áreas das mesmas poligonais. A situação é nebulosa, pois os processos administrativos DNPM destas empresas foram iniciados nos anos de 1984 e 1989 respectivamente. Ao que tudo indica, a COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA desenvolveu as atividades de extração e comércio sem registro perante o DNPM e/ou ANM, e além disto, provavelmente o fez em áreas das poligonais de lavra concedidas originariamente para a Cerâmica Indústria Cerâmica e Mineração Ltda e a Marmoraria Água Verde Ltda.

Oportuno mencionar, novamente, que a COMERCIAL DACLANDE LTDA ME atendeu a todas as exigências legais para aquisição dos títulos minerários. Destaca-se que a documentação que instrui os presentes autos favorece a empresa Apelante, na medida que prova o cumprimento dos requisitos para concessão parcial dos direitos minerários. Inclusive, ficou demonstrado nos processos administrativos DNPM que lhe foram concedidas licenças ambientais de operação pela FATMA para “LAVRA DE GRANITO A CÉU ABERTO COM DESMONTE POR EXPLOSIVOS” (por exemplo, aquelas juntadas no Evento 1 - parte do INF44, INF45 e parte do INF46).

Por todo explicitado, chega-se a conclusão de que a COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA nunca desenvolveu as atividades de mineração sob autorização ou concessão do DNPM e/ou da ANM. O pedido para retomada da exploração das jazidas por meio da transmissão dos títulos minerários do DNPM é absolutamente impossível, quando a sociedade empresária Apelada nunca obteve tais direitos junto ao Órgão competente na esfera nacional.

Demais disso, os dois contratos de cessão parcial dos direitos de concessão foram celebrados entre a COMERCIAL DA CLANDE LTDA ME e as empresas Cerâmica Indústria Cerâmica e Mineração Ltda e Marmoraria Água Verde Ltda, ao passo que a COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA não pode interferir nos negócios jurídicos válidos e que atendem ao disposto no art. 104 do CC, eis que é terceira e nunca fez parte de qualquer relação contratual.

A causa de pedir e o pedido estão baseados no art. 55 do Decreto-Lei n. 227/1967, que disciplina:

Art. 55. Subsistirá a Concessão, quanto aos direitos, obrigações, limitações e efeitos dela decorrentes, quando o concessionário a alienar ou gravar, na forma da lei.

§ 1º. Os atos de alienação ou oneração só terão validade depois de averbados no DNPM.

§ 2º - A concessão de lavra somente é transmissível a quem for capaz de exercê-la de acordo com as disposições deste Código.

§ 3º - As dívidas e gravames constituídos sobre a concessão resolvem-se com extinção desta, ressalvada a ação pessoal contra o devedor.

§ 4º - Os credores não têm ação alguma contra o novo titular da concessão extinta, salvo se esta, por qualquer motivo, voltar ao domínio do primitivo concessionário devedor. (Grifou-se)

Nesse jaez, o concessionário pode alienar ou gravar a concessão, desde que haja averbação do ato de transmissão, e que o novo titular seja capaz de desenvolver a lavra, atendidos os pressupostos elencados no Código de Mineração.

O Ofício n. 00279/2019/PFE-ANM/PGF/AGU e a Nota Técnica antes mencionados, esclarecem que há possibilidade de indisponibilidade dos títulos minerários - tanto que a tutela provisória de urgência foi deferida neste sentido porque viável a incidência de gravame - e também que o concessionário poderá alienar para novo titular nos termos da norma retromencionada (Evento 60 - OFIC325 a OFIC329, Evento 63 - INF339).

Contudo, a referida transmissão é negócio jurídico, e portanto, dentre os elementos de validade (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei), exige-se a manifestação de vontade livre. Ou seja, o concessionário faz a cessão da concessão dos direitos minerários por ato volitivo.

Sobre a declaração de vontade como requisito de existência do negócio jurídico, cumpre trazer ao lume os ensinamentos da doutrina:

Negócio jurídico é a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente.

A regra geral positivada de interpretação dos negócios jurídicos é, sem sombra de dúvida, o já transcrito art. 112 do CC/2002, em que se vislumbra, claramente a ideia de que a manifestação de vontade é seu elemento mais importante, muito mais, inclusive, do que a forma como se materializou.

Isso porque, se a palavra é, sem sombra de dúvida, o instrumento do jurista, o seu eventual manejo impreciso não deve lesionar mais do que os limites da boa-fé.

Essa boa-fé objetiva torna-se, indubitavelmente, o barema de interpretação de todo e qualquer negócio jurídico, o que é extramente valorizado pelo CC/2002, tanto na regra geral do seu art. 113 (“Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”) quanto nas disposições genéricas sobre os contratos. (STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil - volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, Livro digital, VI Fato Jurídico, 2. Negócio Jurídico, 2.1. Conceito)

No caso sub judice, apresenta-se descabido o pedido de obrigação de fazer consistente na transferência dos títulos minerários pela COMERCIAL DACLANDE LTDA ME para a COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA. É da natureza do negócio que haja a livre manifestação de vontade de contratar a cessão de direitos.

Diante dessa intelecção, a pretensão inaugural é incabível, justo que a concessionária não pode ser obrigada a contratar com quem quer que seja. A respeito do princípio da autonomia da vontade, veja-se a lição doutrinária:

3.1. Princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo Não se pode falar em contrato sem autonomia da vontade.

E, por isso, o princípio da autonomia da vontade (ou do consensualismo) deve ser sempre visto como o primeiro princípio contratual específico.

Mesmo em um sistema como o nosso, que toma por princípio maior a função social do contrato, este não poderá, obviamente, ser distendido a ponto de neutralizar a livre-iniciativa das partes, consoante bem advertiu o insuperável Professor ARRUDA ALVIM:

“Parece, portanto, que a função social vem fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato”.

E, conforme já anotamos linhas acima, mesmo tendo por vetor a sua função social, o contrato é um fenômeno eminentemente voluntarista, fruto da autonomia privada e da livre-iniciativa.

[...]

Em síntese, temos que, como corolário da liberdade individual no campo negocial, a liberdade contratual foi erigida realmente ao patamar de princípio, mas que, por sua vez, não pode ser interpretado de forma absoluta.

Assim, envolvem-se, nessa ideia de liberdade contratual e suas limitações por preceitos de ordem pública, três modalidades distintas que podem ser didaticamente compreendidas da seguinte forma:

a) a própria liberdade de contratar: em regra, ninguém pode ser forçado a celebrar um negócio jurídico, pois isso importaria em um vício de consentimento a macular a validade da avença. Numa evidente flexibilização de tal regra (o que já mostra que nenhum princípio pode ser encarado seriamente como uma verdade absoluta para toda e qualquer situação, mas sim somente como uma verdade socialmente aceita), o direito positivo consagrou algumas situações de contratação obrigatória, como, por exemplo, em determinadas modalidades securitárias;

b) a mencionada liberdade de com quem contratar: aqui, também, se visualiza uma ressalva, quando se verifica, por exemplo, a ocorrência de um monopólio na prestação de serviços, o que, por outro lado, também é hodiernamente combatido por normas de Direito Econômico, na busca da realização da livre concorrência, princípio constitucional insculpido no art. 170, IV, da Carta de 1988;

c) a liberdade de estabelecimento do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar. Da mesma forma, constata-se facilmente uma limitação de tal modalidade no fenômeno do dirigismo contratual, sendo o contrato individual de emprego o exemplo mais evidente disso, uma vez que seu conteúdo mínimo é todo estabelecido, no sistema brasileiro, por normas constitucionais (art. 7º da CF/88) e infraconstitucionais (CLT e legislação complementar). (Obra citada, Livro digital, XIV Visão estrutural do contrato, Contratos, 3. Princiologia do Direito Contratual, 3.1. Princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo)

Logo, a pretensão configura ofensa ao princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo.

O pedido não encontra fundamento jurídico, seja porque a COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA nunca desempenhou, originariamente, a atividade empresarial com a devida autorização ou concessão do DNPM e/ou ANM a fim de justificar o retorno à exploração das jazidas; e também porque não pode a COMERCIAL DACLANDE LTDA ME ser obrigada a firmar contrato de cessão dos direitos minerários que lhe foram legitimamente concedidos pelo DNPM nos processos administrativos.

Denota-se, portanto, a carência de ação em virtude da impossibilidade jurídica do pedido e, conseqüentemente, do interesse processual, com espeque no art. 485, VI, do CPC.

b) Do mérito

Na dicção do art. 488 do CPC, “Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”. É o caso dos autos.

Em suma, a pretensão exordial está fulcrada na cessão de direitos minerários exercidos, em tese, originariamente por COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA, a qual é proprietária dos imóveis em que estão localizadas partes das jazidas de minérios.

In casu, o pedido de retomada da extração de minérios por meio da transmissão dos títulos minerários não encontra subsistência.

Consoante exaustivamente fundamentado neste voto, os Apelados não trouxeram prova contundente que fosse capaz de demonstrar o fato constitutivo do seu direito. Notadamente porque não provam a detenção dos direitos minerários desenvolvidos anteriormente, autorizados ou concedidos na esfera nacional, pelo DNPM e/ou ANM.

Destaca-se, novamente, que os direitos de lavra foram cedidos parcialmente para a COMERCIAL DACLANDE LTDA ME por empresas estranhas à lide, Cerâmica Indústria Cerâmica

e Mineração Ltda e Marmoraria Água Verde Ltda, as quais obtiveram a concessão perante o DNPM nos processos administrativos n. 815.139/1984 e n. 815.084/1989, respectivamente. Note-se que tais processos de concessões de lavra foram iniciados nos anos de 1984 e 1989, fato que denota que a COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA não possuiu qualquer espécie de registro pretérito de requerimento junto ao DNPM para exercer as atividades de extração de minérios regularmente.

Ao contrário dos argumentos expendidos na prefacial, o conjunto das provas confirma a validade e eficácia dos processos administrativos DNPM ns. 815.427/2002 e 815.478/2010 que embasaram a outorga da concessão parcial dos títulos minerários e resultaram na expedição das Portarias de Lavra em favor da COMERCIAL DACLANDE LTDA ME. Nesse trilhar, o ardid para o registro minerário não restou configurado nos autos.

O contexto fático-probatório não corrobora o abuso de poder econômico e deslealdade em detrimento à COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA e, logicamente, em relação aos sócios Apelados que integram a sociedade empresária, pois também alegam que sofreram prejuízo patrimonial decorrente da transferência indevida das atividades de lavra de minérios, por agir ilegal dos sócios Apelantes nas relações jurídicas e atos de gestão.

Data venia, apesar da ampla prova documental, constata-se que não foram descritos, e sequer comprovados, os atos específicos dos Apelantes GILBERTO, MARCO e ISA que teriam ensejado o esvaziamento do patrimônio da Sociedade Limitada Apelada. Aliás, a narrativa inicial é, por vezes, confusa quanto aos fatos, especialmente acerca dos atos supostamente praticados pelos Apelantes em detrimento dos Apelados e com objetivo de proveito próprio.

Frisa-se, finalmente, que o eventual abuso de poder e deslealdade empresarial dos sócios consistiria na utilização das áreas dos imóveis de matrículas n. 3.218 e n. 9.742 do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Ibirama/SC, nos quais estão localizadas parte das poligonais concedidas para lavra por 10 (dez) anos, sem contraprestação para a proprietária COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA. Esta situação não invalida os títulos minerários, mas apenas, e tão somente, fundamenta a cobrança e/ou indenização pelo uso das terras. Ademais, não foi formulado pedido para pagamento de indenização por perdas e danos, reparação civil ou ressarcimento de enriquecimento sem causa, razão pela qual não haverá análise relativa ao hipotético direito decorrente da utilização dos imóveis pela COMERCIAL DACLANDE LTDA ME.

Destarte, a improcedência dos pedidos deduzidos na demanda é medida que se impõe.

c) Dos ônus de sucumbência

Por derradeiro, considerando a reforma da sentença, impõe-se a inversão dos ônus de sucumbência.

Os Autores devem ser condenados a arcar com a totalidade das custas e despesas processuais, e dos honorários advocatícios, com fulcro nos arts. 82, § 2º e 87, caput e § 1º, do CPC, incumbindo

à COMÉRCIO E TRANSPORTES GRABOWSKI LTDA a proporção de 60% (sessenta por cento) da condenação, e para os Autores LEILA, DAVID, CLAYTON e ANDERSON a proporção de 10% (dez por cento) para cada, totalizando o percentual de 40% (quarenta por cento).

Condeno os Autores ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, estes arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, os quais serão divididos para pagamento na proporção supra. Destaco que foram analisadas as peculiaridades do litígio e sopesados os critérios expressos no art. 85, § 2º, do CPC para a fixação da verba honorária sucumbencial.

III – Da conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial com espeque no art. 487, I c/c art. 488 do CPC, e, em consequência, extinguir o feito, com resolução do mérito. Revogo a tutela provisória de urgência concedida no Evento 13, tudo a ser cumprido pelo Juízo de origem. Condeno os Autores ao pagamento das custas e despesas processuais, e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no art. 85, § 2º, do CPC. Os ônus de sucumbência foram fixados proporcionalmente, em consonância com o art. 87, caput, do CPC, nos termos da fundamentação.

Agravo de Instrumento n. 4000665-07.2020.8.24.0000, da Capital – Bancário

Relator: Desembargador Roberto Lucas Pacheco

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO OFERTADA. INSURGÊNCIA DO BANCO EXECUTADO. ALEGADA NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. DESNECESSIDADE. *QUANTUM DEBEATUR* QUE PODE SER APURADO POR SIMPLES CÁLCULOS ARITMÉTICOS, DE ACORDO COM OS PARÂMETROS CONTIDOS NO TÍTULO EXECUTIVO (CPC, ARTS. 509, § 2º, E 786, PARÁGRAFO ÚNICO). PRECEDENTES DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 400665-07.2020.8.24.0000, da comarca da Capital – Bancário (3ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis), em que é Agravante Banco do Brasil S/A, e Agravado Renato Augusto Monteclaro Cesar.

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jânio Machado, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rodolfo Tridapalli.

Florianópolis, 22 de outubro de 2020.

Desembargador Roberto Lucas Pacheco
Relator

RELATÓRIO

Banco do Brasil S/A interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida no juízo da 3ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis da comarca da Capital que, nos autos da ação revisional em fase de cumprimento de sentença n. 0310004-23.2014.8.24.0023/02, rejeitou a impugnação apresentada e homologou os cálculos apresentados pelo exequente (págs. 364 a 370 dos autos de origem).

O banco agravante argumentou, em síntese, que: a) não é cabível a homologação dos cálculos apresentados pelo exequente sem antes submetê-los ao crivo de perito judicial contábil, conforme dicção dos arts. 509, I, e 510, ambos do Código de Processo Civil, impondo-se, ao menos, a remessa à contadoria judicial, para verificar a observância dos vetores estabelecidos no título judicial em execução; e b) a decisão agravada já determinou a busca de bens com vistas à satisfação do valor informado pelo exequente, de sorte que há de se obstar de plano os efeitos da decisão agravada.

Assim, requereu a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso para que seja “reconhecida a nulidade do procedimento do cumprimento de sentença, bem como todos os atos de constrição e seja nomeado perito contábil” (pág. 7).

O efeito suspensivo foi indeferido (págs. 15 a 18).

Devidamente intimada, a parte agravada apresentou contrarrazões (págs. 23 a 25).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco do Brasil S/A contra a decisão que rejeitou a impugnação apresentada e homologou os cálculos apresentados pelo exequente.

O banco executado alega, em suma, que, “na liquidação por arbitramento, necessariamente, ainda que diante da omissão do agravante, o juízo deve nomear perito para a verificação dos cálculos do autor, ou ao menos, nos termos do art. 524, § 2º, do CPC, determinar a remessa dos autos à contadoria do juízo, com a mesma finalidade” (pág. 5).

Pois bem.

In casu, a fim de evitar a enfadonha tautologia, adota-se como razões de decidir o *decisum* combatido, proferido em 4.12.2019, pelo magistrado Silvio José Franco, porquanto irretocável na apreciação da *quaestio* (págs. 366 e 367 dos autos de origem):

Nas razões de sua impugnação ao cumprimento de sentença o banco executado restringe-se a aventar suposta afronta ao artigo 510 do Código de Processo Civil, porquanto não nomeado perito para apurar o valor devido. Para tanto, considera que o feito em apreço trata-se de liquidação de sentença.

O pleito, entretanto, não merece guarida, porquanto a apuração da dívida exequenda nunca pressupôs a liquidação de sentença, tendo o feito iniciado na forma do artigo 523 do Código de Processo Civil, que estabelece os procedimentos atinentes ao cumprimento de sentença para exigir a obrigação de pagar quantia certa.

O que ocorreu no caso em apreço foi que, ante a ausência dos documentos necessários à elaboração do cálculo inicial, o exequente pugnou pela intimação do banco executado para que acostasse aos autos os dados que estavam em seu poder, como possibilita o artigo 524, § 4º, da norma processual.

Desta feita, quando este juízo reputou corretos os cálculos apresentados às fls. 332-334, intimando o executado para pagamento, não o fez ignorando os preceitos atinentes à liquidação de sentença, mas sim porque, ante a inércia do executado para manifestar-se a respeito (conforme certidão de fl. 328), a presunção de veracidade dos cálculos apresentados pelo exequente é a consequência prevista na normal processual para a hipótese, como dispõe o parágrafo 5º do sobredito artigo, *in verbis*:

§ 5º Se os dados adicionais a que se refere o § 4º não forem apresentados pelo executado, sem justificativa, no prazo designado, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo exequente apenas com base nos dados de que dispõe.

Ademais, **nota-se que, em nenhum momento, o executado apontou qualquer efetiva incorreção no cálculo apresentado, tampouco indicou o valor que entende devido.** A impugnação, portanto, como restrita à tese acima rechaçada, deve ser rejeitada. [...] (sem destaque no original).

Considerando que foram alterados alguns encargos dos contratos em razão da revisão operada, entende-se que não é caso de liquidação da sentença por arbitramento, uma vez que a apuração do *quantum debeatur* compraz-se com simples cálculos aritméticos na forma do art. 509, § 2º, do Código de Processo Civil, o que, de mais a mais, não retira a liquidez da obrigação, a teor do art. 786, parágrafo único, do aludido diploma.

Nesse sentido, é o posicionamento reiterado desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO REVISIONAL EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.** INTERLOCUTÓRIA ADMOESTADA QUE NÃO ACOLHE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OPOSTA PELO EXECUTADO. INCONFORMISMO DO BANCO.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 15-4-19. INCIDÊNCIA DO PERGAMINHO FUX.

DEFENDIDO ALBERGUE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INACOLHIMENTO. VIA PROCESSUAL INEFICAZ PARA ATACAR O EXCESSO DE EXECUÇÃO. INCIDENTE DE EXCEÇÃO QUE SOMENTE É ADMISSÍVEL QUANDO PREENCHIDOS OS SEGUINTE REQUISITOS: (A) QUE A MATÉRIA INVOCADA SEJA SUSCETÍVEL DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO JUIZ E (B) QUE A DECISÃO POSSA SER TOMADA SEM A NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CASO CONCRETO EM QUE CLARAMENTE O BANCO NÃO CONCORDA COM OS CÁLCULOS APRESENTADOS DETALHADAMENTE PELA CREDORA. **DEFENDIDA NECESSIDADE DE ADREDE ETAPA DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DISPENSABILIDADE. APURAÇÃO QUANTITATIVA QUE SE DÁ POR SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO, A PARTIR DA ANÁLISE DAS DIRETRIZES CONTIDAS NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. PRECEDENTES RECENTES DESSE AREÓPAGO.** DECISUM PRESERVADO INCÓLUME. REBELDIA IMPROVIDA. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5007847-27.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. JOSÉ CARLOS CARSTENS KOHLER, 4ª Câmara de Direito Comercial, j. 16-06-2020, sem destaque no original).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - **AÇÃO REVISIONAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA - INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA** - INTERLOCUTÓRIO QUE CONSIDEROU INVIÁVEL A ETAPA DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA NOS MOLDES PRETENDIDOS PELA EXECUTADA, POR OFENSA À COISA JULGADA - RECURSO DA CASA BANCÁRIA. ARGUMENTO DA APELANTE NO SENTIDO DE SER NECESSÁRIA A LIQUIDAÇÃO, POR CONSIDERAR OS CÁLCULOS RELATIVOS AO “DECISUM” COMPLEXOS - TODAVIA, PARÂMETROS PARA REALIZAÇÃO DO CÔMPUTO PREVIAMENTE ESTABELECIDOS NO TÍTULO EXECUTIVO TRANSITADO EM JULGADO - CRITÉRIOS REQUERIDOS PELA PARTE RECORRENTE QUE NÃO SE COADUNAM COM O DECIDIDO NO ARESTO PROFERIDO POR ESTA CÂMARA, O QUAL ALTEROU O COMANDO JUDICIAL DE PRIMEIRO GRAU - INSURGÊNCIA DESPROVIDA. **Não é necessária prévia liquidação de sentença, por arbitramento (art. 509, I, do CPC) ou por procedimento comum (inciso II do mesmo dispositivo), quando a apuração quantitativa do valor devido pode ser feita mediante a elaboração de simples cálculo aritmético, na forma do art. 509, § 2º, da Lei Adjetiva**

Civil. Na espécie, a casa bancária pretende a liquidação de sentença, indicando diversos critérios de cálculos. Todavia, conforme título executivo transitado em julgado, os parâmetros para a promoção do cômputo da dívida já se encontravam previamente estabelecidos no comando judicial prolatado, inclusive de maneira diversa da pretendida. Desse modo, considera-se suficiente a apresentação de simples cálculo aritmético pela parte interessada, a teor do disposto no art. 509, § 2º, do Código de Processo Civil, restando clara a inutilidade da perícia técnica para dar início ao cumprimento de sentença. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS - AUSÊNCIA DE ARBITRAMENTO DO ESTIPÊNDIO PATRONAL NA ORIGEM - DESCABIMENTO DE MAJORAÇÃO - ENTENDIMENTO ASSENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DOS EDCL. NO AGINT NO RESP. 1573573 / RJ. A fixação de honorários advocatícios pela decisão impugnada é pressuposto inarredável à majoração da verba nesta instância, de forma que, ausente a fixação do estipêndio em primeiro grau, inviável falar em acréscimo da remuneração devida ao profissional. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4019196-49.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 26-05-2020, sem destaque no original).

Na mesma baila, colhe-se julgado deste Órgão Fracionário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO INTERNO. **CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS.** INTERLOCUTÓRIO QUE REJEITOU LIMINARMENTE A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INSURGÊNCIA DO BANCO. ALEGADA NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO PELO PROCEDIMENTO COMUM (ART. 509, II, DO CPC). **PRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO POR SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO, CONFORME OS CRITÉRIOS FIXADOS NO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL (ART. 509, § 2º, DO CPC).** **PRECEDENTES. INTERLOCUTÓRIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, RESTANDO PREJUDICADO O EXAME DO AGRAVO INTERNO.** (TJSC, Agravo Interno n. 4010472-22.2018.8.24.0000, de São José, rel. Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 21-02-2019, sem destaque no original).

Nesse contexto, impõe-se a manutenção da decisão agravada, haja vista a possibilidade de apuração do valor devido por simples cálculo aritmético.

À vista do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

É como voto.

Agravo de Instrumento n. 4002753-18.2020.8.24.0000

Relator: Des. Jânio Machado

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO E DE SEUS MODIFICATIVOS E CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO E MODIFICATIVOS REJEITADOS PELO ÚNICO CREDOR HABILITADO A VOTAR PELA CLASSE II. VOTO PROFERIDO EM MANIFESTA CONTRARIEDADE AO INTERESSE DA COMUNHÃO DE CREDITORES E AOS FINS DA LEI N. 11.101, DE 9.2.2005. ABUSO DE DIREITO. ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL. RECONHECIMENTO DA VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DAS EMPRESAS MATERIALIZADA PELA APROVAÇÃO DO PLANO E SEUS MODIFICATIVOS PELA MAIORIA ESMAGADORA DOS CREDITORES. CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTIGO 58, § 1º, DA LEI N. 11.101, DE 9.2.2005. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E DA CORTE. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DE DESÁGIO SOBRE A PARCELA DO CRÉDITO ATRELADA AO FUNDO CONSTITUCIONAL DE FINANCIAMENTO DO NORDESTE - FNE. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE CREDITORES PÚBLICOS E PRIVADOS SUJEITOS AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LEI N. 11.101, DE 9.2.2005. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO A CREDOR SUBMETIDO AOS EFEITOS DO PROCEDIMENTO DE REESTRUTURAÇÃO. ÍNDOLE MARCADAMENTE CONTRATUAL DO INSTITUTO QUE AUTORIZA A NEGOCIAÇÃO DE CRÉDITOS SUJEITOS AO PROCEDIMENTO, OBSERVADAS AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELA LEI N. 11.101, DE 9.2.2005. PREVISÃO DE CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA O PAGAMENTO DE CRÉDITOS VENCIDOS E EQUALIZAÇÃO DE ENCARGOS FINANCEIROS RELATIVOS A DÉBITOS DE QUALQUER NATUREZA. MEIOS LEGAIS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARTIGO 50, INCISOS I E XII, DA LEI N. 11.101, DE 9.2.2005. OBJEÇÃO ÀS PROPOSTAS DE 2 Gabinete desembargador Jânio Machado PAGAMENTO DOS CRÉDITOS DAS CLASSES II E III (CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS E DESÁGIO). DISPOSIÇÕES DE CUNHO ECONÔMICO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DA CORTE E DA CÂMARA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 4002753-18.2020.8.24.0000, da comarca de Tubarão (1ª Vara Cível), em que é agravante Banco do Nordeste do Brasil S/A e, agravante, TB Nordeste Indústria e Comércio de Revestimentos S/A e outros:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 26 de novembro de 2020, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra e dele participaram os desembargadores Roberto Lucas Pacheco e Rodolfo Tridapalli.

Funcionou, como representante do Ministério Público, o procurador de justiça Rogê Macedo Neves.

Florianópolis, 27 de novembro de 2020.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Banco do Nordeste do Brasil S/A interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão proferida nos autos da recuperação judicial n. 0300460-44.2017.8.24.0070, ajuizada por TB Sul Indústria e Comércio de Revestimento S/A, TB Nordeste Indústria e Comércio de Revestimentos S/A, Cerâmica Cedisa Ltda., Mineração Loghi Ltda., Mineração Tubarão Ltda., TB comércio, Administração e Participações Ltda. e SPE Itafenix Administradora de Imóveis Ltda., que homologou o plano e seus modificativos, concedendo a recuperação judicial (fls. 13.563/13.579 dos autos de origem). O agravante sustentou, em resumo, que: a) seu crédito é de R\$77.636.706,35 (setenta e sete milhões, seiscentos e trinta e seis mil, setecentos e seis reais e trinta e cinco centavos), sendo derivado de 4 (quatro) cédulas de crédito industrial; b) apesar dos esforços envidados, não logrou êxito em obter uma solução consensual com o Grupo TB; c) os deságios propostos para as classes II e III são abusivos, resultando no abatimento milionário de dívida pública; d) o voto pela rejeição do plano amparou-se na lei e nos princípios da administração pública; e) o exame da viabilidade econômico-financeira da empresa compete à assembleia geral de credores; f) o Grupo TB não agiu com transparência nem demonstrou interesse na composição da dívida, o que impediu a aferição da viabilidade da empresa e a aprovação do plano; g) a concessão da recuperação judicial pressupõe a aprovação do plano por todas as classes de credores (artigos 45 e 58, ambos da Lei n. 11.101, de 9.2.2005), o que não ocorreu, pois o plano e seus modificativos foram rejeitados por 100% (cem por cento) dos credores titulares de crédito com garantia real; h) os pressupostos autorizadores da concessão da recuperação judicial pelo quórum alternativo (artigo 58, § 1º, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005) não se fazem presentes, sendo de rigor a convocação em falência, nos termos do artigo 73, inciso III, da lei de regência; i) parte do crédito do banco foi concedida com recursos financeiros advindos do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE, sendo cogente a observância da legislação aplicável ao FNE e ilegal a estipulação de deságio para o pagamento de crédito desta natureza; j) a proposta contida no 2º (segundo) modificativo ao plano equivale à concessão de financiamento a fundo perdido; k) pelo critério da especialidade, a legislação do FNE prevalece em detrimento da Lei n. 11.101, de 9.2.2005; l) as cláusulas 4.2.3.1.1, 4.2.4.1.1 e 4.2.4.1.1.1, que dispõem sobre a correção monetária e os juros, são inválidas; m) a estipulação de deságios elevados, além de implicar a transferência do risco da atividade empresarial e do sucesso da recuperação judicial para os credores, viola os princípios da livre iniciativa e da boa-fé objetiva, caracterizando abuso de direito, nos termos do artigo 187 do Código Civil e; n) o Grupo TB agiu de modo contraditório e imbuído de má-fé ao listar o banco na classe II e, depois, postular o reconhecimento da abusividade do voto proferido em assembleia, o que malfez a disposição do artigo 422 do Código Civil.

O efeito suspensivo foi indeferido em juízo de admissibilidade (fls. 551/553).

As agravadas apresentaram resposta (fls. 558/964) e, depois, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 965), que, por parecer subscrito pela ilustre procuradora de justiça Monika Pabst, opinou pelo conhecimento e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso (fls. 969/1.021).

Na sequência, os autos vieram para julgamento, sendo comunicada a constituição de novos procuradores pelas agravadas (fls. 1.023/1.033) e providenciada a respectiva anotação no cadastro de procuradores, como se lê no SAJ.

VOTO

Em primeiro lugar, registra-se que, nesta sessão de julgamento, a Câmara também está examinando outros 3 (três) recursos de agravo de instrumento (autos ns. 4002774-91.2020.8.24.0000, 4005464-93.2020.8.24.0000 e 4004988-55.2020.8.24.0000), interpostos no mesmo processo de recuperação judicial.

TB Sul Indústria e Comércio de Revestimentos S/A, TB Nordeste Indústria e Comércio de Revestimentos S/A, Cerâmica Cedisa Ltda., Mineração Loghi Ltda., Mineração Tubarão Ltda., TB Comércio, Administração e Participações Ltda. e SPE Itafenix Administradora de Imóveis Ltda., sociedades empresárias integrantes do Grupo TB, ajuizaram pedido de recuperação judicial, alegando enfrentar grave crise econômico-financeira (fls. 1/1.192 dos autos de origem).

O processamento da recuperação judicial foi deferido em 7.3.2017 (fls. 1.515/1.520 dos autos de origem) e, no dia 17.3.2017, a sociedade simples Innovare Administradora em Recuperação e Falência, por seu representante legal, firmou compromisso de administradora judicial (fl. 1.724 dos autos de origem).

As agravadas exibiram o plano de recuperação judicial na data de 30.6.2017 (fls. 2.803/3.261 dos autos de origem), seguindo-se a apresentação de objeções pelos credores (fls. 3.551/3.558, 3.574/3.580, 3.585/3.603, 3.609/3.613, 3.635/3.638, 3.639/3.642, 3.643/3.662, 3.663/3.676, 3.715/3.721, 3.722/3.739, 3.741/3.765, 3.789/3.799, 3.800/3.808, 3.851/3.856 e 3.882/3.888 dos autos de origem).

Em face das objeções, o ilustre magistrado convocou a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano (fls. 4.392/4.393 dos autos de origem).

Em 1ª convocação, realizada em 12.3.2018, a assembleia geral de credores não se instalou diante da ausência de quórum mínimo (fls. 4.639/4.644 dos autos de origem). Por sua vez, na 2ª convocação, ocorrida em 16.4.2018, os credores deliberaram pela suspensão da solenidade (fls. 4.936/4.944 dos autos de origem).

As agravadas exibiram modificativo ao plano no dia 13.7.2018 (fls. 5.987/5.992 dos autos de origem) e, na assembleia de 17.7.2018, as propostas foram aprovadas pelas classes I e IV e reprovadas pelas classes II e III, o que importou na rejeição do plano e seu modificativo (fls. 6.034/6.050 dos autos de origem).

Por petição protocolada na data de 25.7.2018, as agravadas sustentaram a abusividade do voto proferido pelo agravante em assembleia geral de credores, pleiteando a concessão da recuperação judicial, com fundamento no artigo 58, “caput”, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, e, subsidiariamente, a flexibilização dos requisitos legais para a concessão da recuperação judicial com base no quórum alternativo da lei de regência (fls. 6.081/6.123 dos autos de origem).

O agravante opôs-se à pretensão (fls. 6.182/6.279 e 6.439/6.504 dos autos de origem) e, após a manifestação do representante do Ministério Público (fls. 6.505/6.515 dos autos de origem), das agravadas (fls. 6.516/6.528 dos autos de origem) e da administradora judicial (fls. 6.770/6.811 dos autos de origem), o ilustre magistrado, na data de 11.10.2018, homologou o plano e seu modificativo, concedendo a recuperação judicial (fls. 7.141/7.156 dos autos de origem).

A decisão homologatória do plano e concessiva da recuperação judicial foi impugnada por meio de recurso (fls. 8.622/8.710 dos autos de origem), tendo a Câmara, na sessão de 2.5.2019, dado parcial provimento ao agravo de instrumento n. 4030391-13.2018.8.24.0900 para afastar a homologação do plano e seu modificativo e, de ofício, determinar a apresentação de nova proposta de pagamento dos créditos das classes II e III (fls. 9.568/9.595 dos autos de origem).

Por determinação deste órgão fracionário, a administradora judicial requereu a convocação de assembleia geral de credores para o dia 12.9.2019 (fl. 10.601/10.604 dos autos de origem), o que foi deferido (fl. 10.614 dos autos de origem).

As agravadas peticionaram noticiando o andamento das tratativas com o banco (fls. 8.570/8.620, 10.615/10.641, 11.016/11.135 e 11.512/11.521 dos autos de origem), e a administradora judicial prestou as informações solicitadas pela Câmara no recurso anterior (fls. 11.139/11.473 dos autos de origem).

As agravadas apresentaram o “2º plano de recuperação judicial modificativo” (fls. 11.475/11.487 dos autos de origem) e, no conclave realizado na data de 12.9.2019, a proposta, muito embora tenha sido aprovada pela classe III, foi reprovada pela classe II, o que resultou na rejeição do plano de recuperação judicial e de seus modificativos (fls. 11.608/11.657 dos autos de origem).

As agravadas, sob a alegação do exercício abusivo do direito de voto, requereram o afastamento do voto proferido pelo agravante e a concessão da recuperação judicial, com fundamento no artigo 58, “caput”, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, e, em caráter subsidiário, a concessão do benefício legal a partir da mitigação dos requisitos do § 1º do artigo 58 (fls. 11.677/11.715 dos autos de origem).

O agravante objetou a pretensão (fls. 12.429/12.536 dos autos de origem) e, após a sucessiva manifestação do ilustre representante do Ministério Público (fls. 12.821/12.828 dos autos de origem) e da administradora judicial (fls. 12.837/13.444 dos autos de origem), o digno magistrado Edir Josias Silveira Beck, em decisão datada de 17.2.2020, homologou o plano e seus modificativos, concedendo a recuperação judicial às agravadas (fls. 13.563/13.579 dos autos de origem). Esta é a decisão objeto do agravo de instrumento que ora se examina.

A questão central a ser dirimida pela Câmara consiste em definir a possibilidade de concessão

da recuperação judicial às agravadas. Para tanto, far-se-á a divisão do voto em 3 (três) capítulos, assim intitulados: “I - Das premissas teóricas introdutórias”; “II - Da concessão da recuperação judicial” e; “III - Do controle judicial da legalidade das disposições do plano”. Para além do recurso à didática, esta abordagem é necessária para a compreensão da lide, observado o alto grau de complexidade das questões jurídicas a serem equacionadas pela Câmara.

I – Das premissas teóricas introdutórias

Segundo a mais elementar lição de direito empresarial, a empresa e o empresário não se confundem, porquanto aquela é a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços para o mercado, e este é o sujeito de direito que se propõe a exercê-la mediante a assunção de riscos.

Influenciada por fatores internos ou externos, a empresa pode vir a enfrentar grave crise do ponto de vista econômico e financeiro. Enfrentando-a, o empresário, a princípio, deverá lançar mão de uma solução de mercado e, acaso não logre êxito na tarefa a que se propôs, deverá recorrer a um dos instrumentos fornecidos pelo aparato estatal para a superação da situação de crise econômico-financeira de empresas viáveis, entre os quais se notabiliza a recuperação judicial.

No direito brasileiro, a recuperação judicial foi instituída pela Lei n. 11.101, de 9.2.2005, originária do Projeto de Lei - PL n. 4.376, apresentado pelo Poder Executivo, em 1993, durante o governo do Presidente Itamar Franco, que revogou as disposições da antiga “Lei de Falências”, o Decreto-lei n. 7.661, de 21.6.1945.

O PL tramitou por 10 (dez) anos até que o Plenário da Câmara dos Deputados, em sessão deliberativa datada de 15.10.2003, aprovou a subemenda substitutiva de plenário apresentada pelo relator, o deputado Osvaldo Biolchi. No Senado Federal, o PL foi convertido no Projeto de Lei da Câmara - PLC n. 71, sendo distribuído à Comissão de Assuntos Econômicos - CAE, sob a relatoria do senador Ramez Tebet, que promoveu sensíveis modificações no texto original do PL, fruto de amplo debate envolvendo variados segmentos da sociedade e suas lideranças.

No parecer lavrado pela Comissão de Assuntos Econômicos - CAE, que resultou na proposição de substitutivo integral do texto original do PL, cuja redação fora depois aprovada, com emendas, pela Comissão de Constituição e Justiça - CCJ e pelo Plenário do Senado Federal, o relator, o senador Ramez Tebet, descreveu os postulados do novo sistema de insolvência empresarial brasileiro:

“1) **Preservação da empresa:** em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, *know-how*, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

2) **Separação dos conceitos de empresa e de empresário:** a empresa é o conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços. Não se deve confundir a empresa com a pessoa

natural ou jurídica que a controla. Assim, é possível preservar uma empresa, ainda que haja a falência, desde que se logre aliená-la a outro empresário ou sociedade que continue sua atividade em bases eficientes.

3) **Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis:** sempre que for possível a manutenção da estrutura organizacional ou societária, ainda que com modificações, o Estado deve dar instrumentos e condições para que a empresa se recupere, estimulando, assim, a atividade empresarial.

4) **Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis:** caso haja problemas crônicos na atividade ou na administração da empresa, de modo a inviabilizar sua recuperação, o Estado deve promover de forma rápida e eficiente sua retirada do mercado, a fim de evitar a potencialização dos problemas e o agravamento da situação dos que negociam com pessoas ou sociedades com dificuldades insanáveis na condução do negócio.

5) **Proteção aos trabalhadores:** os trabalhadores, por terem como único ou principal bem sua força de trabalho, devem ser protegidos, não só com precedência no recebimento de seus créditos na falência e na recuperação judicial, mas com instrumentos que, por preservarem a empresa, preservem também seus empregos e criem novas oportunidades para a grande massa de desempregados.

6) **Redução do custo do crédito no Brasil:** é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico.

7) **Celeridade e eficiência dos processos judiciais:** é preciso que as normas procedimentais na falência e na recuperação de empresas sejam, na medida do possível, simples, conferindo-se celeridade e eficiência ao processo e reduzindo-se a burocracia que atravança seu curso.

8) **Segurança jurídica:** deve-se conferir às normas relativas à falência, à recuperação judicial e à recuperação extrajudicial tanta clareza e precisão quanto possível, para evitar que múltiplas possibilidades de interpretação tragam insegurança jurídica aos institutos e, assim, fique prejudicado o planejamento das atividades das empresas e de suas contrapartes.

9) **Participação ativa dos credores:** é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida.

10) **Maximização do valor dos ativos do falido:** a lei deve estabelecer normas e mecanismos que assegurem a obtenção do máximo valor possível pelos ativos do falido, evitando a deterioração provocada pela demora excessiva do processo e priorizando a venda da empresa em bloco, para evitar a perda dos intangíveis. Desse modo, não só se protegem os interesses dos credores de sociedades e empresários insolventes, que têm por isso sua garantia aumentada, mas também diminui-se o risco das transações econômicas, o que gera eficiência e aumento da riqueza geral.

11) **Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte:** a recuperação das micro e pequenas empresas não pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação.

12) **Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial:** É preciso punir com severidade os crimes falimentares, com o objetivo de coibir as falências fraudulentas, em função do prejuízo social e econômico que causam. No que tange à recuperação judicial, a maior liberdade conferida ao devedor para apresentar proposta a seus credores precisa necessariamente ser contrabalançada com punição rigorosa

aos atos fraudulentos praticados para induzir os credores ou o juízo a erro.

Naturalmente nem sempre é possível a perfeita satisfação de cada um desses enunciados, principalmente quando há conflito entre dois ou mais deles. Nesses casos, é necessário sopesar as possíveis consequências sociais e econômicas e buscar o ponto de conciliação, a configuração mais justa e que represente o máximo benefício possível à sociedade.” (os grifos estão no texto original).

A recuperação judicial, em última análise, consiste num mecanismo legal que visa à reestruturação de empresas viáveis, com vistas à preservação dos benefícios sociais e econômicos resultantes da atividade. Separando a sorte da atividade (empresa) e a sorte do sujeito que a exerce (empresário), o instituto tem como objetivo imediato a superação da situação de crise econômico-financeira e, como objetivos mediatos, a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses de credores, preservando-se a empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, conforme a previsão da lei de regência:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Entre os objetivos mediatos da recuperação judicial, a Lei n. 11.101, de 9.2.2005, estabelece uma ordem de prioridade, colocando em primeiro lugar a manutenção da atividade empresarial, sem a qual ficaria inviabilizado o alcance das demais finalidades legais, o que é explicado por Manoel Justino Bezerra Filho:

“A recuperação judicial destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social.

Por isso mesmo, a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o ‘emprego dos trabalhadores’. Mantida a sociedade empresária, a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os ‘interesses dos credores’. Esta é a ordem de prioridades que a Lei estabeleceu - o exame abrangente da Lei poderá indicar se o objetivo terá condições de ser alcançado. No entanto, a eficiência da Lei para o fim pretendido só se conhecerá com a prática no tempo, pois a avaliação final é feita pelos resultados efetivamente obtidos. Como lembra Jorge Lobo (*Revista Forense* 379), para a boa aplicação da lei deve haver ponderação de fins e princípios, sempre tendo em vista que a solução do conflito em si será casuística, condicionada pelas alternativas que se apresentem como hábeis para a solução do problema.

Deverá o juiz sempre ter em vista, como orientação principiológica, a prioridade que a lei estabeleceu para a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, recuperação da empresa.” (*Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 166).

De mais a mais, a interpretação das regras instituídas pela Lei n. 11.101, de 9.2.2005, em matéria de recuperação judicial, pauta-se em 2 (dois) princípios fundamentais: os princípios da função social e o da preservação da empresa.

Sobre o princípio da função social da empresa, Fábio Ulhoa Coelho leciona:

“O princípio da preservação da empresa decorre do princípio da função social da empresa. Esse, como visto (...), reconhece que, em torno da atividade econômica empresarial, gravitam variados interesses, que transcendem os dos investidores, empreendedores e empresários. Aos trabalhadores em geral interessa o fortalecimento e desenvolvimento das empresas, porque elas geram postos de trabalho. Aos empregados de uma empresa específica interessa a manutenção de seu emprego. Os consumidores têm interesse em atender às suas necessidades e querências, adquirindo os produtos e serviços fornecidos pelas empresas. O fisco se interessa pelos tributos gerados pela atividade econômica, etc.

A crise da empresa tem impacto social (...) exatamente porque tais interesses, que ultrapassam os dos sócios da sociedade empresária em dificuldade, ficam ameaçados.” (*Novo manual de direito comercial: direito de empresa*. 30. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 356).

Em relação ao princípio da preservação da empresa, ensina Marlon Tomazette:

“Como corolário da função social da empresa surgiu o princípio da preservação da empresa, o qual é, sem dúvida, o mais importante na interpretação da recuperação judicial. Trata-se de um princípio porque decorre de uma das finalidades da recuperação judicial e é o princípio mais importante, porque dele decorre o objetivo principal do instituto da recuperação judicial. Outrossim, sua consagração está presente ao longo de diversos dispositivos da Lei n. 11.101/2005, que denotam a intenção de manutenção da atividade.

Tal princípio tem sua origem no princípio da garantia do desenvolvimento nacional, previsto nos arts. 3º, II, 23, X, 170, VII e VIII, 174, *caput* e § 1º, e 192 da Constituição Federal. A ideia da preservação da empresa envolve a separação entre a sorte da empresa (atividade) e a sorte do seu titular (empresário individual ou sociedade), bem como da sorte dos sócios e dirigentes da sociedade. A recuperação judicial não se preocupa em salvar o empresário (individual ou sociedade), mas sim em manter a atividade em funcionamento. A empresa (atividade) é mais importante que o interesse individual do empresário, dos sócios e dos dirigentes da sociedade empresária. Não importa se estes terão ou não prejuízos, o fundamental é manter a atividade funcionando, pois isso permitirá a proteção de mais interesses (fisco, comunidade, fornecedores, empregados...). Não se descarta a manutenção da atividade com o mesmo titular, mas a preferência é a manutenção da atividade em si, independentemente de quem seja o titular.

Além da separação entre a sorte da empresa e do empresário, o princípio da preservação da empresa significa que o propósito liquidatório deve ficar em segundo plano. Se a empresa for viável, todos os esforços devem ser realizados para que ela se preserve. Essa é a regra geral da atual legislação.

(...).

O individual não pode ser mais importante que o coletivo e, por isso, sempre que possível deve-se buscar a preservação da empresa, ainda que em detrimento de um credor.” (*Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 3, ps. 81/83).

Traçadas tais premissas introdutórias, essenciais à compreensão da dinâmica do microsistema de insolvência empresarial disciplinado pela Lei n. 11.101, de 9.2.2005, passe-se à minudente análise das especificidades do caso concreto.

II – Da concessão da recuperação judicial

Na assembleia geral de 17.7.2018, o plano de recuperação judicial e seu primeiro modificativo obtiveram a aprovação de **99,53%** (noventa e nove vírgula cinquenta e três por cento) dos credores da classe I (votos favoráveis de 421 dos 428 credores presentes) e **98,51%** (noventa e oito vírgula cinquenta e um por cento) dos credores da classe IV (votos favoráveis de 66 dos 68 credores presentes), tendo sido rejeitados pelas classes II e III (fl. 6.045 dos autos de origem).

Em razão do reconhecimento da abusividade do voto proferido pelo agravante no conclave, o ilustre magistrado homologou o plano e seu primeiro modificativo, concedendo a recuperação judicial (fls. 7.141/7.156 dos autos de origem).

Insatisfeito, o agravante interpôs agravo de instrumento (autos n. 4030391-13.2018.8.24.0090), que foi parcialmente provido pela Câmara para afastar a homologação do plano e, de ofício, determinar a apresentação de uma nova proposta de pagamento das classes II e III (fls. 9.568/9.595 dos autos de origem).

A ordem judicial foi atendida, tendo as agravadas apresentado uma nova proposta de pagamento para tais classes (fls. 11.482/11.485 dos autos de origem):

“2.2 CLASSE II - CRÉDITOS COM GARANTIA REAL

Com a finalidade de readequar a forma de pagamento aos anseios dos credores presentes na Classe II, se inclui a Cláusula **4.2.3.1.1**, abaixo transcrita:

4.2.3.1.1 Os pagamentos da Classe II terão o seu valor aumentado por meio da realização de pagamento de Parcelas Mensais com Incremento:

Deságio: 50% (cinquenta por cento) de deságio sobre o crédito arrolado;

Prazo: carência de 36 meses (trinta e seis) meses, sem qualquer pagamento, iniciando-se a carência após o trânsito em julgado da decisão de homologação do Plano; após a carência, será realizado o pagamento em parcelas mensais ao longo de 180 (cento e oitenta) meses, sendo que nos primeiros 120 (cento e vinte) meses, serão pagas as “Parcelas Mensais Originais”, e nos últimos 60 (sessenta) meses, serão pagas as “Parcelas Mensais com Incremento”;

Correção: correção dos créditos pela aplicação da taxa de 0,25% a.m. incidentes a partir da publicação da decisão de homologação do Plano;

Forma de pagamento: pagamento em parcelas mensais, observadas as condições acima, diretamente ao credor, mediante depósito ou transferência bancária.

2.3. CLASSES III - CRÉDITOS QUIROGRAFÁRIOS, COM PRIVILÉGIO ESPECIAL, COM PRIVILÉGIO GERAL OU SUBORDINADOS

Objetivando propiciar um melhoramento na forma de pagamento dos credores presentes na Classe III, se inclui a Cláusula 4.2.4.1.1 e 4.2.4.1.1.1, abaixo transcrita:

4.2.4.1.1 Os pagamentos da Classe III terão o seu valor aumentado por meio da realização de pagamento de Parcelas Mensais com Incremento, de acordo com as Opções abaixo delineadas:

OPÇÃO A

Deságio: 75% (setenta e cinco por cento) de deságio sobre o crédito arrolado;

Prazo: carência de 48 meses (quarenta e oito) meses, sem qualquer pagamento, iniciando-se a carência após o trânsito em julgado da decisão de homologação do Plano; após a carência, será realizado o pagamento em parcelas mensais ao longo de 180 (cento e oitenta) meses, sendo que nos primeiros 120 (cento e vinte) meses, serão pagas as “Parcelas Mensais Originais, e nos últimos 60 (sessenta) meses, serão pagas as “Parcelas Mensais com Incremento”.

Correção: correção dos créditos pela aplicação da taxa de 0,25% a.m. incidentes a partir da publicação da decisão de homologação do Plano;

Forma de pagamento: pagamento em parcelas mensais, observadas as condições acima, diretamente ao credor, mediante depósito ou transferência bancária.

OPÇÃO B

Deságio: 65% (sessenta e cinco por cento) de deságio sobre o crédito arrolado;

Prazo: carência de 48 meses (quarenta e oito) meses, sem qualquer pagamento, iniciando-se a carência após o trânsito em julgado da decisão de homologação do Plano; após a carência, será realizado o pagamento em parcelas mensais ao longo de 216 (duzentos e sesses) meses, sendo que nos primeiros 132 (cento e trinta e dois) meses, serão pagas as “Parcelas Mensais Originais”, e nos últimos 84 (oitenta e quatro) meses, serão pagas as “Parcelas Mensais com Incremento”;

Correção: correção dos créditos pela aplicação da taxa de 0,25% a.m. incidentes a partir da publicação da decisão de homologação do Plano.

OPÇÃO C

Deságio: 50% (cinquenta por cento) de deságio sobre o crédito arrolado;

Prazo: carência de 48 meses (quarenta e oito) meses, sem qualquer pagamento, iniciando-se a carência após o trânsito em julgado da decisão de homologação do Plano; após a carência, será realizado o pagamento em parcelas mensais ao longo de 264 (duzentos e sessenta e quatro) meses, sendo que nos primeiros 144 (cento e quarenta e quatro) meses, serão pagas as “Parcelas Mensais Originais”, e nos últimos 120 (cento e vinte) meses, serão pagas as “Parcelas Mensais com Incremento”;

Correção: correção dos créditos pela aplicação da taxa de 0,25% a.m. incidentes a partir da publicação da decisão de homologação do Plano;

Forma de pagamento: pagamento em parcelas mensais, observadas as condições acima, diretamente ao credor, mediante depósito ou transferência bancária.” (os grifos estão no texto original).

Na assembleia ocorrida em 12.9.2019, o plano e seus modificativos foram aprovados, por cabeça (91,67%) e por crédito (51,51%), pela classe III, na forma do artigo 45, § 1º, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005. Por outro lado, na classe II, a proposta foi mais uma vez rejeitada pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A, o único credor habilitado a votar pela classe no conclave (fl. 11.621 dos autos de origem).

O artigo 58, “caput”, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, estabelece que, cumpridas as exigências legais, o juiz “concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano (...) tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei”. Por sua vez, o artigo 45 da lei de regência prevê que, “Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta apresentada”.

Já o § 1º do artigo 58 da lei de regência assegura a possibilidade de o magistrado conceder a recuperação judicial com base em plano cuja aprovação não foi obtida por meio do quórum regular do artigo 45, desde que, no conclave, obtenha-se, de forma cumulativa: “o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes” (inciso I); “a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do artigo 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas” (inciso II) e; “na classe que o 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” (inciso III). Além do mais, o § 2º ainda exige, como última condição para a concessão da recuperação judicial em casos tais, a inexistência de imposição, no plano, de tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

Os créditos do agravante constaram em 2 (duas) classes na relação de credores elaborada pela administradora judicial (R\$49.634.173,28 na classe II e R\$28.002.533,07 na classe III, fl. 3.366 dos autos de origem), sendo retificados após o julgamento da impugnação de crédito n. 0304311-91.2017.8.24.0075 (o crédito da classe II foi minorado para o valor de R\$42.506.064,24 e o da classe III, majorado para o valor R\$35.130.642,14), cuja decisão, no que aqui interessa, foi mantida pela Câmara (agravos de instrumento n. 4022222-37.2018.8.24.0900 e n. 4022422-44.2018.8.24.0900, de Tubarão, de minha relatoria, js. em 28.2.2018).

O agravante detém 100% (cento por cento) dos créditos da classe II presentes na assembleia geral de credores e 60,31% (sessenta vírgula trinta e um por cento) do valor total dos créditos votantes (titula R\$77.636.706,38 dos R\$128.713.626,21, fl. 11.630 dos autos de origem). Trata-se, portanto, do maior credor votante, o que lhe confere uma posição de destaque nesta recuperação judicial.

A rigor, o voto do banco pela rejeição do plano e seus modificativos inviabilizaria a concessão da recuperação judicial, quer pelo quórum regular, quer pelo quórum alternativo, resultando na convalidação do procedimento em falência, conforme dispõem os artigos 56, § 4º, e 73, inciso III, ambos da Lei n. 11.101, de 9.2.2005.

No entanto, o caso concreto exige uma solução diversa. Afinal, não se encontrando uma solução

de mercado para a superação da situação de crise econômico-financeira das devedoras, e sendo a recuperação judicial o único mecanismo apto à preservação de empresas viáveis, assegurando-se os seus benefícios, que, não raro, transcendem a esfera privada dos atores envolvidos no processo de reestruturação, a solução passa, necessariamente, pela ponderação dos interesses em conflito (credores, devedoras e comunidade em geral), a serem equacionados com sensibilidade, levando-se em conta os princípios da lei especial.

Para o sucesso da recuperação judicial e, pois, para a superação da situação de crise do devedor, não raras vezes decorrente das vicissitudes da economia globalizada, as interações estratégicas entre os agentes econômicos envolvidos na demanda hão de pautar-se em uma visão coletiva do processo de reorganização da empresa, em detrimento de um olhar individualista sobre cada crédito - independentemente de sua natureza e valor -, para alcançar o objetivo maior, que é o saneamento do colapso econômico-financeiro, preservando-se a atividade empresarial saudável e todos os seus benefícios. Para tanto, impõe-se uma cooperação recíproca entre o devedor e seus credores para obter-se um fim comum e benéfico a todos, evitando-se consequências mais severas aos agentes econômicos e à comunidade em geral. Em palavras mais singelas: na recuperação judicial, o interesse individual deve ceder espaço, cada vez mais, ao interesse coletivo, com vistas ao atingimento dos objetivos a que a lei especial se propõe.

É a compreensão que daí se retira:

“O mercado econômico possui vicissitudes que têm o condão de interferir no processamento da recuperação judicial.

Por meio da ‘teoria dos jogos’, percebe-se uma interação estratégica entre o devedor e os credores, capaz de pressupor consenso mínimo de ambos a respeito dos termos delineados no plano de recuperação judicial. Tais negociações demonstram o abandono do olhar individualizado de cada crédito e apego maior à interação coletiva e organizada, já que isso evitaria consequências mais drásticas, como a quebra da empresa” (SALOMÃO, Luis Felipe e PENALVA SANTOS, Paulo. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 73).

No ponto, rememora-se que o sistema de insolvência empresarial anterior, disciplinado pelo Decreto-lei n. 7.661, de 21.6.1945, foi marcado por um profundo dualismo pendular; prestigiava-se o interesse de credores e devedores, conferindo ênfase especial à liquidação dos ativos do devedor combalido, sem maiores preocupações com a preservação da atividade empresarial. Agora, no microsistema inaugurado pela Lei n. 11.101, de 9.2.2005, prevalece a noção de que o sistema de insolvência empresarial visa, primariamente, à manutenção da empresa viável, a fim de preservar seus benefícios. É, pois, à atividade produtiva, por sua importância enquanto organismo vivo, e não aos interesses particulares de credores e devedores isoladamente considerados, a quem se volta a proteção legal:

“O moderno direito das empresa em crise preocupa-se essencialmente com o valor da empresa em funcionamento, isto é, com a manutenção da atividade, em vez de dar primazia aos interesses dos credores. Não há mais uma visão liquidatória nesse ramo do Direito, buscando-se, sempre que possível, a manutenção da atividade” (TOMAZETTE, Marlon. *op. cit.*, p. 38).

O direito de voto, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, é conferido aos credores habilitados no processo, desde que a proposta a ser deliberada altere o valor ou as condições originais de pagamento de seus créditos, o que se extrai da leitura dos artigos 39, “caput”, e 45, § 3º, ambos da lei de regência. Vale dizer: vota no conclave assemblear o credor habilitado cuja esfera jurídica seja atingida pela novação resultante do plano de recuperação judicial.

Como se sabe, o direito de voto se insere na categoria dos direitos subjetivos, sujeitando-se a limitações. Trata-se de direito relativo, cujo exercício não pode atentar contra os fins econômicos e sociais que “a lei teve em mira quando o reconheceu e protegeu” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 182). Ao titular deste direito subjetivo, impõe-se o contraposto dever jurídico de conhecer os limites de seu exercício, sob pena de, ao ultrapassá-los, incorrer em abuso de direito (artigo 187 do Código Civil), que consiste, em última análise, no exercício antissocial do direito.

Sobre o abuso de direito, Paulo Nader ensina:

“Abuso de direito é espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo. É equivocado pretender-se situar o *abuso de direito* entre o ato lícito e o ilícito. Ou o ato é permitido no *Jus Positum* e nos pactos, quando é lícito, ou a sua prática é vedada, hipótese em que se reveste de ilicitude. Na dinâmica do abuso de direito tem-se, no *ponto inercial*, o que imediatamente antecede a conduta e até quando esta não se complete, a esfera do direito, mas à medida que a ação se desenrola, a conduta desborda-se do âmbito da licitude para transformar-se em *ato ilícito*.

(...).

Na opinião de Orlando Gomes, situada no plano *de lege ferenda*, o conceito deve dispensar a culpa, pois do contrário a lei neste ponto seria ineficaz. Diz o eminente civilista: *‘Aceitar a doutrina subjetiva, segundo a qual o abuso de direito só se configura quando há exercício malicioso do direito, seria confiná-lo aos casos em que se pode comprovar a intenção de prejudicar a outrem. Dificilmente se obtém essa comprovação’*. Ao dispor sobre a figura, pelo art. 187 do Código Civil de 2002, o legislador pátrio se refere à boa-fé objetiva, o que implica afirmar que a tese de Orlando Gomes prevaleceu.” (*Curso de direito civil: parte geral*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v.1, p. 528).

Muito embora não haja previsão expressa na Lei n. 11.101, de 9.2.2005, sobre a possibilidade de reconhecimento do abuso do direito de voto em assembleia (recorda-se que o § 1º do artigo 58, que estabelece o quórum alternativo para concessão da recuperação judicial, não se confunde com a declaração de abusividade do voto de credor, tratando, apenas, da possibilidade de imposição

de plano não aprovado na forma do artigo 45, desde que acolhido por uma maioria de credores), tem-se admitido, com ressalvas, a transposição, para o direito das empresas em crise, da teoria do conflito de interesses, cujas bases remontam à Lei n. 6.404, de 15.12.1976, regente das sociedades por ações.

Não por acaso, o Conselho da Justiça Federal - CJF, na I Jornada de Direito Comercial, aprovou o enunciado n. 45, aplicável ao direito das empresas em crise, que assim dispõe: “O magistrado pode desconsiderar o voto de credores ou a manifestação de vontade do devedor, em razão do abuso de direito”.

Ao tempo do julgamento do agravo de instrumento anterior (autos n. 4030391-13.2018.8.24.0900), este órgão fracionário reconheceu, a princípio, a inexistência de abusividade no voto proferido pelo agravante na assembleia do dia 17.7.2018. Naquela oportunidade, entendeu-se que o voto estava amparado em razões legítimas, já que parcela do crédito titulado pelo banco seria originária de financiamentos com repasse de recursos públicos do FNE, mas que não era o caso de convocação do procedimento em falência, diante da afirmação da administradora judicial de que havia a viabilidade econômico-financeira das empresas. Ao final, afastou-se a homologação do plano e se determinou a exibição de nova proposta de pagamento (fl. 9.595 dos autos de origem), com o único e singelo objetivo de aproximar os litigantes e obter uma solução consensual, pondo fim ao litígio.

As tratativas entre as agravadas e o agravante foram retomadas após o julgamento do recurso, como se lê nas petições protocoladas no primeiro grau (fls. 8.570/8.620, 10.615/10.641, 11.016/11.135 e 11.512/11.521 dos autos de origem). Contudo, ao fim e ao cabo, a solução consensual não foi obtida pelas partes.

As agravadas atribuíram a responsabilidade pelo insucesso das tratativas ao agravante, porquanto não teria demonstrado aptidão para negociar o crédito atrelado ao FNE, mantendo-se inflexível (fls. 11.681/11.693 dos autos de origem); o agravante, por sua vez, imputou-a às agravadas, já que não teriam encaminhado a documentação necessária à aferição da viabilidade econômico-financeira, o que justificaria o voto pela rejeição (fls. 12.431/12.448 dos autos de origem).

Seja como for, a despeito das justificativas dadas para o insucesso da autocomposição, o certo é que as agravadas exibiram propostas alternativas de pagamento, sendo todas rejeitadas pelo agravante. Finalmente, as agravadas exibiram o “2º plano de recuperação judicial modificativo”, lendo-se propostas de abatimentos sensivelmente inferiores àquelas previstas no plano de recuperação judicial (na classe II, o deságio foi reduzido de 75% para 50% e, na classe III, em relação à opção escolhida pelo agravante, o deságio foi minorado de 80% para 50%).

De mais a mais, na assembleia de 12.9.2019, as agravadas, dando mostras de seu esforço para propiciar condições ainda mais favoráveis ao banco, chegaram a comprometer-se ao pagamento do crédito atrelado ao FNE, inscrito na classe II, sem descontos (fl. 11.617 dos autos de origem), o que não se mostrou suficiente, tendo o agravante rejeitado a proposta por razões um tanto quanto genéricas (“em função de lei e normas de *compliance*” e do excesso de deságio e carência), como se lê na declaração de voto (fl. 11.657 dos autos de origem).

Ora, as agravadas reduziram, substancialmente, os deságios de ambas as classes a que o banco pertence, comprometendo-se, no conclave, ao pagamento do crédito proveniente do repasse de recursos federais (FNE) sem abatimentos. Ainda assim, o agravante manteve-se recalcitrante, rejeitando a proposta.

Não se pode olvidar que, no caso concreto, o plano de recuperação judicial e seus modificativos obtiveram aprovação nas classes I, III e IV, 2 (duas) das quais por quase a unanimidade de credores (I e IV). Ou seja, a recuperação judicial conta com o apoio massivo dos credores (foram 586 votos favoráveis de um universo de 615 credores votantes, fls. 6.045, 11.621 e 11.624 dos autos de origem). Em contrapartida, a proposta não fora aprovada na classe II, mediante o voto de 1 (um) único credor (fls. 11.621 e 11.624 dos autos de origem), que foi decisivo para o resultado do escrutínio, dada a expressividade do valor de seu crédito.

Em uma situação assim retratada, não é necessário maior esforço intelectual para concluir que o voto proferido pelo agravante em assembleia foi na contramão do interesse da comunhão de credores e dos fins a que a lei se dirige.

Assim sendo, a vontade coletiva dos credores impõe e justifica a flexibilização dos pressupostos legais para a concessão da recuperação judicial pelo quórum alternativo, em detrimento da primazia dos interesses individuais do agravante, que, valendo-se da prevalência de seu poder econômico, abusou do direito de voto na assembleia geral de credores (abuso de posição dominante). Afinal, ainda que os pressupostos dos incisos I e III do § 1º do artigo 58 da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, não se encontrem presentes, a singela existência de óbice formal não pode servir de entrave para o alcance do escopo legal (interpretação teleológica e axiológica da norma jurídica), que, em última análise, é a recuperação de empresas economicamente viáveis, buscando-se preservar suas benesses.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de caso emblemático envolvendo o exercício abusivo do direito de voto de credor que dominava a deliberação, já reconheceu a possibilidade de excepcional mitigação dos requisitos previstos no § 1º do artigo 58 para a concessão da recuperação judicial à empresa viável, em deferência à finalidade maior da Lei n. 11.101, de 9.2.2005:

“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 per fez 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." (recurso especial n. 1.337.989, de São Paulo, Quarta Turma, relator o ministro Luis Felipe Salomão, j. em 8.5.2018) (o grifo não está no texto original).

No corpo do voto, deixou-se assentado que “nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resultar circunstância que, além de não fomentar, na verdade, inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores”. Daí concluir-se que a preservação da empresa e de sua função social, como valor maior a ser protegido, não pode ser sacrificada pela fria, literal e isolada interpretação de um quórum alternativo complexo, cabendo ao juiz, no exercício de sua missão constitucional, ponderar, com sensibilidade, os interesses contrapostos e decidir de maneira equilibrada e justa.

Muito embora este relator tenha mencionado a inaplicabilidade do precedente em referência no agravo anterior (fl. 9.586 dos autos de origem), é certo que assim o fez em razão de especificidades próprias daquele momento, que desapareceram em virtude das vicissitudes do processo de recuperação judicial.

Enfatiza-se que, à época, as discussões em torno das condições de pagamento das classes II e III eram incipientes, havendo especial divergência entre as partes no tocante às tratativas envolvendo a parcela do crédito atrelada ao FNE, que, em linhas gerais, consiste em um instrumento de política pública voltado a contribuir para o desenvolvimento econômico e social de regiões do país, através da intermediação de instituições financeiras federais de caráter regional, mediante a execução de programas de financiamento a setores produtivos.

Na ocasião, este relator, movido pela ética aristotélica das virtudes, para quem a virtude intelectual prática é o ponto equidistante entre o excesso e a falta, ou seja, o meio-termo (=equilíbrio/

moderação), buscou a aproximação das partes para um diálogo, com vistas à autocomposição. Ainda que tal investida tenha rendido outros frutos, a exemplo da aprovação do plano e modificativos pelos credores quirografários (classe III), até então dissidentes, os litigantes não chegaram a uma solução consensual, tendo o agravante mantido o voto pela rejeição da nova proposição na assembleia geral de credores, mesmo após a expressiva redução dos deságios propostos para as classes II e III e, ainda, o comprometimento de pagamento do crédito atrelado ao FNE sem a incidência de deságio.

Agora, o voto proferido pelo banco mostrou-se desproporcional e abusivo, já que não corresponde ao interesse legítimo da comunhão de credores nem ao interesse público do instituto, contrariando os fins da Lei n. 11.101, de 9.2.2005.

A propósito, já se decidiu nesta Corte de Justiça que o voto pautado exclusivamente no interesse privado de credor, em prejuízo da “preservação de uma unidade produtora que, a princípio, propicia empregos e estimula a atividade econômica, reflete voto tendencioso e individualista” (agravo de instrumento n. 2015.045438-8, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 18.2.2016), não se compatibilizando com o interesse social que gravita em torno da recuperação judicial.

Anota-se que, se antes o reconhecimento da viabilidade econômico-financeira das empresas fora feito a partir de estudos da administradora judicial, órgão auxiliar do juízo, imparcial e equidistante em relação às partes envolvidas no processo, agora isto decorre da aprovação do plano e de seus modificativos por 3 (três) das 4 (quatro) classes de credores. Em outras palavras: o reconhecimento da viabilidade econômico-financeira das empresas - que, em última análise, retrata a confiança depositada pelos credores nas devedoras -, no caso concreto, consubstancia-se na aprovação do plano e modificativos pela maioria esmagadora dos credores, caindo por terra qualquer discussão sobre o tema.

A razão da insistência do agravante na falência das agravadas, ainda que velada, não é desconhecida. Afinal, na eventualidade de convocação do procedimento em falência, seus direitos e garantias seriam restabelecidos nas condições originalmente contratadas (artigo 61, § 2º, da lei de regência), tendo o banco primazia no recebimento de seus créditos, inclusive em relação ao fisco (na falência, os créditos com garantia real preferem aos créditos tributários). Vale dizer: na falência, em princípio, o agravante ostentaria posição privilegiada na classificação legal e mais atrativa para o recebimento dos valores que lhe são devidos.

Todavia, não se pode ignorar que a liquidação patrimonial forçada, como consequência natural do processo de falência, acarretaria, inevitavelmente, a depreciação dos ativos, tangíveis e intangíveis, do grupo societário, o que afetaria o pagamento do passivo sujeito ao concurso universal. Por esta razão, na falência, a classe quirografária, em que o agravante também está habilitado, tendo a reaver mais de R\$35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais), pouco ou nada receberia, o que é afirmado a partir das regras da experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente sucede em processos congêneres, aplicáveis por força do artigo 375 do Código de Processo Civil de 2015.

No particular, recorda-se que os procuradores das agravadas, no conclave, apresentaram aos credores presentes o “teste de estresse” (“the best interest of creditors test”) (fl. 11.615 dos autos de origem). Trata-se, em linhas gerais, de uma avaliação que tem por objetivo comparar a posição de credores a partir da simulação de cenários possíveis. De acordo com os dados revelados pelos advogados das devedoras, o agravante, na falência, receberia, aproximadamente, R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais) (dos quase R\$78.000.000,00 de seu crédito), enquanto que, na recuperação judicial, auferirá cerca de R\$40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) (fl. 11.700 dos autos de origem).

Não se ignora que o “teste de estresse” foi objetado pelo agravante (fl. 12.458 dos autos de origem). Mas a impugnação deu-se em caráter genérico, sem a apresentação de contraprova capaz de infirmar os dados divulgados pelas agravadas.

De mais a mais, recorda-se que o imóvel em que se situa o parque fabril da TB Nordeste lhe fora transferido, pelo município de Mossoró/RN, mediante doação com encargo, instituindo-se, no negócio, cláusula expressa de reversão do bem doado em caso de falência da donatária, conforme já se anotou no agravo de instrumento anterior (fl. 9.590 dos autos de origem). Como consequência disso, em se decretando a falência do grupo societário, o imóvel, que possui valor de mercado elevado (o bem, acrescido de suas benfeitorias, foi avaliado no valor de R\$45.876.000,00, fls. 3.206 e 12.860 dos autos de origem), poderá regressar ao domínio daquela municipalidade, caso em que não integrará o conjunto de bens destinado ao cumprimento das obrigações do falido (=massa falida objetiva), não podendo ser arrecadado para, com o produto de sua venda (=realização do ativo), proceder-se ao pagamento dos créditos, de acordo com a ordem legalmente estabelecida (artigos 83 e 149, ambos da Lei n. 11.101, de 9.2.2005).

Não se desconhece que foi estabelecido um limite temporal para a oposição da cláusula de reversão do bem doado (15 anos, a teor da cláusula 7ª do negócio, fl. 871 do agravo de instrumento n. 4030391-13.2018.8.24.0900) e que o prazo contratual já decorreu (a escritura pública foi lavrada em 16.7.2004, esgotando-se o prazo de 15 anos na data de 16.7.2019). Contudo, é certo que, na eventualidade de convolação em falência, o termo legal retroagiria à data do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, caso em que o juiz poderia fixá-lo em até 90 (noventa) dias antes deste marco (artigo 99, inciso II, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005). E, uma vez que o ajuizamento da recuperação judicial ocorreu em 24.1.2017, quando a cláusula 7ª (sétima) da escritura pública de doação estava surtindo seus efeitos, inexistiria óbice à execução da cláusula de reversão do bem.

Como se vê, aparentemente, a rejeição do plano e modificativos implicará maiores sacrifícios aos créditos pertencentes ao agravante do que sua aprovação. Logo, do ponto de vista do melhor interesse para o credor, a falência do grupo societário não se justifica, já que é desprovida de fundamento lógico e racional. Nesse sentido, em vista dos recursos públicos advindos do FNE, indaga-se: a falência terá o condão de melhor resguardar o interesse público subjacente a esta específica parcela do crédito do agravante? Ao que tudo está a indicar, não.

Enfatiza-se que a possibilidade do recebimento de valores inferiores na falência não foi

afirmada somente pelas agravadas, tendo sido destacada pelo promotor de justiça Janir Luiz Della Giustina (fl. 12.826 dos autos de origem) e, ainda, pelo ilustre magistrado Edir Josias Silveira Beck (fl. 13.576 dos autos de origem).

Ademais, não se pode perder de vista que o Grupo TB possui 305 (trezentos e cinco) colaboradores, entre ativos e inativos ou afastados, segundo o relatório mensal da administradora judicial do período de abril a junho de 2020 (fl. 15.331 dos autos de origem). Além do número expressivo de colaboradores, a consecução da atividade econômica do grupo societário viabiliza, indiretamente, a criação ou manutenção de inúmeros postos de trabalho. Por esse motivo, é inegável que a demissão em massa de trabalhadores, provocada num cenário de falência, implicaria severos impactos sociais, com consequências profundas e gravíssimas para a economia local, o que não pode ser tolerado pelo Judiciário, notadamente quando se constata que o grupo empresarial é integrado por sociedades que exploram empresas viáveis, 1 (uma) das quais se encontra em plena atividade desde 1982 (TB Sul, fl. 2.813 dos autos de origem), contribuindo, há décadas, para o desenvolvimento social e econômico do município de Tubarão/SC.

Além dos deletérios prejuízos sociais e econômicos, é certo que, na hipótese de convalidação do procedimento em falência, os créditos tributários, até então imunes aos efeitos da recuperação judicial (artigo 187, “caput”, do Código Tributário Nacional), sujeitar-se-iam ao concurso material e, pois, à ordem legal de pagamento. Nesse cenário, o fisco só receberia valores após o pagamento dos créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos no trimestre imediatamente anterior à decretação da falência até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, das despesas cujo pagamento antecipado se mostre indispensável à administração da falência, das importâncias passíveis de restituição, dos créditos extraconcursais, dos créditos derivados da legislação do trabalho e decorrentes de acidentes de trabalho e dos créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado (artigo 186, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, conjugado com os artigos 83, inciso III, 86, parágrafo único, 149, 150 e 151, todos da Lei n. 11.101, de 9.2.2005). É dizer: convalidando-se o procedimento em falência, o fisco, que titula crédito de interesse público indiscutível, sairia prejudicado, perdendo a posição privilegiada que a legislação lhe confere na recuperação judicial (insubmissão dos créditos tributários ao procedimento legal e possibilidade do ajuizamento de execução fiscal para reavê-los).

Admita-se ou não, a falência não é benéfica à comunidade em geral, porquanto contribui para a elevação do índice de desemprego, acarretando a redução da renda familiar, além de impactar na arrecadação tributária e, ainda, de refrear o estímulo estatal à concorrência empresarial, esta que gera efeitos sabidamente positivos ao público consumidor (redução de preços e elevação da qualidade de bens e serviços no mercado); a quebra tampouco é salutar do ponto de vista da economia, já que o achatamento da renda implica a diminuição do consumo e da circulação de bens e serviços, culminando com a redução dos níveis de investimento em atividades produtivas e da geração de riquezas, especialmente nos setores secundário e terciário, o que, em última análise, conduz à retração do mercado e do Produto Interno Bruto - PIB, prejudicando o crescimento econômico; nem é vantajosa para a coletividade de credores pelo risco potencial de frustração do pagamento dos créditos habilitados no concurso universal, realidade esta não muito distante do que sói ocorrer

em casos análogos, segundo revela a experiência histórica. Ou seja, independentemente do prisma sobre o qual se perscrute a questão, a conclusão que daí se retira é uma só: a falência não é atrativa e conveniente para ninguém, inclusive para o banco.

Sobre este último aspecto, destaca-se que, em artigo publicado, no ano de 2017, na “Revista Direito GV”, intitulado “Custos de falência no Brasil comparativamente aos estudos norte-americanos”, cujo teor pode ser acessado por intermédio da rede mundial de computadores, Fernanda Karoliny Nascimento Jupetipe, Eliseu Martins, Poueri do Carmo Mário e Luiz Nelson Guedes de Carvalho divulgaram os dados de uma pesquisa pioneira que teve por objeto a investigação dos custos envolvidos nos processos de insolvência empresarial à luz da Lei n. 11.101, de 9.2.2005. A partir da adoção do método de amostragem, os pesquisadores analisaram, no período de fevereiro a outubro do ano de 2013, 102 (cento e dois) casos de falência que tramitaram em varas empresariais das comarcas de São Paulo/SP, Belo Horizonte/MG e Contagem/MG, concluindo que os custos diretos do procedimento consomem, em média, 34,66% (trinta e quatro vírgula sessenta e seis por cento) do ativo final apurado, que o período médio de duração de uma falência é de 9,2 (nove vírgula dois) anos e que a taxa média de recuperação total dos créditos é de apenas 12,40% (doze vírgula quarenta por cento):

“Nesta pesquisa, os custos diretos também foram estimados em relação ao ativo final da falida como forma de aprimorar a relação custos/ativos, uma vez que o ativo inicial geralmente difere do ativo entregue aos credores (ativo final). Por essas razões, estimar a proporção dos custos diretos em relação ao ativo final parece mais coerente por permitir observar o quanto dos recursos disponíveis a ser distribuído entre os credores foi consumido pelos honorários dos profissionais, custas e despesas processuais. Pelos dados encontrados, foi possível observar que, em média, esses custos representaram 89,91% do valor final dos ativos das falidas da amostra.

Estimou-se o percentual do ativo final que foi consumido em função dos desembolsos com os custos diretos ao longo do processo falimentar. Ao observar o Quadro 5, tem-se que do valor total disponível a ser distribuído entre os credores, em média, 34,66% foram consumidos com o pagamento dos custos diretos, restando para a distribuição entre os credores aproximadamente 65%. (...).

Em relação ao tempo despendido nos processos, o período médio de duração das falências dessa amostra foi de 9,2 anos. O processo mais célere durou apenas 1,2 ano, muito provavelmente por se tratar de uma falência frustrada (quando a falida não possui ativos para saldar as dívidas). Enquanto o mais moroso durou 36,3 anos.

A variação do valor dos ativos foi estimada segundo a metodologia utilizada por Bris, Welch e Zhu (2006). Esses autores calcularam a variação do ativo das empresas comparando o valor do ativo pré-falência e pós-falência. Sendo o valor do ativo pré-falência o valor dos bens declarados pelas empresas na entrada do processo de liquidação e o do pós-falência o valor total pago aos credores acrescido das taxas e despesas judiciais pagas.

Neste trabalho, foram considerados valores dos ativos pré-falência (ativo inicial) os valores presentes nos autos de arrecadação e avaliação apresentados pelo administrador judicial ou síndico no início dos processos e, como pós-falência (ativo final), todos os valores pagos aos credores, incluindo os custos diretos pagos.

Obteve-se como resultado que os ativos das falidas tiveram perda de valor de 46,84% em média. Em apenas

quatro dos 29 casos, os valores do ativo tiveram aumento. Isso demonstra a dificuldade de maximizar o valor dos ativos em processos falenciais.

Outra forma de observar a variação do valor do ativo é considerar como seu valor final o valor total pago aos credores subtraído do valor gasto com os custos diretos. Essa seria uma maneira de obter a variação do ativo inicial em relação ao resultado líquido obtido com a arrecadação dos bens na falência.

Ao analisar a variação do ativo líquido dos custos diretos, observou-se uma perda de 58,48% em média. Isso indica que, do total dos bens arrecadados, aproximadamente 40% ficaram disponíveis para o pagamento dos credores que não eram extraconcursais. O que evidencia que a perda de valor dos ativos e os custos diretos dos processos afetam diretamente o objetivo desse instituto de ressarcir credores.

As taxas de recuperação dos credores foram calculadas para a dívida total dos devedores e também para as classes de crédito, segundo a Lei n. 11.101/2005. Observou-se que de toda a dívida das falidas, em média 12,40% foram ressarcidos aos credores. Em relação às classes, os créditos com as maiores taxas de recuperação (excluindo-se um processo que teve pagamento de restituições) foram os extraconcursais com taxa média de 60,19% e os trabalhistas, com recuperação média de 35,06%. Nos casos de falência frustrada, o Estado não tem ressarcimento das custas judiciais, os profissionais envolvidos no processo nada recebem pelos serviços prestados e a taxa de recuperação dos credores é igual a zero.”

Do que se viu, o estudo apontou que, além de morosa, a falência, em razão dos seus custos diretos e da desvalorização dos ativos, é muito pouco eficiente para o alcance dos fins a que se propõe: a maxivalorização dos ativos do devedor e o pagamento dos credores submetidos ao concurso universal, em conformidade com a ordem legal. Na prática, os dados revelados pela pesquisa denotam que os ativos realizados nos processos de falência só são suficientes para o pagamento de uma parcela dos créditos trabalhistas (artigo 83, inciso I, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005), deixando à míngua, portanto, os demais credores do falido.

Nesse contexto, a vontade exteriorizada pela maioria dos credores em assembleia (aprovação nas classes I, III e IV), consistente na conservação das empresas, revela-se mais adequada para o atendimento dos anseios da comunidade, do fisco, das devedoras e da coletividade de credores, inclusive dos dissidentes, a exemplo do agravante, assim como mais consentânea com os fins a que a lei especial se dirige: a superação da situação de crise econômico-financeira, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (artigo 47 da Lei n. 11.101, de 9.2.2005). Afinal, na dicotomia entre preservar as empresas, mantendo o pagamento de credores, ainda que com a imposição de sacrifícios, ou decretar a falência das devedoras, correndo o risco concreto de frustração na satisfação dos créditos habilitados no concurso universal, é razoável e sensato que se opte pela primeira solução: entre pouco ou nada receber, a escolha soa óbvia.

E nem se alegue que o voto pela rejeição da proposta se deu diante da parcela do crédito titulado pelo agravante, atrelada ao repasse de recursos públicos (FNE), pois as agravadas, na última assembleia, comprometeram-se a pagá-la sem deságio e, ainda assim, a proposição foi rejeitada pelo banco. Além do mais, se é indiscutível o interesse público subjacente a esta parcela do crédito do

agravante, derivada da execução de uma política pública para o fomento das atividades das agravadas, também não se pode olvidar da matriz constitucional da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, assentada, em última análise, nas garantias do desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II), da erradicação da pobreza e das desigualdades sociais (art. 3º, inciso III) e da função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII), bem ainda nos princípios regentes da ordem econômica (artigo 170).

Assinala-se que a Câmara não desconhece a situação do passivo fiscal das agravadas (segundo os dados revelados pela administradora judicial, o passivo fiscal totaliza R\$290.816.998,11, fl. 15.369 dos autos de origem, o que representa quase 1/2 do valor total das dívidas do grupo societário, observada a importância sujeita à recuperação judicial, que é de R\$325.807.913,62, fl. 15.344 dos autos de origem). Mas, a administradora judicial noticiou que as agravadas estão diligenciando para a obtenção do parcelamento especial de débitos tributários perante as fazendas públicas estaduais (SC e RN) e federal, na forma do artigo 68, “caput”, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005 (fls. 11.141/11.142 e 15.341 dos autos de origem), o que ficou evidenciado pelos documentos de fls. 11.261/11.274, 11.276/11.288 e 11.302/11.314 dos autos de origem, fato revelador de que as devedoras não intentam eximir-se de suas responsabilidades. De todo modo, os créditos do fisco não se submetem ao procedimento de reorganização, razão por que a singela existência de um passivo deste jaez - o que, reconheça-se, é previsível, pois se está diante de um grupo societário combatido e que atravessa uma situação de crise -, por si só, não impede a concessão da recuperação judicial.

Ademais, especificamente em relação aos encargos trabalhistas (FGTS), a administradora judicial, por determinação deste órgão fracionário (fl. 9.594 dos autos de origem), informou que: a) os créditos vencidos no período de janeiro de 2017 a novembro de 2018 foram adimplidos; b) os créditos vencidos no interregno de dezembro de 2018 e julho de 2019 não foram pagos; c) os créditos vencidos e impagos não submetidos à recuperação judicial foram objeto de pedido de parcelamento, tendo a Caixa Econômica Federal - CEF denegado o pleito e; d) foram tomadas medidas administrativas para a reversão da decisão tomada pela CEF perante o Conselho Curador do FGTS (fl. 11.140 dos autos de origem).

Como se vê, as agravadas estão regularizando suas pendências atinentes ao FGTS, o que denota o comprometimento com seus colaboradores. Muito embora o inadimplemento de encargos trabalhistas constituídos após o ajuizamento do pedido não represente óbice à concessão da recuperação judicial (o crédito não se sujeita ao procedimento), serve de importante vetor, auxiliando o julgador a aferir a seriedade das devedoras no tocante ao atingimento dos fins legais.

Assim sendo, em razão do desejo da coletividade de credores pela manutenção das empresas, dos fins últimos a que a lei especial se dirige e de tudo o que antes se expôs, impõe-se, a partir do reconhecimento da abusividade do voto proferido pelo agravante, a mitigação dos requisitos do § 1º do artigo 58 da lei de regência e, pois, a concessão da recuperação judicial às agravadas, assim sendo prestigiados os princípios da função social e da preservação da empresa.

Casos análogos já foram examinados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prevalecendo a solução que a Câmara está a prestigiar:

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL ART. 58, §1º, LEI Nº 11.101/05 - ‘CRAM DOWN’ - MITIGAÇÃO NA EXIGÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA AGRAVADA MANTIDA - Abuso do direito de voto por parte dos credores com garantia real, especialmente em razão do valor expressivo de seu crédito, pretendendo se sobrepor ao interesse dos demais credores e do soerguimento da empresa - Princípio da preservação da empresa Art. 47, Lei n 11.101/05 Precedentes do c. STJ e das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste E. TJSP - RECURSO DESPROVIDO NESTE TÓPICO.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL - JUROS, PRAZO DE CARÊNCIA E DE PAGAMENTO - Credor recorrente que sustenta que há abusividade das cláusulas do plano, considerando os encargos e os prazos de pagamento e de carência previstos - Saldo remanescente a ser pago em 8 anos, com carência de 12 meses e incidência de juros de 6% ao ano - Inexistência de abusividade, considerando o critério da viabilidade econômica, aprovado pela maioria dos credores em Assembleia Geral - Cláusulas de caráter estritamente negocial - RECURSO DESPROVIDO NESSE TÓPICO.

(...)” (agravo de instrumento n. 2186907-88.2019.8.26.0000, de Ferraz Vasconcelos, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, relator o desembargador Sérgio Shimura, j. em 5.5.2020).

E:

“Recuperação judicial. Plano aprovado. *Cram down*. Razões suficientes e justificadas para flexibilização dos quóruns do artigo 58, par. 1º, da LREF. Credor agravante que era o único presente de sua classe e que atuou de modo evidentemente abusivo, a fim de obter outras vantagens e garantias a seu crédito. Condições de pagamento, de carência e de acréscimos que não são abusivas. Leilão reverso. Possibilidade, no caso, desde que não beneficia ou privilegia qualquer específico credor. Faculdade indistinta que a todos se abriu. Impossibilidade, porém, de condicionamento da convolação em falência no caso de descumprimento. Decisão apenas neste ponto revista. Agravo de instrumento provido em parte.” (agravo de instrumento n. 2127984-06.2018.8.26.0000, de São Carlos, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, relator o desembargador Cláudio Godoy, j. em 15.1.2019).

Mudando o que deve ser mudado, a Corte já decidiu no mesmo rumo:

“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.” (agravo de instrumento n. 4007286-25.2017.8.24.0000, de Mondai, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, relator o desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade, j. em 28.2.2019).

Mais:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE APROVOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL COM FULCRO NO ART. 58, § 1º, DA LEI N. 11.101/2005. RECURSO DE BANCO CREDOR.

ALEGADA AUSÊNCIA DE VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. NÃO ACOLHIMENTO. PLANO REJEITADO NA ASSEMBLEIA-GERAL. NÃO OBTENÇÃO DO QUORUM DE MAIORIA SIMPLES NA CLASSE DE CREDITORES COM GARANTIA REAL. VOTO DESEFAVORÁVEL DE UM DOS DOIS CREDITORES PRESENTES. PREENCHIMENTO, TODAVIA, DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 58, §§ 1º E 2º, DA LEI N. 11.101/2005. APROVAÇÃO DO PLANO EM JUÍZO PELO INSTITUTO DO CRAM DOWN. NECESSIDADE DE EVITAR O ABUSO NO DIREITO DE VOTO E PRESTIGIAR A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. INTELIGÊNCIA DO ART. 47 DA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS ACUMULADOS E PROJEÇÃO NEGATIVA QUE SOMENTE DEMONSTRA A SITUAÇÃO DE CRISE VIVENCIADA PELA AGRAVADA, MAS NÃO IMPEDE A CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

TESES DE ELEVADO DESÁGIO E EXCESSIVO PRAZO DE PAGAMENTO DAS OBRIGAÇÕES. QUESTÕES RELATIVAS A DIREITOS PATRIMONIAIS E DISPONÍVEIS. SOBERANIA DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES QUE NÃO SE SUBMETE AO CONTROLE JUDICIAL.

(...).

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.” (agravo de instrumento n. 4023168-56.2019.8.24.0000, de Criciúma, Quarta Câmara de Direito Comercial, relatora a desembargadora Janice Ubialli, j. em 28.1.2020).

Enfatiza-se que o plano de recuperação judicial e seus modificativos não estabelecem tratamento discriminatório para os credores da classe que os rejeitou (há tratamento horizontal uniforme na classe dos credores com garantia real), satisfazendo-se, pois, a exigência contida no § 2º do artigo 58 da lei de regência.

III – Do controle judicial da legalidade das disposições do plano.

Nas razões do recurso, o agravante insistiu na impossibilidade de incidência de deságio sobre a parcela do crédito atrelada ao FNE, assim como na abusividade do plano de pagamento previsto para as classes II e III (fls. 27/49).

É consabido que a análise da viabilidade econômico-financeira da empresa não compete ao Poder Judiciário, não lhe sendo dado, como corolário, imiscuir-se no exame da exequibilidade do plano de recuperação judicial. Isto é, não cabe ao magistrado o exercício de juízo de futurologia sobre a possibilidade de cumprimento da negociação coletiva levada a cabo entre o devedor e seus credores.

Pela natureza eminentemente contratual do plano de recuperação judicial (recurso especial n. 1.631.762, de São Paulo, Terceira Turma, relatora a ministra Nancy Andrighi, j. em 19.6.2018), a

aferição da viabilidade econômica das disposições nele convencionadas é atribuída, exclusivamente, à assembleia geral de credores, que goza de soberania em suas deliberações, de acordo com o entendimento prevalecente nas Turmas componentes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (recurso especial n. 1.660.195, do Paraná, Terceira Turma, relatora a ministra Nancy Andrighi, j. em 4.4.2017 e recurso especial n. 1.302.735, de São Paulo, Quarta Turma, relator o ministro Luis Felipe Salomão, j. em 17.3.2016).

Por outro lado, ainda que a decisão caiba aos credores, é pacífico o entendimento de que o Judiciário pode promover, sem adentrar nos aspectos econômicos do plano de recuperação judicial, o controle de legalidade de suas disposições, o “que, em si, em nada contemporiza a soberania da assembleia geral de credores” (recurso especial n. 1.532.943, do Mato Grosso, Terceira Turma, relator o ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 13.9.2016). É dizer: ao juiz é atribuída a tarefa de exercer o controle de legalidade das cláusulas do plano de recuperação judicial, a fim de depurar eventuais convenções violadoras de norma cogente.

Nesse sentido, na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal - CJF, editou-se o enunciado n. 44: “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”.

Com relação à alegada impossibilidade de incidência de deságio sobre a parcela do crédito atrelada ao FNE, a insurgência recursal não merece vingar.

Em sua essência, a recuperação judicial consiste em um instituto do direito privado, ainda que se reconheça sua louvável função pública, em vista da função social da empresa. Trata-se, em linhas gerais, de uma grande negociação coletiva entre o devedor e os seus credores, que culmina na elaboração de um plano, de índole marcadamente contratual, cuja aprovação opera a novação “sui generis” das obrigações por ele abrangidas, subordinada à condição resolutiva (=convolação da recuperação judicial em falência em razão do descumprimento, pelo devedor, de obrigações assumidas no plano no biênio legal de supervisão judicial).

A lei de regência prescreve que todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, submetem-se aos efeitos da recuperação judicial (artigo 49, “caput”, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005). E as únicas exceções legais à regra geral de sujeição dos créditos à recuperação judicial dizem respeito aos credores proprietários (artigo 49, §§ 3º e 4º, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005) e ao fisco (artigo 187, “caput”, do Código Tributário Nacional), que foram expressamente excluídos do procedimento de recuperação de empresas viáveis.

De mais a mais, o artigo 50 da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, traz um rol exemplificativo dos meios a serem adotados para a superação da situação de crise, estabelecendo, nos incisos I e XII, a possibilidade de “concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas e vincendas” e “equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza (...)”.

Ora, a lei de regência não estabelece nenhuma distinção ontológica entre credores públicos e privados submetidos à recuperação judicial. A única ressalva legal dirige-se aos créditos tratados

no artigo 54, “caput” e parágrafo único, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, a quem a lei limitou a esfera de disposição negocial.

Nessa linha de raciocínio, se o crédito do agravante está submetido ao procedimento de reestruturação, não se divisa, em princípio, nenhum óbice à adoção dos meios legais de soerguimento e, portanto, à incidência dos efeitos da novação resultante do plano de recuperação judicial, observada a especialidade da Lei n. 11.101, de 9.2.2005. Afinal, se a própria lei especial não faz distinção entre credores públicos e privados inseridos no procedimento de reestruturação, não é dado ao intérprete fazê-lo, conferindo tratamento privilegiado a uns em detrimento de outros, o que implicaria violação ao princípio da isonomia entre os credores.

Numa situação assim retratada, não havendo proibição expressa na lei de regência, ainda que se divise a razão de ser da insurgência do agravante e da preocupação da ilustre procuradora de justiça Monika Pabst (fls. 984/985), esta última fundada na defesa da ordem jurídica pelo envolvimento de recursos públicos, como já mencionado no recurso anterior, não se vislumbra, diante da preponderância do aspecto contratual do plano, a ilegalidade na instituição de deságio sobre a parcela do crédito do banco derivada do repasse de recursos do FNE.

No que tange às cláusulas ns. 4.2.3.1.1, 4.2.4.1.1 e 4.2.4.1.1.1 do segundo modificativo ao plano de recuperação judicial, que tratam da forma de pagamento das classes II e III, a Câmara não está autorizada a examiná-las, pois tais disposições se inserem no aspecto econômico da proposta, o que obsta a sua revisão pelo Judiciário, na esteira do entendimento prevalecente na Corte Superior:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE EMPRESA. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL HOMOLOGADO. SUSPENSÃO DOS PROTESTOS TIRADOS EM FACE DA RECUPERANDA. CABIMENTO. CONSEQUÊNCIA DIRETA DA NOVAÇÃO SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA. CANCELAMENTO DOS PROTESTOS EM FACE DOS COOBRIGADOS. DESCABIMENTO. RAZÕES DE DECIDIR DO TEMA 885/STJ. PARCELAMENTO DOS CRÉDITOS EM 14 ANOS. CORREÇÃO MONETÁRIA PELA TR MAIS JUROS DE 1% AO ANO. CONTEÚDO ECONÔMICO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. REVISÃO JUDICIAL. DESCABIMENTO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 8/STJ À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

(...).

4. “Não compete ao juiz deixar de conceder a recuperação judicial ou de homologar a extrajudicial com fundamento na análise econômico-financeira do plano de recuperação aprovado pelos credores” (Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Comercial do CJF). Julgados desta Corte Superior nesse sentido.

5. Descabimento da revisão judicial da taxa de juros e do índice de correção monetária aprovados pelos credores, em respeito à soberania da assembleia geral.” (recurso especial n. 1.630.932, de São Paulo, Terceira Turma, relator o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 18.6.2019).

Na Corte, a propósito, também já se decidiu:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE CONCEDE A RECUPERAÇÃO APÓS A APROVAÇÃO DO PLANO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. IRRESIGNAÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO CREDOR. PLANO DE RECUPERAÇÃO. PRAZOS DE PAGAMENTO, CARÊNCIA, DESÁGIO, CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. ASPECTOS RELACIONADOS AO CONTEÚDO ECONÔMICO DO PLANO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO JUIZ. CONTROLE JUDICIAL RESTRITO À LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO APRESENTADO.

(...).

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.” (agravo de instrumento n. 4003910-26.2020.8.24.0000, de Indaial, Segunda Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Altamiro de Oliveira, j. em 25.8.2020).

Idêntica compreensão é encontrada na Câmara:

“DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL - DECISÃO QUE HOMOLOGOU PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO EM ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES - 1. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO APENAS QUANTO À LEGALIDADE - 2. DESÁGIO, PRAZO DE PAGAMENTO E DE CARÊNCIA E ENCARGOS FINANCEIROS - MATÉRIAS RELACIONADAS À EFETIVIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO PLANO - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA TEMÁTICA - SOBERANIA DAS DELIBERAÇÕES REALIZADAS PELA ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES - 3. CLÁUSULAS QUE RESTRINGEM DIREITOS EM FACE DOS COOBRIGADOS - ILEGALIDADE - CLÁUSULAS QUE NÃO ATINGEM O CREDOR DISCORDANTE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em sede de recuperação judicial, não é dado ao magistrado examinar a viabilidade econômica da empresa, matéria de exclusiva apreciação assemblear.
2. As discussões sobre deságio, prazo de pagamento, carência e encargos financeiros são de notório caráter econômico da assembleia de credores.
3. Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Deste modo, havendo cláusulas no plano de recuperação que importem em restrições a tais direitos, somente podem ser aplicadas àqueles que expressamente com ela concordaram.” (agravo de instrumento n. 4016402-55.2017.8.24.0000, de Joinville, relator o desembargador Monteiro Rocha, j. em 6.2.2020).

No tocante ao deságio, não se pode perder de vista que o processo de recuperação judicial envolve uma grande negociação coletiva, sendo natural o estabelecimento de novas condições de pagamento, inclusive o abatimento de valores:

“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 (...). 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.

(...) 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.” (BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *op. cit.*, ps. 192/193).

Por isso, ao contrário do que foi afirmado nas razões recursais (fls. 43/49), a previsão da incidência de deságio sobre créditos não encerra qualquer abusividade, constituindo um dos meios legais para a superação da situação de crise econômico-financeira, como já foi dito neste órgão fracionário (agravo de instrumento n. 4018334-78.2017.8.24.0000, de Joinville, de minha relatoria, j. em 24.5.2018).

Por sua vez, a ilustre representante do Ministério Público, em seu parecer, questionou a validade de diversas disposições do plano de recuperação judicial (fls. 993/1.011), opinando pela revisão judicial, de ofício, de tais cláusulas contratuais.

Como é consabido, o Ministério Público não é parte na recuperação judicial, nela exercendo, unicamente, o papel de fiscal da ordem jurídica, a fim de assegurar a lisura do procedimento, resguardando eventuais interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos envolvidos (artigo 189 da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, conjugado com o artigo 178, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015).

Muito embora o artigo 4º da Lei n. 11.101, de 9.2.2005, que previa a intervenção obrigatória do Ministério Público no processo de recuperação judicial, tenha sido vetado, é certo que a lei de regência assegura a participação do órgão ministerial nas etapas mais importantes e decisivas do procedimento, facultando-lhe a intervenção para a tomada das medidas judiciais que julgar pertinentes ao caso.

O plano de reorganização, quanto às disposições questionadas no parecer ministerial, foi homologado em seus próprios termos, sendo o Ministério Público intimado da decisão (fls. 13.587 e 13.602 dos autos de origem). Por isso, discordando da solução dada no primeiro grau, competia ao Ministério Público interpor agravo de instrumento contra a decisão concessiva da recuperação judicial, como a lei lhe faculta (artigo 59, § 2º, da Lei n. 11.101, de 9.2.2005), não podendo utilizar a via eleita por terceiro como sucedâneo de recurso próprio para tratar de questões não revolvidas para discussão, alargando os limites do objeto recursal.

Mudando o que deve ser mudado, a Corte assim já decidiu:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE CONCEDE A RECUPERAÇÃO APÓS A APROVAÇÃO DO PLANO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. IRRESIGNAÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO CREDOR.

PLANO DE RECUPERAÇÃO. PRAZOS DE PAGAMENTO, CARÊNCIA, DESÁGIO, CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. ASPECTOS RELACIONADOS AO CONTEÚDO ECONÔMICO DO PLANO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO JUIZ. CONTROLE JUDICIAL RESTRITO À LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO APRESENTADO.

(...).

MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO PARA QUE TERMO INICIAL DO PRAZO BIENAL DE SUPERVISÃO JUDICIAL SEJA INICIADO APÓS O PRAZO DE CARÊNCIA DOS CREDORES QUIROGRAFÁRIOS. ÓRGÃO QUE POSSUI OS MESMOS ÔNUS, PODERES E DEVERES PROCESSUAIS DAS PARTES QUANDO ATUA COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO APTO A MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA. (...).

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.” (agravo de instrumento n. 4003910-26.2020.8.24.0000, de Indaial, Segunda Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Altamiro de Oliveira, j. em 25.8.2020).

Ultimando, ao contrário do afirmado pelo agravante (fls. 49/53), não se verifica o comportamento contraditório nem a má-fé das agravadas, pois o banco não foi o único inscrito na classe dos credores titulares de crédito com garantia real, ainda que tenha sido o único habilitado a votar pela classe. Anota-se que a Celesc Distribuição S/A também integra a classe II (fl. 3.352 dos autos de origem) e não participou do escrutínio por razões alheias ao conhecimento de todos.

Com essas considerações, o recurso interposto é desprovido.

Por último, não se faz necessária “a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes” e, tampouco, a “menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados”. (AgRg no REsp. 1.480.667/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.12.2014).

Ação Rescisória n. 4016495-47.2019.8.24.0000, de Urussanga

Redator designado: Desembargador Hélio do Valle Pereira

AÇÃO RESCISÓRIA – MINERAÇÃO – PROIBIÇÃO LEGAL SUPERVENIENTE – INDENIZAÇÃO – LICENÇA AMBIENTAL – PRAZO DETERMINADO – REPARAÇÃO A TANTO LIMITADA. 1. A coisa julgada é cláusula constitucional pétrea, mas a ação rescisória também está na Constituição. Se não cabe vulgarizá-la, tratando-a como um recurso que proteja o litigante relapso, muito menos deve ser observada como uma excentricidade processual, uma extravagância dogmática, algo tão bissexto que se preste a ser aprioristicamente rejeitado. Deve ser reservada para desconstituir decisões sensivelmente arreadas a um padrão razoável de justiça (como é no caso concreto). 2. A atividade minerária é devastadora, já tendo gerado no sul de Santa Catarina índices ambientais aterradores. Houve um movimento legislativo para vetar a sua continuidade, uma surpreendentemente oportuna iniciativa de diversas Câmaras de Vereadores. A validade desse procedimento foi ratificada pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal em face de congênere lei do Município de Criciúma. 3. Princípios tanto quanto possível se conciliam, harmonizando-os de maneira que se dê a máxima eficácia a todos. Proteção ambiental e livre iniciativa são compossíveis, mas não há direito adquirido de poluir. O licenciamento ambiental é dado por prazo certo e não existe a prerrogativa necessária de renovação. Eis campo dinâmico e aquilo que é aceitável em um momento pode se tornar repulsivo adiante. 4. Empresa mineradora não é dona de carvão; pode ter direito de explorá-lo conferido pela União. Dependerá do licenciamento ambiental, que não tem prazo indefinido de vigência. 5. Lei do Município de Cocal do Sul proibiu a mineração. É regra constitucional. O prejuízo de empresa mineradora apenas pode ser reconhecido em relação ao período de duração de todas as licenças ambientais então em vigor. 6. Repulsa ao capitalismo de Estado, aquele que bravateia contra a intervenção oficial, mas simultaneamente vê a Administração como seguradora contra os riscos da álea empresarial. 7. Julgo pela rescisão parcial de acórdão deste Tribunal de Justiça, que deferira reparação econômica integral, o que projeta um despropositado valor superior à arrecadação inteira de um ano da municipalidade. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4016495-47.2019.8.24.0000, da comarca de Urussanga - 2ª Vara em que é Autor o Município de Cocal do Sul e Réu Um Urussanga Minérios Ltda.

A Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria dos votos, julgar procedente em parte o pedido rescisório, vencidos os Desembargadores Artur Jenichen Filho (relator), Sérgio Roberto Baasch Luz, Ronei Danielli, Rodrigo Collaço, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Júlio César Knoll e Francisco Oliveira Neto.

Participando do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Artur Jenichen Filho, Pedro Manoel Abreu, Sérgio Roberto Baasch Luz (Presidente com voto), Jaime Ramos, Jorge Luiz de Borba, Sônia Maria Schmitz, Ronei Danielli, Luiz Fernando Boller, Rodrigo

Collaço, Odson Cardoso Filho, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Júlio César Knoll, Vera Lúcia Ferreira Copetti e Francisco Oliveira Neto.

Florianópolis, 26 de agosto de 2020.

Desembargador Hélio do Valle Pereira
Relator designado

RELATÓRIO

O Município de Cocal do Sul ajuizou ação rescisória em face de Um Urussanga Minérios Ltda. tendo como objeto acórdão da 3ª Câmara de Direito Público com esta ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA. AGRAVO RETIDO – AUSÊNCIA DE PEDIDO DE ANÁLISE NAS RAZÕES DE APELAÇÃO – RECURSO NÃO CONHECIDO – INTELIGÊNCIA DO ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELO – PROIBIÇÃO DE EXTRAÇÃO DE CARVÃO MINERAL PELA LEI MUNICIPAL N. 207/97 E PELO DECRETO SA/N. 096/97 EM RAZÃO DA INSTITUIÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 225, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – DIREITO DE PROPRIEDADE NÃO ABSOLUTO – PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE – INTERESSE SOCIAL PREVALENTE – LIMITAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – NÃO CARACTERIZAÇÃO – DESAPOSSAMENTO DO IMÓVEL NÃO OCORRIDO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INDENIZAÇÃO, PORÉM, DEVIDA – EXPLORAÇÃO DA ÁREA INVIABILIZADA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Para se falar em desapropriação indireta impõe-se que sejam preenchidos os seguintes requisitos: que o bem tenha sido incorporado ao patrimônio do Poder Público e que a situação fática seja irreversível. (EREsp n. 628.588/SP, Relª. Minª. Eliana Calmon, DJe de 9.2.09) Porém, comprovados os danos materiais alegados pela parte, decorrentes da impossibilidade de extração de carvão mineral da sua propriedade em razão da instituição de área de preservação permanente, é devida indenização pelo ente público, na medida em que demonstrada a perda do valor econômico do bem. (TJSC, AC n. 2008.023293-1, rel. des. Wilson Augusto do Nascimento)

Na ação rescindenda, a empresa foi impossibilitada de extrair carvão mineral em sua propriedade em decorrência de instituição de área de preservação permanente. Em que pese ao não reconhecimento da desapropriação indireta, fixou-se indenização a ser paga pelo Poder Público, porque comprovou-se perda no valor econômico da propriedade do particular.

Nesta demanda rescisória, o Município de Cocal do Sul alegou que o acórdão tratou de situações fáticas e violou norma jurídica constitucional (art. 170), uma vez que a seara municipal detém competência para legislar sobre temas de interesse local, inclusive meio ambiente. Além disso, houve erro de fato ao passo que foi desconsiderado o prazo de validade da licença ambiental, portanto, “não haveria que se cogitar indenização em relação às jazidas minerais eventualmente

existentes no subsolo como pleiteou a requerida”, uma vez que a indenização apenas seria cabível no tocante ao produto de sua exploração e as jazidas são de propriedade da União. A indenização, ademais, considerou os lucros cessantes e danos emergentes, o que resultou em condenação de expressivo valor. Ainda que a área de preservação permanente impeça a exploração de carvão, ela deve ser compreendida, neste caso, como limitação administrativa, não desapropriação indireta, porque a posse não foi transferida à Administração Pública. Nessa linha de raciocínio, a indenização é devida sobre o carvão mineral e tem como limite temporal o prazo de validade do contrato ou, ainda, a licença ambiental. Requereu a tutela de urgência para que os efeitos do acórdão rescindendo fossem suspensos e, no pedido principal, pleiteou a rescisão do acórdão para afastar o dever de indenizar. Subsidiariamente, pediu que o valor indenizatório fosse limitado “ao prazo de validade da licença ambiental em vigência”.

Foi indeferida a tutela antecipada e o autor interpôs agravo interno, julgado conjuntamente com a ação principal.

A empresa, na contestação, fala que o cabimento da ação rescisória está condicionada à subsunção ao rol taxativo do art. 966 do CPC, o que não se sucedeu: o acórdão ora combatido “reconheceu a sua legitimidade para legislar” sobre temas de interesse local e o acórdão que se almeja rescindir cuidou da indenização pela limitação administrativa. Dessa forma, não houve violação à norma jurídica porquanto inexistiu confusão entre o direito ao exercício da competência de legislar da municipalidade com o direito à reparação material da empresa. Também compreende que não incidiu o erro de fato, uma vez que a decisão rescindenda “considerou que se tornou impossível a ré renovar a dita licença justamente em razão da proibição municipal da respectiva operação”, assim, impossível ter ocorrido a hipótese suscitada que consiste justamente em ignorar situação fática que influa no posicionamento. Por isso, o Poder Público está se utilizando da ação rescisória como sucedâneo de recurso. No tema de fundo, insiste que o acórdão rescindendo em nenhuma ocasião negou a competência legislativa da municipalidade para editar as normas que impediram a extração de carvão mineral – acarretando na limitação administrativa –, apenas admitiu-se que da atuação da Administração Pública (mesmo lícita) o particular sofreu prejuízos materiais pela perda do valor econômico da propriedade. Sobre o erro de fato, reiterou o que foi dito na preliminar, isto é, a decisão discutida percebeu que a empresa não conseguiria renovar a licença a partir do impedimento municipal sobre a operação, tanto que a questão foi confirmada pela perícia realizada à época.

A Procuradoria-Geral de Justiça se absteve de manifestação.

Na manifestação à contestação, o Município de Cocal do Sul destacou que a demandada não obteve êxito em primeiro grau, sendo que apenas teve seu direito reconhecido à indenização por este Tribunal de Justiça. No mais, reitera os termos da petição inicial quanto ao tema de fundo e cabimento da ação rescisória.

1. Não tratarei diretamente da arguição de carência de ação trazida pela ré, visto que diz respeito estritamente ao mérito. Para se chegar à falta de interesse de agir, na realidade se apregoa a improcedência.

Também não cuidei do erro de fato porque também não o vejo, a exemplo do que constou do voto do relator.

Seja como for, ao êxito do processo basta a violação à expressa disposição de lei

2. Entendo pelo sucesso parcial da ação rescisória, antes fazendo uma ponderação mais geral.

Todos temos antipatia pela ação rescisória.

O processo civil permite ampla defesa. Se não permitir, nem sequer havendo citação ou sendo nula, nem será hipótese de tal demanda, mas de querela nulitatis (Súmula 7 deste Tribunal de Justiça). As partes terão ainda a amplitude de recursos, que no direito brasileiro são mesmo prodígios. S

É surpreendente que surja uma demanda para fazer prevalecer argumentos que o litigante tinha preteritadamente. Se temos recursos até demais, não é defensável que a rescisória surja como uma modalidade inominada de apelo, uma nova oportunidade para contendor relapso ou inepto.

Em um argumento adicional, a rescisória pressupõe coisa julgada, que é até garantia constitucional (art. 5º, inc. XXXVI). O vencedor da causa primitiva, depois de suportar prováveis inúmeros percalços, ainda ficaria exposto a uma nova lide e seus novos contratempus.

Não é de boa política judiciária ver a rescisória com empolgação.

Mas há contraponto:

A ação rescisória está na Constituição. Há menção a ela nos arts. 102, 105 e 108, bem como no art. 27 do ADCT. É situação típica em que se impõe ver a unidade constitucional. Se de um lado a coisa julgada parece inderrogável (é até cláusula pétrea), o mesmo texto excepciona que ela possa ser superada.

O CPC conseguiu conciliar os valores.

A rescisória tem prazo breve e só é admissível em casos tipificados. A jurisprudência tem adequadamente sido rigorosa. A ação desconstitutiva, em resumo, não é recurso, nem mesmo recurso de fundamentação vinculada. É ação autônoma de impugnação e tem sido vista em caráter excepcional.

Gosto de expressão de Barbosa Moreira sobre o mandado de segurança, que não o via como uma esquisitice legislativa. O mesmo vale para a rescisória. Não é uma excentricidade processual, algo tão extraordinário que se preste a ser aprioristicamente rejeitada. Temos que reservá-la, é bem verdade, para casos importantes, em que houver uma decisão sensivelmente arredia a um padrão de justiça razoável. Se não queremos, por assim dizer, vulgarizar o instrumento, também não devemos tratá-lo como uma extravagância dogmática – algo a ser apontado nos manuais de processo civil como exótico, um instituto estrambólico

3. Este é um caso grave e que justifica na mesma medida excepcionalidade.

O processo primitivo ainda está em fase de liquidação. Há laudo oficial que aponta débito de mais de R\$ 90.000.000,00 (o número de zeros é este mesmo: mais de noventa milhões de reais). É claro, não significa que essa quantia necessariamente preponderará, mas é certamente – na minha ótica – um despropósito que um município que projete para 2020 orçamento de R\$ 78.500.000,00 (Lei Municipal 1.521/20019: <https://leismunicipais.com.br>) sofra por dívida que possa ser superior àquilo tudo que gastará em um ano inteiro. Gastará com saúde, educação, saneamento, funcionalismo, enfim, tudo – empregada a expressão tudo no sentido de tudo.

Temos a responsabilidade de nos debruçarmos sobre essa realidade e avaliarmos se a decisão anterior foi justa.

4. A atividade minerária é devastadora. Causa um padecimento ambiental incalculável e como todo combustível fóssil é causa sobranceira do aquecimento global – e o meio ambiente é o mais importante tema mundial.

Houve ação civil pública histórica (o adjetivo não é figura de retórica) na Seção Judiciária da Justiça Federal de Criciúma para impor às empresas mineradoras e à União a recomposição ambiental na região sul de Santa Catarina. A descrição havida na sentença do Juiz (hoje Desembargador) Paulo Afonso Brum Vaz, referendada depois no TRF da 4ª Região, é impressionante (AC 2001.04.016215/3, rel.^a Des.^a Federal Maria de Fátima Freitas Labarrèr). (No site do TRF este caso é trazido como um dos julgamentos mais relevantes dos primeiros 25 anos daquela Corte, lá constando também um vídeo muito ilustrativo sobre o tema: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=10025).

Depois, o Desembargador Paulo Afonso fez uma abordagem doutrinária quanto à agressividade da atividade minerária nestes termos:

De um modo geral, com mais ou menos intensidade, a atividade mineradora, de qualquer espécie, é ofensiva ao meio ambiente, pelo menos enquanto na~oplanejada, indiscriminada, clandestina ou não-fiscalizada. Interessa-nos o gra-ve problema da mineração do carvão nas grandes jazidas situadas na Ba- cia Carboníferado Sul do Estado de Santa Catarina. A região foi considerada, pelo Decreto n. 85.206, de 25 de setembro de 1980, a 14a a´ reacritica nacional para efeito de controle da poluição e qualidade ambiental. Os principais problemas são:

a) comprometimento da malha hidrogra´ficada região em 2/3 de sua extensão: os valores de pH das águas dos rios atingem em certos trechos o ni´velde 2 a 3 unidades, com elevados teores de acidez e de sul- fatos de ferro; grandes extensões da rede hidrográfrica encontram-se assoreadas pela deposição de finos e ultrafinos do carvão e dos rejeitos de materiais xistosos e argilosos, com acentuada turbidez e concentração oesde sólidos sedimentáveis, concorrendo para incrementar os efeitos de transbordamento verificados na região; prejuízo das atividades agropastoris; as zonas lacustres situadas a jusante das bacias hidrográficas têm sido atingidas por cargas poluentes insuportáveis a` manutenção da vida aquática, com sérios prejuízos a indústria pesqueira e turística locais; degradação de extensas áreas rurais e urbanas devido a` deposição aode rejeitos sólidos em locais e sob forma inadequados;

b) rejeitos piritosos e estéreis, abandonados de forma descriteriosa, comprometem áreas superiores a 5.000 ha. na região carbonífera. A lixiviação destas pilhas contribui para a acidificação do solo e das águas superficiais. Em épocas de cheia, seus rejeitos nocivos agridem áreas de cultivo pela deposição da suspensão piritosa. Comprovadamente, a potencialidade do solo é afetada onde as águas superficiais poluídas são utilizadas para o plantio irrigado. Também a subsidência e solapamento da superfície, em áreas de lavra subterrânea, afeta a potencialidade do solo na área rural e ameaça a estabilidade das edificações no centro urbano; e

c) a poluição em nível atmosférico e faz mediante altos índices de cinzas e enxofre, provenientes da exploração do carvão. A cidade de Criciúma, uma das mais importantes do Estado de Santa Catarina, nos tempos áureos da mineração, possuía índices de poeira no ar superiores aos da cidade de Cubatão, em São Paulo. Tivemos o fenômeno climático chamado “chuva ácida”, decorrência da combustão do carvão mineral e da conseqüente liberação de poluentes, os quais, ao entrar em contato com o vapor d’água da atmosfera, produzem outras substâncias (por meio de reações químicas), provoca sua contaminação que chega às nuvens, provocando uma chuva de substâncias químicas prejudiciais ao meio ambiente ao penetrar nos lagos, rios e florestas.

d) Outra forma de contaminação bastante comum é a utilização de rejeitos de mineração como material de empréstimo para o aterramento de áreas baixas e posterior construção de vilas e condomínios, até sua utilização para o recobrimento primário de estradas. A exposição desse material à lixiviação das águas pluviais expande o processo de poluição para áreas sem atividades mineiras.

e) Afora a agressão que causam ao meio ambiente e à biota, os particulados determinam graves prejuízos à qualidade de vida e à saúde das comunidades: aumento considerável da incidência de doenças respiratórias na população em geral e de pneumoconiose, doença que acomete os trabalhadores da mineração, e até casos esparsos de anencefalia (nascimento de crianças sem cérebro). (Reparação do dano ambiental – Caso concreto: mineração em Santa Catarina e o meio ambiente, Revista CEJ, N. 22, P. 41).

5. É legítimo que os Municípios desejem ficar livre desse padecimento.

Note-se como é fora do usual uma iniciativa legislativa como essa. Vai-se de encontro ao poderio econômico e abdica-se de receitas imediatas em favor de um bem maior. Não é a regra na atividade parlamentar, mas ainda assim alguns municípios da Região Carbonífera, a partir de exemplo de Criciúma, seguiram o modelo de proibição da atividade minerária, fatos bem documentados em excelente livro do Procurador de Justiça Jacson Corrêa (Proteção ambiental & atividade minerária, Juruá, 2002, p. 87 e ss.), alertando para a constitucionalidade dessa disciplina. (Coincidentemente, o jurista estava conosco na precedente sessão deste Grupo de Câmaras de Direito Público.)

A constitucionalidade da norma cocalense, aliás, nem foi objeto de polêmica no acórdão por rescindir; na verdade, foi referendada a licitude – e então nem há necessidade de maior esforço quanto ao ponto.

Trago, porém, julgado do Supremo Tribunal Federal que ratificou a constitucionalidade das leis congêneres de Criciúma, que haviam sido, sem êxito, objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 2.459/1990, 3.158/1995 E 3.179/1995 DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA – SC. CRIAÇÃO DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL NA SUB-BACIA DO RIO SANGUÃO E DO RIO DOS PORCOS. PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO DE LICENÇA AMBIENTAL. AMPLIAÇÃO DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. TEMA DE INTERESSE LOCAL. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA, DA LIVRE CONCORRÊNCIA, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (ARE 956.737, rel. Min. Luiz Fux)

Perceba-se: a regra é compatível com a livre iniciativa, e seria mesmo absurdo supor que não o seria, como se a liberdade econômica fosse valor superior, especialmente em comparação com o meio ambiente, vigorando em termos absolutos (caso, aliás, que valeria pela mais relevante prerrogativa constitucional, acima até da vida).

Aí está, a meu ver, o erro manifesto do acórdão rescindendo, tratando do assunto somente pelo enfoque patrimonial. Ele precificou a atividade legislativa, pois se de um lado propiciou a intervenção da municipalidade, de outro a inviabilizou, pois lançou sobre o Poder Público o sacrifício de todos os seus gastos. Os municípios passariam a trabalhar, sem contrapartida de serviços públicos, para satisfazer a cupidez dos sócios de uma empresa; uma empresa! Na realidade, é como se não houvesse proibição, pois era antes um favor. Preferível que ter um pagamento único que não envolvesse nenhum risco, como é próprio de qualquer iniciativa econômica.

O enfoque deve ser exatamente o oposto, ressaltando a relevância do direito ambiental. Não há como se definir como constitucional uma norma que proteja a saúde das pessoas e do meio ambiente, mas concretamente impeça que ela seja eficaz. Pelo acórdão foi determinado algo irrealizável. Para cessar as atrocidades da exploração do carvão haveria de ser paga uma fortuna. Em termos concretos, isso representaria impor a perpetuação da agressão às pessoas e à natureza.

Essa deformação (que é meramente patrimonialista) não surpreende. O mundo padece por um movimento Contra-Iluminista, que é liderado pelo negacionismo. O que representa um sentimento de humanismo é repudiado; a solidariedade, desprezada. Deseja-se o retorno a um passado imaginário; imaginário porque nunca existiu. Repudiar o ambientalismo (que envolveria preocupação com a natureza e o futuro do planeta, uma forma de solidariedade) é um signo tribal, um amuleto ideológico, um fator de aliança desse movimento retrógrado.

(Excelentes abordagens sobre essa crônica estão em Steven Pinker, O Novo Iluminismo – Em defesa da razão, da ciência e do humanismo, Companhia das Letras, 2018, e Joshua Greene, Tribos Morais – A tragédia da moralidade do senso comum, Record, 2018, ed. eletrônica.)

Essas coisas se prodigalizam porque se vive sob a perspectiva da pós-verdade e da verdade alternativa, que são meramente mentiras. (Sobre o tema, entre tantos, Michiko Kakutani, *A morte da verdade – Notas sobre a mentira na Era Trump*, Intrínseca, 2018, ed. eletrônica, e Eugênio Bucci, *Existe democracia sem verdade factual?*, Estação das Letras e Cores, 2019, ed. eletrônica).

Daí vem, mesmo imperceptivelmente, uma antipatia com o direito ambiental. Cria-se o estereótipo de que seja um campo apropriado para radicalismos inconsequentes, uma sustentação que impediria avanços econômicos.

Quero deixar claro que não compactuo de uma visão ambiental que valha por uma “religião secular”, a adesão a “um ambientalismo misantrópico que vê os humanos modernos como desprezíveis saqueadores de um planeta intocado”. Fosse assim, no lugar de racionalidade estar-se-ia rumando para um exercício tribal como o criticado há pouco. Mas muito menos se deve ter um “otimismo acomodado”, pois o padecimento da natureza é gravíssimo e muitos o veem como a maior das ameaças à humanidade. Devese ter um “otimismo condicional”. (Repito neste parágrafo palavras do citado Steven Pinker. No capítulo X o autor trata do meio ambiente e das suas várias vertentes de análise.)

O STF tem acórdão formidável sobre a questão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO AMBIENTAL. ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO. DEVER DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OUTROS VETORES CONSTITUCIONAIS DE IGUAL HIERARQUIA. ARTIGOS 1º, IV; 3º, II E III; 5º, CAPUT E XXII; 170, CAPUT E INCISOS II, V, VII E VIII, DA CRFB. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. JUSTIÇA INTERGERACIONAL. ALOCAÇÃO DE RECURSOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA GERAÇÃO ATUAL. ESCOLHA POLÍTICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. EXAME DE RACIONALIDADE ESTREITA. RESPEITO AOS CRITÉRIOS DE ANÁLISE DECISÓRIA EMPREGADOS PELO FORMADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INVIABILIDADE DE ALEGAÇÃO DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

1. O meio ambiente é tutelado constitucionalmente pela regra matriz do artigo 225, caput, da Constituição, que dispõe que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

2. O meio ambiente assume função dúplex no microsistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em direito e em dever dos cidadãos, os quais paralelamente se posicionam, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva.

3. O homem é parte indissociável do meio ambiente, uma vez que, por intermédio das

interações genéticas biologicamente evolutivas que se sucederam nos últimos milhares de anos, o meio ambiente produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos. Nesse ponto, nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente, na medida em que a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas, para se concretizar.

4. A capacidade dos indivíduos de desestabilizar o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, que se intensificaram no último século. Afinal, recursos naturais têm sido extintos; danos irreversíveis ou extremamente agressivos à natureza tornaram-se mais frequentes; disfunções climáticas são uma realidade científica; diversas formas de poluição se alastram pelos grandes centros, entre outras evidências empíricas do que se cognomina crise ambiental. Nesse ínterim, o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça presente e futura para o progresso sustentável das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. O homem apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto e não como proprietário do meio ambiente.

5. A Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, editada por ocasião da Conferência de Estocolmo, em 1972, consistiu na primeira norma a reconhecer o direito humano ao meio ambiente de qualidade.

6. Por sua vez, a Conferência Eco-92, no Rio de Janeiro, introduziu o princípio do desenvolvimento sustentável, consubstanciado na necessária composição entre o crescimento socioeconômico e o uso adequado e razoável dos recursos naturais. Essa nova perspectiva demandou aos Estados a construção de políticas públicas mais elaboradas, atentas à gestão eficiente das matérias primas, ao diagnóstico e ao controle das externalidades ambientais, bem como ao cálculo de níveis ótimos de poluição. Todos esses instrumentos atendem a perspectiva intergeracional, na medida em que o desenvolvimento sustentável estabelece uma ponte entre os impactos provocados pelas gerações presentes e o modo como os recursos naturais estarão disponíveis para as gerações futuras.

7. A recente Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Natural (Rio+20), em 2012, agregou ao debate a ideia de governança ambiental global.

8. Paralelamente a esses marcos, são incontáveis os documentos internacionais bilaterais e multilaterais que tem disciplinado questões específicas do meio ambiente. Exemplificadamente, cito a Convenção para Prevenção da Poluição Marinha por Fontes Terrestres (1974), a Convenção para Proteção dos Trabalhadores contra Problemas Ambientais (1977), a Convenção sobre Poluição Transfronteiriça (1979), o Protocolo sobre Áreas Protegidas e Fauna e Flora (1985), a Convenção sobre Avaliação de Impacto Ambiental em Contextos Transfronteiriços (1991), a Convenção da Biodiversidade (1992), o Protocolo de Quioto (1997), dentre outros.

9. Essa movimentação política de âmbito global tem despertado os Estados nacionais e a coletividade para a urgência e a importância da causa ambiental. Comparativamente, 150 constituições atualmente em vigor tratam da proteção ao meio ambiente em seus textos. No

Brasil, não obstante constituições anteriores tenham disciplinado aspectos específicos relativos a alguns recursos naturais (água, minérios etc), a Carta de 1988 consistiu em marco que elevou a proteção integral e sistematizada do meio ambiente ao status de valor central da nação. Não à toa, a comunidade internacional a apelidou de Constituição Verde, considerando-a a mais avançada do mundo nesse tema.

10. O caráter transnacional e transfronteiriço das causas e dos efeitos da crise ambiental demanda dos Estados, dos organismos internacionais e das instituições não governamentais, progressivamente, uma atuação mais articulada para transformar a preservação da natureza em instrumento de combate à pobreza e às desigualdades.

11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas.

12. Deveras, não se deve desprezar que a mesma Constituição protetora dos recursos ambientais do país também exorta o Estado brasileiro a garantir a livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e o desenvolvimento nacional (art. 3º, II), a erradicar a pobreza e a marginalização, a reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III; art. 170, VII), a proteger a propriedade (art. 5º, caput e XXII; art. 170, II), a buscar o pleno emprego (art. 170, VIII; art. 6º) e a defender o consumidor (art. 5º, XXXII; art. 170, V) etc.

13. O desenho institucional das políticas públicas ambientais suscita o duelo valorativo entre a tutela ambiental e a tutela do desenvolvimento, tendo como centro de gravidade o bem comum da pessoa humana no cenário de escassez. É dizer, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente não são políticas intrinsecamente antagônicas.

14. A análise de compatibilidade entre natureza e obra humana é insita à ideia de desenvolvimento sustentável, expressão popularizada pelo relatório Brundtland, elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. A mesma organização eficiente dos recursos disponíveis que conduz ao progresso econômico, por meio da aplicação do capital acumulado no modo mais produtivo possível, é também aquela capaz de garantir o racional manejo das riquezas ambientais em face do crescimento populacional. Por conseguinte, a proteção ao meio ambiente, no contexto de um desenvolvimento sustentável, não equivale a uma visão estática dos bens naturais, que pugna pela proibição de toda e qualquer mudança ou interferência em processos ecológicos ou correlatos. A história humana e natural é feita de mudanças e adaptações, não de condições estáticas ou de equilíbrio.

15. A preservação dos recursos naturais para as gerações futuras não pode significar a ausência

completa de impacto do homem na natureza, consideradas as carências materiais da geração atual e também a necessidade de gerar desenvolvimento econômico suficiente para assegurar uma travessia confortável para os nossos descendentes.

16. Meio ambiente e Desenvolvimento Econômico enceram conflito aparente normativo entre diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam. (REVESZ, Richard L.; STAVINS, Robert N. *Environmental Law*. In: *Handbook of Law and Economics*. A. Mitchell Polinsky; Steven Shavell (ed.). V. 1. Boston: Elsevier, 2007. p. 507)

17. A Jurisdição Constitucional encontra óbice nos limites da capacidade institucional dos seus juízes, notadamente no âmbito das políticas públicas, cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio do legislador, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos (*Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data*).

18. A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe autocontenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos dos Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. *Laws Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135)

19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo

(...) (ADC 42, rel. Min. Luiz Fux)

6. O direito ambiental tem destaque, mas não significa, é claro, que possamos ver a Terra como um santuário a não ser tocado. Fosse dessa forma, nem a agricultura seria factível – até as plantas que hoje cultivamos a rigor não podem ser consideradas como integralmente naturais: passaram no mínimo por processos de seleção artificial que as alteraram substancialmente.

O meio ambiente se concilia com os demais valores e se pode usar da proporcionalidade para o sucesso. (Eis princípio que está muito desacreditado, visto que é empolgado junto com a razoabilidade levemente como uma super-solução-para-tudo, ficando vazio de significado. Mas evocada adequadamente é essencial.)

Deve-se procurar compatibilizar a aplicação em concreto de valores que estejam em aparente conflito. Enfim, “quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas” (Humberto Bergmann Ávila, *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 158-159). Busca-se, como primazia, deferir a incidência concomitante dos princípios envolvidos; em caso de impossibilidade, dá-se preferência àquele de maior destaque – não para derogá-lo, mas

para mitigá-lo na hipótese específica, dando predominância àquele outro. Persegue-se a conciliação entre os princípios; tanto quanto possível para mantê-los em posição de idêntico equilíbrio ou, sendo inviável, fazendo o mais relevante preponderar.

Os princípios, encampando um valor, não têm a mesma conotação descritiva das regras. Por isso, quando duas regras (normas que se referem a específica situação) estejam em relação de oposição, uma delas deverá ser desconsiderada. Diferentemente, os princípios não sofrem esse mesmo procedimento de exclusão ou invalidação (Willis Santiago Guerra Filho, *Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública*, Revista de Processo, n. 82, p. 73). Quando aparentemente ocorre choque, o mal-estar hermenêutico é superado “no curso do processo de aplicação do direito. É que, diferentemente das regras, que possuem hipóteses de incidência fixa e consequências jurídicas determinadas – umas e outras reciprocamente excludentes –, os princípios não se apresentam como imperativos categóricos nem ordenações de vigência, apenas enunciando motivos para que se decida num ou noutro sentido. (...) eles admitem convivência e conciliação com outros princípios eventualmente correntes, que ofereçam razão para soluções em sentido contrário, tudo num complexo jogo concertado de complementação e restrição recíprocas” (Inocência Mártires Coelho, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília Jurídica, 2000, p. 46-47).

Há no caso concreto uma tensão entre a impostergável proteção ambiental e as expectativas de um empresário ante uma atividade até então tida por lícita.

É compreensível, tanto mais diante de uma realidade de décadas, que se defendesse a continuidade de uma exploração que vinha ocorrendo sem sobressaltos legais. Mas não se poderia ir ao ponto de perenizar aquele estado de coisas, ou se relegaria a proteção ambiental à mera retórica, postergando-se sua eficácia para quando as minas fossem exauridas.

Eis o ponto essencial, estimo, para se chegar a solução equânime.

7. Não existe direito adquirido de poluir – eis um feliz chavão

O STJ bem resumiu que “Inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados – as gerações futuras – carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome” (AI no REsp 1.283.547-SC, rel.^a Min.^a Regina Helena Costa).

Por isso não vejo sentido em propor – mais do que isto, vejo um engano manifesto – que a empresa de mineração se veja como titular de uma prerrogativa imorredoura, uma titular de direito inquestionável para a eternidade.

Isso vai de encontro a um instituto essencial do direito ambiental, que é o licenciamento. Ele, em simplificação radical, é o instrumento pelo qual se ratifica que uma atividade potencialmente poluidora exista apta a ser exercida sem que exista risco além do legalmente aceito. Cuida-se, por assim dizer, de um referendo aos propósitos documentados por um empreendedor, avaliando-se a retidão com os valores do direito ambiental.

Os debates são clássicos, mas o melhor é ver o licenciamento como ato vinculado, pois seria abusivo debitar a agente público um juízo de valor pessoal, que propiciasse, dentro de certa álea, avaliar se determinada atividade é conveniente ou oportuna. Na realidade, os requisitos estarão na lei – e serão ou não atendidos. Se presentes, haverá direito à licença. Bem por isso, não há faculdade de revogação, aquele ato administrativo típico das opções discricionári

Só que a licença tem como característica o deferimento sob prazo determinado. Nesse intervalo, cumprido o que mais for necessário, há direito adquirido (que não será de poluir, mas de explorar atividade que seja compatível justamente com a preservação, tal como clausulado na licença).

Superado o prazo, no entanto, haverá necessidade de obter outra licença. Não parece sequer adequado que se fale em renovação, mas de conquista de um novo direito, visto que haverá de ser feita nova ponderação quanto à continuidade do labor. “A licença não assegura ao seu titular a manutenção do status quo vigorante ao tempo da sua expedição, sujeita que se encontra a prazos de validade, obrigando a renovação com exigências supervenientes, à vista do estado da técnica, cuja evolução é rapidíssima, e da própria alteração das características ambientais de determinada época e de determinado local. Quer dizer, caracteriza-se por uma estabilidade temporal, que não se confunde com a precariedade das autorizações, nem com a definitividade das licenças tradicionais. Garante-se, numa palavra, no lapso temporal da licença, a inalterabilidade das regras impostas no momento da outorga, salvo, é claro, se o interesse público recomendar o contrário, quando então, em benefício da sociedade, poderá o ato ser revisto. Pense-se, por exemplo, em atividade que esteja, a despeito de licenciada, por emissão de odores, a provocar incômodos aos vizinhos. Sustentar o contrário seria conferir ao empreendedor um cheque em branco, permitindo-lhe que, com base em licença pretérita, pudesse causar qualquer degradação ambiental. Não, felizmente os tempos mudaram” (Paulo Leme Machado, Direito do ambiente, RT, 7ª ed., 2012, n. 2.4, p. 519-520).

A solução que alvitro é evidente: mantém-se o direito de exploração pelo prazo da licença ambiental.

Para fins de ação rescisória, portanto, chego à seguinte conclusão. O direito que havia à exploração econômica era apenas aquele vinculado ao tempo remanescente exposto no ato de licenciamento.

Só.

Uma pessoa mantém um bar em determinada área. Tem licença (que nem será ambiental) por, digamos, cinco anos. A vizinhança sobre intensa modificação e é inconveniente que se preserve o estabelecimento naquele local. A lei é alterada, inclusive. Alguém defenderá o direito perpétuo de se manter ali, mesmo para além do tempo licenciado?

Um colégio teve referendada suas atividades em certo estabelecimento. Hoje considera-se que a segurança é defeituosa, haja vista o maior rigor contemporâneo. Ou a escola se adequa, ou não terá nova licença, creio que todos ratificarão.

Veículos são vendidos sem um equipamento que diminui a poluição. A técnica evolui e

será natural que a mesma indústria haja de doravante ofertar o tal avanço, ou não terá seus atuais modelos comercializados.

Permitia-se a pesca de certo volume de frutos do mar. Depois se passa a compreender que isso seria predatório. Reveem-se os limites; a futura licença a ser eventualmente dada sofrerá essa contemporização.

Quer dizer, tudo está submetido a um novo sopesamento, desde que rente à lei. A lei evoluiu e as coisas devem se adequar a ela; não o contrário.

8. Este é um processo que exemplifica bem um capitalismo de estado. Os empresários renegam apaixonadamente as intervenções do Poder Público, mas quando lhes são inconvenientes. Incentivam-nas quando lhes são benéficas.

O Município de Cocal do Sul foi convocado como um segurador. O empresário não quer riscos. Dedicou-se a desempenhar missão incompatível com a atual visão ambiental. Tinha a vênua do Poder Público, mas limitadamente. Se o prazo era certo, não havia garantia quanto ao futuro um pouco mais afastado. Nesse ponto busca-se que a economia de mercado seja deixada de lado, pois os arroubos protecionistas são mais favoráveis.

O acórdão fez leitura errada do art. 170 da CF, que, se garante a livre iniciativa, impõe que ela leve em consideração “a defesa do meio ambiente”.

A decisão viu a livre iniciativa, esqueceu-se do restante

A agora ré, não se esqueça, não era dona do carvão. Ele é da União, que poderia – para falar muito hipoteticamente – reclamar que não poderia mais extrair-lo. O direito dado por Brasília à autora, de explorá-lo, não lhe concedia riqueza imediata ou direito de lucrar por tudo que fosse cogitável.

9. Assim, voto por julgar procedente em parte o pedido rescisório, limitando o direito de indenização ao prazo que restava do pleno licenciamento ambiental.

Diante a sucumbência mínima da municipalidade, os honorários advocatícios são fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa desta ação rescisória a serem arcados pela ré, além de suportar as custas

Ação Rescisória Nº 4016495-47.2019.8.24.0000

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli

Trata-se de ação rescisória proposta pelo Município de Cocal do Sul contra Um Urussanga Minérios Ltda., visando à desconstituição do acórdão que deu provimento à apelação da empresa para julgar procedente o pedido de condenação ao pagamento de indenização em virtude da perda de valor econômico do imóvel de sua propriedade, onde desenvolvia a atividade de extração de

carvão mineral, a qual restou inviabilizada pela instituição de Área de Preservação Permanente por meio da Lei Municipal n. 270/97 e do Decreto Municipal n. 96/97.

No mérito, acompanhei os fundamentos apresentados pelo eminente relator, Des. Artur Jenichen Filho, pela improcedência da ação rescisória.

De fato, a pretensão rescisória não logrou demonstrar ter o acórdão violado manifestamente norma jurídica. A tese do Município, nesse particular, cuidou de buscar reabrir o debate a respeito dos pressupostos para o dever de indenizar, focalizando a prerrogativa de proteção ao meio ambiente. Entretanto, como bem apontado, a Terceira Câmara de Direito Público, na ocasião, mensurou detidamente a possibilidade de instituição da APP na localidade, a descaracterização de hipótese de desapropriação indireta e, ao mesmo tempo, a ressalva pelo cabimento de reparação por conta dos reflexos econômicos da medida, considerando a abrupta proibição de prosseguimento da extração mineral operada pela empresa. O provimento rescindendo, ademais, está alicerçado em precedentes específicos e contemporâneos das Cortes Superiores e deste Tribunal de Justiça.

Por outro lado, igualmente não há como reconhecer a ocorrência de erro de fato, tendo em vista que a circunstância de a licença ambiental de operação estar prestes a vencer já havia sido ventilada nos debates processuais dos autos originários – tendo sido, por consequência, oportunamente levado a conhecimento do Órgão Julgador, o qual inclusive manifestou expressamente a ciência a respeito do aspecto controvertido no acórdão rescindendo.

Sendo assim, votei no sentido de julgar improcedente a ação rescisória.

Em relação aos critérios para fixação dos honorários sucumbenciais, apresentei voto vista divergindo da proposta do ilustre relator, que estabelecia um juízo de equidade baseado no potencial proveito econômico da lide.

Na oportunidade, manifestei a compreensão de ser cabível a fixação com base em percentual sobre o valor atualizado da causa, o que restou acolhido, nesse particular, pelo ilustre Des. Hélio do Valle Pereira, designado para lavrar o acórdão.

Acresço, por oportuno, as razões que expus na sessão de julgamento a esse respeito:

Em relação aos ônus sucumbenciais, o eminente relator identifica o proveito econômico pretendido como o valor indicado pelo perito judicial na liquidação de sentença – superior a 93 milhões de reais (laudo datado de 22.12.2018, fls. 1533) –, e, considerando o alto vultu, opera juízo de equidade, arbitrando a verba honorária em 15 mil reais.

Discordo da conclusão alcançada por dois aspectos.

Primeiramente, tenho que o parâmetro a ser adotado não é o suposto proveito econômico obtido pela empresa vencedora, mas sim o valor atualizado da causa.

Ora, pela regra processual, o valor da causa deve corresponder ao proveito econômico pretendido pelo autor, cabendo ao réu impugnar o valor atribuído na inicial em preliminar de contestação e ao juiz, se for o caso, corrigi-lo de ofício (arts. 291 a 293 do CPC).

No caso concreto, o Município de Cocal do Sul valorou a ação rescisória em 10 mil reais (fl. 18). O protocolo da demanda, a propósito, ocorreu em junho de 2019, ou seja, data consideravelmente posterior à juntada do laudo pericial nos autos da liquidação de sentença originária.

O eminente relator, ao despachar a inicial, não determinou a correção do valor (fls. 1558/1563).

Em contestação, a empresa ré nada arguiu acerca do valor atribuído à causa (fls. 1567/1588), estando a **questão preclusa para ambas as partes.**

Com efeito, não reputo cabível vincular direta e estreitamente a pretensão econômica do autor nesta demanda com o valor indicado inicialmente pelo perito judicial na liquidação de sentença.

Primeiramente, esse montante sequer é definitivo, mas corresponde à primeira indicação do perito, havendo fundadas controvérsias na origem a respeito das balizas a serem adotadas na fixação do quantum debeat, estando aparentemente longe de encontrar solução definitiva em primeiro grau.

Em segundo lugar, os pedidos deduzidos pelo Município na exordial, caso acolhidos, não conduziram necessariamente ao julgamento de improcedência da ação primitiva. O ente público, ao arguir erro de fato, claramente objetiva reduzir a abrangência da condenação, restringindo-a ao período em que as licenças de operação permaneciam em vigor, o que não encontra critérios objetivos capazes de imediato aferimento.

Diante de todas essas incógnitas, não compreendo ser cabível a modificação ex officio do valor da causa, tampouco a utilização do hipotético proveito econômico da ré, enquanto parâmetro para mensuração da verba advocatícia.

Pelo contrário, ante as particularidades do caso concreto, mostra-se adequado fixar honorários advocatícios em percentual sobre o valor atualizado da causa, em respeito ao disposto no art. 85, §§ 2º a 4º, do diploma processual.

Nessa linha de raciocínio, a doutrina de Leonardo Carneiro da Cunha:

Os percentuais devem incidir sobre o valor da condenação. Não havendo condenação, a fixação deve ser feita com base no proveito econômico obtido pelo vencedor. Não havendo condenação e não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, o valor dos honorários deve ser fixado sobre o valor atualizado da causa (CPC, art. 85, § 4º, III). (A Fazenda Pública em Juízo. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, livro digital, sem grifo no original).

Sob outro vértice, a fixação dos honorários advocatícios no caso em questão deve obedecer os patamares percentuais objetivos dispostos no art. 85, § 3º, I, do CPC/2015.

Ao contrário do CPC de 1973, no qual a regra sucumbencial era a aplicação da técnica equitativa de forma irrestrita nas demandas envolvendo a Fazenda Pública, o novo diploma processual elencou patamares estritamente objetivos no seu art. 85, § 3º, atrelados ao valor da causa/proveito econômico.

Isso porque o estabelecimento do montante por meio da equidade, conforme o art. 85, § 8º do CPC/2015, só deve ocorrer naqueles casos com “valor irrisório” ou “inestimável” da causa, bem como quando o labor desempenhado pelos advogados não interferir decisivamente no êxito do cliente ante a perda superveniente do conteúdo econômico da lide (como nos casos de extinção de execução fiscal a pedido da própria Fazenda Pública sem a apresentação de defesa de mérito pelo executado) – hipótese esta absolutamente excepcional (STJ, REsp 1771147/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 25.09.2019; REsp 1776512/SP, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22.05.2020).

O Superior Tribunal de Justiça possui reiterados precedentes declarando a ilegalidade do juízo equitativo com base na análise subjetiva da complexidade do trabalho desenvolvido pelos advogados, da natureza da matéria discutida em juízo ou do vulto econômico da lide, assentando serem todos estes aspectos já

contemplados no Código de Processo Civil dentre os parâmetros estabelecidos nos incisos do art. 85, § 2º, o que desautoriza o afastamento dos critérios percentuais previstos no § 3º do mesmo dispositivo para as causas em que a Fazenda Pública seja parte.

Eis, em suma, as razões da divergência.

Ação Rescisória N° 4016495-47.2019.8.24.0000

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho.

Ementa Aditiva com a qual encaminhei o voto vencido:

AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA PELO MUNICÍPIO DE COCAL DO SUL-SC. AÇÃO ORIGINÁRIA QUE VERSOU SOBRE PEDIDO INDENIZATÓRIO DE PESSOA JURÍDICA QUE EXPLORAVA MINA DE CARVÃO NOS LIMITES DO MUNICÍPIO. LEI MUNICIPAL QUE CRIOU DIVERSAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E PERMITIU AO PREFEITO, MEDIANTE DECRETO, PROIBIR ATIVIDADES QUE CAUSEM POLUIÇÃO. PESSOA JURÍDICA AUTORA DA AÇÃO ORIGINÁRIA QUE TEVE SEU DIREITO ECONÔMICO QUE POSSUÍA SOBRE A MINA ESVAZIADO. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE RECONHECE A LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO EM TUTELAR O MEIO AMBIENTE, ASSIM COMO A HIGIDEZ DO DECRETO PROFERIDO PELO PREFEITO MUNICIPAL QUE PROIBIU A EXTRAÇÃO DE CARVÃO NOS LIMITES DO TERRITÓRIO, BEM COMO, AO FIM, CONDENA O ENTE PÚBLICO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELO ESVAZIAMENTO ECONÔMICO CAUSADO PELA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA.

ART. 966, V, DO CPC. MANIFESTA VIOLAÇÃO A NORMA DO ART. 170, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE QUE FORA DEVIDAMENTE GARANTIDO. INDENIZAÇÃO PELO ESVAZIAMENTO ECONÔMICO EM DECORRÊNCIA DA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO SE MOSTRA DESARRAZOADO E SE PAUTOU EM DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO, NO PONTO, IMPERATIVA.

DA AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. “HÁ ERRO DE FATO 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” (ARTS. 966, VIII e § 1º, do CPC. INOCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. COLEGIADO QUE POSSUÍA O CONHECIMENTO E LEVOU EM CONTA A PRECARIIDADE DA LICENÇA AMBIENTAL QUE A PESSOA JURÍDICA EXPLORADORA DA MINA DETINHA. PARTE AUTORA QUE NÃO DEMONSTRA OCORRER, NO ACÓRDÃO, A ADMISSÃO DE FATO INEXISTENTE OU A CONSIDERAÇÃO COMO INEXISTENTE FATO EFETIVAMENTE OCORRIDO. REQUISITOS LEGAIS NÃO OBSERVADOS. PREVALÊNCIA DA COISA JULGADA.

PEDIDOS FORMULADOS NA AÇÃO RESCISÓRIA JULGADOS IMPROCEDENTES.

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Município de Cocal do Sul, na qual pretende a rescisão de acórdão proferido pela Terceira Câmara de Direito Público deste Tribunal.

A ação originária versou sobre a pretensão de indenização por parte do ora réu em decorrência de edição do Decreto Municipal SAF/n. 096/97, que o impediu de extrair minerais em área de sua propriedade, de modo que seu uso econômico foi inviabilizado. A sentença proferida pelo juízo de primeiro grau foi, no acórdão rescindendo, reformada. Assim se dispôs no referido acórdão (fls. 943-944):

Ante o exposto, não se conhece do agravo retido e dá-se provimento à apelação, para, reformando-se a sentença atacada, julgar procedente o pedido inicial formulado e condenar o Município de Cocal do Sul ao pagamento de indenização no valor a ser apurado em liquidação de sentença, a fim de que seja realizada perícia para apuração do valor dos danos materiais comprovadamente sofridos pela autora, ou seja, dos danos emergentes e lucros cessantes, estes limitados ao prazo de validade do contrato de fls. 65/79.

Sobre o valor da indenização deverão incidir correção monetária a partir da apresentação do laudo pericial, juros de mora a contar do trânsito em julgado do decimum, e compensatórios, incidindo desde a edição do Decreto SA/n. 096/97, de 16.7.97.

Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, ex vi do art. 20, § 3º, do CPC.

Dispôs a parte autora que a Licença Ambiental de Operação emitida em favor da parte ré à época tinha como “prazo de validade de 12 meses a contar de sua expedição em 28 de Agosto de 1996, portanto, até 28 de Agosto de 1997, sendo que a proibição da mineração se deu pela edição do Decreto SAF/n. 096/97, datado de 16/07/1997, pelo que não haveria que se cogitar indenização em relação as jazidas minerais eventualmente existentes no subsolo como pleiteou a requerida, vez que estas pertencem à União, garantindo-se ao concessionário da lavra tão somente indenização referente ao produto de sua exploração, a qual tem por limite o prazo de validade do contrato, ou, em última análise, da licença ambiental concedida para exploração”.

Mencionou a parte autora que, ao determinar o pagamento de indenização em decorrência de danos materiais e lucros cessantes, “o acórdão rescindendo não deu a melhor solução ao caso, isto porque se de um lado há o exercício do direito à ordem econômica, de outro há o direito ao meio ambiente equilibrado, e este deve prevalecer” (fl. 11).

Afirmou, também, que em verdade o decreto municipal inaugurou verdadeira limitação administrativa, situação que não dá direito à indenização ao postulante.

Ao fim, pugnou pela procedência dos pedidos formulados, com a consequente rescisão do acórdão rescindendo.

A liminar requerida fora indeferida (fls. 1558-1563).

A parte ré, devidamente citada, apresentou contestação (fls. 1567-1588). Nesta argumentou que não há se falar em violação literal de norma jurídica ou erro de fato. Pugnou pela manutenção do acórdão rescindendo.

Réplica às fls. 1608-1614.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Alexandre Herculano Abreu, no qual se manifestou pela ausência de interesse público que justifique a intervenção da causa (fls. 1603-1604 daqueles autos).

Este é o relatório.

VOTO

Ausente pedido ou necessidade de realização de produção de provas, viável o julgamento da presente ação no estado em que se encontra (art. 355, I, do CPC).

A parte autora, como fundamento para a rescisão de acórdão proferido pela Terceira Câmara de Direito Público desta Corte, argumentou que houve, na forma do art. 966, V, do CPC, violação manifesta ao art. 170, VI, da Constituição Federal (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), bem como que, conforme art. 966, VIII, do CPC, o referido acórdão se fundou em erro de fato.

Primeiramente, em relação ao primeiro argumento - violação manifesta à norma jurídica - menciono trecho da doutrina Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

“O termo manifesta, contido no inciso V do art. 966 do CPC, significa evidente, clara. Daí se observa que cabe a ação rescisória quando a alegada violação à norma jurídica puder ser demonstrada com a prova pré-constituída juntada pelo autor. Esse é o sentido que se deve emprestar ao termo ‘manifesta’ violação.

Se a alegação de violação puder ser comprovada pela prova juntada aos autos com a petição inicial, cabe a ação rescisória com base no inciso V do art. 966; se houver necessidade de dilação probatória, então essa rescisória é inadmissível. A manifesta violação a qualquer norma jurídica possibilita o ingresso da ação rescisória, com vistas a desconstituir a decisão transitada em julgado. A norma manifestamente violada pode ser uma regra ou um princípio.

Se a decisão rescindenda tiver conferido uma interpretação sem qualquer razoabilidade ao texto normativo, haverá manifesta violação à norma jurídica. Também há manifesta violação à norma jurídica quando se conferir uma interpretação incoerente e sem integridade com o ordenamento jurídico. Se a decisão tratou

o caso de modo desigual a casos semelhantes, sem haver ou ser demonstrada qualquer distinção, haverá manifesta violação à norma jurídica. É preciso que a interpretação conferida pela decisão seja coerente”. (Curso de Direito Processual. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. Vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 494/495). (TJ-MG, Ação Rescisória n. 10000170830434000, Relator: Maurício Pinto Ferreira (JD Convocado), j. em 9.4.2019)

No caso concreto a interpretação dada na aplicação da lei por parte da Terceira Câmara de Direito Público foi absolutamente razoável. Para determinar a indenização à parte ora ré apresentou excertos doutrinários e julgados desta Corte no mesmo sentido. O entendimento, aliás, permanece atual, cito para exemplificar, *mutatis mutandis*:

‘A ocorrência de violação ao direito de propriedade por parte do Poder Público, que evidentemente gera o dever de indenizar, pressupõe a impossibilidade de o proprietário exercer as faculdades inerentes ao domínio do bem, quer por efetivo apossamento administrativo da área, quer por limitação administrativa que suprima por inteiro seu conteúdo econômico, consoante já assentou o Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal (TJSC, Apelação Cível n. 2011.075582-4, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. 28/11/2012)’. (Apelação Cível n. 0003792-82.2012.8.24.0135, de Navegantes, Rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 14/2/2017).

Assim, sob qualquer ponto de vista, não há como conceber que tenha ocorrido manifesta violação às disposições do art. 170, VI, da Constituição Federal. A uma porque, como dito pela parte ré, no acórdão rescindendo reconheceu-se a possibilidade de o município tutelar o meio ambiente regional e, assim, impossibilitar a mineração no local onde a parte ré pretendia fazê-lo. A duas porque a interpretação dada pela Câmara apenas acompanhou a jurisprudência da época – e atual, diga-se.

Quanto ao erro de fato para fins de embasamento de ações rescisórias vale mencionar ensinamentos de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

De acordo com os parágrafos do art. 966, haverá erro quando a decisão admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. Para que caiba a rescisória, é indispensável que o fato não represente ponto controvertido, sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

É indispensável que ele possa ser verificável do exame dos autos. Não se admite, na ação rescisória fundada no inciso VIII, sejam produzidas novas provas do erro. Este já deve estar comprovado de plano.

A rescisória fundada em erro de fato não autoriza ao órgão julgador que reexamine as provas dos autos para verificar se a decisão foi ou não a mais adequada: “O erro autorizador da rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova, não, pois, o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela” (Bol. AASP 1678/Supl., p. 6).

Só cabe a rescisória se a existência ou inexistência do fato não tiver sido expressamente apreciada pela decisão. Se o juiz, no julgamento, concluiu pela existência, ou inexistência do fato, equivocadamente, isso não enseja a rescisória. **O que a enseja é o erro que passou despercebido do juiz, seja quando ele não reconheceu na**

decisão um fato que, de acordo com os elementos dos autos, comprovadamente ocorrerá; ou quando reconheceu um fato que, de acordo com os mesmos elementos, comprovadamente não ocorrerá.

É preciso que o juiz não tenha se pronunciado e levado em conta elementos dos autos por si sós suficientes para comprovar que um fato que ele considerou existente não ocorreu, ou vice-versa. (Direito Processual Civil Esquemático, 9ª ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pg. 513 - Destaquei).

Também sobre o tema Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, 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 rescidenda 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).

No ponto cabe mencionar que no recurso de apelação apresentado na ação originária, contra a sentença de improcedência, a parte ora ré menciona, conforme se depreende do próprio acórdão, que está impossibilitada de renovar a sua licença em decorrência dos atos praticados pelo Prefeito Municipal de Cocal do Sul. Do corpo do acórdão extrai-se:

De fato, compulsando-se as provas coligidas aos autos, não há dúvida de que a instituição da área de preservação permanente alcançou a propriedade da apelante, a qual foi impedida de continuar a exploração mineral no local, mormente porque não mais seria possível a renovação das licenças ambientais, deixando de honrar com compromissos comerciais anteriormente assumidos. (Destaquei).

Assim, é clara a ciência por parte do colegiado acerca da impossibilidade de renovação da licença ambiental – o que de fato é intuitivo, visto que a local fora transformada em área de preservação permanente. Não há se falar, assim, em erro de fato.

Como já apresentado dos excertos doutrinários assim dispõe o parágrafo primeiro do art. 966 do CPC:

§ 1º Há erro de fato 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

Não há nos autos demonstração de que no acórdão admitiu-se fato inexistente. No mesmo sentido, a parte autora não comprova que fora considerado fato inexistente como efetivamente ocorrido.

No acórdão rescindendo fica claro o conhecimento do colegiado acerca da existência de licença ambiental, bem como a impossibilidade de renová-la (situação que inclusive tornou-se definitiva com a improcedência de mandado de segurança anteriormente ajuizado, - n. 0000802-23.1997.8.24.0078 -fato que era conhecido do colegiado, visto que exposto no próprio relatório do acórdão).

Vale ressaltar que, ademais, para sanar eventual omissão no acórdão há procedimento endoprocessual próprio, não sendo cabível a ação rescisória como sucedâneo processual para tanto.

Por fim, quanto aos honorários sucumbenciais, vale mencionar que via de regra estes seriam fixados em percentual sobre o proveito econômico que a parte autora pretendia obter com a presente ação.

No entanto, do que se verifica do cumprimento de sentença da ação originária, o valor das perdas e danos sofridos pela parte ora ré soma, segundo o perito judicial, o montante de R\$ 93.080.972,91 (fl. 1506 dos autos do cumprimento de sentença – n. 0302537-51.2016.8.24.0078).

Ao se ter como parâmetro o proveito econômico e, assim, aplicarse as disposições do art. 85, § 3º, ter-se-ia um honorário sucumbencial milionário para uma ação onde a parte ré peticionou apenas em duas oportunidades (para apresentar contestação e contrarrazões ao recurso de agravo interno) e não precisou comparecer a audiências ou atos afins.

Sobre o tema, vale mencionar julgado desta Corte:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARBITRAMENTO EM VALOR FIXO - MITIGAÇÃO DA LITERALIDADE DO ART. 85, § 3º, DO NCPC - EQUILÍBRIO ENTRE O TRABALHO DESENVOLVIDO E O ESTIPÊNDIO ADVOCATÍCIO - JUÍZO DE EQUIDADE PREVISTO NO ART. 85, § 8º, DO NCPC EXTENSÍVEL NÃO SÓ AOS CASOS EM QUE A HONORÁRIA SE REVELE ÍNFIMA, MAS TAMBÉM EXORBITANTE EM CONSIDERAÇÃO À NATUREZA DO FEITO, À EQUIVALÊNCIA ECONÔMICA EM DISPUTA E AO LABOR EFETIVAMENTE EXERCIDO.

A base de cálculo dos honorários advocatícios é atualmente regida pelo art. 85 do NCPC, que estipula que a verba em desfavor da Fazenda Pública deve ser medida a partir de relação percentual com o valor da causa, proveito econômico ou condenação, excetuadas as hipóteses de valor inestimável ou resultado muito modesto (§ 8º).

A rigor, o NCPC previu a apreciação equitativa do juiz para os casos em que a honorária se revele ínfima, mas

curiosamente não resguardou o mesmo tratamento quando o valor apurado for exorbitante se comparado ao trabalho efetivamente prestado.

Dá se retira que, mesmo tendo o novo ordenamento processual buscado, de um lado, harmonizar a definição da quantia devida aos advogados e, de outro, retirar do magistrado a autonomia que antes possuía para esse mister, remanescem situações, assim como esta, em que o juízo de equidade ainda se revela fundamental, a fim de impedir um ganho demasiado e, também, a dissonância que a nova legislação quis justamente evitar.

No caso concreto, ainda que se reconheça o labor exercido pelo advogado e a equivalência econômica em disputa (mais de um milhão de reais), se revelaria especialmente desproporcional atribuir dívida à municipalidade em patamar percentual - em feito que nem sequer precisou, por exemplo, de dilação probatória -, pois corresponderia, em valores nominais (que será ainda muito elevado quando da atualização, haja vista a propositura em 2008), a uma majoração superior a R\$ 100.000,00.

Precedentes deste Tribunal e do STJ (em hipóteses parecidas).

Recurso provido em parte para, em detrimento dos muito modestos R\$ 400,00 fixados na origem, arbitrar o valor de R\$ 30.000,00 em favor do apelante - ponto que procura equilíbrio melhor diante do razoável vulto da ação. (TJSC, Apelação Cível n. 0001862-55.2008.8.24.0010, de Braco do Norte, Rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. em 13.6.2019).

Na linha disposta, a única opção que se apresenta como justa para o caso concreto é a aplicação dos honorários advocatícios por equidade. Posto isso, voto pela improcedência da ação com a consequente condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, considerando os parâmetros do art. 85, § 2º, do CPC, no montante de R\$ 15.000,00.

O município é isento de custas.

Este é o voto.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (Grupo Público) Nº 5024225-58.2020.8.24.0000/SC

Relatora: Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti

SUSCITANTE: AMBIENTAL LIMPEZA URBANA E SANEAMENTO LTDA

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. ART. 976 E SEGUINTE DO CPC. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INSTAURAÇÃO REQUERIDA PELA EMPRESA AMBIENTAL LIMPEZA URBANA E SANEAMENTO LTDA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE AS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO EM RELAÇÃO AO DESFECHO DADO EM APELAÇÕES INTERPOSTAS PELA DEMANDANTE CONTRA DECISÕES EXTINTIVAS, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, EM AÇÕES DE COBRANÇA DE TARIFA DE COLETA DE LIXO AJUIZADAS CONTRA REQUERIDOS FALECIDOS EM DATA ANTERIOR À CITAÇÃO, SEM ANTES POSSIBILITAR A EMENDA DA EXORDIAL. SUPERAÇÃO DO ALEGADO DISSÍDIO. PACIFICAÇÃO DA MATÉRIA NESTE TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO DE RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. PRESSUPOSTOS NÃO PREENCHIDOS. PROCESSAMENTO NÃO ADMITIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, não admitir a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas requerido pela empresa Ambiental Limpeza Urbana e Saneamento e Ltda, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 25 de novembro de 2020.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), formulado pela empresa Ambiental Limpeza Urbana e Saneamento e Ltda., com o objetivo de “formar precedente homogêneo no intuito de preservar a segurança jurídica” e manter estável, íntegra e coerente a jurisprudência desta e. Corte de Justiça, garantindo a prestação dos serviços essenciais de coleta e destinação final de resíduos sólidos aos munícipes de Joinville.

Sustenta a requerente, em resumo, que “quando uma demanda judicial é ajuizada em face de réu preteritamente falecido revela a existência de ilegitimidade passiva do de cujus, devendo, pois, ser oportunizada ao autor da ação - ASSIM QUE NOTICIADO O SEU FALECIMENTO - a possibilidade de emendar a petição inicial para regularizar o polo passivo, sobretudo porque, evidentemente, ainda não terá havido ato citatório válido e, portanto, o aditamento à petição inicial é admissível independentemente de aquiescência do réu, a fim de que o espólio seja o sujeito passivo da relação jurídico-processual em que deduzida a pretensão executiva, especialmente porque o

espólio responderá pelas dívidas do falecido, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça” (Evento 1 - INC1).

Argumenta que “Apesar de existir entendimento MAJORITÁRIO favorável a tese da Recorrente, a presente matéria não têm entendimento jurisprudencial unânime, posto que há divergência entre as Câmaras de Direito Público, o que por certo necessita de uniformização” (destaques do original - Evento 1 - INC1).

Afirma que em todas as Câmaras de Direito Público desta Corte há precedentes favoráveis à corrente por si defendida, “No entanto, apesar de ser em menor quantidade, houve entendimento diverso na 1ª e 2ª Câmaras de Direito Público”, embora “atualmente os Desembargadores Jorge Luiz de Borba (1ª Câmara de Direito Público) e Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (2ª Câmara de Direito Público), já mudaram de entendimento e concordam com a tese das demais Câmaras”, de modo que “resta apenas entendimento diverso na 2ª Câmara de Direito Público dos Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz e Henry Petry Junior”, citando como exemplo o desfecho dado aos autos de n. 0317697-76.2015.8.24.0038 (Evento 1 - INC1).

Aduz que “a repercussão da decisão desse honrado Tribunal afetam inúmeros processos em andamento perante a Comarca de Joinville e nas demais cidades do Estado onde a Recorrente atua na qualidade de concessionária do serviço de coleta de destinação final de resíduos sólidos”, razão pela qual se mostra necessária a instauração do presente incidente, com a determinação de suspensão de todos “os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado, em especial na Comarca de Joinville, sobre o mesmo tema” (Evento 1 - INC1).

Pugna, ao final, pela procedência do incidente, para que “seja reconhecida a tese jurídica exposta, e que seja aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que servem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição desse respectivo Tribunal de Justiça” (Evento 1 - INC1).

Em seguida, em novo petítório (Evento 2), a parte requerente informa que a Segunda Câmara de Direito Público, ao julgar o processo de n. 0303999-37.2014.8.24.0038, de relatoria do Exmo. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, acolheu a tese ora defendida, concluindo, portanto, que “resta apenas entendimento diverso na 2ª Câmara de Direito Público do Desembargador Henry Petry Junior” (grifos do original).

VOTO

Segundo prevê o art. 981 do Código de Processo Civil, “Após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976”.

Sabe-se que o objetivo primordial do presente incidente é a promoção da uniformização e da coerência da jurisprudência da Corte de Justiça, a partir da superação de dissídio entre os órgãos julgadores que a integram, conforme orientação disposta no art. 926 do Código de Processo Civil.

O art. 976 do Código de Processo Civil estabelece os seus pressupostos de admissibilidade, *in verbis*:

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. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. § 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. § 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

Denota-se, portanto, que a admissibilidade do presente incidente pressupõe, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídicas, além da inexistência de precedente representativo de controvérsia repetitiva oriundo das instâncias superiores.

A doutrina, ao analisar referido instituto, defende que, para a sua instauração, não basta a existência de singela divergência jurídica acerca do assunto, mostrando-se necessária a existência de prévia e disseminada controvérsia.

Nesse sentido, valiosa é a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

O tratamento isonômico de diferentes processos que versam sobre a mesma matéria jurídica, gerando dessa forma segurança jurídica e isonomia, é a justificativa do incidente ora analisado, como se pode constatar da mera leitura do art. 976, caput, do Novo CPC. [...] Cabe registrar que no projeto aprovado originariamente no Senado o incidente tinha natureza preventiva porque poderia ser instaurado quando “identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito”. A redação aprovada afasta essa realidade a exigir a existência de múltiplos processos, dando a entender que a questão jurídica deve ser enfrentada e decidida em diversos processos antes de ser instaurado o incidente processual. A redação final do dispositivo deve ser elogiada porque é necessária uma maturação no debate jurídico a respeito da questão jurídica para que só então seja instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas. O dissenso inicial a respeito da mesma questão jurídica, apesar de ofender a isonomia e a segurança jurídica, é essencial para uma maior exposição e mais aprofundada reflexão sobre todos os entendimentos possíveis a respeito da matéria. [...] Por outro lado, a mera existência de algumas decisões em sentido contrário ao que vem majoritariamente se decidindo, pode não ser suficiente para colocar em risco a isonomia e a segurança jurídica, porque se houver um entendimento amplamente majoritário sendo aplicado nas decisões sobre a mesma questão

jurídica, a previsibilidade do resultado não estará sendo afetada de forma considerável, não sendo nesse caso necessária a instauração do IRDR. [...]2.

No caso dos autos, a matéria alegadamente controvertida e repetitiva nesta Corte diz com a impossibilidade de extinção de ações de cobrança, sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto de pressuposto válido e regular e pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva do requerido falecido preteritamente ao ajuizamento da demanda, sem antes oportunizar à parte autora a emenda da inicial para regularização do polo passivo.

A parte autora, na exordial, menciona diversos precedentes que respaldam a tese por si defendida, destacando os autos de ns. 0001747-37.2014.8.24.0038, 0055855-55.2010.8.24.0038 e 0027735-94.2013.8.24.0038, de relatoria do Des. Ronei Danielli e da Desa. Denise de Souza Luiz Francoski, apresentando, de outro lado, julgados em que foi afastado tal posicionamento, enfatizando o feito de n. 0317697-76.2015.8.24.0038, de relatoria do Des. Henry Petry Junior, sucessor do Des. João Henrique Blasi.

Seguem as ementas dos precedentes antes mencionados:

ACÇÃO DE COBRANÇA. ÓBITO DO RÉU ANTES DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. FACULTADA EMENDA À INICIAL PARA ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO. POSTERIOR EXTINÇÃO DIANTE DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DE CUJUS. VIABILIDADE DE CORREÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. “O correto enquadramento jurídico da situação em que uma ação judicial é ajuizada em face de réu falecido previamente à propositura da demanda é a de ilegitimidade passiva do de cujus, devendo ser facultado ao autor, diante da ausência de ato citatório válido, emendar a petição inicial para regularizar o polo passivo, dirigindo a sua pretensão ao espólio”. (STJ, REsp n. 1559791/PB, rela. Mina. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 28.08.2018). (TJSC, Apelação Cível n. 0001747-37.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 05-11-2019).

APELAÇÃO CÍVEL. ACÇÃO DE COBRANÇA DE CRÉDITO RELATIVO À TAXA DE LIMPEZA URBANA (TLU). SENTENÇA QUE, ANTE A AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO, DIANTE DA MORTE DO CONTRIBUINTE ANTES DO AJUIZAMENTO DA ACÇÃO, EXTINGUIU O FEITO. INSURGÊNCIA DO REQUERENTE. (A) DEFENDIDA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO POLO PASSIVO ANTES DA CITAÇÃO DO DEMANDADO. TESE PROVIDA. FALECIMENTO DO CONTRIBUINTE ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA ACÇÃO. EMENDA À INICIAL DEFERIDA PARA A INCLUSÃO DOS HERDEIROS. ADVENTO DE SENTENÇA QUE REVOGOU A DECISÃO QUE ADMITIU A EMENDA À INICIAL E EXTINGUIU O FEITO. EXTINÇÃO INDEVIDA. VIABILIDADE DE ADITAR OU ALTERAR O PEDIDO OU CAUSA DE PEDIDO ATÉ A CITAÇÃO, SEM O CONSENTIMENTO DO DEMANDADO, E APÓS A CITAÇÃO E ATÉ O SANEAMENTO, TAMBÉM HÁ TAL POSSIBILIDADE, MAS COM A ANUÊNCIA DO REQUERIDO (INTELIGÊNCIA DO ART. 329, I E II, DO CPC/2015). PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESSA CORTE. RECURSO PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA E DETERMINAR O RETORNO DO PROCESSO AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA SEU ULTERIOR PROSSEGUIMENTO EM FACE DOS HERDEIROS. (B) SUSTENTADA A EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA; ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA ANTERIOR; ARGUIDO DESCUMPRIMENTO DE

OBRIGAÇÃO DOS HERDEIROS DE ATUALIZAREM O CADASTRO JUNTO AO FISCO MUNICIPAL. TESES PREJUDICADAS. RECURSO PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA, CONFORME VISTO NO TÓPICO “A”, O QUE PREJUDICA A ANÁLISE DAS DEMAIS TESES AVENTADAS NO RECURSO. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL, INTERPOSTO PELO DEMANDANTE, CONHECIDO E PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROCESSAMENTO EM FACE DOS HERDEIROS. (TJSC, Apelação Cível n. 0055855-55.2010.8.24.0038, de Joinville, rel. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. 07-11-2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE CRÉDITO RELATIVO À TAXA DE LIMPEZA URBANA (TLU). SENTENÇA QUE, ANTE A AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO, DIANTE DA MORTE DO CONTRIBUINTE ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO, EXTINGUIU O FEITO. INSURGÊNCIA DO REQUERENTE. (A) DEFENDIDA POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO POLO PASSIVO ANTES DA CITAÇÃO DO DEMANDADO. TESE PROVIDA. FALECIMENTO DO CONTRIBUINTE ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EMENDA À INICIAL DEFERIDA PARA A INCLUSÃO DOS HERDEIROS. ADVENTO DE SENTENÇA QUE REVOGOU A DECISÃO QUE ADMITIU A EMENDA À INICIAL E EXTINGUIU O FEITO. EXTINÇÃO INDEVIDA. VIABILIDADE DE ADITAR OU ALTERAR O PEDIDO OU CAUSA DE PEDIDO ATÉ A CITAÇÃO, SEM O CONSENTIMENTO DO DEMANDADO, E APÓS A CITAÇÃO E ATÉ O SANEAMENTO, TAMBÉM HÁ TAL POSSIBILIDADE, MAS COM A ANUÊNCIA DO REQUERIDO (INTELIGÊNCIA DO ART. 329, I E II, DO CPC/2015). PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESSA CORTE. RECURSO PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA E DETERMINAR O RETORNO DO PROCESSO AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA SEU ULTERIOR PROSSEGUIMENTO EM FACE DOS HERDEIROS. (B) SUSTENTADA A EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA; ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA ANTERIOR; ARGUIDO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DOS HERDEIROS DE ATUALIZAREM O CADASTRO JUNTO AO FISCO MUNICIPAL. TESES PREJUDICADAS. RECURSO PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA, CONFORME VISTO NO TÓPICO “A”, O QUE PREJUDICA A ANÁLISE DAS DEMAIS TESES AVENTADAS NO RECURSO. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL, INTERPOSTO PELO DEMANDANTE, CONHECIDO E PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROCESSAMENTO EM FACE DOS HERDEIROS. (TJSC, Apelação Cível n. 0027735-94.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. 07-11-2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE TARIFA DE LIXO. RÉU FALECIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DO ESPÓLIO OU DE SUCESSORES. FALTA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. EXTINÇÃO COM FULCRO NO ART. 485, INC. IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0317697-76.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 22-10-2019).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA DE TARIFA DE LIXO. ÓBITO DA PARTE RÉ ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO NOS TERMOS DO ART. 485, INC. IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ACÓRDÃO DE DESACOLHIMENTO. EMBARGOS DA CONCESSIONÁRIA AUTORA. (1) ALEGADAS OMISSÕES. TENTATIVA DE REDISSCUSSÃO. VÍCIOS INOCORRENTES. - Os embargos de declaração têm por principal objetivo esclarecer, complementar e aperfeiçoar qualquer decisão judicial (decisões interlocutórias, sentenças, decisões monocráticas e acórdãos), de modo a permitir

seja oferecida uma tutela jurisdicional clara e completa, corrigindo seus defeitos (erro material, erro de cálculo, obscuridade, contradição e omissão), os quais podem comprometer a utilidade do decisório, em desprestígio à garantia de máxima efetividade do direito de ação, mas não a função de viabilizar a revisão ou a anulação das decisões judiciais, com a revisitação das teses suficientemente versadas. Inteligência dos arts. 3º, caput, 494 e 1.022 do CPC/2015; e 5º, inc. XXXV, da CRFB. Assim, ausentes as máculas indicadas, a sua rejeição é medida que se impõe. (2) PREQUESTIONAMENTO. APRECIÇÃO SUFICIENTE DAS MATÉRIAS. EIVAS NÃO VERIFICADAS. - Só há falar em acolhimento de embargos de declaração para fins de prequestionamento caso o acórdão embargado, pela presença de alguma das máculas previstas na lei (erro material, erro de cálculo, obscuridade, contradição e omissão), não tenha examinado determinada matéria que deveria ter sido apreciada, o que ocasionaria inovação se levada ao crivo dos Tribunais Superiores. Ausência de exame, porém, não se confunde com descontentamento da parte com as teses adotadas e seus respectivos lastros normativos. Inteligência dos arts. 102, inc. III, e 105, inc. III, da CRFB; e dos enunciados n. 211 da Súmula do STJ e 282 e 356 da Súmula do STF. EMBARGOS REJEITADOS. (TJSC, Embargos de Declaração n. 0317697-76.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Henry Petry Junior, Segunda Câmara de Direito Público, j. 03-03-2020).

Conforme reconhece a demandante, a jurisprudência majoritária desta Corte é no sentido de que, nos casos de ajuizamento de ação em face de réu falecido previamente à propositura da demanda, deve ser facultado ao autor a possibilidade de emendar a inicial a fim de regularizar o polo passivo, direcionando a pretensão ao espólio, diante da ausência de ato citatório válido.

Nos termos da exordial, a alegada divergência ensejadora de risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídicas se limitava aos posicionamentos defendidos por dois dos integrantes da e. Segunda Câmara de Direito Público, os ilustres Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz e Henry Petry Junior. No entanto, segundo afirmou no petitório representado pelo Evento 2, o Exmo. Des. Sérgio recentemente, ao julgar a Apelação n. 0303999-37.2014.8.24.0038, superou o entendimento antes defendido e passou a decidir pela possibilidade de substituição processual na hipótese de falecimento do réu anteriormente ao ajuizamento da ação. Eis a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA REFERENTE A TARIFA DE LIMPEZA URBANA. FEITO INTENTADO EM DESEFAVOR DE DEVEDOR FALECIDO ANTERIORMENTE AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PARA ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO. POSSIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. INTELECÇÃO QUE PASSA A SER ADOTADA POR ESTA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0303999-37.2014.8.24.0038, de TJSC, rel. SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, 2ª Câmara de Direito Público, j. 18-08-2020).

De seu inteiro teor, retira-se:

Pretende o apelante a reforma da sentença monocrática que, por entender ausente pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, uma vez que o falecimento do requerido ocorreu em data anterior à propositura da ação, indeferiu a substituição processual almejada, extinguindo o feito.

O tema é recorrente no âmbito desta Corte e, até então, o entendimento desta Segunda Câmara de Direito Público sufragava intelecção no sentido de ser inexecutável a substituição processual na hipótese de falecimento do réu anteriormente ao ajuizamento da ação, veja-se:

[...]

Referido entendimento, todavia, consoante aventado na peça recursal, não mais encontra eco nas demais Câmaras de Direito Público desta Corte.

[...]

Nesse contexto, a partir do julgamento do presente recurso, passa-se a adotar orientação nos termos precitados, razão pela qual, é medida consentânea o provimento do reclamo para, cassando-se a sentença monocrática, determinar o retorno dos autos para que tenha regular prosseguimento.

[...]

Diante deste contexto, restaria, apenas, um integrante daquele órgão fracionário que ainda defenderia a inexecutabilidade da substituição processual, quem seja, o douto Des. Henry Petry Junior. No entanto, é fato notório que Sua Excelência aposentou-se e não mais detém competência jurisdicional, de modo que se pode considerar totalmente ultrapassada a aventada controvérsia jurisprudencial.

De fato, em pesquisa na jurisprudência desta Corte de Justiça, denota-se que idêntico desfecho é conferido às ações que interessam ao presente feito, por todas as Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS AUTOS. CAUSA QUE TRATA DE INTERESSE MERAMENTE PATRIMONIAL. PARTICIPAÇÃO E POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO EM SESSÃO DE JULGAMENTO. PLEITO DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO MÉRITO. DEMANDA PROPOSTA EM FACE DE PESSOA JÁ FALECIDA. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE DA PARTE. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO ÓRGÃO JULGADOR. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DO POLO PASSIVO DA LIDE, CONFORME JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CORREÇÃO DO POLO PASSIVO SEM PREJUÍZO ÀS PARTES. CONTINUIDADE DA AÇÃO. MÉRITO. TARIFAS DE COLETA DE LIXO E DE LIMPEZA PÚBLICA INCONSTITUCIONALIDADE DA SEGUNDA. SERVIÇO GERAL E INDIVISÍVEL. CF, ART. 145, II. ENTENDIMENTO DOMINANTE NA CORTE. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS VALORES. PROPRIETÁRIO INDICADO PELO MUNICÍPIO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. (TJSC, Apelação n. 0009546-07.2012.8.24.0005, de TJSC, rel. PEDRO MANOEL ABREU, 1ª Câmara de Direito Público, j. 15-09-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA REFERENTE A TARIFA DE LIMPEZA URBANA. FEITO INTENTADO EM DESFAVOR DE DEVEDOR FALECIDO ANTERIORMENTE AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL PARA ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO. POSSIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. INTELECÇÃO QUE PASSA A SER ADOTADA POR ESTA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0050767-41.2007.8.24.0038, de TJSC, rel. SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, 2ª Câmara de Direito Público, j. 01-09-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE TARIFA DE COLETA DE LIXO. "ÓBITO DO RÉU ANTES DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. FACULTADA EMENDA À INICIAL PARA ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO. POSTERIOR EXTINÇÃO DIANTE DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DE CUJUS. VIABILIDADE DE CORREÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. PRECEDENTES

DO STJ. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO: "O correto enquadramento jurídico da situação em que uma ação judicial é ajuizada em face de réu falecido previamente à propositura da demanda é a de ilegitimidade passiva do de cujus, devendo ser facultado ao autor, diante da ausência de ato citatório válido, emendar a petição inicial para regularizar o polo passivo, dirigindo a sua pretensão ao espólio." (STJ, REsp n. 1559791/PB, rela. Mina. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 28.08.2018)." (TJSC, Apelação Cível n. 0051344-87.2005.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 10-12-2019). (TJSC, Apelação n. 0057717-32.2008.8.24.0038, de TJSC, rel. JAIME RAMOS, 3ª Câmara de Direito Público, j. 29-09-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. TARIFA DE COLETA DE LIXO. AÇÃO DE COBRANÇA. EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR FALTA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. INSURGÊNCIA DA AUTORA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ACOLHIMENTO. ÓBITO DO RÉU, ANTES DO INGRESSO DA AÇÃO. CORREÇÃO DO POLO PASSIVO, OPORTUNIZADA PELO JUÍZO. PROVIDÊNCIA DEVIDAMENTE ATENDIDA PELA PARTE. DECISUM QUE EXTINGUE O FEITO NA SEQUÊNCIA. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, A EXEMPLO DA COOPERAÇÃO, DA CELERIDADE, INSTRUMENTALIDADE E EFICIÊNCIA. IMPERIOSA DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA, PARA POSSIBILITAR O REGULAR PROSSEGUIMENTO NA ORIGEM. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0056418-49.2010.8.24.0038, de Joinville, rel. Bettina Maria Maresch de Moura, Quarta Câmara de Direito Público, j. 23-07-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. TARIFA DE LIMPEZA URBANA. FALECIMENTO DA PARTE RÉ OCORRIDO EM MOMENTO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. CITAÇÃO POSITIVA NÃO PERFECTIBILIZADA. EMENDA À INICIAL. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO PARA INCLUSÃO DA VIÚVA-MEEIRA E DOS HERDEIROS DO FALECIDO RÉU NO POLO PASSIVO. POSTERIOR EXTINÇÃO DO FEITO COM FULCRO NO ART. 485, I E IV DO CPC/2015. IRRESIGNAÇÃO DA PARTA AUTORA. REGULARIZAÇÃO PROCESSUAL AUTORIZADA DE FORMA ESCORREITA. EMENDA FACULTADA À PARTE AUTORA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. SENTENÇA CASSADA, COM O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0016182-84.2012.8.24.0038, de TJSC, rel. ARTUR JENICHEN FILHO, 5ª Câmara de Direito Público, j. 22-09-2020).

Assim, não sendo identificadas, na atualidade, decisões conflitantes nesta Corte, não há que falar em risco à segurança jurídica e à isonomia, de modo que não restam preenchidos os pressupostos para a instauração do incidente.

Mutatis mutandis, já decidiu este Tribunal de Justiça:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PROFESSORES DE LAGES/SC. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA DE DECISÕES ENTRE A SEXTA TURMA DE RECURSOS. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM REGIME DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA, PARA FINS DE TRIÊNIO. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO DE RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. ALTERAÇÃO DOS COMPONENTES

DO RESPECTIVO ÓRGÃO JULGADOR. NOVA DISCUSSÃO DA MATÉRIA. FALTA DE DISSONÂNCIA JURISPRUDENCIAL, NO MOMENTO. INEXISTÊNCIA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 976 DO CPC/15. INADMISSIBILIDADE QUE SE IMPÕE. (TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 4011349-93.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Júlio César Knoll, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 28-08-2019 - sem grifos no original).

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - SERVIDOR MUNICIPAL DE CRICIÚMA - PROMOÇÃO POR MERECEMENTO - ART. 10 DA LCM N. 13/1999 - INÉRCIA DESPROPOSITADA DA ADMINISTRAÇÃO EM IMPLEMENTAR O BENEFÍCIO ESTATUTÁRIO - JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA A FAVOR DA PRETENSÃO DOS MEMBROS DO FUNCIONALISMO LOCAL - UNIFORMIZAÇÃO DESPICIENDA - UNIVERSO RESTRITO DE DEMANDAS SIMILARES - IMPACTO JURÍDICO-SOCIAL REDUZIDO - AUSÊNCIA DE RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA - PRESSUPOSTOS DO ART. 976 DO CPC/2015 NÃO PREENCHIDOS - REJEIÇÃO DO INCIDENTE QUE SE IMPÕE. Embora o número significativo de ações versantes sobre a implementação de promoção por merecimento aos servidores públicos do Município de Criciúma, até o momento, idêntico desfecho foi conferido a todas elas, sem exceção, de modo que sobressai despicienda a uniformização jurisprudencial a respeito da temática. Ademais, frente à falta de perspectiva de propagação temporal e ao impacto jurídico-social limitado advindo do imbróglio, não se sustenta a fixação de tese vinculante sob a via do IRDR. Ora, não são questões pontuais, transitórias, de relevância concentrada e circunstancial, que corroboram, por conta apenas de multiplicidade, a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas; tais hipóteses não comungam nem com a sistemática - de dilatado contraditório e ampla divulgação e publicidade - nem com a teleologia do instituto - de estabilização da jurisprudência. (TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0307939-93.2016.8.24.0020, de Criciúma, rel. Cid Goulart, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 24-05-2017 - sem grifos no original).

Ante o exposto, voto no sentido de não admitir a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas requerido pela empresa Ambiental Limpeza Urbana e Saneamento e Ltda..

Reclamação n. 4019389-30.2018.8.24.0000, de Itajaí

Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho

RECLAMAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DECISÃO DO JUÍZO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA, EXECUTIVO FISCAL, ACIDENTES DO TRABALHO E REGISTROS PÚBLICOS DA COMARCA DE ITAJAÍ QUE INDEFERIU PLEITO ANTECIPATÓRIO PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. ALEGADA INOBSERVÂNCIA AO TEMA N. 106 DO STJ E DO IRDR N. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000 DESTE TRIBUNAL.

RECLAMAÇÃO EM FACE DE TESE JURÍDICA FIXADA PELO STJ QUE EXIGE O PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS (ART. 988, § 5º, II, DO CPC). INADMISSIBILIDADE NO PONTO.

DIRETRIZES FIRMADAS POR ESTE SODALÍCIO NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS N. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELAS INSTÂNCIAS INFERIORES (ART. 927, III, DO CPC). DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DO JUÍZO SINGULAR QUE, SEM TRAÇARO CARÁTER DISTINTIVO DA DEMANDA, AFASTA SUA APLICAÇÃO AO CASO. INCIDÊNCIA DO ART. 985, § 1º, DO CPC. DECISÃO CASSADA, COM DETERMINAÇÃO DE PROLAÇÃO DE NOVO *DECISUM* PELO JUÍZO A *QUO*.

CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA POR ESTE SODALÍCIO PARA DETERMINAR O FORNECIMENTO DO REMÉDIO. NÃO CABIMENTO. MEDIDA QUE EXTRAPOLA OS ESTREITOS LIMITES DO PRESENTE FEITO. RECLAMAÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação n. 4019389-30.2018.8.24.0000, da comarca de Itajaí Vara da F. Púb. E. Fisc. A. do Trab. e Reg. Púb. em que é Reclamante Maria Aparecida Cândido e Reclamado Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Itajaí.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, julgar parcialmente procedente a reclamação. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 14 de outubro de 2020, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, Desembargador Hélio do Valle Pereira, Desembargador Artur Jenichen Filho, Desembargador Vilson Fontana, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Jorge Luiz de Borba, Desembargadora Sônia Maria Schmitz, Desembargador Ronei Danielli, Desembargador Luiz Fernando Boller e Desembargador Carlos Adilson Silva. Funcionou, pela Procuradoria-Geral de Justiça, a Excelentíssima Senhora Doutora Sonia Maria Demeda Groisman Piardi, tendo lavrado parecer o Excelentíssimo Senhor Doutor Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Odson Cardoso Filho

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de reclamação proposta por Maria Aparecida Cândido diante de decisão que, nos autos da ação de obrigação de fazer (n. 0308723-60.2018.8.24.0033) movida em face do Município de Itajaí e do Estado de Santa Catarina, negou o pleito antecipatório, consistente no custeio, pelos réus, do tratamento indicado (com o fármaco Aclasta) para a patologia que a acomete (osteoporose).

Em suas razões, sustenta ter havido violação aos acórdãos vinculantes que disciplinam a matéria, em especial o REsp n. 1.657.156/RJ (Tema n. 106 do STJ) e o IRDR n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000 (Tema n. 1) deste Tribunal, e a ausência de norma disciplinando a competência para julgamento da reclamação contra decisões proferidas por Juízes dos Juizados Especiais no Estado de Santa Catarina. Ademais, discorre sobre a constitucionalidade do sistema de precedentes, a distinção equivocada entre os paradigmas e o caso concreto, as condições pessoais e as orçamentárias dos entes públicos e, ao fim, clama pela concessão de tutela provisória de urgência para que sejam os acionados obrigados ao fornecimento do fármaco aludido (fls. 1-32).

Recebidos os autos, a Exma. Desa. Vera Copetti ordenou a redistribuição do feito ao relator do IRDR (no Grupo de Câmaras de Direito Público) paradigma deste Tribunal (fls. 114-117).

Em sequência, o Exmo. Des. Ronei Danielli determinou a suspensão dos efeitos do comando interlocutório combatido, ditando a necessidade de prolação de nova decisão, balizada nos requisitos firmados no referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (fls. 121-126).

E em atendimento, a magistrada *a quo* prolatou novo *decisum*, agora fundamentado no IRDR, em que indeferiu a tutela de urgência almejada (fls. 149-160).

Citados, o Estado de Santa Catarina e o Município de Itajaí apresentaram resposta, às fls. 161-162 e 175-228.

Com manifestação da reclamante (fls. 163-167), houve a redistribuição do processado por sorteio, nos termos do entendimento da Câmara de Recursos Delegados (fl. 229).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo parcial conhecimento e parcial provimento do reclamo (fls. 246-253).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de reclamação proposta em face de decisão proferida pela Juízo da Vara da Fazenda Pública, Executivo Fiscal, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Itajaí, que indeferiu o pleito antecipatório de concessão de medicamento, contrariando os precedentes vinculantes firmados por este Tribunal de Justiça (IRDR n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000 - Tema n. 1) e pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 1.657.156 - Tema n. 106).

Consabido que, “decidida uma temática por órgão superior com efeito vinculante, cabe ao órgão inferior observar as diretrizes traçadas na decisão e aplicá-las ao caso concreto, sendo vedada a este o rejuízo da questão com base puramente em suas convicções pessoais, se eventualmente contrastantes com a *ratio decidendi* do precedente” (TJSC, Reclamação n. 4015029-52.2018.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Ronei Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 26-6-2019).

1. Diante disso, a presente reclamação fundamenta-se, inicialmente, na negativa de aplicação de tese jurídica firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.657.156/RJ, acerca da “obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS” (Tema n. 106).

Conforme locução do inciso II do § 5º do art. 988 do CPC, no entanto, tem-se por inadmissível a reclamação “proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, **quando não esgotadas as instâncias ordinárias**” (destaquei).

Outrossim, dispõe o § 1º do aludido dispositivo que o julgamento da reclamação “compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir”, o que obsta, portanto, a sua apreciação por este Sodalício.

Ademais, o art. 1º do Ato Regimental n. 142/2016 do TJSC, ainda que permita o excepcional processamento de reclamação destinada a dirimir divergência face a entendimento consolidado pelo STJ em julgamento de recurso especial repetitivo, abre tal perspectiva apenas quanto aos acórdãos proferidos por Turma Recursal, não autorizando sua análise quando ajuizada em face de decisão liminar de primeira instância.

Assim, neste aspecto a reclamação se mostra inadmissível.

2. Por outro lado, remanesce o argumento de contrariedade às diretrizes traçadas pelo Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte no bojo do IRDR n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000 - mais restritivas, aliás, do que aquelas emanadas da Corte Superior.

Da documentação juntada aos autos, tem-se que a pretensão deduzida na ação n. 0308723-60.2018.8.24.0033 amolda-se perfeitamente ao supramencionado precedente, uma vez que destinada ao fornecimento do fármaco Aclasta (ácido zoledrônico) - não padronizado pelo SUS - para preservação da saúde da reclamante, sob o argumento de que as políticas públicas para o tratamento da moléstia que a acomete (CID M81) são insuficientes e, ainda, que não dispõe de recursos financeiros para o seu custeio (fls. 33-49).

Desta feita, para obtenção de medicamento não incluído nas políticas públicas de saúde, devem ser atendidos os seguintes requisitos, elencados no IRDR assim ementado:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA - IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.

DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO.

1. Teses Jurídicas firmadas:

[...]

1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível. [...]. (TJSC, IRDR n. 0302355-11.2014.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Ronei Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 09-11-2016)

Entretanto, como já se adiantou no decisório de fls. 121-126, a decisão reclamada contém diversos pontos que conflitam diretamente com o IRDR, merecendo destaque:

Tal questão deve ser enfrentada, pois **o inciso III do artigo 927 do Código de Processo Civil está a retirar a possibilidade do juiz de apreciar a demanda com base no seu livre convencimento motivado, submetendo-o às convicções de outro órgão jurisdicional** fora das hipóteses de decisões de mérito definitivas em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações declaratórias de constitucionalidade ou da edição de súmulas vinculantes.

[...]

Os juízes de primeiro grau e Tribunais Estaduais não podem ser transformados em mero repetidores das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, atuando de forma mecânica, sem poder expressar sua convicção jurídica, sob pena de se criar um Estado Autoritário.

[...]

Atualmente, a jurisprudência majoritária brasileira vem se apoiando em uma abordagem individualista dos problemas sociais para resolver a controvérsia instaurada, já que depende esforços para atender às necessidades imediatas de quem se socorre do Poder Judiciário, mas, em contrapartida, dificulta a otimização das possibilidades estatais no que tange à promoção da saúde pública.

Claro que não se pode ignorar a influência da atual jurisprudência sobre as decisões judiciais. Contudo, compartilho do entendimento de Luigi Ferrajoli, a respeito de que, embora com valor de argumentos persuasivos, **os precedentes não possuem valor de lei, e são invocados pelo valor conferido à coerência. Como coerência alguma pode ser extraída do atual posicionamento**, ao se analisarem os efeitos de interferência financeira e retrocesso social, entendo que ele não é apto a sustentar as decisões judiciais nos pleitos de saúde trazidos a este Juízo.

Logo, **penso que é essencial a modificação do entendimento adotado** até então, pois, do contrário, estará o Poder Judiciário, no exercício da discricionariedade judicial e na tentativa de criar soluções, como vem fazendo, perpetuando situações de injustiça social, invadindo a competência da esfera política, bem como, lesando inúmeras pessoas para garantir a satisfação individual de poucos. Para tanto, é imprescindível que haja uma releitura do conceito de mínimo existencial, tradicionalmente empregado para autorizar o Judiciário a determinar a concessão de prestações não contempladas nas políticas públicas e previsões orçamentárias vigentes, sem qualquer ponderação de custo-benefício.

[...]

Vejo que as decisões atuais ignoram a existência de um organizado sistema de saúde, com diretrizes e prioridades já consolidadas, uma vez que estão sendo emitidas inúmeras ordens de disponibilização de tratamentos não previstos na política pública ou cujo ente demandado não possui competência para prestação, conforme o esquema de regionalização e hierarquia, atribuindo-se, inclusive, interpretação absoluta à ideia da solidariedade. Observo, ainda, que está se pondo em pedestais as prescrições médicas juntadas às demandas (como se fosse possível aplicar o Princípio da Absoluta Confiança no profissional assistente da parte demandante em uma área tão delicada e com várias perspectivas), em prejuízo de tratamentos padronizados e disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde.

[...]

A imposição da disponibilização de insumos ou de intervenções médicas que não são previstas junto aos protocolos do SUS, bem como as determinações para que o Município preste serviços/atendimentos de alta complexidade, que sequer seriam de sua competência, dada a organização regional e hierarquizada, importam imediatamente na impossibilidade de ações outras, tais como, a contratação de mais profissionais de saúde, a compra de insumos já protocolizados na atenção básica, etc. Cito, como exemplo, a seguinte situação: a prestação de uma insulina não padronizada para um indivíduo pode ocasionar a falta de medicamento, ou, de profissional de saúde, para outro. Em termos globais, é preciso enfrentar a realidade de que a totalidade das decisões pode importar, ainda, em medidas mais drásticas, como o fechamento de unidades de saúde.

[...]

Concluindo: entendo que não compete ao Judiciário alterar o Sistema de Saúde ou determinar como ele deve funcionar, visto que ele foi organizado de forma a atender a população como um todo. Não se trata de ausência de atendimento na área de saúde simplesmente, mas, sim, de organização política de um sistema. (fls. 81-82; 99-104; negritei)

Pela decisão reclamada, portanto, o juízo de origem fundamenta o indeferimento da tutela de urgência consignando o afastamento dos efeitos do art. 927, III, do CPC, e se negando a aplicar o precedente vinculante sem traçar qualquer caráter distintivo à causa, fazendo incidir o disposto no art. 985, § 1º, do Diploma Processual.

Ressalto que “não há óbice a que o magistrado consigne, na decisão, sua discordância com a tese fixada e invoque outros fundamentos capazes de informar conclusão diversa, a serem oportunamente apreciados pela Corte em vistas a, mediante debate qualificado em contraditório e guardando coerência com a estrutura normativa do sistema, sem surpreender as partes envolvidas tampouco ofender a isonomia de tratamento perante os jurisdicionados, modificar, revogar ou confirmar a tese. Não pode, porém, se limitar a negar aplicação do precedente, como se verifica

no caso concreto” (TJSC, Reclamação n. 4015029-52.2018.8.24.0000, de Itajaí, rel. Ronei Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 26-06-2019).

Dessarte, deve a reclamação ser julgada parcialmente procedente, confirmando-se a decisão de fls. 121-126 a fim de desconstituir o *decisum*, com a prolação de novo provimento em harmonia com o paradigma - o que, ressalta-se, já foi realizado pela magistrada *a quo* após determinação desta Corte em sede liminar (fls. 148-160).

3. Por fim, no que toca ao pleito sucessivo de concessão da tutela de urgência para que seja ordenada a entrega do insumo pleiteado, anoto que o pedido extrapola os estreitos limites do presente feito, eis que “vedado à reclamação reformar ou modificar a decisão impugnada, função restrita aos recursos, sendo sua finalidade apenas verificar a ocorrência de violação à súmula vinculante ou precedente de observância obrigatória, e, em caso positivo, determinar sua cassação e a prolação de novo” (TJSC, Reclamação n. 4015029-52.2018.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Ronei Danielli, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 26-6-2019) -, pelo que é de se inacolher a postulação.

4. Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a reclamação.

É o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 4003716-26.2020.8.24.0000, de São José

Relator: Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

PROCESSUAL CIVIL. ALEGADO ERRO MÉDICO. AÇÃO PROPOSTA EM FACE DO ESTADO E DA PROFISSIONAL QUE REALIZOU O ATENDIMENTO.

1) ILEGITIMIDADE PASSIVA DA MÉDICA. ATUAÇÃO EM HOSPITAL PÚBLICO, COMO PREPOSTA DO ESTADO. MATÉRIA RECONHECIDA DE OFÍCIO, OBSERVADO O ARTIGO 10 DO CPC.

2) REJEIÇÃO DA IMPUGNAÇÃO AO VALOR FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. CONSULTA A OUTROS PROFISSIONAIS DA SAÚDE PARA AFERIÇÃO DO *QUANTUM* A SER ARBITRADO COM A NOMEAÇÃO DAQUELE QUE APRESENTAR A MELHOR PROPOSTA. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4003716-26.2020.8.24.0000, da comarca de São José Vara da Fazenda Pública em que é Agravante Estado de Santa Catarina e Agravado Katarzina Ewa Sladkowska:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, reconhecer a ilegitimidade da ré Letícia Schmitz e dar parcial provimento ao recurso para determinar que o juízo de origem consulte três profissionais da área médica aptos a realizar a perícia. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Jorge Luiz de Borba. Presidiu a sessão, realizada por videoconferência, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 13 de outubro de 2020.

Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva
Relator

RELATÓRIO

Katarzina Ewa Sladkowska propôs “ação de indenização de danos morais” em face de Letícia Schmitz e Estado de Santa Catarina.

Alegou que foi vítima de erro médico no Hospital Regional de São José e postulou compensação por abalo moral.

Após a contestação, foi determinada a realização de prova pericial (f. 209/210 dos autos originários).

O ente público impugnou a proposta apresentada pela perita no valor de R\$ 3.000,00 (f. 234 e 242/244 dos autos originários).

Foi proferida decisão nos seguintes termos:

Ante o exposto, rejeito a impugnação de fixo o valor dos honorários conforme requerido, em R\$ 3.000,00 (três mil reais), que deverá ser recolhido pelo Estado de Santa Catarina, no prazo de 30 (trinta) dias. (f. 251/252 dos autos originários)

O Estado interpôs agravo de instrumento sustentando que o valor é elevado e contraria: 1) a Resolução n. 232/2016 do CNJ; 2) Resolução n. 5/2019 do Conselho da Magistratura e 3) precedentes desta Corte.

A medida urgente foi parcialmente deferida para determinar ao juízo de origem que consulte, no mínimo, outros três profissionais da área médica aptos a realizar a perícia (f. 28/32).

Contrarrazões às f. 37/38.

As partes foram intimadas acerca da possibilidade de reconhecimento da ilegitimidade passiva da médica (f. 41/42). Apenas a requerente se manifestou (f. 45/46).

VOTO

1. Ilegitimidade passiva da médica

[...] “por força do efeito translativo do agravo de instrumento, autoriza-se ao relator, monocraticamente, ou ao órgão ad quem, sendo o caso, reconhecer de ofício as chamadas ‘matérias de ordem pública’, analisando o preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais” (TJSC, AI n. 2012.029380-8, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 26.08.2014).’ (AI n. 0134855-48.2015.8.24.0000, de Seara, rel. Edemar Gruber, Quarta Câmara de Direito Público, j. 1º-9-2016)

In casu, trata-se de “ação de indenização de danos morais” ajuizada por Katarzina Ewa Sladkowska em face da médica Letícia Schmitz e do Estado de Santa Catarina.

Alegou que foi vítima de erro médico no Hospital Regional de São José, consistente no esquecimento de gaze dentro de seu corpo, e postulou compensação por abalo moral.

O Estado prestou serviço por meio dos seus agentes, de modo que a médica requerida é parte ilegítima.

A responsabilidade civil do Estado é regida pelo § 6º do art. 37 da CF/1988, que determina:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O constituinte adotou a teoria do risco que:

[...] baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 651).

O referido dispositivo consagra o dever do Estado de responder pelo danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sobre o tema, leciona Hely Lopes Meirelles:

A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. (**Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 623)

Tendo em vista que a conduta foi atribuída à médica Letícia, integrante do quadro do Estado, ou seja, preposta do ente público, deve-se reconhecer sua ilegitimidade passiva, como preconiza o art. 37, § 6º, da CF.

Sobre o assunto:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ILEGITIMIDADE DO AGENTE PÚBLICO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF FIRMADA SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 940. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com a orientação firmada pelo STF no julgamento do Tema 940, submetido ao rito da repercussão geral, “a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

2. A orientação vinculante exarada pela Suprema Corte é expressa ao afirmar que o ressarcimento de eventual prejuízo causado pelo agente público deve ser buscado por meio de ação regressiva. É nesta seara que será aferido o elemento subjetivo da conduta praticada pelo servidor e definido, se for o caso, o dever de ressarcimento ao ente público.

3. O direito de regresso deve ser exercido pelo ente público condenado na ação de responsabilidade por danos. O particular não possui legitimidade para o ajuizamento de tal demanda, daí por que lhe falece interesse processual para pretensão de vincular o agente público à instrução processual empreendida no presente feito.
4. O cabimento do recurso especial, com base na alínea “c” do permissivo constitucional, impõe para a parte recorrente a comprovação de que os arestos trazidos a confronto partiram de similar contexto fático para atribuir conclusões jurídicas dissonantes, o que não ficou caracterizado no presente caso.
5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.833.714/RS, rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 10-3-2020)

Desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. SUPOSTO ERRO MÉDICO EM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE ACOLHEU PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E EXCLUIU O MÉDICO DA LIDE. INSURGÊNCIA DO NOSOCÔMIO. SERVIÇO PRESTADO NA REDE PRIVADA MEDIANTE CONVÊNIO COM O ENTE PÚBLICO, EM PROGRAMA DE MUTIRÃO DE CIRURGIAS. PROFISSIONAL CONTRATADO PELO MUNICÍPIO. ILEGITIMIDADE DO MÉDICO RESPONSÁVEL PELO ATO PERANTE TERCEIROS. DECISÃO MANTIDA.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 1.027.633, com repercussão geral (Tema 940), fixou a seguinte tese jurídica: “A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (AI n. 4026484-77.2019.8.24.0000, de Forquilha, rel. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 12-12-2019)

Dessa forma, o reconhecimento da ilegitimidade passiva da médica requerida, quanto às condutas praticadas como preposta do Estado, é medida adequada.

2. Mérito

O Estado sustentou que é cabível a redução dos honorários porque há violação: 1) ao Convênio n. 81/2012, firmado entre o TJ/SC e a PGE/SC, que prevê como limite máximo para o pagamento de honorários periciais da área médica o valor de R\$ 407,00 e 2) à Resolução 232/2016 do CNJ, que estipula teto para semelhante perícia em R\$ 370,00.

O convênio, no entanto, foi firmado com o propósito de estabelecer diretrizes para a remuneração de peritos custeados pelo Estado de Santa Catarina nos casos em que a parte seja beneficiária da gratuidade da justiça.

Confira-se:

Cláusula primeira. Este Convênio tem por objeto o pagamento dos honorários periciais em processos de natureza cível com Assistência Judiciária, nos termos do Plano de Trabalho ao Convênio n. 081/2012, do art. 116 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993, bem como das suas posteriores alterações e de outros atos normativos que forem posteriormente editados para o seu fiel cumprimento.

§ 1º Será autorizado o pagamento das perícias nos processos com Assistência Judiciária Gratuita, quando:

I - quem a requerer for beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita;

II - determinada de ofício pelo juízo ou a requerimento do Ministério Público, desde que, nesses casos, a parte autora seja beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita; e

III - requerida pelo Ministério Público na condição de parte. (Disponível em <<http://www2.tjsc.jus.br/web/cache/sistemas/compras/convenios/81.2012.pdf>> Acesso em 6-5-2020)

No mesmo sentido, a Resolução n. 232 do CNJ também fixou balizas para o arbitramento de honorários periciais custeados pelo erário nos casos em que a parte responsável pelo pagamento seja beneficiária da justiça gratuita:

Art. 1º Os valores a serem pagos pelos serviços de perícia de responsabilidade de beneficiário da gratuidade de justiça são fixados na Tabela constante no Anexo desta Resolução, na hipótese do art. 95, §3º, II, do Código de Processo Civil.

Art. 2º O magistrado, em decisão fundamentada, arbitrará os honorários do profissional ou do órgão nomeado para prestar os serviços nos termos desta Resolução, observando-se, em cada caso:

I - a complexidade da matéria;

II - o grau de zelo e de especialização do profissional ou do órgão;

III - o lugar e o tempo exigido para a prestação do serviço/

IV - as peculiaridades regionais.

§ 1º O pagamento dos valores de que trata este artigo e do referente à perícia de responsabilidade de beneficiário da justiça será efetuado com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal. (Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_232_13072016_15072016_132913.Pdf> Acesso em 3-7-2020)

Portanto, os limites previstos no Convênio n. 81/2012 e na Resolução n. 232/2016 do CNJ são inaplicáveis ao caso, pois aqui se trata de honorários periciais a serem custeados pelo Estado de Santa Catarina na condição de litigante e que teve deferido o pedido para a produção de prova pericial em juízo. Todavia, é preciso observar certas balizas na fixação da verba, ainda mais quando custeada pelos cofres públicos.

A proposta da perita é lacônica: “[...] aceito o encargo de perita do processo [...] e apresento os meus valores periciais em R\$ 3.000,00” (autos originários, f. 234).

Não há menção a alguma complexidade maior do exame (o qual, em princípio, parece ser apenas documental), à necessidade de recorrer a outros profissionais para cumprimento do encargo ou ao tempo que será utilizado para responder os quesitos.

Em casos assim, esta Corte firmou entendimento no sentido de ser necessária a consulta a outros profissionais, a fim de que se possa avaliar a razoabilidade do valor proposto.

Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MÉDICO. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO AO VALOR FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS PERICIAIS, APRESENTADA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA. CONSULTA A OUTROS EXPERTS PARA AFERIÇÃO DO QUANTUM A SER ARBITRADO. DECISÃO MODIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Conforme a Lei Complementar n. 156, de 1997, ‘nos exames, vistorias e arbitramentos, os honorários do perito são fixados livremente pelo juiz que, para tanto, deverá considerar o valor da causa, as condições financeiras das partes, a complexidade do trabalho a ser realizado, enfim, as dificuldades e o tempo para a sua plena execução, não se aplicando os limites previstos no art. 4º (art. 7º). Todavia, o poder conferido ao juiz de nomear o perito e de arbitrar os seus honorários não é absoluto; ‘na hipótese de impugnação do valor pretendido pelo perito judicial a título de honorários, é prudente a consulta a outros profissionais habilitados com vistas à nomeação daquele que apresentar a melhor proposta’ (AI n. 2006.033863-9, Des. Luiz Carlos Freyesleben; AI n. 2011.020990-1, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz; AI n. 2012.077807-6, Des. João Henrique Blasi; AI n. 2013.001213-9, Des. Luiz César Medeiros)” (AI n. 2012.084327-0, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. 23-4-2013) (AI n. 2013.055590-7, de Turvo)” (AI n. 2013.059053-0, de Chapecó, rel. Des. Gaspar Rubick, j. 25-2-2014). (Agravo de Instrumento n. 2013.058025-4, de Xanxerê, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 10.03.2015) (AI n. 0018553-96.2016.8.24.0000, de Ibirama, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 9-8-2016)

Destaca-se que a LCE n. 156, mencionada no precedente, foi revogada pela LCE n. 755/2019. Contudo, a orientação de que o juiz deve observar “o valor da causa, as condições financeiras das partes, a complexidade do trabalho a ser realizado, enfim, as dificuldades e o tempo para a sua plena execução” permanece válida, pois é intuitivo que nenhum agente estatal atua de forma livre.

As peculiaridades da causa – traduzidas nos elementos citados – balizarão o arbitramento dos honorários periciais, mesmo que não haja disposição legal expressa nesse sentido, já que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (CPC, art. 8º).

Por essas razões, a tutela antecipada recursal foi parcialmente deferida para determinar que o juízo de origem consultasse, no mínimo, outros três profissionais da área médica aptos a realizar

a perícia, a fim de se verificar se os valores exigidos pela expert nomeada estão de acordo com os valores de mercado para o exame.

Ato contínuo, o togado a quo nomeou três profissionais para declinar sua proposta de honorários (f. 272 e 282 dos autos originários).

O caminho, portanto, é confirmar a tutela antecipada.

3. Conclusão

Voto no sentido de: 1) reconhecer a ilegitimidade passiva da médica e 2) dar parcial provimento ao recurso para determinar que o juízo de origem que consulte, no mínimo, outros três profissionais da área médica aptos a realizar a perícia.

Apelação Cível n. 0803942-58.2013.8.24.0082, da Capital

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÕES SIMULTANEAMENTE INTERPOSTAS.

AÇÃO INDENIZATÓRIA.

ATROPELAMENTO DE CICLISTA EM RODOVIA ESTADUAL SEM ACOSTAMENTO.

ASFIXIA E TRAUMATISMOS TORÁCICO E CERVICAL.

FALECIMENTO DA VÍTIMA.

VEREDICTO DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, CONDENANDO O DEINFRA AO PAGAMENTO DE R\$ 25 MIL A TÍTULO DE DANO MORAL EM FAVOR APENAS DA GENITORA, ALÉM DE PENSIONAMENTO NA RAZÃO DE UM TERÇO DO SALÁRIO MÍNIMO À ÉPOCA.

IRMÃ DO FINADO NÃO AQUINHOADA NA SENTENÇA.

CONDUTORA DO VEÍCULO EXIMIDA DA REPARAÇÃO PECUNIÁRIA.

INSURGÊNCIA INTERPOSTA PELAS AUTORAS.

ROGO PARA RESPONSABILIZAÇÃO, TAMBÉM, DA MOTORISTA CONDUTORA.

TESE INSUBSISTENTE.

DINÂMICA DO ACIDENTE.

TÓPICO DE INSURGÊNCIA EM COMUM COM A AUTARQUIA DE INFRAESTRUTURA. APRECIÇÃO CONJUNTA.

CARÊNCIA DE PROVA ACERCA DO ALEGADO EXCESSO DE VELOCIDADE, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA NA DIREÇÃO VEICULAR.

TRECHO EM DECLIVE, E DESPROVIDO DE ACOSTAMENTO OU ÁREA DE ESCAPE.

MANUTENÇÃO DA IMPOSIÇÃO EM DESFAVOR APENAS DO ÓRGÃO PÚBLICO RESPONSÁVEL PELA INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE.

READEQUAÇÃO DO VALOR COMPENSATÓRIO.

MAJORAÇÃO PARA R\$ 50 MIL, CONSIDERADAS AS PECULIARES DO CASO E A CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA.

PRECEDENTES.

“[...] a propósito do estabelecimento de um parâmetro nas indenizações por acidente de trânsito com vítimas fatais, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado adequados valores fixados aos danos morais entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 100.000,00 (cem mil reais) aos familiares lesados” (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0301263-30.2014.8.24.0011, rela. Desa. Vera Lúcia Ferreira Copetti, j. em 25/04/2019).

RECLAMO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

IRRESIGNAÇÃO CONTRAPOSTA PELO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE INFRAESTRUTURA.

MATÉRIA JÁ ANALISADA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0803942-58.2013.8.24.0082, da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, em que são Apelantes/Apeladas Elenir Fernandes e outra e Apelado/Apelante DEINFRA-Departamento Estadual de Infraestrutura de Santa Catarina e outra.

Em Sessão Ordinária por meio eletrônico, a Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer da insurgência interposta por Elenir Fernandes e Cristina Valéria Fernandes e dar-lhe parcial provimento. De outro vértice, conhecer e desprover o recurso contraposto pelo DEINFRA. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Jorge Luiz de Borba e Pedro Manoel Abreu. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Américo Bigaton.

Florianópolis, 21 de julho de 2020.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Cuidam-se de apelações simultaneamente interpostas, de um lado por Elenir Fernandes e Cristina Valéria Fernandes, e de outro por DEINFRA-Departamento Estadual de Infraestrutura de Santa Catarina, em objeção à sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, que na *Ação Indenizatória n. 0803942-58.2013.8.24.0082* ajuizada também em face de Jussara Alves Nunes, decidiu a lide nos seguintes termos:

[...] Elenir Fernandes e Cristina Valéria Fernandes ajuizaram a presente ação de indenização em relação ao Estado de Santa Catarina, ao Deinfra-Departamento Estadual de Infraestrutura de Santa Catarina e a Jussara Alves Nunes.

Alegam que Mário Augusto Fernandes, respectivamente filho e irmão das autoras, transitava com sua bicicleta na SC-401 em trecho sem acostamento quando um veículo em alta velocidade, dirigido pela terceira requerida, lhe atingiu, arremessando a vítima para o meio da pista. Não fosse só, após a colisão, passou sobre o corpo.

Afirmam que tanto o Deinfra quanto o Estado são responsáveis por tornar a via segura para os ciclistas e pedestres que transitam naquele trecho.

Por isso querem (dos três) indenização por danos morais, além de pensionamento para a mãe da vítima, primeira requerente.

[...]

Assim, julgo improcedente o pedido quanto à ré Jussara Alves Nunes, condenando as autoras ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor do seu pedido, bem como a suportar as custas com a sua citação, respeitada a suspensão de exigibilidade resultante da gratuidade.

Julgo, ainda, extinta a denunciação da lide pela falta superveniente de interesse de agir, condenando a denunciante ao pagamento de honorários advocatícios (haja vista os termos impositivos e sem ressalvas do art. 129, p. único, do CPC), que arbitro em R\$ 1.000,00 (10% dos limites do seu pedido regressivo: fls. 242), além de arcar com as custas de citação da seguradora.

Julgo, também, procedente em parte o pedido formulado por Elenir Fernandes em relação ao Deinfra, condenando-o ao pagamento de R\$ 25.000,00 a título de danos morais.

Condeno-o cumulativamente ao pagamento de pensão na razão de R\$ 526,66 (dois terços do salário à época), os quais ficarão indexados desde o fato à variação do salário mínimo, tendo a prestação eficácia desde o fato até o falecimento da autora. As parcelas vencidas deverão ser pagas de uma vez só, inscrevendo-se a autora no rol de beneficiários do Estado quanto aos exercícios vincendos. (Essas prestações passadas serão, vale o esclarecimento, convertidas de acordo com a evolução do salário mínimo vigente no momento em que seriam devidas, depois, fixada a expressão nominal, serão atualizadas nos termos expostos no próximo parágrafo.)

O dano moral e as parcelas vencidas deverão aditadas de juros de mora desde o fato (art. 398 do Código Civil) pelo art. 1º-F da Lei 9.494/97 (na redação da Lei 11.960/2009). A contar do dia 25 de março de 2015, tal índice será substituído pela seguinte contagem: correção monetária pelo IPCA-E mais juros de mora aplicáveis aos depósitos de caderneta de poupança, tudo isso nos termos da modulação da declaração de inconstitucionalidade arbitrada pelo STF na ADIn 4.425-DF. Aclaro, ainda, que utilizo o IPCA-E como fator preferencial de atualização (em detrimento do INPC que vinha aplicando) por coerência, haja vista que o STF agora o elegeu como o melhor fator de cálculo da inflação.

Julgo, finalmente, improcedente o pedido de Cristina Valéria Fernandes em face do Deinfra, condenando-a ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor do pedido, respeitada a gratuidade.

Não haverá reexame necessário [...] (fls. 477/485).

E na sequência, o togado singular complementou:

Sentenciei o feito ontem e tratei, na fundamentação, a respeito do quantum do pensionamento que seria suportado pelo Deinfra: um terço da remuneração - que era de R\$ 790,00 ao mês.

No dispositivo, entretanto, ficou estabelecido que a pensão seria de dois terços daquele salário.

Como se vê, é caso de evidente erro material, devendo ser corrigido de ofício pelo juízo. (art. 494, I, do NCPC).

Assim, corrigindo aquele comando sentencial estampado na sentença referente ao pensionamento (fls. 484), advirto que o pagamento da pensão se dará na razão de R\$ 263,33 (um terço do salário à época), os quais ficarão indexados desde o fato à variação do salário mínimo, tendo a prestação eficácia desde o fato até o falecimento da autora. As parcelas vencidas deverão ser pagas de uma vez só, inscrevendo-se a autora no rol de beneficiários do Estado quanto aos exercícios vincendos. (Essas prestações passadas serão, vale o esclarecimento, convertidas de acordo com a evolução do salário mínimo vigente no momento em que seriam devidas, depois, fixada a expressão nominal, serão atualizadas nos termos expostos no próximo parágrafo) [...] (fls. 487/488).

Malcontentes, as apelantes apontam equívoco na sentença, ao eximir a corré Jussara Alves Nunes da responsabilidade pelo óbito de Mário Augusto Fernandes.

Argumentam que *“as provas evidenciam inequivocamente que a recorrida condutora não tomou as medidas necessárias a evitar ceifar a vida da vítima, evadindo-se do local, não prestando o socorro necessário [...]”* (fl. 497), dentre outras infrações de trânsito cometidas que colaboraram para a ocorrência do trágico evento.

Aduzem ser devida *“a majoração dos valores concedidos a título de danos morais e a pensão vitalícia firmada, para que sejam compatíveis com tamanha gravidade [...]”* (fl. 506).

Pugnam pela extensão do proveito econômico também à irmã do ciclista.

Nestes termos, bradam pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 490/506).

O DEINFRA, por sua vez, verbera a condenação, porquanto verificada a modalidade de culpa concorrente.

Defende que *“não há na legislação de trânsito ou qualquer outra a obrigatoriedade de acostamento nas rodovias”* (fl. 509), inexistindo, portanto, ato omissivo imputável à autarquia, razão pela qual clama pelo provimento do recurso (fls. 507/514).

Na sequência sobrevieram as contrarrazões, onde a litisdenciada Porto Seguro-Companhia de Seguros Gerais, as autoras e a corré Jussara Alves Nunes, refutaram uma a uma as teses reciprocamente manejadas (fls. 521/532; fls. 535/546 e fls. 547/550, respectivamente).

Conquanto intimada, a extinta autarquia de infraestrutura estadual deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecer contrarrazões (fl. 553).

Em manifestação do Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo, o Ministério Público apontou ser desnecessária sua intervenção, deixando de lavrar Parecer (fl. 561).

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

As apelações possuem tópicos de insurgência em comum, e por isso serão analisadas conjuntamente.

Assim, conheço de ambos os recursos porque, além de tempestivos, atendem aos demais pressupostos de admissibilidade.

Em 03/12/2012, na Rodovia SC-401, aproximadamente no Km 13, a camioneta Renault Duster de placa MJH-6284, na ocasião conduzida por Jussara Nunes Alves, chocou-se contra o ciclista Mário Augusto Fernandes, causando-lhe lesões fatais.

Elenir Fernandes e Cristina Valéria Fernandes - mãe e irmã da vítima, respectivamente -,

atribuem a ocorrência do fato à motorista do veículo e ao extinto DEINFRA-Departamento Estadual de Infraestrutura de Santa Catarina.

Em contrapartida, a autarquia exora culpa exclusiva da vítima pelo infortúnio sofrido, ou ainda, culpa concorrente da condutora.

Pois bem.

A *quaestio* demanda exame da dinâmica do acidente.

Além do depoimento prestado por Jussara Nunes Alves quando do registro da ocorrência (fl. 38), não há qualquer outro elemento apto de prova a explicar de que modo Mário Augusto Fernandes fora fatalmente atingido.

Conforme se infere do BOAT-Boletim de Ocorrência de Acidente de Trânsito n. 1388/2012 (fls. 37/40), o local do acidente foi violado e modificado, dificultando a compreensão pelos Policiais Militares Rodoviários quanto à provável causa do choque.

Do Croqui (fl. 41), consta que “*não foi possível determinar a trajetória inicial do pedestre*”, bem como que “*a bicicleta foi removida da posição final por populares*”.

Também não há como avaliar o ponto de impacto com base na análise do automotor, eis que este não sofreu avarias.

Ainda de acordo com o documento oficial, depreende-se que as condições climáticas e de trafegabilidade da via eram boas, tratando-se de pista seca, dupla e com pavimentação asfáltica (fl. 37).

Logo, não foram constatadas condições adversas para a ocorrência do sinistro.

Não há um documento sequer apontando excesso de velocidade, falta de cautela ou inabilidade atribuídos à Jussara Nunes Alves - condutora do automotor -, faltando subsídio para sua condenação.

Todavia, o mesmo não se pode afirmar em relação ao DEINFRA.

Aliás, as provas indicam falha no dever de manter a estrada segura para o trânsito de todos, sejam motoristas, motociclistas, ciclistas e pedestres.

Conforme os depoimentos prestados em juízo pelos Policiais Militares Rodoviários Edson Ramos e Sérgio Murilo Rensi, o atropelamento ocorreu em trecho perigoso, estreito e que não dispõe de acostamento, tornando-se propício à ocorrência de graves eventos.

A informação se confirma por meio de imagem extraída com a ferramenta virtual *Google Maps*, capturada poucos meses após o ocorrido (art. 374, inc. I, do CPC):



A bem da verdade, a situação até hoje não foi modificada.

Assim, motoristas, pedestres e ciclistas seguem competindo diariamente por espaço para trafegarem pela Rodovia SC-401, mormente em trechos que, como o supra ilustrado, não dispõem de área de escape ou sinalização.

E a autarquia estadual equivoca-se ao defender a ausência de determinação legal para a implementação de acostamentos e/ou sinalização adequada no local.

Este advém da conjugação do art. 68, § 2º, com o art. 80, § 1º, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, aliado ao Manual de Projetos de Obras-de-Arte Especiais elaborado pelo DNIT-Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes.

Consoante o art. 68, § 2º do CTB, *“é assegurada ao pedestre a utilização dos passeios ou passagens apropriadas das vias urbanas e dos acostamentos das vias rurais para circulação [...]”* § 2º: *“nas áreas urbanas, quando não houver passeios ou quando não for possível a utilização destes, a circulação de pedestres na pista de rolamento será feita com prioridade sobre os veículos, pelos bordos da pista, em fila única, exceto em locais proibidos pela sinalização e nas situações em que a segurança ficar comprometida”*.

Por todo o exposto, não há dúvidas de que há o comprometimento da segurança de pedestres e ciclistas no trecho onde ocorreu o acidente, impossibilitando a estes a circulação nos bordos da pista de rodagem, demandando a construção de escapes laterais.

Outrossim, pelo art. 80, § 1º, do CPC, *“sempre que necessário, será colocada ao longo da via, sinalização prevista neste Código e em legislação complementar, destinada a condutores e pedestres, vedada a utilização de qualquer outra, e o “§ 1º: a sinalização será colocada em posição e condições que a tornem perfeitamente visível e legível durante o dia e a noite, em distância compatível com a segurança do trânsito, conforme normas e especificações do CONTRAN”*.

Aliás, a tese defensiva já foi derruída em processos congêneres, a exemplo do julgamento da Apelação Cível n. 0002286-24.2013.8.24.0010, e também da Apelação Cível n. 0300083-79.2014.8.24.0010, ambas julgadas por nosso Pretório.

Na mesma toada:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. BURACO NA VIA. FILHO DA AUTORA E CONDUTOR ARREMESSADO DE SEU VEÍCULO CICLOMOTOR CONTRA UM BARRANCO E UMA ÁRVORE. FALECIMENTO. RODOVIA NOTORIAMENTE INSEGURA. LOCAL DE INÚMEROS ACIDENTES. FALTA DE ACOSTAMENTO E ÁREA DE ESCAPE. PROVA DE OMISSÃO IMPUTÁVEL AO RÉU. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. Quando o estado (ou seus delegatários) infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano. Falta do serviço, eis que houve omissão do agente estatal. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. CONDUÇÃO COM IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA NÃO COMPROVADA. SENTENÇA MANTIDA (TJSP, Apelação Cível n. 0001085-19.2011.8.26.0169, rel. Des. Osvaldo Luiz Palu, j. em 19/12/2016).

Por outro lado, não se pode olvidar que, diante das circunstâncias suso narradas, caberia ao ciclista adotar especial cautela ao transitar naquele local.

Daí então porque não divirjo da conclusão lançada pelo então juiz titular da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, Desembargador Hélio do Valle Pereira, que assim decidiu:

[...]

1. O pedido vai em duas frentes, primeiramente se imputando responsabilidade pelo acidente à ré Jussara, que teria culposamente se chocado com a bicicleta pilotada pela vítima, daí vindo a morte.

Não vejo, porém, nenhum indicativo mais enfático de má conduta por parte da acionada.

Houve, é incontroverso, o aludido choque, mas simplesmente não se sabe como os fatos exatamente se deram (em relação à tal ré).

Deve-se ver, porém, que os eventos se deram em rodovia. É via de trânsito rápido (ainda que não haja nenhuma demonstração de que a demandada dirigisse em velocidade extravagante).

A sua versão é no sentido de que o condutor da bicicleta tentava passar de uma margem para outra da via pública.

Não há como dizer que isso se passou, mas muito menos se pode afirmar que a pilotagem da bicicleta era adequada, tendo o ciclista sido meramente apanhado pelas costas, resultado de uma postura irresponsável da acionada.

Tudo que se traz quanto ao tópico, na realidade, é conjectural.

Em rodovia os motoristas devem estar atentos a eventos inesperados, mas não se pode reclamar deles a previsão de fatos inesperados ou que empreguem velocidade tão diminuta que cause embaraços ao tráfego.

É merecido, em outros termos, que os pilotos encontrem à frente a passagem desobstruída, não podendo ser

responsabilizados por circunstâncias que impeçam uma pronta reação.

Não estão em julgamento as qualidades da vítima, a sua condição de bom filho ou de pessoa trabalhadora. Aliás, é mesmo provável que a ré tenha essas mesmas virtudes.

O fato é que por mais triste que seja o falecimento, lamentando-se extraordinariamente o fato, não haveria justificativa que se jogasse sobre a ré uma culpa que não se evidenciou.

Para serenar uma dor, seria criada uma injustiça, tal qual houvesse, nesses casos, se de se fazer uma escolha entre o ciclista e o motorista, como se este, mais abonado, houvesse de ter contra si uma presunção de ter agido mal.

Atente-se que foram ouvidos os policiais que atenderam à ocorrência, mas que, nas circunstâncias, pouquíssimo puderam apurar.

Se eles, que têm experiência e não tardaram a chegar, não puderam sequer precisar o ponto de impacto, muito menos uma sentença teria aptidão para reconstituir os fatos.

Outrossim, é uma temeridade criar conclusões quanto à mecânica do evento pela posição da bicicleta ou do corpo, que podem ter sido realmente arremessados (seja para longe, seja para perto) do ponto de impacto.

O pleito quanto à ré, portanto, é de ser julgado improcedente.

2. Se o pedido principal quanto à denunciante é inexitoso, a denúncia da lide fica prejudicada, devendo ser extinta sem resolução do mérito pela falta de interesse de agir.

3. Existe, ainda, o pedido em desfavor do Deinfra, dizendo-se, no particular, que a Administração também contribuiu para o fato em face da precariedade da rodovia.

A tese me convence, ainda que faça mitigação.

As fotografias anexadas ao feito, bem assim os depoimentos dos policiais militares que foram ao local (que trabalham diuturnamente por ali), ratificam que no local não havia acostamento.

Não estou dizendo que toda via pública mereça essa atenção, mas certamente uma rodovia em região urbanizada, com fluxo permanente de veículos motorizados, pedestres e ciclistas, deve ter o equipamento sob pena de riscos óbvios. Caso contrário, haveria de se entender que a circulação de bicicletas e pedestres deveria ser meramente vetada! Mas não era.

Uma das funções do Poder Público é certamente permitir a circulação de pessoas. O Estado avocou a responsabilidade por rodovia em local de grande movimento, repito. Chegou mesmo a mais recentemente duplicá-la.

Mas em uma parte deixou até os motoristas comprimidos, desconsiderando por completo um local próprio para ciclistas e andantes.

É utópico, outrossim, supor que eles houvessem de seguir pelo leito, esperando a consideração dos motoristas quanto à baixa velocidade, o que, aliás, renegaria os fundamentos que coloquei no item 1.

Tenho, na realidade, que a Administração, ao negligenciar aquele espaço imprescindível, deu margem a ser responsabilizada pelos atropelamentos que ali viriam a se dar, a menos que ficasse demonstrado uma postura imputável somente à vítima (como, por exemplo, uma tentativa irrefletida de cruzamento).

Se, entretanto, não surge demonstração minimamente clara quanto ao aspecto, apenas se pode entender que o choque de um carro com um ciclista que procurava seguir o mesmo rumo dos automóveis, derive das más condições da pista (ao menos preponderantemente, faço a ressalva ante o que virá na sequência).

É uma decorrência da responsabilidade civil do Estado.

Ainda assim, entretanto, não serei sectário.

Na mesma medida em que compreendo os fatos como indicando uma postura errada da Fazenda Pública, não posso ignorar que a vítima também haveria de tomar cuidados especiais. O fato de não haver o acostamento e isso não lhe ser censurável lhe impunha que tomasse a postura mais precavida imaginável, sendo o caso de até ter a humildade de descer da bicicleta e ir costeando a rua, mesmo que pelos espaços à margem do asfalto.

Nada indica que o autor tenha feito isso, sendo especialmente inverossímil que meramente tenha sido apanhado fora da pista.

Vejo, enfim, um concurso de responsabilidades. Ao menos é a situação que surge com mais plausível, na conclusão que descrevi quanto aos fatos.

4. Passo à fixação da indenização.

Existe um pleito de dano moral em prol das duas autoras, que são, respectivamente, mãe e irmã.

Ainda que tenha visto no saneador a legitimidade ativa por parte da colateral, isso não significa o necessário sucesso da causa.

São coisas diferentes avaliar a pertinência subjetiva da ação (apuração no plano abstrato) e o mérito (referente a análise concreta).

Desse modo, em tese, não se pode afastar a perspectiva de irmão buscar reparação por dano moral. Hipoteticamente, poder-se-ia cogitar de uma amplitude imensa, mas que causaria embaraço. Um amigo, um parente e assim por diante distante poderiam, alegando sofrimento pela perda, reclamar indenização. Na falta de parâmetro legal, o alvitre de Sérgio Cavalieri Filho é oportuno: a legitimidade estará em favor daqueles que estavam em estrita relação com a vítima, como o cônjuge (e o companheiro), filhos e pais. A partir daí, o dano moral só poderá ser pleiteado na falta daqueles familiares e dependerá de prova de convivência próxima e constante (Programa de responsabilidade civil, n. 19.4.4, p. 93). Se o pedido de dano moral deve limitar o quarto grau de parentesco, que é também o limite sucessório (art. 1.839 do Código Civil) (Fábio Ulhôa Coelho, Curso de direito civil, v. II, p. 420), identicamente o direito de parente mais próximo derroga a prerrogativa daquele mais afastado. Quer dizer, limito o pleito de danos morais à mãe.

Quanto a ela, é claro, o direito aos danos morais é evidente [...] (fls. 477/485).

Já no tocante ao *quantum* indenizatório arbitrado em prol da genitora, julgados de nosso Sodalício admitem a possibilidade de majoração:

“A fixação da indenização para reparação de dano moral decorre do arbítrio do julgador, que utiliza da natureza compensatória da indenização para tentar minimizar a dor sofrida. Assim, no momento da fixação do montante a ser ressarcido, é levado em conta a situação financeira das partes de modo a evitar o enriquecimento sem causa. Por essa razão, a definição do valor indenizatório deve ser fundado nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da adequação” (TJSC, Apelação Cível/Remessa Necessária n. 0002411-19. 2011.8.24.0056, rela. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, j. em 12/12/2019).

Inclusive, *“a propósito do estabelecimento de um parâmetro nas indenizações por acidente*

de trânsito com vítimas fatais, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado adequados valores fixados aos danos morais entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 100.000,00 (cem mil reais) aos familiares lesados” (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0301263-30.2014.8.24.0011, rela. Desa. Vera Lúcia Ferreira Copetti, j. em 25/04/2019).

Além do mais, com base na documentação acostada à exordial (fls. 43/105), há indícios suficientes de que Elenir Fernandes dependia economicamente do filho, por se tratar de pessoa idosa, portadora de diabetes, com deficiência visual, e que já naquela época se encontrava aposentada por invalidez, sobrevivendo com o auxílio e suporte financeiro do progênilo, que com ela convivia.

E é inconteste que a perda precoce do ente, falecido aos 32 (trinta e dois) anos de idade, causou-lhe profundo impacto emocional e estrutural.

Por essas razões, aliadas aos parâmetros suso indicados - ainda que reconheça que nenhum valor irá compensar a perda sofrida pela genitora -, entendo que o patamar de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) se afigura adequado para, ao menos, minimizar os efeitos da tragédia por ela vivenciada.

Entretanto, considerando o reconhecimento da culpa concorrente da vítima, reduzo-a à metade, por isso ficando circunscrita à quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

De outro vértice, rechaço a pretendida majoração da pensão vitalícia, visto que “o valor da pensão para os dependentes da vítima fatal de acidente de trânsito deve corresponder a 2/3 (dois terços) dos rendimentos desta, ou, não sendo possível aferir estes, do salário mínimo vigente ao tempo do arbitramento (Súmula 490 do STJ), presumindo-se que o restante (1/3 - hum terço) se destinava para despesas estritamente pessoais da (pessoa) falecida, e não da família”. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4025021-37.2018.8.24.0000, Quinta Câmara de Direito Civil, rela. Desa. Cláudia Lambert de Faria, j. em 18/06/2019).

Em arremate, indispensável a fixação dos honorários sucumbenciais devidos pelo DEINFRA às autoras, visto que restou vencido, ao menos em parte, e cujo arbitramento não ocorreu quando prolatada a sentença.

E “a fixação de honorários advocatícios se submete à apreciação ex officio pelo julgador por se tratar de matéria de ordem pública. Omissa, pois, apreciação em sede de sentença, de rigor que, na revisão da sentença apelada sejam fixadas tais verbas, sem que este comportamento represente supressão de instância” (TJSC, Apelação Cível n. 0800041-44.2013.8.24.0030, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Saul Steil, j. em 23/01/2018).

Partindo dessa premissa, face à sucumbência recíproca, em observância aos requisitos dispostos no art. 85 do CPC, tenho por bem fixar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, vedada a sua compensação (art. 85, § 14 do CPC).

Alfim, “não há se falar em honorários recursais na hipótese, uma vez que houve fixação da verba somente nesta instância” (TJSC, Apelação Cível n. 0301355-64.2014.8.24.0057, Segunda Câmara de Direito Civil, rela. Desa. Subst. Bettina Maria Maresch de Moura, j. em 18/06/2020).

Dessarte, conheço do recurso interposto pelo DEINFRA e nego-lhe provimento.

De outro vértice, conheço do apelo manejado por Elenir Fernandes e Cristina Valéria Fernandes e dou-lhe parcial provimento, tão somente majorando o importe indenizatório para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

É como penso. É como voto.

Apelação Nº 0302039-87.2018.8.24.0076/SC

Relator: Desembargador Jorge Luiz de Borba

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS (RÉU)

APELADO: LUSINEI JOSE FELTRIN (AUTOR)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. IMPLEMENTAÇÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE DECORRENTE DE AUXÍLIO-DOENÇA SUSPENSO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. POSTULAÇÃO NECESSÁRIA, IN CASU. TESE FIRMADA PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO.

“Decorridos cinco anos da cessação do pagamento do auxílio-doença, o pedido judicial de sua conversão em auxílio-acidente depende de prévio requerimento administrativo” (Ata n. 217 de 14-10-2020).

EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, ANTE A FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. PRELIMINAR ACOLHIDA. ISENÇÃO DO SEGURADO AO PAGAMENTO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para extinguir o feito nos moldes do art. 485, VI, do CPC, ressalvada a isenção do segurado ao pagamento dos ônus da sucumbência, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2020.

RELATÓRIO

Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpôs apelação à sentença de procedência do pedido exordial formulado nos autos da ação previdenciária que lhe move Lusinei José Feltrin. Colhe-se da parte dispositiva:

Ante do exposto e com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por LUSINEI JOSE FELTRIN em face do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, e em consequência condeno a autarquia a implementar em favor do autor o benefício auxílio-acidente desde 06/01/2011, (dia imediatamente posterior à DCB do auxílio-doença acidentário) com o pagamento de uma única vez de eventuais parcelas vencidas ou diferenças apuradas no período acima descrito, até a publicação da presente decisão.

Prescritas as parcelas anteriores ao quinquênio do ajuizamento da ação.

Quanto aos consectários legais, deverá ser aplicado o INPC para as ações previdenciárias e acidentárias e o IPCA-E para as assistenciais, como critérios de correção monetária.

Os juros de mora, no entanto, devem ser calculados a partir da citação, com base nos índices oficiais de remuneração adicional da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, uma vez que em relação a essa parte não houve alteração alguma, pois a declaração de inconstitucionalidade não a abrange.

Condeno o INSS, ainda, a pagar os honorários advocatícios do advogado da parte autora, fixados no patamar de 10% sobre as parcelas vencidas até a data desta Sentença - Súmula n. 111 do STJ. Isento, no entanto, com relação ao pagamentos das custas, nos termos da Lei Complementar n. 729, de 27 de Dezembro de 2018.

Honorários periciais requisitados no Evento 29.

Considerando que a condenação, uma vez liquidada em fase posterior, em hipótese alguma alcançará o patamar de mil vezes o salário mínimo - art. 496, inciso I, do CPC -, alerto ao INSS que não haverá remessa oficial/reexame necessário nos presentes autos.

Publique-se. Registre-se. Intime-se (evento 48, destaques do original).

Em suas razões, disse o INSS, em preliminar, que carece o segurado de interesse de agir, porquanto não houve prévia postulação administrativa de concessão do auxílio-acidente. No mérito, afirmou que a lesão não ocasiona redução da aptidão laboral e que os contribuintes individuais e os facultativos não fazem jus à implementação de auxílio-acidente. Por fim, postulou o sobrestamento do feito, até que haja o julgamento do Tema 862 pelo STJ, e o prequestionamento de dispositivos legais (evento 53).

Sem contrarrazões (evento 56), o feito ascendeu a esta Corte e veio à conclusão para julgamento.

VOTO

A sentença sub judice não está sujeita ao reexame necessário. Isso porque há nos autos informações suficientes (evento 8, Informação 17) para constatar que a quantia devida não superará mil salários mínimos.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, passa-se à apreciação da quaestio.

Insurge-se a autarquia afirmando, em preliminar, que o segurado não postulou, previamente ao ajuizamento da presente lide, a concessão do auxílio-acidente na via administrativa e que, portanto, carece de interesse processual.

Em relação à matéria, vê-se que, de fato, o autor, aqui apelado, não trouxe prova de que requereu administrativamente o deferimento do benefício em questão.

O magistrado singular entendeu que cessação do auxílio-doença, concedido em razão do mesmo fato gerador, sem a verificação da integralidade da capacidade de trabalho do segurado caracteriza a pretensão resistida e, por conseguinte, o interesse processual (evento 48), posicionamento que esta Corte também adotava.

Contudo, em sessão ordinária do Grupo de Câmaras de Direito Público, realizada aos 14-10-2020, pontuaram-se ressalvas a serem observadas, o que foi aprovado na Ata n. 217 com o seguinte expediente:

Os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, presentes na sessão, decidiram por votação unânime, sobre o estudo acerca do prazo para o requerimento administrativo, fixar a seguinte tese: “Decorridos cinco anos da cessação do pagamento do auxílio-doença, o pedido judicial de sua conversão em auxílio-acidente depende de prévio requerimento administrativo.” (gizou-se).

E, no caso, vê-se que a concessão do auxílio-acidente em primeiro grau se deu em razão de infortúnio laboral ocorrido em outubro de 2010 que ensejou, à época, a implementação de auxílio-doença por acidente de trabalho até 5-1-2011 (evento 8, Informação 17, fl. 2).

Logo, sabendo-se que a lide foi ajuizada somente em 10-10-2018 (evento 1), necessário o prévio requerimento administrativo, pois ultrapassados cinco anos entre a cessação do auxílio-doença concedido em razão do mesmo fato gerador e o ajuizamento do feito.

Dessarte, ausente interesse processual no caso, acolhe-se a preliminar.

Por fim, invertem-se os ônus sucumbenciais. Registra-se que o apelado é isento do pagamento, na forma do art. 129, parágrafo único, da Lei n. 8.213/1991.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e dar-lhe provimento para extinguir o feito nos moldes do art. 485, VI, do CPC, ressalvada a isenção do segurado ao pagamento dos ônus da sucumbência.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 4012642-35.2016.8.24.0000, de Blumenau

Relator: Desembargador Francisco de Oliveira Neto

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.030, INCISO II, DO CPC/15) RELATIVO AO TEMA 444 DO STJ. REDIRECIONAMENTO DO FEITO EM FACE DO SÓCIO-GERENTE. PRETENSÃO QUE NASCE QUANDO O FISCO É CIENTIFICADO A RESPEITO DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA ACTIO NATA. PEDIDO FORMULADO DENTRO DO LUSTRO LEGAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO PARA, REFORMANDO A DECISÃO ANTERIOR, DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO QUANTO AO REDIRECIONAMENTO DO FEITO AO SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA EXECUTADA..

“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente” (Súmula 435 do STJ). Em sessão de maio de 2019 o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.201.993/SP, fixou a tese (Tema 444) de que, se a dissolução irregular da sociedade empresária for posterior à citação dela, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente (art. 135, III, do CTN) pode ser requerido em até cinco (5) anos após a Fazenda Pública tomar conhecimento, nos autos, do referido evento, aplicando nesses casos a teoria da ‘actio nata’, daí por que não se verifica a prescrição da respectiva pretensão antes de esgotado o mencionado prazo.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4027412-28.2019.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 19.5.2020).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4012642-35.2018.8.24.0000, da comarca de Blumenau 2ª Vara da Fazenda e Regional Exec Fiscal Estadual em que é Agravante Estado de Santa Catarina e Agravado TI Têxtil Industrial Ltda.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, exercendo o juízo de retratação previsto no art. 1.030, II, do CPC/15, impõe-se a adequação do julgado proferido anteriormente para dar provimento ao recurso a fim de afastar a prescrição quanto ao redirecionamento do feito ao sócio-gerente da empresa executada. 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, 7 de julho de 2020.

Desembargador Francisco Oliveira Neto
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão que, proferida nos autos da execução fiscal n. 0020929-51.2004.8.24.0008 ajuizada em face de TI Têxtil Indústria Ltda, indeferiu o pedido de redirecionamento do feito ao sócio-gerente.

Sustentou, para tanto, que o pedido de redirecionamento do feito ao sócio-gerente somente é possível após ciência, por parte do fisco, da ocorrência das hipóteses previstas no art. 135 do CTN. Disse que somente após a ciência do encerramento irregular da empresa (2013) é que iniciou o prazo prescricional para o requerimento de inclusão dos sócios no polo passivo da demanda. Defendeu, ainda, a ausência de inércia, pois no momento que teve conhecimento fez o pedido de responsabilização do sócio-administrador. Por fim, prequestionou e requereu, liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela, para o fim de deferir a imediata inclusão do sócio-administrador no polo passivo da execução fiscal originária e, no mérito, a reforma da decisão (fls. 1/84).

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido (fls. 88/94).

Sem contrarrazões, os autos foram a mim distribuídos.

Submetido a julgamento, o recurso foi desprovido à unanimidade pela Segunda Câmara de Direito Público (fls. 107/112).

Irresignado, o Ente Público interpôs recurso especial (fls. 1/7 do incidente 50000), tendo a Segunda Vice Presidência determinado a remessa dos autos a este órgão julgador para exercer eventual juízo de retratação relativamente ao Tema 444 do STJ (fls. 21/26 do incidente 50000).

É o relato essencial.

VOTO

O juízo de retratação, adiante-se, deve ser positivo para que, reformando o acórdão vergastado, seja dado provimento ao recurso para afastar a prescrição do pedido de redirecionamento do feito em face do sócio-gerente.

A Segunda Vice-Presidência, por força do art. 1.030, inciso II, do CPC/15, devolveu os autos a este órgão julgador para análise de eventual juízo de retratação relativamente ao tema 444 do STJ, uma vez que, “embora admissível o redirecionamento da execução fiscal contra sócio-gerente ou administrador da empresa executada diante das hipóteses arroladas no artigo 135, *caput* e inciso III, do Código Tributário Nacional (‘atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos’), a efetivação de tal medida deve considerar o prazo quinquenal computável conforme as teses firmadas pela Corte Superior, sobretudo quanto ao momento do citado ato ilícito (se anterior ou posterior à citação da pessoa jurídica executada) e à mencionada demonstração da inércia da Fazenda Pública” (fl. 25 do incidente 50000).

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no recente julgamento dos Recursos Especiais

ns. 1.201.993/SP e 1.145.563/PR, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, julgados sob a relatoria do Min. Herman Benjamin, fixou a seguinte tese jurídica no tema 444:

“(i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual;

(ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e

(iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.” (REsp 1201993/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 8.5.19).

Com efeito, “*consoante a teoria da ‘actio nata’, o direito de ação nasce apenas no momento em que o exequente toma conhecimento dos ‘indícios’ da prática de ilícitos (dentre os quais se insere a dissolução irregular da empresa), ocasião em que se pode sustentar a responsabilidade dos sócios e, por conseguinte, requerer-se o redirecionamento do feito executivo*” (Agravo de Instrumento n. 4013231-22.2019.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 10.9.19).

Transpondo tais lições para o caso concreto, denota-se que a citação da pessoa jurídica executada ocorreu em 9.8.05 (fl. 20 deste recurso); no entanto, em 20.3.13, o Fisco tomou conhecimento de que a empresa não funcionava mais no endereço informado inicialmente (certidão do oficial de justiça; fl. 62 dos presentes autos), sendo que tal informação, aliada à Ficha Cadastral mantida pela Secretaria de Estado da Fazenda (fl. 68 dos presentes autos) na qual consta como “Situação Cadastral: Cancelado”, levam à conclusão de que a empresa tornou-se inativa.

Sendo assim, a considerar que o marco prescricional para o redirecionamento iniciou-se somente em 20.3.13 (momento em que o fisco tomou conhecimento da dissolução irregular), e que o pedido de redirecionamento foi formulado em 2.5.13 (fls. 6.4/66 dos presentes autos), dentro, portanto, do lustro legal, há de se afastar o reconhecimento da prescrição.

Nesse sentido, colhe-se precedente desta Corte de Justiça:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO-GERENTE. INDEFERIMENTO EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. DECURSO DE PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS CONTADOS DA CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO ALTERADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.201.993/SP EM 08.05.2019 (TEMA 444). CONTAGEM DO LUSTRO PRESCRICIONAL QUE SE DÁ A PARTIR DO CONHECIMENTO DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR. LAPSO NÃO TRANSCORRIDO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. RECURSO PROVIDO.

‘Em sessão de maio de 2019 o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.201.993, fixou a tese (Tema 444) de que, se a dissolução irregular da sociedade empresária for posterior à citação dela, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente (art. 135, III, do CTN) pode ser requerido até cinco (5) anos após a Fazenda Pública tomar conhecimento, nos autos, do referido evento, aplicando à hipótese a teoria da ‘actio nata’, daí por que não se verifica a prescrição da respectiva pretensão antes de esgotado o mencionado prazo.’ (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4020609-29.2019.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 15-10-2019).” (Agravo de Instrumento n. 4026565-26.2019.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 26.11.2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA EXECUTADA CITADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE. NÃO OCORRÊNCIA. CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL, SOB A SISTEMÁTICA DO JULGAMENTO REPETITIVO (TEMA 444/STJ), DE QUE O DECURSO DO LUSTRO PRESCRICIONAL INICIA APENAS COM A CIÊNCIA DO FISCO DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente” (Súmula 435 do STJ). Em sessão de maio de 2019 o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.201.993/SP, fixou a tese (Tema 444) de que, se a dissolução irregular da sociedade empresária for posterior à citação dela, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente (art. 135, III, do CTN) pode ser requerido em até cinco (5) anos após a Fazenda Pública tomar conhecimento, nos autos, do referido evento, aplicando nesses casos a teoria da “actio nata”, daí por que não se verifica a prescrição da respectiva pretensão antes de esgotado o mencionado prazo. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4027412-28.2019.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 19.5.2020).

Diante do exposto, exercendo o juízo de retratação previsto no art. 1.030, II, do CPC/15, impõe-se a adequação do julgado proferido anteriormente para dar provimento ao recurso a fim de afastar a prescrição quanto ao redirecionamento do feito ao sócio-gerente da empresa executada.

Agravo Interno n. 0300160-28.2019.8.24.0038/50001, de Joinville

Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

AGRAVO INTERNO EXTENSÃO DE FAIXA NÃO EDIFICÁVEL AS MARGENS DE CURSOS D'ÁGUA NATURAIS EM ÁREA URBANA CONSOLIDADA. DECISÃO COMBATIDA QUE DETERMINOU O SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DE AFETAÇÃO AO TEMA REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1010/STJ (TEMA N. 7 DO GR, DESTA CORTE). POSSIBILIDADE. CURSO D'ÁGUA CANALIZADO (TUBULADO). MATÉRIA QUE NÃO SE SUBMETE AO SOBRESTAMENTO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

O caso dos autos trata de curso d'água canalizado (tubulado), caso diferente do que trata o Tema n. 1.010/STJ, que versa sobre a aplicabilidade do Código Florestal (Lei n. 12.561/2012) ou a da Lei de Parcelamento de Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979) em trechos com cursos d'água naturais caracterizados como área urbana consolidada, sem compreender, portanto, a hipótese aqui delineada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0300160-28.2019.8.24.0038/50001, da comarca de Joinville (1ª Vara da Fazenda Pública) em que é Agravante Vladimir Bogatyrev e Agravado Município de Joinville.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para suspender o sobrestamento do feito. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Oliveira Neto, com voto e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Adilson Silva

Florianópolis, 29 de setembro de 2020.

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Vladimir Bogatyrev contra decisão interlocutória que, em sede de reexame necessário, sobrestou o feito que trata sobre o recuo de construções no entorno de cursos d'água canalizados/tubulados em área urbana consolidada (Grupo representativo - Tema n. 7).

A parte recorrente afirma que *“ a decisão da divergência que baseou o Tema nº 7, não vai afetar a decisão proferida neste processo. Isso porque, caso a decisão do STJ seja favorável a aplicação do recuo do Código Florestal às margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada, não afetará os cursos d'água antropizados que são regulamentados pelo Código Estadual”*

Requer, nestes termos, seja dado provimento ao recurso “*para que seja afastado o sobrestamento dos presentes autos, dando-se o devido seguimento ao Processo*” (fls. 1 – 8).

Sem contrarrazões (fl. 12).

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Vladimir Bogatyrev contra decisão interlocutória que, em sede de reexame necessário, sobrestou o feito que trata sobre o recuo de construções no entorno de cursos d’água canalizados/tubulados em área urbana consolidada (Grupo representativo - Tema n. 7).

In casu, objetiva a parte recorrente seja dado provimento ao recurso para modificar a decisão que sobrestou o feito em conformidade com o Grupo Representativo - Tema n. 7, deste Egrégio Tribunal de Justiça (Repetitivo de Controvérsia n. 1010, do STJ).

Cediço que a 2ª Vice-Presidência do TJSC selecionou Grupo de Representativos da Controvérsia remetidos ao STJ (GR - Tema 7/TJSC - “extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d’água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada: se corresponde à área de preservação permanente prevista no art. 4º, I, da Lei nº 12.651/2012 (equivalente ao art. 2º, alínea ‘a’, da revogada Lei 4.771/1965), cuja largura varia de trinta (30) a quinhentos (500) metros, ou ao recuo de quinze (15) metros determinado no art. 4º, caput, III, da Lei nº 6.766/1979”).

Na oportunidade, foi determinada “*a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito [...], em tramitação no primeiro grau de jurisdição deste Estado e neste Tribunal de Justiça de Santa Catarina, inclusive os demais recursos em trâmite nesta 2ª Vice-Presidência, até ulterior deliberação do Superior Tribunal de Justiça.*”

No mês de abril de 2019, a 1ª Seção do STJ, ao julgar a proposta formulada nos autos dos Recursos Especiais n. 1.770.760/SC, n. 1.770.808/SC e n. 1.770.967/SC, afetou os reclamos como representativos de controvérsia (Tema 1010), nos mesmos moldes fixados por esta egrégia Corte de Justiça, e determinou a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, consoante art. 1.037, II, do CPC.

Por esse fundamento o feito foi sobrestado (fls. 79 – 80).

Porém, esta Segunda Câmara de Direito Público entendeu que o presente caso não se enquadra no Tema n. 1.010, de forma que, revendo meu posicionamento, acompanho tal entendimento.

Isso porque, o caso dos autos trata de curso d’água canalizado (tubulado), caso diferente do que trata o supracitado Tema n. 1.010/STJ, que versa sobre a aplicabilidade do Código Florestal (Lei n. 12.561/2012) ou a da Lei de Parcelamento de Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979) em trechos com cursos d’água naturais caracterizados como área urbana consolidada, sem compreender, portanto, a hipótese aqui delineada.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTRUÇÃO CIVIL. ANÁLISE PRÉVIA DE PROJETO POR ÓRGÃO MUNICIPAL. IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA URBANA CONSOLIDADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE (LCM N. 29/1996 DE JOINVILLE). OBSERVÂNCIA À TABELA DISPOSTA NO ART. 93 DO REFERIDO CÓDIGO. PRECEDENTES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. “A aplicabilidade do Código Florestal em áreas urbanas consolidadas é matéria reiteradamente discutida pelas Câmaras de Direito Público desta Corte, que têm decidido no sentido de afastar a incidência daquele Código naqueles casos. É acertado, também, afastar a Lei de Parcelamento de Solo Urbano (Lei n. 6.766/79), a fim de prevalecer Lei Complementar Municipal, justamente porque mais específica e apta a melhor atender a demanda da região” (TJSC - Apelação/Reexame Necessário n. 0315417-35.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, 2ª Câmara de Direito Público, j. 12.9.2017). Em assim sendo, exsurge como líquido e certo o direito dos impetrantes ao distanciamento mínimo regrado pela Lei Complementar Municipal n. 29/1996 (Código do Meio Ambiente de Joinville) em relação aos cursos d’água que, in casu, considerando a metragem do imóvel focado em hectares, deverá ser de 4 (quatro) metros. (TJSC, Apelação Cível n. 0311112-37.2017.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 27/8/2019).

E do corpo deste acórdão colhe-se:

No caso dos autos, ademais, o curso d’água em questão é o Rio Mathias, que se encontra canalizado por galeria fluvial coberta no trecho que corta o terreno objeto deste feito mandamental (fl. 45), consoante consta do Parecer Técnico n. 0633/08, emitido pela Fundação Municipal do Meio Ambiente e que, portanto, goza de presunção de veracidade.

A mais disso, o parecer técnico de fls. 49 a 57, emitido por Ambient - Engenharia e Consultoria Ambiental, ratifica essa informação, inclusive com registro fotográfico, dando conta da retificação do curso d’água e da canalização ao longo da sua extensão (fl. 64).

Não há dúvida, pois, de que o curso d’água em questão, ao cortar o imóvel em foco, está totalmente coberto.

O necessário recuo a contar das margens de corpo d’água, fixado em legislação de cariz ambiental tem por escopo “preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”, consoante estabelece o art. 3º, inc. II, do Código Florestal (negritei). Sucede que a preservação do recurso hídrico em comento por certo foi prejudicada quando decidiu-se confiná-lo em galeria de concreto armado, totalmente coberta, de modo que a existência de maior ou menor recuo na superfície não ostenta agora qualquer “função ambiental”, dado que ele corre em ambiente “subterrâneo”, circunstância bastante para afastar a necessidade de prova pericial para formação do convencimento em torno dos fatos, em alinhamento com precedentes jurisprudenciais.

Assim, tratando-se de rio totalmente canalizado, descabe cogitar de área de preservação permanente no entorno da galeria coberta, para fim de aplicação do alargado recuo pretendido pela Municipalidade.

Na mesma esteira, desta Corte colaciono os seguintes precedentes:

[...] CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. OCUPAÇÃO URBANA CONSOLIDADA. REGIÃO CENTRAL DA CIDADE URBANIZADA EM TORNO E POR CIMA DO RIO, CANALIZADO POR MEIO DE MUROS DE CONTENÇÃO. FUNÇÃO AMBIENTAL PREJUDICADA. AGRAVAMENTO DO DANO AMBIENTAL NÃO COMPROVADO.

[...] (Apelação Cível n. 0002445-93.2009.8.24.0078, rel. Des. Wilson Fontana, j. 13.9.2018).

[...] CORPO HÍDRICO CANALIZADO HÁ MAIS DE 25 (VINTE E CINCO) ANOS. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DESCARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE DANO AMBIENTAL. [...] (Apelação Cível n. 0002257-57. 2011.8.24.0005, rel^a. Des^a. Vera Lúcia Ferreira Copetti, j. 8.3.2018).

O próprio Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de serem levadas em consideração as peculiaridades locais para afastar a aplicabilidade do Código Florestal e da Lei do Parcelamento do Solo Urbano e, via de consequência, admite a preponderância da legislação do Município. Nesse sentido, observe-se o seguinte precedente:

AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO EM LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ENUNCIADO N. 280 DA SÚMULA DO STF. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ.

I - Na origem trata-se de mandado de segurança contra ato apontado como ilegal, emanado da Gerente da Unidade de Aprovação de Projetos da Secretaria de Infraestrutura Urbana do Município de Joinville, requerendo tutela jurisdicional para ver determinado à autoridade coatora que se abstinhasse de condicionar a concessão de alvará de construção à observância de recuo de 30 (trinta) metros de área não edificável a partir do leito do Rio Mathias.

II - No Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou-se provimento à apelação do Município de Joinville e manteve-se a decisão monocrática que concedeu a segurança pleiteada, alterando-a, tão somente, para ressaltar que o dimensionamento da “área contribuinte” prevista no art. 93, § 1º, da Lei Complementar n. 29/1996 não se confunde com a extensão territorial do imóvel.

III - No recurso especial, interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, alega-se violação do art. 4º, inciso I, alínea a, da Lei n. 12.651/2012 e do art. 4º, inciso III, da Lei n. 6.766/79, em razão de ter sido declarada a inaplicabilidade tanto do Código Florestal quanto da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, pugnano pela aplicabilidade do referido dispositivo da Lei n. 12.651/2012, de proteção mínima de 30 (trinta) metros.

IV - A discussão que o recorrente pretende trazer a debate está centrada no conflito de normas que levou à conclusão a quo sobre a questão da proteção mínima dos 30 (trinta) metros medidos da margem do rio.

V - Sobre o tema, verifica-se que o Tribunal a quo, em suas razões de decidir, assim fundamentou seu entendimento (fls. 489-498, g.n.): “Dessa maneira, quando se tratar de curso d’água natural, aplica-se a Lei 12.651/2012, devendo ser respeitada a faixa marginal com largura mínima de trinta metros, e, em caso de corpos hídricos artificiais, deve-se exigir o afastamento de cunho urbanístico determinado pela Lei do

Parcelamento do Solo Urbano, observando-se a distância de quinze metros. Diante desse cenário normativo, respandece, à primeira vista, a legalidade do ato municipal que exigiu a observância do recuo de trinta metros do curso d'água existente à margem do imóvel. Contudo, é necessário sopesar as particularidades do contexto urbano em que os lotes examinados se inserem. Importa considerar que os precedentes desta Corte Estadual são uníssonos ao afastar a incidência tanto do Código Florestal como da Lei do Parcelamento do Solo Urbano, especialmente diante das peculiaridades da disposição dos recursos hídricos que compõem o Município de Joinville, reconhecendo o direito de construir à margem de cursos d'água alterados no processo de urbanização, desde que respeitados os recuos previstos na Lei Complementar Municipal nº 29/1996 (Código Municipal do Meio Ambiente)”.

VI - Veja-se que para decidir a controvérsia o Tribunal a quo valeu-se do exame da ocupação local e suas peculiaridades e, nesse contexto, concluiu que ao caso era de se aplicar a legislação municipal respectiva.

VII - Nesse panorama, para se concluir de modo diverso, na forma pretendida pelo recorrente, demandaria, necessariamente, a incursão no conjunto probatório dos autos e a interpretação de legislação local, o que implica na inviabilidade do recurso especial, em razão dos óbices contidos nas Súmulas n. 7/STJ e 280/STF.

VIII - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1658469/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j. 21.2.2019).

Nessa toada, dá-se provimento ao recurso para suspender o sobrestamento do feito.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0007630-82.2013.8.24.0075, de Tubarão

Relator: Desembargador Cid Goulart

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCABIMENTO. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO ENTE MUNICIPAL. CONSTRUÇÃO SOBRE VIA PÚBLICA. INVIABILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA OBRA. DEMOLIÇÃO. ORDEM QUE SE IMPÕE. INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0007630-82.2013.8.24.0075, da comarca de Tubarão Vara F. Púb. E. Fisc. A. do Trab. e Reg. Púb. em que é Apelante Gessi de Souza Viana e Apelado Município de Tubarão.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 11 de agosto de 2020, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Oliveira Neto, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Henry Petry Junior.

Florianópolis, 12 de agosto de 2020.

Desembargador Cid Goulart
Relator

RELATÓRIO

Sentença do Juízo da Vara da Fazenda Pública e Fisc. Ac. Do Trabalho e Reg. Públicos da Comarca de Tubarão julgou parcialmente procedente o pedido formulado nos autos da ação de demolitória n. 0007630-82.2013.8.24.0075, aforada pelo Município de Tubarão em desfavor de Gessi de Souza Viana, nos seguintes termos (fls. 157-160):

“Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na petição inicial, nos termos do art. 269, I, do CPC, para determinar que a parte ré promova a demolição da obra erguida em desacordo com a legislação municipal, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.

Desde já, fica a parte autorizada, após o transcurso do prazo indicado, proceder à demolição da obra às expensas do demandado, requisitando, se necessário, auxílio de força policial.

Condeno a parte ré ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 400,00 (quatrocentos) reais, com fulcro no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.
Oportunamente, archive-se”.

Irresignada, a parte ré apelou arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e a falta de interesse processual do ente municipal. No mérito, aduz a inexistência do devido processo legal e da violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa no procedimento administrativo; e, por fim, a inexistência de prova que o estabelecimento comercial objeto da demolição foi construído em área de preservação permanente, bem como a licitude da ocupação e do funcionamento. Ao arremate, requer, a anulação da sentença para que seja oportunizada a dilação probatória e, subsidiariamente, a improcedência do pedido exordial (fls. 196-222).

Contrarrazões às fls. 225-230.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Doutor Rogê Macedo Neves, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo incólume a sentença proferida (fls. 240-246).

É a síntese do essencial.

VOTO

O feito tramitou regularmente, culminando com a sentença de parcial procedência do pedido, razão da insurgência da parte ré.

Conheço do recurso porque interposto a tempo e modo.

Sem rodeios, tem-se que a sentença sob análise deve ser confirmada *in totum*, eis que de acordo com a orientação pretoriana sobre a matéria.

Com propriedade, ao proferir parecer, a eminente Procurador de Justiça Rogê Macedo Neves, com seus elucidativos argumentos deu o correto equacionamento a questão, razão pela qual os reproduzo como substrato do meu convencimento:

Antes de adentrar às razões do presente inconformismo, a fim de que melhor se possa compreender a matéria posta em exame, afigura-se aconselhável proceder a uma breve retrospectiva dos fatos que permeiam a causa.

Compulsando os autos, infere-se que o Município de Tubarão ajuizou a presente Ação Demolatória em desfavor de Gessi de Souza Viana, sustentando, em síntese, que o réu construiu edificação para uso comercial em Área de Preservação Permanente (APP), situada na Rua Marechal Deodoro, s/n, no bairro Centro, da cidade de Tubarão. Revelou que, mesmo após ter sido notificado pela Municipalidade, o requerido não diligenciou no sentido de regularizar a obra, assim como não a demoliu voluntariamente.

Diante dos fatos narrados, o Ente Público Municipal postulou a procedência dos pedidos para (i) determinar a demolição da obra em questão; e, (ii) condenar o réu ao pagamento de dano moral coletivo em valor a ser arbitrado pelo Juízo. Por fim, pugnou pela condenação do demandado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Devidamente citado (fl. 96), o réu ofereceu resposta às fls. 101-121 e juntou documentos. Réplica pelo Município de Tubarão às fls. 135-147.

Na sequência, com vista dos autos, o Ministério Público apresentou manifestação (fls. 151-155), opinando “pela procedência parcial do pedido inicial, a fim de que seja determinada a demolição da construção objeto da demanda” (fl. 155).

Sobreveio sentença às fls. 157-160, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

Opostos embargos de declaração pelo réu (fls. 164-167), que foram contraarrazoados às fls. 172-177 e analisados pelo Parquet às fls. 181-185, a sentença foi integrada para o fim de estabelecer a sucumbência recíproca entre as partes e deferir a benesse da gratuidade de justiça ao demandado (fls. 187-190).

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação, objetivando, em preliminar, a anulação do processo por cerceamento de defesa e o reconhecimento da ausência de interesse de agir do Município de Tubarão. No mérito, teceu considerações acerca do processo administrativo, arguiu a licitude da ocupação e do funcionamento do estabelecimento, mencionou a ausência de prova de que o imóvel se encontra inserido em APP e defendeu seu direito de retenção.

Não obstante, na opinião do Ministério Público, conforme já adiantado, a insurgência não merece provimento, pelos motivos a seguir expostos.

Sustentou o recorrente, em preliminar, que teve o seu direito à produção de provas cerceado, pois, apesar de ser do apelado o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, postulou “a realização de prova pericial para verificar a localização do estabelecimento e a ocupação ou não de Área de Preservação Permanente APP” (fl. 200), e teve seu pleito indeferido diante do julgamento antecipado da lide.

Além disso, consignou que requereu a intimação do Município de Tubarão para juntar aos autos a íntegra do processo administrativo e, novamente, teve o seu direito à produção de provas cerceado diante da negativa do pedido

Na sequência, defendeu que a análise do processo administrativo permitiria ao Juízo a quo concluir pela ausência de interesse de agir da Municipalidade, na medida em que verificaria que, além de não ter sido observado o procedimento administrativo competente, sequer houve o esgotamento da discussão naquela instância.

Não obstante o esforço argumentativo do apelante, a prefacial de nulidade do processo por cerceamento de defesa não merece prosperar.

Isso porque o magistrado pode julgar a lide sempre que reputar suficientes as provas apresentadas nos autos. Outrossim, conforme a dicção dos arts. 370 e 371, ambos do CPC, cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não de realização de determinada prova, de modo que “Não ocorre cerceamento de defesa na hipótese em que o magistrado entende que o feito está suficientemente instruído e julga a causa sem a produção de prova testemunhal ou pericial, pois os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução” (TJSC, Apelação Cível n. 0306769-68.2015.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 29-08-2019).

Portanto, entende-se que não houve cerceamento de defesa, devendo a preliminar ser rejeitada.

Quanto à prefalada ausência de regularidade e de esgotamento do processo administrativo, que acarretaria a falta de interesse de agir do Município de Tubarão na propositura da presente demanda, nota-se que as matérias se confundem com as demais teses arguidas no mérito do recurso, de modo que com elas serão apreciadas.

Conforme já dito, o apelante insiste na necessidade de aferição da regularidade do processo administrativo e do seu esgotamento. Argumentou, para tanto, que “em havendo legislação municipal que estabeleça a forma do procedimento administrativo [...], a vinculação da Administração é obrigatória, notadamente quando iniciado o processo administrativo [...] e não concluído regularmente” (fl. 201). Disse que a notificação anexa à inicial jamais lhe foi entregue e, nesse sentido, defendeu que “como não teria sido oportunizada [...] a possibilidade de defesa na esfera administrativa, a luz do artigo 25 e ss. do Código de Posturas do Município, não poderia o Recorrido ingressar diretamente com a presente ação” (fl. 203). Aventou, ainda, que a notificação preliminar é nula, pois não observou os requisitos mínimos da Lei Municipal n. 1.811/1994, e ponderou que, ainda que seja considerada válida a notificação preliminar, não há nela qualquer ordem de desocupação do imóvel. Frisou que sequer houve a lavratura de auto de infração.

Seguiu ressaltando que, à época da notificação, “estava com o alvará de funcionamento devidamente quitado e com os alvarás do Corpo de Bombeiros e da Vigilância Sanitária também em dia” (fl. 209). Alegou que o Município de Tubarão não comprovou que o estabelecimento se encontra inserido em APP, e que, ainda que faça parte de APP, se trata de área consolidada. Defendeu a licitude da ocupação e do funcionamento do estabelecimento comercial objeto da demolitória, e disse, por fim, possuir direito de retenção.

Pois bem. De plano, destaca-se ser despiciendo o esgotamento da via administrativa para que a municipalidade tenha acesso ao Poder Judiciário, podendo postular medidas judiciais sempre que entender cabíveis e oportunas. Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes do TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DEMOLITÓRIA. INTERESSE DE AGIR MANIFESTO. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. AUTUAÇÃO DESCONSTITUÍDA NO CURSO DO PROCESSO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA CAUSA. Conquanto permitido ao Município, nos termos da legislação local de regência, executar a demolição de obra irregular, reconhece-se o seu interesse de agir ao buscar a tutela jurisdicional para a execução da medida, ex vi do princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal). (TJSC, Apelação Cível n. 0303180-52.2015.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, Quarta Câmara de Direito Público, j. 18-07-2019, sem grifo no original).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO SEM ALVARÁ. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. DECISÃO CASSADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA. ART. 1.013, § 3º, I, DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE. TRIANGULAÇÃO PROCESSUAL NÃO EFETIVADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O DEVIDO PROSSEGUIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE. “O exercício do poder de polícia e a executoriedade dos atos administrativos não retiram da Administração Pública o interesse de provocar o Poder Judiciário em busca de provimento jurisdicional, porque o ingresso em juízo, em regra, não pode ser condicionado ao prévio exaurimento das vias administrativas, em observância do princípio constitucional previsto no art., 5º, XXV, da CR/88’ (STJ, REsp n. 1.536.177/PE, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 19/06/2018)” (TJSC, Apelação Cível n. 0139538-68.2013.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 05-02-2019). (TJSC, Apelação Cível n.

0303178-82.2015.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 07-05-2019, sem grifo no original).

Considerando, portanto, que o ingresso na via judicial não pode ser condicionado ao exaurimento da via administrativa, a Municipalidade não perde seu interesse de agir na propositura da presente demanda por eventual irregularidade perpetrada no processo administrativo. Inclusive, a ação sub judice não se presta a averiguar a ocorrência ou não de vícios no processo administrativo. Ademais, convém ressaltar que os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa foram regularmente observados na fase judicial.

Dito isso, entende-se como superadas as teses recursais relacionadas à regularidade e ao esgotamento do processo administrativo.

No que diz respeito ao fato de o Município ter liberado, equivocadamente, alvará/licença em momento anterior, impende enfatizar que não configura obstáculo ao poder de revisar seus atos a qualquer tempo, quando entender que os realizou por equívoco ou de forma ilegal.

Nos termos do art. 30, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, compete ao Município “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Com efeito, sendo dever do ente municipal zelar pelo cumprimento das normas de zoneamento e edificação, atuando no controle das construções urbanas (meio ambiente artificial), e tendo em mente que a permissão de uso de bem público é ato precário e revogável por motivo de interesse público, é perfeitamente possível, no caso, a atuação do Município de Tubarão.

Quanto à comprovação de que o imóvel objeto da presente ação demolitória encontra-se inserido em APP, transcreve-se trecho da manifestação exarada pelo Parquet em primeiro grau de jurisdição (fls. 151-156), utilizando-se das razões lá expostas como fundamento do presente parecer. Veja-se:

[...] observa-se que o requerido não trouxe qualquer argumentação que impedisse a procedência do pedido inicial, uma vez que é incontroverso nos autos o fato de a obra estar construída em área de preservação permanente, às margens do Rio Tubarão, nas proximidades da cabeceira da Ponte Dilney Chaves Cabral, no centro deste Município e Comarca.

Já decidiu o e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em caso análogo:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DEMOLITÓRIA - CONSTRUÇÃO SEM O DEVIDO LICENCIAMENTO E SOBRE VIA PÚBLICA - INVIABILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA OBRA - DEMOLIÇÃO - ORDEM QUE SE IMPÕE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

“A construção em área de uso comum, insuscetível de ocupação e “non aedificandi”, revela-se ilegal, ensejando a demolição respectiva” (TJSC - AC n. 2004.000939-9 - Rel. Des^a. Sônia Maria Schmitz)

[...]

Percebe-se que a apelante não demonstra em momento algum a regularidade da construção. Pelo contrário, ciente da irregularidade, busca se esquivar da responsabilidade pela construção sob a afirmativa de que foi a própria prefeitura quem a autorizou a construir no local.

Tal assertiva, entretanto, não merece guarida porquanto o documento de fl. 21 demonstra que a apelante foi notificada a não continuar com a obra em virtude, justamente, de o imóvel estar sobre uma rua projetada (Rua E) no loteamento Catarina I.

Como se não bastasse essa notificação dando conta da irregularidade, a apelante, demonstrando total

descaso e despreocupação, deu continuidade aos serviços sem a obtenção de qualquer licença ou alvará de construção conforme ela mesma admitiu em seu depoimento em juízo (fl. 68).

Ora, se a mesma economizou para investir na construção de sua residência, deveria, antes de iniciá-la, tomar as cautelas necessárias para proceder uma edificação dentro dos ditames legais estabelecidos pelo Município.

Entretanto, deixou de observar o devido processo administrativo de licenciamento, necessário para dar início à qualquer construção, e ignorou a notificação expedida pelo Poder Público Municipal que a alertou acerca da proibição de construir sobre a via pública, não se preocupando até então com as conseqüências que adviriam de seus atos (TJSC. Apelação Cível n. 2009.069497-6, de São José, Relator: Des. Cid Goulart, Data: 23/04/2010).

Por oportuno, cabe trazer à baila lição de Hely Lopes Meirelles:

Toda construção urbana, e especialmente a edificação, fica sujeita a esse duplo controle urbanístico e estrutural que exige a prévia aprovação do projeto pela Prefeitura, com a subsequente expedição do alvará de construção e, posteriormente, do alvará de utilização, vulgarmente conhecido por “habite-se”. Além da aprovação do projeto, o controle das construções estende-se à execução da obra, possibilitando embargo e demolição quando realizada em desconformidade com o aprovado, ou, antes de seu início, a cassação do alvará, se for o caso. (in Direito Municipal Brasileiro, 10ª ed., Malheiros. 1998, p. 423).

Assim, mesmo que sob permissão do ente público, nada obsta a demolição da obra, já que erguida em área de proteção ambiental, estando, pois à revelia da legislação, pelo que viável o deferimento do pedido inicial.

No mais, torna-se desnecessária a perícia na área, uma vez que, público e notório que a área se localiza às margens do Rio Tubarão, consoante certificado pelo fiscal da Secretaria de Urbanismo e Meio Ambiente. (fls. 153/154)

Por fim, consigna-se que, em se tratando de mera permissão de uso de bem público, o réu, ora apelante, é mero detentor do imóvel. Vale dizer, não é possuidor e, por tal motivo, não possui direito de retenção por eventuais benfeitorias úteis ou necessárias que tiver acrescido ao imóvel.

[...]

Por todo o exposto, o Ministério Público opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação cível manejado por Gessi de Souza Viana, mantendo-se incólume a sentença hostilizada, nos termos da fundamentação acima exposta (fls. 241-246 – grifei).

À guisa de reforço, colaciona-se precedente análogo:

Ação civil pública. Construção irregular. Via pública. Área de uso comum. Demolição.

A construção em área de uso comum, insuscetível de ocupação e “non aedificandi”, revela-se ilegal, ensejando a demolição respectiva, mais ainda quando perpetrada pelo próprio Município que tem a obrigação de fiscalizar o cumprimento das normas urbanísticas (Ação Civil Pública n. 2004.000939-9, de Fraiburgo, rel. Desª. Sônia Maria Schmitz, j. 30/08/2005).

Destarte, caracterizada a irregularidade da construção e a impossibilidade de regularização, a demolição é medida que se impõe, tal qual determinou o juízo singular.

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso para manter incólume a sentença objurgada em todos os seus termos.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0329755-59.2015.8.23, da Capital

Relator: Desembargador Jaime Ramos

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA INSTITUÍDA APÓS A EC 41/2003. SERVIDOR REFORMADO POR INCAPACIDADE FÍSICA. TEMA 7/ IRDR NÃO APLICÁVEL. “*distinguishing*” APRESENTADO NA DECISÃO de embargos de declaração parcialmente acolhidos (0329745-15.2015.8.24.0023/50001): “Em face do contido na Emenda Constitucional n. 70/2012, não é aplicável o Tema 07/IRDR nos casos de pensão por morte de servidor militar estadual que ingressou no serviço público até 31/12/2003 e se aposentou por invalidez permanente nos termos do inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, afastando-se a aplicação do decidido no RE n. 603.580, do STF a esses casos”. SEGURANÇA que deve ser CONCEDIDA PARA RECONHECER O DIREITO DA PARTE IMPETRANTE À PARIDADE. APLICAÇÃO DA Lei Complementar Estadual n. 614/13 QUE INSTITUIU A REMUNERAÇÃO SOB FORMA DE SUBSÍDIO. Base de cálculo que considera a totalidade do vencimento do instituidor se vivo fosse COM aplicação da Emenda Constitucional 70/2012. Exclusão das verbas de caráter indenizatório. observação do limite estabelecido no § 7º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 41/2003, e o teto remuneratório previsto no inciso III do art. 23 da Constituição Estadual de 1989, com redação dada pela Emenda Constitucional Estadual n. 68/2013. Juros de mora calculados pelo índices de remuneração adicional da caderneta de poupança, art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009. Correção monetária pelo IPCA-E (Tema 905/STJ). SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0329755-59.2015.8.24.0023, da comarca da Capital 2ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Ana Terezinha da Rosa Nunes e Apelado IPREV Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina.

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data e presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Júlio César Knoll (sem voto), os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Ramos, Ronei Danielli e Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 14 de julho de 2020.

Desembargador Jaime Ramos
Relator

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, Ana Terezinha da Rosa Nunes impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato coator atribuído ao Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – IPREV, objetivando o reconhecimento da existência de direito líquido e certo de perceber proventos de pensão por morte com base na *“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”*.

Sustenta que auferiu pensão por morte do seu marido, Luciano de Souza Chanes, policial militar falecido na data de 29/08/2013; que o instituidor da pensão *“ingressou nos quadros da Polícia Militar de Santa Catarina em 04/01/1988, sendo reformado por incapacidade física em 21/08/2012”*; que *“no posto de Soldado passando, assim, a perceber a remuneração da graduação superior, qual seja, de 3º Sargento, em conformidade com os artigos 111, V e VI, 112 e 113, §§ 2º e 4º, III da Lei 6.218/1983”*; que *“Os artigos 159 e 30 § 3º da Constituição do Estado de Santa Catarina asseguram a uniformidade de reajustes de vencimentos entre os servidores em atividade, os inativos e os dependentes pensionistas, garantindo a estes últimos a extensão de quaisquer vantagens ou benefício concedidos aos primeiros”*; que *“a autoridade Coatora não promoveu a atualização do benefício previdenciário da Impetrante em conformidade com as mudanças remuneratórias (aumento) previstas na Lei Complementar 614/13”*, a qual definiu a remuneração dos policiais militares do Estado de Santa Catarina por meio de subsídio; *“que, apesar das alterações promovidas pelo legislador constituinte, tanto a Constituição Estadual como a Lei Complementar 129/94 foram recepcionadas pelas Emendas Constitucionais 18/98 e 20/98 em relação à paridade e integralidade no pagamento das pensões de funcionários militares”*, razão pela qual *“Os benefícios de pensão por morte correspondem à totalidade do vencimento ou provento do instituidor da pensão, e a revisão das pensões ocorre na mesma data e proporção em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo estendido aos inativos e pensionistas quaisquer vantagens posteriormente concedidas aos servidores ativos”*; que seu direito líquido e certo encontra amparo no fato de que *“com a alteração promovida pela Emenda Constitucional 41/03 o constituinte delegou à legislação infraconstitucional a regulamentação das pensões instituídas pelos militares, ou seja, neste momento permaneceu a aplicação às pensões dos militares estaduais de Santa Catarina o disposto no artigo 159, 30 e § 3º da Constituição Estadual e na Lei Complementar 129/94, ou seja, o pagamento considerando-se a integralidade dos proventos e a paridade de reajustes”*; que a Lei Complementar Estadual n. 412/2008 promoveu somente *“alteração em relação à proporcionalidade do valor a ser pago à título de pensão”*, mantendo o direito à paridade do benefício de pensão; e, por isso, possui direito líquido e certo *“aos reajustes concedidos pela Lei Complementar 614/13 em conformidade com Art. 42 § 2º da Constituição Federal; Art. 159 c/c 30 § 3º da Constituição Estadual e os regramentos da Lei Complementar 412/08, observando-se, como base de cálculo do benefício de pensão os valores que o instituidor da pensão estaria recebendo se vivo fosse, aplicando-se no cálculo o limitador imposto no 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)”*.

Requeru o deferimento de medida liminar *“para que de pronto seja estabelecido o pagamento da pensão por morte calculada com base nos valores correspondentes à totalidade dos vencimentos do instituidor, se vivo fosse”*, e, ao final, a concessão definitiva da ordem de segurança, confirmando-se o pedido de liminar formulado.

Deferida a gratuidade de justiça, o pedido de liminar foi concedido para *“determinar que o benefício da pensão por morte devido à impetrante seja pago nos moldes e termos definidos para o art. 40, § 7º, da Constituição da República, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 41/03, tendo como base para o cálculo, os valores correspondentes à totalidade dos vencimentos ou proventos dos instituidor, se vivo fosse, acrescidos das vantagens pessoais e excluídas apenas as verbas de natureza indenizatória (fl. 17), até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime Geral da Previdência Social de que trata o art. 201 da Constituição da República, acrescido de 70% da parcela excedente a este valor, observando-se, contudo, o limite máximo remuneratório preconizado na Emenda Constitucional Estadual nº 68/2013”*.

Notificada, a autoridade impetrada informou, em síntese, que *“a pensão foi instituída após a promulgação da LCE n. 412/08 e é paga exatamente conforme os ditames deste diploma”*; que *“não há que se cogitar de aplicação da LCE n. 129/94, tampouco do art. 159, e do art 30, § 3º, da Carta Local”*; que a *“LCE n. 129/94 era norma geral local que tratava das pensões de todos os servidores estaduais, foi derogada pela Emenda à Constituição Federal n. 41/03, no que a esta contrariava, e, posteriormente, revogada expressamente, na íntegra, pela LCE n. 412/08 (vide art. 101, XV)”*; que, *“enquanto não editada lei específica própria tratando do regime previdenciário dos militares catarinenses”*, o regramento a ser aplicado aos militares é o previsto no parágrafo único do art. 73 da Lei Complementar Estadual n. 412/2008; que *“as pensões de militares instituídas na vigência da LCE n. 412/08, são reajustadas de acordo com os benefícios do RGPS e não mais com base nos proventos do instituidor se vivo estivesse”*; que os proventos de pensão por morte da impetrante tem por *“base o valor da totalidade da remuneração do servidor falecido, percebida na data anterior ao óbito, aplicando-se o redutor sobre a quantia que exceder ao teto dos benefícios concedidos pelo INSS”*; que *“o valor da pensão mensal, é assegurada a atualização do benefício para preservar-lhe, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios legais, mas não a vinculação a novas políticas vencimentais de servidores ativos”*, ou seja, estão *“garantidos os reajustamentos para preservação do valor, e não o que receberia atualmente, pois se assim for está se ressuscitando a paridade remuneratória, já banida da ordem constitucional e legal”*; que ao caso deve ser aplicado o entendimento firmado, em regime de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.580, no sentido de *“que os pensionistas de servidor aposentado, falecido depois da promulgação da Emenda Constitucional (EC) 41/2003, têm direito à paridade com servidores da ativa para reajuste ou revisão de benefícios, desde que os finados tenham se enquadrado na regra de transição prevista no artigo 3º da EC 47/2005”*, o que não é o caso dos autos; que *“como o instituidor não se inativou pela regra de transição do art 3º da EC n. 47 (fl. 19), a pensão não conta com paridade remuneratória”*, razão pela qual *“não há qualquer irregularidade na forma de apuração ou reajuste da pensão por morte da impetrante, da mesma maneira que inexistem diferenças a serem adimplidas”*. Requeru, ao final, a denegação da ordem de segurança postulada.

Com vista dos autos, o representante do “*Parquet*” considerou ausente o interesse público que justificasse sua intervenção.

Comunicou-se nos autos que foram sobrestados os efeitos da ordem de segurança liminar por força da concessão de efeito suspensivo em agravo de instrumento interposto contra esse referido “*decisum*”.

Em sentença, o juiz “*a quo*”, Dr. Rafael Sândi, decidiu por denegar a ordem de segurança perseguida, oportunidade em que revogou a medida liminar concedida e condenou “*a parte impetrante somente ao pagamento das custas judiciais e das despesas processuais (CPC, art. 98, § 2º). Todavia, a exigibilidade do ônus da sucumbência fica condicionada à demonstração da capacidade financeira da parte impetrante, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC. Sem honorários advocatícios, porquanto incabíveis na espécie, ex vi da Súmula 512 do STF e Súmula 105 do STJ*”.

Inconformada, a parte impetrante apelou aduzindo, preliminarmente, ofensa ao inciso V do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, eis que a fundamentação da sentença não realizou juízo analítico exposto entre o precedente paradigma invocado e o caso concreto, prejudicando a conformação adequada do julgado. No mérito, reiterou os argumentos expostos na petição inicial, no sentido de serem inaplicáveis os art. 40, caput e §§ 7º e 8º, da Constituição Federal de 1988 e as regras transitórias das Emendas Constitucionais 41/2003 e 47/2005, por tratar, a espécie, de servidor militar; que é aplicável o artigo 42, § 2º da Constituição Federal e os artigos 159 e 30 § 3º da Constituição do Estado de Santa Catarina, que preveem paridade de reajustes com os servidores da ativa; que os militares possuem regime previdenciário próprio, como também é própria a carreira, com regras e benefícios específicos; que “*o funcionário público militar não tem o direito de opção de aposentar-se pelo artigo 40 da Constituição, nem pelos artigos 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, muito menos pelas regras de transição do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005*”; que “*o militar é transferido para a reserva ou reformado em conformidade com o artigo 42 § 1º c/c 142, § 3º, inciso X da Constituição Federal, e, especificamente no Estado de Santa Catarina, conforme as regras da Lei 6218/83 – Estatuto dos Policiais Militares, sendo-lhes aplicável, as diversas legislações específicas concernentes à remuneração*”; que é imprescindível ao julgador contextualizar a pensão por morte que é devida ao dependente de servidor público que laborou em atividades especiais, e que, por este motivo, possui critérios de inatividade diferenciados. Requereu, ao final, o provimento do recurso para que, em reforma à sentença denegatória da segurança perseguida, seja reconhecido o direito líquido e certo defendido.

Comunicou-se nos autos o desprovimento do agravo de instrumento interposto contra a decisão que deferiu o pedido de liminar.

Foram apresentadas contrarrazões.

Pelo relator anterior, Desembargador Pedro Manoel Abreu, o recurso de apelação foi recebido somente no efeito devolutivo.

Sobreveio decisão deste relator para a suspensão do feito até o julgamento do IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023 - Tema 07.

Com base no art. 10 do CPC, as partes foram intimadas e se manifestaram sobre aplicação da EC 70/2012. O IPREV negou a possibilidade de aplicação; enquanto a parte impetrante sustentou a aplicabilidade.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

Antes de adentrar na análise do “*meritum causae*”, cabe registrar que, como se vai reconhecer a presença do direito líquido e certo perseguido, a análise da questão preliminar arguida pela parte impetrante/apelante encontra-se prejudicada.

Do mérito

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 parte impetrante auferiu pensão por morte do seu marido, Luciano de Souza Chanes, Soldado da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina falecido na data de 29/08/2013, cujo ingresso nos quadros da Corporação Militar ocorreu em 04/01/1988, vindo a ser reformado por incapacidade física na data de 21/08/2012 (p. 19). Conforme a “apostila de proventos” (p. 20) e o extrato de informações enviado ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (p. 21), estabeleceu-se a título de proventos de pensão por morte o valor de R\$ 3.501,97 (três mil e quinhentos e um reais).

Com base no direito de **paridade e integralidade** do valor de seu benefício com a evolução da remuneração dos servidores militares ativos, da mesma categoria, a parte impetrante pleiteia judicialmente a majoração da pensão por morte que percebe para o valor de R\$ 5.735,03 (cinco mil e setecentos e trinta e cinco reais), conforme página 17, em face da instituição do valor do subsídio dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina pela Lei Complementar Estadual n. 614/2013, que entende deva ser aplicada ao seu benefício.

Adianta-se que a solução do caso concreto exige distinção em relação ao decidido no Tema 07/IRDR, pelo Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte de Justiça.

A tese firmada no referido precedente foi a de que “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).”

Naquele julgado se entendeu inaplicável a paridade da pensão por morte instituída com o óbito do Policial Militar ocorrido após o início da vigência da Emenda Constitucional n. 41/2003,

que operou alterações no art. 40 e seus parágrafos da Constituição Federal de 1988, estabelecendo nos seus §§ 7º e 8º o seguinte:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

“[...]”

“§ 7º. Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual:

“I – ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

“II – ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.

“§ 8º. É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.”

São essas as regras constitucionais aplicáveis à pensão por morte instituída após o advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, a qual eliminou a integralidade e a paridade dos proventos de aposentadorias e pensões por morte de servidores com a remuneração dos servidores em atividade da mesma categoria e a manteve a paridade apenas para aqueles que, na data da referida emenda, já tivessem cumprido os requisitos para aposentadoria nos moldes do respectivo art. 3º, em face do que ficou dito no art. 7º.

A paridade dos proventos de aposentadoria e das pensões por morte com a remuneração dos servidores da mesma categoria em atividade foi parcialmente restabelecida pela Emenda Constitucional n. 47/2005, que, em seu art. 3º e seu parágrafo único, assim dispôs:

“Art. 3º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º, da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

“I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição se mulher;

“II – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

“III – idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista

no inciso I do 'caput' deste artigo.

“Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadoria concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.”

O art. 7º da Emenda Constitucional n. 41/2003, aí referido, tem a seguinte redação que estabelece os casos de paridade dos proventos de aposentadoria e das pensões por morte de servidores públicos com a remuneração dos servidores em atividade da mesma categoria:

“Art. 7º. Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.”

E o art. 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003, a que se vincula o dispositivo imediatamente acima transcrito, tem a seguinte redação:

“Art. 3º. É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

“§ 1º. O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

“§ 2º. Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no 'caput', em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente.”

Por algum tempo este Tribunal considerou plenamente restaurada, pela Emenda Constitucional n. 47/2005, a paridade dos proventos de aposentadoria e das pensões por morte relativas a servidores que ingressaram no serviço público até 16 de dezembro de 1998.

Contudo, diversamente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 603.580/RJ, com repercussão geral (**Tema 396**), firmou a seguinte tese jurídica:

“Os pensionistas de servidor falecido posteriormente à EC nº 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade (EC nº 41/2003, art. 7º), caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da EC nº 47/2005. Não tem, contudo, direito à integralidade (CF, art. 40, § 7º, inciso I).”

Veja-se a ementa do referido julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. INSTITUIDOR APOSENTADO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003, PORÉM FALECIDO APÓS SEU ADVENTO. DIREITO DO PENSIONISTA À PARIDADE. IMPOSSIBILIDADE. EXCEÇÃO: ART. 3º DA EC 47/2005. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. I – O benefício previdenciário da pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito de seu instituidor. II – Às pensões derivadas de óbito de servidores aposentados nos termos do art. 3º da EC 47/2005 é garantido o direito à paridade. III – Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento.” (STF, RE 603580, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-152 DIVULG 03-08-2015 PUBLIC 04-08-2015).

Desde então este Tribunal vem aplicando esse paradigma vinculante, que indica as condições transitórias necessárias para o reconhecimento da paridade das pensões por morte com a remuneração do servidor da mesma categoria em atividade.

Porém, a parte demandante afirma que as pensões por morte instituídas com o falecimento de servidores militares do Estado de Santa Catarina não se submetem à referida orientação vinculante, em face do que dispõem os arts. 42, §§ 1º e 2º, c/c o art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, acerca dos direitos e deveres dos Policiais e Bombeiros Militares do Estado, dadas as peculiaridades especiais de suas atividades.

Consta desses dispositivos:

“Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

“§ 1º. Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

“§ 2º. Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.”

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

“[...]”

“§ 3º. Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

“[...]”

“X – **a lei disporá sobre** o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e **outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades**, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.”

Apanha-se desses dispositivos que a pensão por morte de servidor militar estadual pode ter regras distintas daquelas referentes a servidores civis, diante das “*situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades*”, porém, **desde que haja “lei específica no respectivo ente estatal”**.

Considerou-se, portanto, que é preciso verificar se no Estado de Santa Catarina há “lei específica” a enquadrar a pensão por morte de servidor militar estadual de forma diferente daquela instituída por servidor civil.

A Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, nos seus arts. 31 e parágrafos, com a redação conferida pelas Emendas Constitucionais n. 33/2003 e 38/2004, 105, incisos II e III, 106 e 107 repete e apropria, em termos, no âmbito estadual, as disposições da Constituição Federal de 1988 acerca da organização, da investidura, dos direitos e deveres e demais regras atinentes a Policiais e Bombeiros Militares Estaduais, sem apresentar norma específica acerca da pensão por morte devida aos dependentes de tais servidores militares; porém, é importante salientar que o § 13 manda aplicar a policiais e bombeiros militares, dentre outras, as regras do art. 30, § 3º, que trata da paridade dos proventos da inatividade com a remuneração dos servidores em atividade.

Genericamente, a Carta Política Catarinense estabelece no art. 159, na Seção que trata “Da Previdência Social”, que “*aos dependentes de agentes públicos estaduais da administração direta, autárquica e fundacional é assegurada pensão por morte, atualizada na forma do art. 30, § 3º, que corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do agente falecido, até o limite estabelecido em lei*”.

O § 3º do art. 30, aí referido, diz que “*os proventos de aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei*”.

Esses dispositivos (arts. 30, § 3º, e 159, da Constituição do Estado de Santa Catarina), redigidos conforme a redação original dos §§ 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, não foram atualizados de acordo com as subsequentes Emendas Constitucionais ns. 20/98, 41/2003 e 47/2005, daí porque não mais se aplicam às aposentadorias e às pensões por morte dos servidores públicos.

Acerca da pensão por morte de servidores militares estaduais, inicialmente a Lei Estadual n. 1.057, de 11.05.1954, que tratava do “*Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina*”, dizia em seu art. 100: “*Art. 100. Por morte, os oficiais, aspirantes, sub-tenentes, sargentos e praças que façam parte da instituição, deixarão às viúvas e filhos a pensão estabelecida pela Montepio dos Funcionários Públicos do Estado, na forma que a lei regular*”.

Essa Lei Estadual n. 1.057/1954 foi revogada pela Lei Estadual n. 5.522, de 28.02.1979, que no art. 60 disciplinou a pensão por morte de policial-militar:

“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.
“Parágrafo único. Ocorrendo falecimento do policial-militar quando em serviço ou em consequência de acidente no cumprimento do dever ou em razão de doença profissional, comprovado mediante Inquérito Policial-Militar ou Inquérito Sanitário de Origem, o valor da pensão assegurada pela entidade previdenciária estadual aos seus dependentes, na forma da regulamentação própria, será complementado pelo Estado até o montante do vencimento ou remuneração que o policial-militar percebia por ocasião do óbito, sem prejuízo de futuros reajustamentos, na forma da lei.”

Essa lei esteve em vigor até o advento da Lei Estadual n. 6.218, de 10.2.1983, que atualmente dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares de Santa Catarina e contém as seguintes disposições acerca da pensão por morte devida a dependentes dos servidores militares estaduais e outros direitos:

“Art. 50. São direitos dos policiais-militares:

“[...]”

“IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação peculiar:

“[...]”

“e) **A constituição de pensão** policial-militar; [...]”

“§ 2º São considerados dependentes do policial-militar:

“[...]”

“§ 3º São ainda considerados dependentes do policial-militar, desde que vivam sob sua dependência econômica, sob o mesmo teto e quando expressamente declarados na organização policial-militar competente:

“[...]”

“Art. 53. A remuneração dos policiais-militares compreende vencimentos ou proventos, indenizações e outros direitos e é devida em bases estabelecidas em Leis Específica.”

“Art. 56. O valor do soldo é igual para o policial da ativa, da reserva remunerada ou reformados, de um mesmo grau hierárquico, ressalvado o disposto do inciso II do Artigo 50.”

“Art. 59. Os proventos de inatividade serão revistos sempre que se modificarem os vencimentos dos policiais-militares em serviço ativo e na mesma promoção (=proporção).

“Parágrafo único. Ressalvados os casos previstos em Lei os proventos da inatividade não poderão exceder a remuneração recebida pelo policial-militar da ativa no posto ou graduação correspondentes aos dos seus proventos.

“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.”

Os arts. 56 e 59 da Lei Estadual n. 6.218/83 estabelecem regras específicas de paridade dos proventos de inatividade dos Policiais Militares com a remuneração dos ativos, com o que se pode dizer que, em relação a tal questão, há “*lei específica do respectivo ente estatal*” a que se referem os arts. 42, § 1º, e 142, § 3º, inciso X, da Constituição Federal, mas não há previsão, no Estatuto referido, de paridade da pensão por morte para todo e qualquer caso, já que limita essa possibilidade aos casos de morte em serviço ou por acidente relacionado (art. 60, §§ 1º e 2º).

A Lei Complementar Estadual n. 129, de 07/11/1994 (depois revogada pelo art. 100, XV, da LCE n. 412/2008), que dispunha “*sobre a pensão previdenciária por morte de agente público estadual, prevista no art. 159 da Constituição Estadual, e estabelece providências correlatas*”, estabeleceu o seguinte:

“Art. 1º. São agentes públicos, para os efeitos desta lei:

“I - os servidores públicos estatutários, civis e militares, vinculados aos quadros de pessoal da administração direta, autárquica e fundacional do Estado;

“II - os membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Corpos Deliberativo e Especial do Tribunal de Contas do Estado.

“Art. 2º. Por morte de agente público, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao dos respectivos vencimentos ou proventos, a partir da data do óbito.

“Parágrafo único. Nos casos de percepção de remuneração variável, o valor da pensão corresponderá ao dos proventos que o agente público perceberia se aposentado estivesse na data do óbito”. (grifos apostos).

“**Art. 25. São revogados:**

“**I - todos os dispositivos dos estatutos dos servidores civis e militares do Estado, referentes à pensão por morte; [...].**

A Lei Complementar Estadual n. 266, de 04/02/2004, alterada pela Lei Complementar n. 286/2005, depois também revogada pela Lei Complementar Estadual n. 412/2008 (art. 100, inciso XXV), faz referência aos servidores públicos militares, e preconiza, acerca da respectiva contribuição previdenciária:

“Art. 1º. A contribuição previdenciária ao regime de previdência estadual será devida ao Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPESC:

“**I - pelos servidores públicos efetivos civis e militares, ativos e inativos, com alíquota de 11% (onze por cento) calculada sobre a remuneração e proventos; e**

“**II - pelo Poder Executivo, incluídas suas autarquias, fundações, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas e demais órgãos, com alíquota de 11% (onze por cento) calculada sobre a remuneração dos servidores ativos previstos no inciso I deste artigo.**

“§ 1º Aplica-se ao Magistrado e ao Membro do Ministério Público e do Tribunal de Contas o disposto no inciso I deste artigo.

“§ 2º A Contribuição Previdenciária, de que trata o caput deste artigo, deverá ser repassada integralmente, com o respectivo comprovante, ao IPESC.”

“**Art. 2º Fica instituída a contribuição previdenciária para os pensionistas do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, aplicando-se a alíquota prevista no art. 1º desta Lei Complementar.**

“**Art. 3º A contribuição previdenciária de 11% (onze por cento) incidirá sobre a parcela dos proventos dos servidores inativos e das pensões que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.**” (Redação acrescida pela Lei Complementar nº 286/2005).

Por sua vez, a Lei Complementar Estadual n. 412, de 26/06/2008, que atualmente dispõe sobre “*a organização do Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado de Santa Catarina*”, assim vinculou a filiação dos militares e dos pensionistas ao sistema previdenciário estadual:

“**Art. 92. Até a edição de legislação instituidora do regime próprio de previdência dos militares do Estado de Santa Catarina, a eles será aplicado o disposto nos arts. 4º a 7º, 17, 19, 20, 22, 23, 26, 27, 35, 36, 46, 47, 49, 50 a 56, 73 a 80, 83 e 90 desta Lei Complementar.**

“**§ 1º Em relação às pensões instituídas para os militares, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 47 desta Lei Complementar.**

“§ 2º Para efeitos do disposto no caput, os militares integram o Fundo Financeiro previsto no art. 8º desta Lei Complementar.” (grifou-se).

Transcrevem-se alguns dos dispositivos acima indicados, que se referem ao benefício de pensão por morte devido a dependente de servidor público estadual:

“Art. 46. É vedada a percepção cumulativa de **pensão por morte**, concedida pelo RPPS/SC, com mais de uma pensão previdenciária percebida no âmbito de regime de previdência pública diverso, garantido o direito de opção.

“Parágrafo único. Também é vedada a **percepção cumulativa**:

“I - de mais de duas pensões previdenciárias do regime estabelecido por esta Lei Complementar; e

“II - de pensão previdenciária com pensão concedida graciosamente em virtude de lei estadual.

“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. 49. Aos inativos e pensionistas será paga **gratificação natalina** equivalente ao valor dos proventos ou da pensão por morte, referentes ao mês de dezembro de cada ano.

“Parágrafo único. No ano da ocorrência do fato gerador ou da extinção do benefício previdenciário, o cálculo da gratificação natalina, a cargo do RPPS/SC, obedecerá à proporcionalidade da manutenção do benefício no correspondente exercício, por mês decorrido ou fração igual ou superior a 15 (quinze) dias, equivalendo a 1/12 (um doze avos).”

“Art. 72. Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos segurados do RPPS/SC e **as pensões de seus dependentes, em fruição em 31 de dezembro de 2003**, bem como os proventos de aposentadoria dos segurados e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 68, **serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos segurados em atividade**, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos segurados em atividade, na forma da lei, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou da função 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**”. (grifos apostos).

Vale registrar que a fórmula de cálculo da pensão por morte contida no § 7º do art. 40 da

Constituição Federal de 1988 foi repetida no art. 73 da LCE 412/2008, mas se ressaltou, para a pensão por morte aos dependentes do servidor militar, o que estabelece o art. 60 da Lei Estadual n. 6.218/1983, o qual, todavia, para os casos não excepcionados nesse Estatuto (art. 60, §§ 1º e 2º), não apresenta nenhuma fórmula diversa daquela incidente sobre as pensões por morte dos servidores civis, pois manda aplicar a legislação previdenciária atinente ao Instituto respectivo.

Também é importante dizer que, como se vê na correspondente transcrição retro, o art. 92 da LCE 412/2008 afastou a aplicação, aos servidores militares estaduais e seus dependentes, de outros dispositivos da respectiva lei, como os arts. 67, 68 e 71 e seus parágrafos únicos, que repetem, em termos e com as devidas adaptações, a regra de transição do multidiscutido art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005 c/c o art. 7º da Emenda Constitucional n. 41/2003. Veja-se o que dizem esses dispositivos, que, em princípio, não seriam aplicáveis a servidores militares do Estado e seus dependentes:

“Art. 67. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas nos arts. 63 a 66 desta Lei Complementar, o segurado que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

“I - 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher;

“II - 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício no serviço público, 15 (quinze) anos de carreira e 5 (cinco) anos no cargo em que se der a aposentadoria; e

“III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites de idade estabelecidos no art. 63 desta Lei Complementar, de 1 (um) ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput*.

“Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 72 desta Lei Complementar, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas de proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade às disposições deste artigo.

“Art. 68. É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria e pensão por morte, respectivamente aos segurados e aos seus dependentes, que até 31 de dezembro de 2003 tenham cumprido os requisitos para a obtenção desses benefícios com base nos critérios da legislação então vigente, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

“Parágrafo único. Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos segurados referidos no *caput*, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até 31 de dezembro de 2003, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão desses benefícios, ou nas condições da legislação vigente.

“Art. 71. Os benefícios da aposentadoria e de pensão por morte, de que tratam os arts. 60, 62 a 65 e 73, desta Lei Complementar, serão reajustados com a anuência do Conselho de Administração, por decreto do Chefe do Poder Executivo, para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do RGPS de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC ou pelo índice que vier a substituí-lo. (NR) (redação dada pela Lei Complementar 511, de 2010).

Como se percebe da redação dos inúmeros dispositivos citados, constantes da legislação estadual, a não ser em relação aos casos excepcionados no Estatuto dos Policiais Militares (art. 60, §§ 1º e 2º), **não se consegue extrair nenhuma “lei específica do respectivo ente estatal” ou regra particular que discipline a pensão por morte dos servidores militares do Estado de Santa Catarina** e diga, expressamente, que, na generalidade dos casos, ela deve ser concedida com integralidade ou que deva ter paridade de seu valor com a evolução da remuneração dos servidores militares em atividade.

Ou seja, inexistindo “lei específica” a respeito, **a não ser para os casos de morte em serviço ou por acidente relacionado, e por força do art. 60, “caput”, do Estatuto dos Policiais Militares, a pensão por morte do servidor militar deste Estado é regulada pela legislação genérica que trata dos benefícios gerais devidos pelo Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (IPREV), atualmente a Lei Complementar Estadual n. 412/2008.**

Diante de tal regramento, embora seja possível normatizar regionalmente alguma distinção de tratamento entre a pensão por morte de servidor militar estadual e aquela devida aos dependentes de servidor civil, em face do que autoriza o art. 42, § 2º, da Constituição Federal de 1988, no Estado de Santa Catarina inexistente a “lei específica” reclamada nesse dispositivo, para regular diferentemente a integralidade e a paridade da pensão por morte de servidor militar estadual na generalidade dos casos.

Em face disso, mostra-se necessária a aplicação genérica de regras próprias de benefícios da previdência social devidos a servidores civis, consoante o disposto nos §§ 7º e 8º do art. 40 da Carta Magna, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003.

Quando da aposentadoria ordinária do servidor com a consequente instituição do benefício previdenciário, entendeu-se necessário à paridade que devem ser observadas as regras de transição previstas no art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005, aos pensionistas dos servidores públicos militares do Estado de Santa Catarina, por força do que determinou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.580/RJ, com repercussão geral (Tema n. 396).

Essa é a conclusão a que chegou o Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal, no julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) n. 0329745-15.2015.8.24.0023, em que firmou a seguinte tese jurídica 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 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).”

Não se pode olvidar, é verdade, que os militares estaduais possuem regime de transferência para a reserva remunerada bem diverso das aposentadorias dos servidores públicos civis, dentre os quais os de menos idade e tempo de contribuição à previdência social especial (regime próprio), como previsto nos arts. 21, 54, I, “d”, 88, “caput”, 89, I, II IV e parágrafo único, 91, II, da Lei Estadual n. 5.645, de 30.11.1979, c/c o art. 1º da Lei Estadual n. 6.214, de 10.02.1983, e arts. 50 e 60 da Lei Estadual n. 6.218, de 10/02/1983, com alterações posteriores, dentre os quais citam-se os seguintes:

“Art. 50 - São direitos dos policiais-militares:

“I - A garantia da patente, em toda a sua plenitude, com as vantagens, prerrogativas e deveres a ela inerentes, quando Oficial, nos termos da Constituição Estadual:

“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)

“III - a remuneração com base no soldo integral do posto ou graduação quando, não contado 30 (trinta) anos de serviço se homem e 25 (vinte e cinco) anos se mulher, for transferido para a reserva remunerada, ex officio por ter atingido a idade limite de permanência em atividade no posto ou graduação; (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)

“I - o Oficial **Militar** Estadual que contar com 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher, ao ingressar na inatividade, perceberá proventos correspondentes ao subsídio do posto imediato ao seu; (Redação dada pela Lei Complementar nº 614/2013)

“II - o Oficial Militar Estadual ocupante do último posto da hierarquia militar, ao ingressar na inatividade, perceberá proventos correspondentes ao subsídio de seu próprio posto, acrescido do percentual de 17,6471% (dezessete inteiros e seis mil, quatrocentos e setenta e um décimos de milésimo por cento), desde que conte mais de 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher; (Redação dada pela Lei Complementar nº 614/2013)

“III - o Subtenente Militar Estadual, ao ingressar na inatividade, perceberá proventos correspondentes ao subsídio do Posto de 2º Tenente, desde que conte 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher; e (Redação dada pela Lei Complementar nº 614/2013)

“IV - 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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 614/2013).

A digressão acima se mostra importante para o adequado esclarecimento da discussão jurídica posta.

Porém, na espécie e de acordo com o anteriormente referido, cabe distinção na aplicação da Tese firmada no IRDR Tema 07 quando relacionada à instituição do benefício de pensão por

morte de servidor militar estadual reformado por invalidez permanente (incapacidade física), que é o caso dos autos.

Nesses casos deve ser considerada e aplicada regra estabelecida pela Emenda Constitucional n. 70, de 29/3/2012, da qual consta:

“Art. 1º A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 6º-A:

“Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.

“Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no *caput* o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores.”

“Art. 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como as respectivas autarquias e fundações, procederão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da entrada em vigor desta Emenda Constitucional, à revisão das aposentadorias, e das pensões delas decorrentes, concedidas a partir de 1º de janeiro de 2004, com base na redação dada ao § 1º do art. 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, com efeitos financeiros a partir da data de promulgação desta Emenda Constitucional.

“Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”

Dessarte, por força da EC n. 70/2012, com efeitos financeiros desde a data de sua promulgação (30/3/2012), como definido pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral (Tema 754), os proventos das aposentadorias por invalidez voltaram a ser calculados com base na remuneração do cargo efetivo, aplicando-se a paridade com a remuneração do servidor em atividade (parágrafo único do art. 6º-A c/c o art. 7º da EC n. 41/2003), desde que o ingresso no serviço público tenha ocorrido até a data da publicação da EC n. 41, ocorrida em 31.12.2003.

Essas regras valem também para as pensões por morte de servidor público aposentado por invalidez permanente, nos termos da parte final do parágrafo único do art. 6º-A c/c o art. 7º, da Emenda Constitucional n. 41/2003, introduzido pela Emenda Constitucional n. 70/2012.

A respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica:

“A mesma Emenda Constitucional nº 70/2012 determina que se aplica ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no *caput* do artigo 6º-A a norma do artigo 7º da Emenda Constitucional

nº 41, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores. Isso significa que, para os servidores que ingressaram no serviço público até 31-12-03, os proventos da aposentadoria por invalidez e a pensão de seus dependentes derivadas desses proventos respeitarão a regra da paridade com a remuneração dos servidores em atividade, tal como determinado pelo artigo 7º da Emenda Constitucional nº 41/03. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 712).

Tem decidido este Tribunal:

“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. CONSECUTÓRIOS 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, AC n. 0313974-94.2015.8.24.0023, da Capital, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-10-2019).

“APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. SERVIDOR MILITAR ESTADUAL REFORMADO POR INCAPACIDADE FÍSICA. FALECIDO APÓS A EC N. 41/2003. PAGAMENTO INTEGRAL NOS VALORES QUE O INSTITUIDOR DA PENSÃO RECEBERIA, SE VIVO FOSSE. OBSERVÂNCIA À REGRA RESTABELECIDADA PELA EC N. 70/2012. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.” (TJSC, AC/RN n. 0303853-07.2015.8.24.0023, da Capital, Rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 13-08-2019).

Portanto, aplicável a EC 70/2012 aos casos de pensão por morte de servidor aposentado por invalidez permanente, conforme inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, que tenha ingressado no serviço público até a data de 31/12/2003, com efeitos a partir da vigência da referida Emenda.

Vale registrar que tal orientação foi adotada em “*distinguishing*” ao Tema 7 – IRDR, por decisão em embargos de declaração parcialmente acolhidos (0329745-15.2015.8.24.0023/50001): “*Em face do contido na Emenda Constitucional n. 70/2012, não é aplicável o Tema 07/IRDR nos casos de pensão por morte de servidor militar estadual que ingressou no serviço público até 31/12/2003 e se aposentou por invalidez permanente nos termos do inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, afastando-se a aplicação do decidido no RE n. 603.580, do STF a esses casos*”.

O IPREV vem alegando que a EC n. 70/2012 é aplicável somente aos servidores civis e não

aos militares que, de acordo com os arts. 42 e 142 da Constituição Federal de 1988, possuem regras específicas acerca de sua transferência para a inatividade, e essas regras estão dispostas nos arts. 108 e 109 do Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina, os quais já estabelecem os casos de integralidade e paridade dos proventos de aposentadoria ou reforma por incapacidade física.

Cumprir dizer, em primeiro lugar, que, se a Emenda Constitucional n. 70/2012 quisesse se referir apenas aos servidores civis, e não aos militares, o teria feito expressamente. Quando usa o termo “servidores”, sem especificar, abrange tanto os civis quanto os militares.

Ademais, não se está discutindo o direito de integralidade e paridade de servidores militares reformados por incapacidade física, e sim tal direito relacionado com as pensões por morte de servidores militares inativados nessas condições.

Doutra parte, na hipótese de o servidor ou o pensionista já estar contemplado com o direito de integralidade e paridade decorrente de concessão de seu benefício em momento no qual as regras constitucionais previam esses atributos dos proventos de inatividade ou da pensão, é evidente a desnecessidade de ajuste consoante as regras da Emenda Constitucional n. 70/2012, que seria redundante.

O IPREV também defende a aplicação da Orientação Normativa n. 01/2012 da Secretaria de Políticas da Previdência Social, entendendo que inativado o militar antes da vigência da EC 41/2003, os efeitos da EC 70/2012 não lhe seriam aplicáveis. Por isso não seria possível revisar a aposentaria do servidor, bem como o benefício dela decorrente.

Porém, conforme visto, a regra é aplicável aos servidores aposentados ou reformados por invalidez antes da EC 41/2003. Não se trata da revisão da aposentadoria por novos critérios, mas sim, o reconhecimento do direito preexistente com efeitos financeiros a partir da alteração constitucional.

É evidente que a revisão de proventos de aposentadoria e pensões a que se refere a EC n. 70/2012 não seriam necessários para os casos de inatividade e morte que geraram proventos ou pensões integrais e paritárias conforme as regras constitucionais vigentes na data da aposentadoria ou reforma ou da instituição da pensão. Mas essa não é a hipótese dos presentes autos.

Dessarte, a sentença deve ser reformada para reconhecer o direito líquido e certo da parte impetrante.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação interposto para, em reforma à sentença objurgada, reconhecer-se o direito líquido e certo de a impetrante ter o benefício da pensão por morte adimplido com paridade, inclusive em relação à Lei Complementar Estadual n. 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)*”, tendo como base a totalidade da remuneração ou dos proventos do instituidor se vivo fosse (p. 17), de acordo com a Emenda Constitucional 70/2012, excluídas

verbas de caráter indenizatório e observado o limite estabelecido no § 7º do art. 40 da Constituição Federal de 1988, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 41/2003, e o teto remuneratório previsto no inciso III do art. 23 da Constituição Estadual de 1989, com redação dada pela Emenda Constitucional Estadual n. 68/2013.

Os juros de mora devem ser calculados com base nos índices de remuneração adicional da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, e a correção monetária pelo IPCA-E (Temas 810/STF e 905/STJ).

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).

Apelação Nº 0319034-25.2017.8.24.0008/SC

Relator: Desembargador Júlio César Knoll

APELANTE: MUNICÍPIO DE BLUMENAU (RÉU)

APELADO: MACODESC MATERIAL DE CONSTRUCAO EIRELI (AUTOR)

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DO ISSQN SOBRE OS MATERIAIS/INSUMOS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO MUNICÍPIO DE BLUMENAU. OBSERVÂNCIA AO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS AUTOS DO RE N. 603.497/MG, COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (TEMA N. 247). DECISÃO CONFIRMATÓRIA PROFERIDA, RECENTEMENTE, EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. EXEGESE DO ART. 927, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MATÉRIA QUE, ADEMAIS, FOI SUBMETIDA À APRECIÇÃO PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO EM COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO N. 2012.029539-0. DOCUMENTO FISCAL. MEIO HÁBIL PARA COMPROVAÇÃO DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. VALORES QUE DEVEM SER AUFERIDOS EM FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, RESPEITADO O PRAZO PRESCRICIONAL QUIQUENAL. ART. 166 DO CTN. CONSECUTÓRIOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DO TEMA N. 810 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF (RE N. 870947/SE). ADEQUAÇÃO EX OFFÍCIO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença vergastada; e, de ofício, adequar os consectários legais, em observância à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 870.947/SE (Tema n. 810), nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 10 de novembro de 2020.

RELATÓRIO

Perante a 2ª Vara da Fazenda Pública Regional e Execução Fiscal Estadual da comarca de Blumenau, Macodesc Material de Construção Ltda., por intermédio de procurador habilitado, com fulcro nos permissivos legais, ajuizou “Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito”, em desfavor do Município de Blumenau, objetivando, em resumo, a declaração de ilegalidade da exigência do ISSQN, sobre o valor dos materiais empregados em todas as obras executadas por empreitada, bem como de inexistência da relação jurídica-tributária; além da repetição de indébito dos valores indevidamente recolhidos nos últimos cinco anos.

O ente público municipal apresentou resposta sob a forma de contestação (Evento n. 20 - Anexo n. 162).

Réplica no Evento n. 24 - Anexo n. 167.

Ato contínuo, sobreveio a sentença de mérito, proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Emanuel Schenkel do Amaral e Silva, cuja parte dispositiva assim estabeleceu (Evento n. 50 - Anexo n. 213):

“3- Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação ajuizada por Macodesc Materiais de Construção Ltda em face do Município de Blumenau para reconhecer a inexigibilidade do ISS sobre o valor dos materiais utilizados na obra, bem como para condenar o réu à restituição dos valores pagos indevidamente, com correção monetária a partir de cada pagamento e juros do trânsito em julgado. Condene o réu, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor a ser ressarcido, nos termos do art. 85, § 3º, I, do NCPC. A Fazenda é isenta de custas (art. 35, “h”, da LCE n. 156/97).

Transitada em julgado, archive-se.

P.R.I.”

Irresignado, o Município de Blumenau interpôs recurso de apelação (Evento n. 61).

Em suas razões recursais, sustentou, em apertada síntese, que a Lei Complementar n. 116/2003, acolhida pelo Código Tributário Municipal através da Lei n. 424/2003, é clara ao prever que o preço do serviço - isto é, tanto a mão-de-obra, quanto os materiais empregados -, constitui a base de cálculo do tributo.

Defendeu que, “*Mesmo que se admita a possibilidade de dedução dos materiais aplicados na obra, caberia a apelada apresentar os projetos da obra e os memoriais descritivos de cada etapa. Para ser possível a dedução é indispensável apresentar os relatórios e medições das etapas do projeto executada, acompanhados dos quantitativos de materiais aplicados e notas fiscais de aquisição dos mesmos*” (Fl. 4).

Isto porque, segundo o apelante, a aceitação dos valores indicados unilateralmente pelo contribuinte, “sem prova fiscal”, além de absolutamente dissociados da realidade, constituiria a prática de ilícito administrativo e penal.

Nesse sentido, argumentou que “é indispensável o confronto entre os projetos e memoriais descritivos da obra e seus relatórios de medições de execução com as notas fiscais dos materiais empregados” (Fl. 5).

Dito isso, requereu a reforma do decisum impugnado, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões no Evento n. 68.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias De Caro, manifestando-se pela ausência de interesse público a justificar a intervenção do Órgão Ministerial.

Os autos, então, vieram-me conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

A insurgência voluntária mostra-se tempestiva e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual merece ser conhecida.

Trata-se de recurso de apelação cível, interposto com o desiderato de ver reformada a sentença de mérito que, proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Regional e Execução Fiscal Estadual da comarca de Blumenau, julgou procedentes os pedidos formulados por Macodesc Materiais de Construção Ltda..

Reconheceu, naquela oportunidade, a inexigibilidade do ISSQN, sobre os materiais empregados nos serviços de construção civil, bem como condenou o ente público municipal a repetição dos valores pagos indevidamente, acrescidos de juros de mora e correção monetária.

Pois bem.

Em que pese os argumentos expostos pelo Município de Blumenau, a controvérsia prescinde de maiores discussões, tendo em vista que foi submetida a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 603.497/MG, com Repercussão Geral reconhecida (Tema n. 247), cujo acórdão restou assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS GASTOS COM MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, b, DO DECRETO-LEI 406/1968 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL”.

Tal posicionamento, aliás, foi confirmado recentemente, através da decisão proferida em sede de Agravo Regimental. Veja-se:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. MATERIAL EMPREGADO. DEDUÇÃO. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, “A”, DO DL 406/1968. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO DESTOA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, reafirmada na decisão agravada, circunscreve-se a asseverar recepcionado, pela Carta de 1988, o art. 9º, § 2º, “a”, do DL 406/1968, sem, contudo, estabelecer interpretação sobre o seu alcance nem analisar sua subsistência frente à legislação que lhe sucedeu - em especial, a LC 116/2003 -, tarefas de competência do Superior Tribunal de Justiça. 2. No caso, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, objeto do recurso extraordinário, não destoou da jurisprudência desta Suprema Corte, porque, sem contrariar a premissa de que o art. 9º, § 2º, “a”, do DL 406/1968 foi recepcionado pela atual ordem constitucional, e considerada, ainda, a superveniência do art. 7º, § 2º, I, da LC 116/2003, restringiu-se a delimitar a interpretação dos referidos preceitos infraconstitucionais, para concluir pela ausência, na espécie, dos requisitos para a dedução, da base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de materiais utilizados no fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil. 3. Agravo interno conhecido e parcialmente provido, para, reafirmada a tese da recepção do art. 9º, § 2º, do DL 406/1968 pela Carta de 1988, assentar que sua aplicação ao caso concreto não enseja reforma do acórdão do STJ, uma vez que aquela Corte Superior, à luz do estatuído no art. 105, III, da Constituição da República, sem negar a premissa da recepção do referido dispositivo legal, limitou-se a fixar-lhe o respectivo alcance”.

Em consonância com a decisão da Suprema Corte, o Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em incidente de composição de divergência, ao julgar o Reexame Necessário n. 2012.029539-0, de relatoria do Des. Pedro Manoel Abreu, assim decidiu:

“Reexame necessário. Anulatória de débito fiscal. ISS. Base de cálculo do imposto. Exclusão do valor relativo aos materiais empregados na prestação do serviço de construção civil. Possibilidade. Inteligência do art. 9º, §2º, do Decreto-Lei n. 406/68. Orientação jurisprudencial da Corte Suprema. Sentença confirmada em sede de reexame.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a base de cálculo do Imposto sobre Serviços é definida no art. 9º, § 2º, alíneas a e b, do Decreto-Lei n. 406/68, o qual é compatível com Constituição da República de 1988 (STF, AI n. 737.331, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20.4.2009).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 603.497/MG, com repercussão geral, reiterou seu entendimento no sentido de que é possível deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais utilizados na prestação de serviço de construção civil. 2. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no Ag 1.422.997/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 25.10.2011)”.

Importante consignar, ademais, o teor do art. 927, inciso III, segundo o qual “Os juízes e os tribunais observarão: III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

No que diz respeito à necessidade de apresentação dos projetos de obra e dos memoriais descritivos de cada etapa, melhor sorte não lhe socorre.

Isto porque, o documento fiscal revela-se como meio hábil a especificar os valores direcionados à prestação de serviços - que constitui o fato gerador do tributo - e àqueles despendidos nos materiais empregados para consecução da atividade de construção civil.

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

“APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. ISS. EMPREITADA. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS NAS OBRAS. ORIENTAÇÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 247). IRRELEVÂNCIA DA ORIGEM DOS MATERIAIS FORNECIDOS E UTILIZADOS. PRECEDENTES. DISPOSIÇÃO, NA AVENÇA FIRMADA COM A TOMADORA (CASAN), DE INTEGRALIDADE DO VALOR DO CONTRATO COMO BASE DE CÁLCULO DO ISS. IRRELEVÂNCIA. PREVALÊNCIA DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. PROVA DO EFETIVO USO DOS MATERIAIS NA OBRA. DESNECESSIDADE A PRINCÍPIO. DESTAQUE NAS NOTAS FISCAIS SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE APURAÇÃO FISCAL OU PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. DOCUMENTO FISCAL IDÔNEO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. REPETIÇÃO DEVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO E REEXAME DESPROVIDO”.

Por essas razões, tem-se como irrefutável que a apelada, na condição de contribuinte do tributo municipal, possui o direito material de ressarcimento dos valores recolhidos indevidamente, sob pena de enriquecimento ilícito do Município de Blumenau.

Contudo, faz-se necessário frisar que a restituição dos valores porventura já pagos, fica condicionada a comprovação, pela Macodesc Material de Construção Ltda., em sede de liquidação de sentença, de ter efetivamente suportado com o encargo financeiro do tributo, conforme comando do art. 166 do Código Tributário Nacional, respeitando-se, em todo caso, o lapso prescricional quinquenal.

A correção monetária e os juros de mora, por sua vez, devem atender às orientações do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 870.947/SE (Tema n. 810), de relatoria do Min. Luiz Fux, que fixou a seguinte tese jurídica:

- “1) 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 os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09;
- 2) 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”.

No mais, em virtude da total improcedência da irresignação, em observância ao princípio da proporcionalidade e às diretrizes previstas no art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil, fixo os honorários recursais em 5% (cinco por cento), perfazendo o total de 15% (quinze por cento), em favor da parte adversa.

Por tudo isso, é que voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença vergastada; e, de ofício, adequar os consectários legais, em observância à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 870.947/SE (Tema n. 810).

Remessa Necessária Cível n. 0822702-38.2013.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Ronei Danielli

SERVIDOR PÚBLICO. MAGISTÉRIO. FACULDADE DE MINISTRAR AULAS EXCEDENTES PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR N. 1.139/1992. EXISTÊNCIA, CONTUDO, DE INSTRUÇÃO NORMATIVA VEDANDO AOS PROFESSORES LOTADOS NOS CENTROS DE EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS ULTRAPASSAR O LIMITE DA JORNADA DE TRABALHO. RESTRIÇÃO NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CONSTATADA. SUPERVENIÊNCIA NO CURSO DA DEMANDA DA LEI COMPLEMENTAR N. 668/2015, QUE DELIMITOU A POSSIBILIDADE DE LECIONAR AULAS EXCEDENTES AOS PROFESSORES ATUANTES NOS ANOS FINAIS DO ENSINO FUNDAMENTAL E NO ENSINO MÉDIO. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O AUTOR ATUE NOS REFERIDOS ANOS. FIXAÇÃO DO TERMO FINAL DA CONDENAÇÃO NA DATA DA VIGÊNCIA DA REFERIDA NORMA. SENTENÇA REFORMADA. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível n. 0822702-38.2013.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública em que é Autor Gilson Valentim dos Santos Ramos e Réu Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer da remessa necessária e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Júlio César Knoll, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 1º de setembro de 2020.

Desembargador Ronei Danielli
Relator

RELATÓRIO

Gilson Valentim dos Santos Ramos propôs, perante o Juizado Especial da Fazenda Pública da comarca da Capital, ação de reconhecimento de direito em face do Estado de Santa Catarina, visando compelir o réu a autorizar a ampliação de sua carga horária com aulas excedentes.

Relatou, em síntese, que a Lei Complementar n. 1.139/1992 autoriza aos membros do magistério ministrar aulas acima da carga horária limite estipulando a remuneração para tanto. Aduziu que embora a norma não faça qualquer distinção, seu direito foi negado por ser professor da educação de adultos, em afronta ao princípio da isonomia.

Citado, o réu contestou sustentando que a impossibilidade de os professores dos centros

de educação de jovens e adultos lecionarem aulas excedentes encontra-se prevista na Instrução Normativa/SED n. 10/2011/2012 e decorre do trabalho diferenciado exercido em tal área.

A competência foi declinada para a 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital.

Na sentença, proferida em 16.05.2019, o Magistrado Marco Aurélio Ghisi Machado julgou procedente o pedido para “reconhecer o direito do autor em compor sua carga horária além do limite mínimo exigido, nos termos da Lei n. 1.139/92, com as alterações da Lei n. 668/2015, ainda que sejam em unidades escolares diversas de sua lotação”. Impôs ao demandado, ainda, o dever de arcar com os honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), isento de custas.

Ausente recurso voluntário, os autos ascenderam para fins de reexame necessário.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em manifestação subscrita pelo Exmo. Sr. Dr. Narcísio Geraldino Rodrigues, informou inexistir interesse a ser tutelado na hipótese.

Autos conclusos em 17.01.2020.

As partes foram intimadas para manifestarem-se sobre a aplicabilidade ao caso da Lei Complementar n. 668/2015.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de remessa necessária da sentença de procedência pela qual foi garantido ao autor o direito de ministrar aulas em quantidade superior à carga horária limite.

A pretensão autoral ampara-se na disposição contida na Lei Complementar n. 1.139/1992, a saber:

Art. 5º [...]

[...]

§ 4º O professor de 5ª a 8ª série do 1º Grau e 2º Grau, com regime de 40 (quarenta), 30 (trinta), 20 (vinte) ou 10 (dez) horas semanais deverá ministrar 32 (trinta e duas), 24 (vinte e quatro), 16 (dezesesseis) ou 08 (oito) horas-aula, respectivamente, e usufruirá de horas-atividade, as quais deverão ser cumpridas, obrigatoriamente, na unidade escolar.

[...]

Art. 6º O professor poderá ministrar aulas acima do limite estabelecido no § 4º do artigo anterior e perceberá sob a forma de aulas excedentes, a base de 2,5% (dois virgula cinco por cento) por aula, calculado sobre o vencimento do cargo efetivo, considerando a carga horária de 40 (quarenta) horas, não podendo ultrapassar a 08 (oito), 06 (seis), 04 (quatro) ou 02 (duas) aulas excedentes para as cargas horárias de 40 (quarenta), 30 (trinta), 20 (vinte) ou 10 (dez) horas semanais de trabalho, respectivamente.

§1º Para a escolha das aulas excedentes, de que trata o “caput” deste artigo, será dada prioridade ao professor

que contar com maior tempo de serviço no magistério público estadual e havendo empate, aquele que tiver maior tempo de serviço na unidade escolar.

§2º Os valores percebidos a título de aulas excedentes não se incorporam em hipótese alguma à remuneração percebida pelo servidor, ressalvado o disposto no art. 33, desta Lei Complementar.

§3º O professor que ministrar aulas excedentes nos termos do “*caput*” deste artigo, deverá cumprir as horas-atividade correspondente à sua carga horária semanal de trabalho, conforme estabelece o § 4º, do art. 5º desta Lei Complementar.

No tocante à carga horária dos membros do magistério, a referida legislação foi objeto de regulamentação da Instrução Normativa/SED n. 10/2011/2012, a qual estipulou no item “11.1” que “*os professores que atuam no CEJA não poderão ter aulas excedentes*” (fl. 85).

É consabido que “*o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade*” (in: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019).

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que “*as instruções normativas (...) constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares*” (Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 531, relator Min. Celso de Mello, em 11.12.1991).

Nesse contexto, tendo em vista que a Lei Complementar n. 1.139/1992 facultou aos membros do magistério ministrar aulas excedentes sem promover qualquer distinção em relação à lotação dos mesmos, ressoa nítida a ilegalidade da instrução normativa ao restringir tal direito aos professores atuantes nos Centros de Educação de Jovens e Adultos, em nítida afronta ao princípio da legalidade.

Pertinente registrar, todavia, que no curso da demanda foi sancionada a Lei Complementar n. 668/2015, a qual revogou os dispositivos transcritos e passou a autorizar a extrapolação do limite da carga horária exclusivamente aos professores dos anos finais do ensino fundamental e do ensino médio, nestes termos:

Art. 18. Para o titular do cargo de Professor com efetivo exercício da atividade de docência nos anos finais do Ensino Fundamental e no Ensino Médio, as jornadas de trabalho de 10 (dez), 20 (vinte), 30 (trinta) e 40 (quarenta) horas semanais correspondem, respectivamente, a 8 (oito), 16 (dezesesseis), 24 (vinte e quatro) e 32 (trinta e duas) horas-aula.

(...)

Art. 22. O titular do cargo de Professor de que trata o art. 18 desta Lei Complementar poderá ministrar aulas acima do quantitativo estabelecido para a sua jornada de trabalho.

§ 1º Para fins do disposto no *caput* deste artigo, o quantitativo de aulas complementares não excederá a:

I – 2 (duas) horas-aula, para o titular do cargo de Professor com jornada de trabalho de 10 (dez) horas semanais;

II – 4 (quatro) hora-aula, para o titular do cargo de Professor com jornada de trabalho de 20 (vinte) horas semanais;

III – 6 (seis) horas-aula, para o titular do cargo de Professor com jornada de trabalho de 30 (trinta) horas semanais; e

IV – 8 (oito) horas-aula, para o titular do cargo de Professor com jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais.

§ 2º Terá prioridade na distribuição das aulas complementares o titular do cargo de Professor que contar com maior tempo de serviço no magistério público estadual e, em caso de empate, aquele que tiver maior tempo de serviço na unidade escolar.

§ 3º Na hipótese do disposto neste artigo, será observada a proporcional redução na duração da hora-atividade, a fim de assegurar o cumprimento do que estabelece o art. 19 desta Lei Complementar.

Diante disso, o autor possui direito a ministrar aulas excedentes, na forma da Lei Complementar n. 1.139/1992, independentemente de sua lotação. Entretanto imperioso fixar como termo final da condenação a vigência da Lei Complementar n. 668/2015.

Isso porque inexistem elementos nos autos demonstrando que o postulante desempenhe suas atividades nos anos finais do ensino fundamental e no ensino médio. A propósito, registre-se que a parte foi intimada a respeito e manteve-se silente.

Logo, a remessa necessária deve ser parcialmente acolhida para reformar a sentença a fim de que conste o reconhecimento do direito do demandante de lecionar aulas excedentes somente durante a exegese da Lei Complementar n. 1.139/1992.

Feitas essas considerações, a remessa necessária é conhecida e parcialmente provida, nos termos da fundamentação.

Esse é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Nº 0304099-40.2016.8.24.0064/SC

Processo Originário: nº 0304099-40.2018.8.24.0084/SC

Relatora: Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS (RÉU)

APELADO: GREYCE DE OLIVEIRA SANTANA (AUTOR)

ADVOGADO: CAIRO LUCAS MACHADO PRATES (OAB SC033787)

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTARQUIA FEDERAL.

POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO, A DESPEITO DA DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO NACIONAL DE TODOS OS PROCESSOS PENDENTES, INDIVIDUAIS OU COLETIVOS, QUE VERSEM SOBRE A “FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DO AUXÍLIO-ACIDENTE, DECORRENTE DA CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA”. CARÁTER ALIMENTAR DA VERBA. RESSALVA, TODAVIA, DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA, NO CUMPRIMENTO DA DECISÃO TERMINATIVA, DO ENTENDIMENTO A SER DEFINIDO PELA CORTE SUPERIOR.

CORREÇÃO MONETÁRIA PELA TR. POSTULAÇÃO RECHAÇADA. DECISUM QUE APLICOU O IPCA COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO. IMPERIOSA UTILIZAÇÃO DO INPC, PARA AS CONDENAÇÕES DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. POSICIONAMENTO FIRMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS NS. 1.492.221/PR, 1.495.144/RS E 1.495.146/MG, SUBMETIDOS AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (TEMA 905). MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA SENTENÇA, DE OFÍCIO.

[...] “3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009)” [...] (Recurso Especial n. 1.495.146/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Data do julgamento: 22.02.2018)

ISENÇÃO TOTAL DAS CUSTAS PROCESSUAIS. INSUBSISTÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO ARTIGO 3º DA LCE N. 729/2018. ORIENTAÇÃO DOMINANTE DESTA CORTE DE JUSTIÇA. CUSTAS DEVIDAS PELA METADE, NOS TERMOS DO ARTIGO 33, § 1º, DA LCE N. 156/1997, COM REDAÇÃO DADA PELA LCE N. 524/2010.

PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA ANALISADA. DESNECESSIDADE DE MENÇÃO A TODOS OS DISPOSITIVOS CITADOS.

HONORÁRIOS RECURSAIS. APELO SOB A ÉGIDE DO CPC/15. EXEGESE DOS §§ 1º E 11º DO ART. 85. FIXAÇÃO EM FAVOR DO PROCURADOS DA PARTE RECORRIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, ALTERANDO-SE, DE OFÍCIO, O ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, adequando-se, de ofício, o índice de correção monetária, para o INPC e fixando-se honorários recursais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2020.

RELATÓRIO

Greyce de Oliveira Santana ajuizou “Ação de Concessão de Benefício Acidentário” contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) aduzindo, em síntese, que apresenta doença ocupacional e que “não consegue desempenhar a atividade laboral com a eficiência costumeira” (evento 1, PET 1, pg. 3). Requereu a concessão de auxílio-acidente desde o dia seguinte a cessação do auxílio-doença, anteriormente percebido. Postulou os benefícios da gratuidade da justiça, valorou a causa e juntou documentos.

Citado (evento 6), o Réu não apresentou contestação.

Designada perícia médica (evento 45), acostou-se o laudo (evento 81), sobre o qual as partes se manifestaram (Autora - evento 87; Réu - evento 89).

Sobreveio sentença (evento 91), nos seguintes termos:

[...] À vista do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial e, em consequência disso:a) DETERMINO ao INSS que conceda à parte autora auxílio-acidente acidentário a partir do dia seguinte ao do cancelamento administrativo do auxílio-doença, ocorrido em 19/07/2016.b) CONDENO o INSS a pagar integralmente à parte autora de uma só vez as parcelas vencidas, mais juros de mora e correção monetária, na forma exata estabelecida na fundamentação da sentença.c) DECLARO que o crédito reconhecido nesta lide tem natureza alimentar para todos os fins de direito (CNCJ, art. 256).d) CONDENO, ainda, o INSS ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios e periciais. Os honorários de advogado são arbitrados em 10% sobre o montante das parcelas vencidas até a prolação da sentença, excluídas as vincendas. As custas judiciais são devidas pela metade, nos termos da Lei Complementar nº 156/97 do Estado de Santa Catarina.Expeça-se alvará em favor do perito.e) Tendo em vista que o valor da condenação é de fácil identificação e não suplantará o montante previsto no art. 496, § 3º, I, do NCPC, o feito não se submete ao instituto da remessa necessária. [...]

Irresignado, o Réu interpôs apelação (evento 99). Alega que até o julgamento dos embargos de declaração opostos no Recurso Extraordinário n. 870.947/SE, deve ser utilizado como critério de correção monetária a Taxa Referencial (TR).

Sustenta ser descabida a sua condenação ao pagamento de custas processuais, ainda que pela metade. Ao final, requer a reforma parcial da sentença e, subsidiariamente, o prequestionamento dos dispositivos legais suscitados.

Com contrarrazões (evento 109), os autos ascenderam a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

1. Da admissibilidade do recurso

Inicialmente, consigna-se que a decisão recorrida foi publicada quando já em vigor o Código de Processo Civil de 2015, devendo este regramento ser utilizado para análise do recebimento da apelação.

Neste sentido, é orientação do Superior Tribunal de Justiça, através do Enunciado Administrativo n. 3:

“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.”

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

2. Do tema 862 do STJ

De outra banda, registra-se que não se desconhece que a questão do termo inicial do auxílio-acidente, sucessivo ao auxílio-doença, foi afetada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.729.555/SP e 1.786.736/SP, onde foi determinada a suspensão nacional de todos dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a “fixação do termo inicial do auxílio-acidente, decorrente da cessação do auxílio-doença, na forma dos arts. 23 e 86, § 2º, da Lei 8.213/91” (Tema n. 862).

No entanto, esta Corte tem se posicionado pela possibilidade de julgamento do feito, “em razão do caráter alimentar da verba perseguida, presumindo-se que dela necessita o segurado para viver dignamente, com a determinação, desde já, de que na fase de cumprimento de sentença seja fixado o termo inicial de acordo com o que será decidido pelo Superior Tribunal de Justiça” (Apelação Cível n. 0026847-88.2013.8.24.0018, Quarta Câmara de Direito Público, Rel. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti. Data do julgamento: 16.07.2020).

Por consequência, mantém-se o termo fixado pelo magistrado a quo (dia seguinte ao do cancelamento administrativo do auxílio-doença, ocorrido em 19/07/2016), já que não houve insurgência da Autarquia no ponto, ressaltando-se a necessidade de que, na fase de cumprimento, seja adequado conforme entendimento a ser delineado pelo STJ no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.729.555/SP e 1.786.736/SP, submetidos ao rito dos recursos repetitivos (Tema 862).

3. Do mérito

Cuida-se de apelação interposta por Instituto Nacional do Seguro Social contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na “Ação de Concessão de Benefício Acidentário”, deflagrada por Greyce de Oliveira Santana.

2.1 Da correção monetária

Alega o Apelante/Réu que até o julgamento dos embargos de declaração opostos no Recurso Extraordinário n. 870.947/SE, deve ser utilizado como critério de correção monetária, a Taxa Referencial (TR).

A pretensão não merece agasalho, todavia, o indexador deve ser alterado, de ofício.

Na sentença, a Magistrada a quo assim dispôs sobre a atualização dos valores (evento 91, SENT97, pg. 5):

[...] Desse modo, sobre o valor da condenação, devem incidir juros de mora a partir da citação pelos índices aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009. A correção monetária, contada de cada parcela, deve observar o IPCA-E, considerado mais adequado para recompor a perda de poder de compra.. [...] (g.n.)

Entretanto, a temática foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral (Tema 810), tendo aquela Corte declarado a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09, na parte em que disciplinava a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, pela TR.

Nos termos proclamados, seguiram-se as decisões pela Corte da Cidadania, segundo o Tema 905:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A CONDENAÇÃO JUDICIAL DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. TESES JURÍDICAS FIXADAS. 1. Correção monetária: 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. [...] 3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação. [...] 3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009). [...] (REsp 1.492.221/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques) (g.n.)

Assim, atendendo à orientação firmada pela Corte Superior e se tratando de questão de ordem pública, impõe-se alterar - ex officio - o critério atinente à correção monetária, para o INPC.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ação acidentária. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, para concessão do benefício de auxílio-acidente. INSURGÊNCIA DO INSS. CONECTIVOS LEGAIS. SENTENÇA QUE FIXOU O IPCA-E COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. ALMEJADA ADOÇÃO DA TR, NA FORMA DA LEI N. 11.960/09. AFASTAMENTO. ADEQUAÇÃO, DE OFÍCIO, DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA, PARA FIXAR O INPC, AO INVÉS DO IPCA-E, EM OBSERVÂNCIA À DECISÃO VINCULATIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TEMA 905). APELO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM A ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE SOBRE A CONDENAÇÃO. (TJSC - Apelação n. 0001136-98.2014.8.24.0001. Rel. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti. 4ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 27.08.2020) (g.n.)

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-ACIDENTE JULGADO PROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO DISPENSADO. ART. 496, § 3º, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IRRESIGNAÇÃO DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97, COM A REDAÇÃO DA LEI N. 11.960/09, PARA FINS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS AO TEMA 810 DO STF. AUSÊNCIA DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS. APLICAÇÃO DO INPC. ALTERAÇÃO DA SENTENÇA DE OFÍCIO. “Diante da declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 11.960/09 no tocante à TR e da rejeição dos embargos de declaração opostos ao Tema 810 do STF, afigura-se possível a adoção, desde já, do INPC para correção dos valores previdenciários, conforme estabelece o art. 41-A da Lei 8.213/91.” (AC n. 0305006-41.2016.8.24.0023, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 15-10-2019) (TJSC, Apelação Cível n. 0300146-20.2018.8.24.0025, de Gaspar, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 22-10-2019). ISENÇÃO TOTAL DE CUSTAS. PREVALÊNCIA DO DISPOSTO NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 156/97, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 729/18. SENTENÇA REFORMADA NESSE PARTICULAR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301583-81.2015.8.24.0064. Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Segunda Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 08.09.2020) (g.n.)

PREVIDENCIÁRIO. Pleito de AUXÍLIO-DOENÇA. Sentença de procedência para concessão de auxílio-acidente. Recurso de ambas AS partes.1) INTERPOSIÇÃO DE DOIS APELOS PELO RÉU. NÃO CONHECIMENTO DO SEGUNDO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE.2) MÉRITO. PERITO QUE ATESTOU INCAPACIDADE PARA O LABOR HABITUAL. POSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO. HIPÓTESE DE AUXÍLIO-DOENÇA. Benefício devido desde a cessação ATÉ QUE SE PROMOVA A Readaptação profissional, NOS TERMOS DO ART. 62 DA LEI N. 8213/1991.3) JUROS DE MORA NOS TERMOS DA LEI N. 11.960/2009 A PARTIR DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE N. 870.947/SE) E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TEMA N. 905). ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO. PROVIMENTO DO RECURSO DA AUTORA, DESPROVIDO O DO INSS. (TJSC - Apelação n. 5004889-42.2019.8.24.0020. Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. 1ª Câmara de Direito Público. Datad o julgamento: 08.09.2020)

2.2 Das custas processuais

Assevera o Apelante/Réu, ainda, ser descabida a sua condenação ao pagamento de custas processuais.

Todavia, sem razão.

É consabido que a Lei Complementar Estadual n. 729/18, em seu art. 3º deu nova redação ao § 1º do art. 33 da Lei Complementar n. 156/1997, passando a vigorar com o seguinte texto:

Art. 33 [...]§ 1º São devidos pela metade as custas e os emolumentos quando o interessado for autarquia de outro Estado da Federação e de seus Municípios, e isento quando o interessado for autarquia federal.

Ocorre que esta Corte de Justiça possui entendimento firme no sentido de que a nova redação do dispositivo legal supra, padece de inconstitucionalidade formal, porquanto “inserido por meio de emenda parlamentar violadora da pertinência temática com o projeto de lei de iniciativa privativa enviado por este Tribunal, conforme jurisprudência do STF firmada na ADI n. 4138/MT, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, julgada em 17.10.2018, bem como na ADI n. 6072/RS, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, julgada em 30.08.2019, e na ADI n. 4827/AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, julgada em 27.09.2019.” (Agravo Interno n. 0300396-18.2018.8.24.0166. Rel. Des. Ronei Danielli. Terceira Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 25.08.2020).

No mesmo sentido:

ACIDENTE DE TRABALHO (‘in itinere’). LESÃO COM TRAUMATISMO NO MEMBRO INFERIOR ESQUERDO. NEXO ETIOLÓGICO E INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE COMPROVADOS POR PERÍCIA MÉDICA. AUXÍLIO-ACIDENTE DEVIDO. PLEITO DO INSS DE ISENÇÃO TOTAL DAS CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. Comprovado que, em razão de acidente do trabalho, o segurado sofreu lesões já consolidadas que ocasionaram a redução parcial e permanente de sua capacidade laboral, devido é o auxílio-acidente. As autarquias federais, quando vencidas na Justiça Estadual, devem arcar com apenas a metade das custas processuais (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com a redação dada pela LCE 161/97). (TJSC - Apelação n. 0309681-31.2018.8.24.0038. Rel. Des. Jaime Ramos. 3ª Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 08.09.2020) (g.n.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. ENTE PREVIDENCIÁRIO QUE PRETENDE A ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, COM BASE NO ART. 3º DA LCE N. 729/2018. DISPOSITIVO QUE, SEGUNDO ORIENTAÇÃO DOMINANTE DESTA SODALÍCIO, PADECE DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, TENDO COMO COROLÁRIO A REPRISTINAÇÃO DO ART. 1º DA LCE N. 524/2010. DEVER DA AUTARQUIA FEDERAL DE SUPORTAR COM AS CUSTAS PELA METADE. PRESSUPOSTOS INDISPENSÁVEIS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO NÃO ATENDIDOS. ACLARATÓRIOS CONHECIDOS E REJEITADOS. (TJSC - Embargos de Declaração n. 0026980-33.2013.8.24.0018. Rel. Des. Odson Cardoso Filho. Quarta Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 02.07.2020) (g.n.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. INFORTUNÍSTICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. PRETENSA ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS POR PARTE DA AUTARQUIA FEDERAL. ART. 3º DA LCE N. 729/2018. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DECLARADA. CUSTAS DEVIDAS PELA METADE, COMO DISPÕE O ART. 33, § 1º, DA LCE N. 156/1997, NA REDAÇÃO DADA PELA LCE N. 524/2010. O art. 3º da LC 729/18 (que pretendia isentar o INSS de custas perante a Justiça Estadual) é inconstitucional, pois subverteu por meio de emenda parlamentar o projeto de lei encaminhado pelo Poder Judiciário em assunto de sua exclusiva iniciativa. Reconhecimento feito independentemente de encaminhamento ao Órgão Especial em face da jurisprudência consolidada. Repristinção do art. 33, § 1º da LC 156/97 (na redação dada pela LC 524/10), sendo o INSS devedor de custas pela metade. (TJSC, Des. Hélio do Valle Pereira) (TJSC - Embargos de Declaração n. 0302581-22.2017.8.24.0018. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. Primeira Câmara de Direito Público. Data do julgamento: 23.06.2020) (g.n.)

Assim, escoreita a condenação da Autarquia Federal ao pagamento de metade das custas processuais, nos termos do artigo 33, §1º, da LCE n. 156/97, com a redação dada pela LCE n. 524/2010.

2.3 Do prequestionamento

Concernente ao prequestionamento, importa anotar que o magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos suscitados ou normativos invocados, sendo que, in casu, fundamentada a decisão. Ademais, nenhum dos dispositivos teria o condão de infirmar, as conclusões adrede expostas.

3. Dos honorários recursais

Face o integral desprovimento do recurso, impositiva a fixação de honorários recursais, nos termos dos §§ 1º e 11º do art, 85 do CPC/15, majorando-se a verba inicialmente estipulada (10% sobre o valor das parcelas vencidas até a prolação da sentença), em 1% (um por cento), totalizando 11% (onze por cento).

4. Conclusão

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento, adequando-se, de ofício, o índice de correção monetária, para o INPC e fixando-se honorários recursais.

Apelação Cível n. 0326844-74.2015.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. ISS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECLAMO DA PARTE AUTORA.

SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE ÓBICE.

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a repercussão geral do debate acerca da constitucionalidade, ou não, da incidência do ISS sobre materiais empregados na construção civil e, por conseguinte, da revogação, ou não, do art. 9º, § 2º, *a*, do Decreto-Lei n. 406/1968 (Tema n. 247), não determinou a suspensão nacional dos processos e, recentemente, fixou tese sobre o assunto, razão pela qual inexistiu óbice ao julgamento do feito.

BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS EMPREGADOS NAS OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. TESE DE REPERCUSSÃO GERAL RECENTEMENTE FIXADA PELO STF (TEMA N. 247), REAFIRMANDO JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE CONSTITUCIONAL. DISTINÇÃO ENTRE OS MATERIAIS PRODUZIDOS PELO PRÓPRIO PRESTADOR E AQUELES ADQUIRIDOS DE TERCEIROS. IRRELEVÂNCIA. FIRME ORIENTAÇÃO DO STJ E DESTA SODALÍCIO. REFORMA DA SENTENÇA.

1. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, ao apreciar o tema n. 247 da repercussão geral, firmou a tese de que “o art. 9º, § 2º, do DL n. 406/1968 foi recepcionado pela ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988” (cf. Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 603.497/MG, rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 29-6-2020), ratificando a jurisprudência há muito sedimentada pela Corte quanto à possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.

2. Amparado na posição que a Corte Constitucional já tinha sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou pela irrelevância, para fins de dedução da base de cálculo do tributo, da distinção entre os materiais produzidos pelo próprio prestador do serviço e aqueles adquiridos de terceiros (cf. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 664.012/RJ, rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. 10-3-2016).

3. Outrossim, o Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte, em mais de uma oportunidade, “consolidou a jurisprudência no sentido de que a orientação do Pretório Excelso deve ser aplicada independentemente de terem sido ou não produzidos os materiais pelo próprio prestador do serviço fora do local da obra” (ACMS n. 2014.045433-0, de Porto União, rel. Des. Jaime Ramos, j. 23-4-2015)” (cf. Apelação Cível n. 0000260-43.2012.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 6-8-2019).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0326844-74.2015.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Eletrosul – Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A e Apelado Município de Florianópolis.

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

Participaram do julgamento, realizado no dia 12 de novembro de 2020, as Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras Sônia Maria Schmitz e Vera Lúcia Ferreira Copetti. Funcionou, pela Procuradoria-Geral de Justiça, a Excelentíssima Senhora Doutora Sonia Maria Demeda Groisman Piardi, tendo lavrado parecer o Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Ricardo da Silva.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Odson Cardoso Filho
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, Eletrosul Centrais Elétricas S.A. ajuizou ação anulatória de débito tributário com pedido de tutela antecipada em face do Município de Florianópolis, a fim de ver desconstituídas as Notificações ns. 17482/08/RH e 17626/09/CP, ambas referentes à diferença a menor no recolhimento de Imposto sobre Serviços (ISS).

Alegou ter sido notificada em 25-6-2008, por meio da Notificação n. 17482/08/RH, no importe de R\$ 509.800,84 (quinhentos e nove mil e oitocentos reais e oitenta e quatro centavos), referente ao contrato administrativo n. 81250130, firmado entre a demandante e as fornecedoras Prysmian Energia Cabos e Sistemas do Brasil S.A. e LIG Global Service T.I.S.T.E. Ltda., tendo como objeto a implantação da Linha de Transmissão 230 kV Florianópolis Ilha - Palhoça (cabo submarino). Em 22-4-2009, foi novamente autuada, agora por meio da Notificação n. 17626/09/CP, no valor de R\$ 133.164,75 (cento e trinta e três mil cento e sessenta e quatro reais e setenta e cinco centavos), relativa ao contrato administrativo n. 81270081, este firmado entre a autora e Santa Rita Comércio e Instalações Ltda., concernente à implantação da Subestação Desterro 230/138 kV.

Afirmou que ambas as autuações evidenciam equívoco do Fisco municipal, que considerou, para fins de incidência do tributo, tanto os preços dos serviços propriamente ditos, quanto dos materiais/equipamentos adquiridos e empregados nas obras, em contrariedade com o que preconiza o art. 7º, §§ 1º e 2º, I, da LC n. 116/2003, o art. 9º, § 2º, do Decreto-Lei n. 406/1968, o art. 252, § 4º, da LCM n. 126/2003, de Florianópolis, e a posição já assentada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário n. 603.497/MG, oportunidade em que a Corte reconheceu a possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.

Sustentou, ainda, a ocorrência de bitributação e conseqüente confisco do patrimônio, considerando que, no caso da aquisição de materiais e equipamentos, já houvera o destaque do imposto devido - ICMS.

Requeru, assim, a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, V, do CTN, e assegurar à autora a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa; pugnou, ao final, pela procedência da ação, com a anulação ou extinção das autuações fiscais em comento (fls. 1-948).

O pleito antecipatório foi indeferido (fls. 951-954).

Interposto agravo de instrumento (autos n. 2015.071156-3), o Exmo. Des. Rodolfo Tridapalli deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal “para autorizar o Agravante a obter junto ao Município de Florianópolis a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa - CPEN” (fls. 1039-1045).

Formada a relação jurídica processual, observado o contraditório e finda a instrução, o magistrado *a quo* julgou o pedido improcedente, extinguindo o processo com fulcro no art. 487, I, do CPC, e condenando a demandante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa (fls. 1064-1069).

Opostos embargos de declaração pela acionante (autos n. 0019107-59.2016.8.24.0023), o recurso foi rejeitado (fls. 1072-1073).

O agravo de instrumento foi extinto ante a perda do seu objeto (fls. 1075-1077).

Insatisfeita, a parte autora interpôs recurso de apelação com vistas à integral reforma da sentença. Repisando o teor da exordial, enfatizou que [a] os contratos objeto das autuações foram firmados sob o regime de “turn key”, caracterizando-se como pactos de fornecimento de bens e serviços com a entrega do empreendimento finalizado para entrada em operação; [b] as mercadorias produzidas pelas contratadas fora do canteiro de obras, sujeitas ao ICMS, então recolhido, não devem ser submetidas ao ISS, já que isso acarretaria inconstitucional bitributação; [c] os materiais e equipamentos adquiridos pela contratante e aplicados na construção dos empreendimentos pelas contratadas não podem ser considerados insumos da prestação do serviço da construção civil; [d] a base de cálculo do ISS dos serviços elencados nos itens 7.02 e 7.05 da lista tem como parâmetro apenas o valor da mão de obra, excluindo-se os materiais, independentemente de terem sido adquiridos de terceiros ou produzidos pelo próprio prestador do serviço fora do local da obra; e [e] a sentença emprega orientação jurisprudencial superada, segundo a qual não haveria direito contra texto expresso de lei não declarada inconstitucional (fls. 1078-1101).

Com contrarrazões (fls. 1128-1161), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

A demandante requereu a concessão de efeito suspensivo à apelação, consoante preconiza o art. 1.012, § 3º, I e § 4º, do CPC (autos n. 4016676-53.2016.8.24.0000) (fls. 1163-1172), o que foi deferido (fls. 1273-1278).

Distribuído o feito ao Exmo. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz (fls. 1338-1339), a Segunda Câmara de Direito Público suscitou conflito negativo de competência perante o Grupo de Câmaras de Direito Público (fls. 1367-1376), o qual decidiu pela procedência do conflito (autos n. 0017475-96.2018.8.24.0000), declarando a competência para julgamento do caso em testilha desta Quarta Câmara de Direito Público (fls. 1382-1388).

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e provimento do reclamo “para que a r. Sentença combatida seja totalmente reformada, e, via de consequência, julgados procedentes os pedidos formulados na inicial a fim de determinar a anulação das autuações fiscais representadas pelas Notificações Fiscais de n. 17482/08/RH e de n. 17626/09/CP” (fls. 1344-1353).

É o relatório.

VOTO

Cumpre pontuar, inicialmente, que, tendo a sentença combatida sido publicada, por força dos aclaratórios, em 13-9-2016 (fl. 7 dos autos n. 0019107-59.2016.8.24.0023 em apenso), isto é, quando já em vigência o Código de Processo Civil de 2015, o caso será analisado sob o regramento do novo Diploma, “respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada” (art. 14 do CPC).

Diante disso, o recurso apresenta-se tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido; recebo-o também em seus efeitos legais (arts. 1012, *caput*, e 1013, *caput*, do CPC).

1. Inicialmente, quanto ao pedido de sobrestamento do feito, formulado pelo Município de Florianópolis em sede de contrarrazões (fls. 1128-1161), com fulcro no art. 1037 do CPC, em razão da afetação do Recurso Extraordinário n. 603.497/MG para julgamento pela sistemática da repercussão geral (Tema n. 247) - que debate a constitucionalidade, ou não, da incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS sobre materiais empregados na construção civil e, por conseguinte, a revogação, ou não, do art. 9º, § 2º, a, do Decreto-Lei n. 406/1968 -, registro que não houve determinação de suspensão nacional dos processos, tratando-se, ademais, de matéria a respeito da qual a jurisprudência pátria há muito tem entendimento pacífico.

Imprescindível salientar também que a questão hoje não se encontra mais pendente de julgamento, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, apreciou o recurso e fixou tese de repercussão geral, ponto a que voltarei adiante.

Inexistente óbice ao julgamento do feito, passo à análise do apelo.

2. A apelante pretende a reforma da sentença, a fim de ver anuladas as Notificações ns. 17482/08/RH e 17626/09/CP, referentes a lançamento de ISS, fundadas em suposto recolhimento a menor do imposto, sob o argumento de que, em ambas, o Município de Florianópolis exige, indevidamente, o ISS sobre materiais e equipamentos empregados nas obras de construção civil, os quais não integram o preço do serviço e devem ser deduzidos da base de cálculo do tributo, até porque já foram alvo de cobrança do ICMS.

O recurso, adiante, merece provimento.

No que tange à matéria de fundo, como referi acima, não bastasse o firme entendimento dos tribunais pátrios quanto à legitimidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil e das subempreitadas, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento recente, fixou tese de repercussão geral no Tema n. 247, sedimentando que “o art. 9º, § 2º, do DL n. 406/1968 foi recepcionado pela ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988” (cf. STF, Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 603.497/MG, rela. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 29-6-2020).

Saliento que essa já era a posição adotada pelo Excelso Pretório desde o reconhecimento da repercussão geral, conforme referido na ementa do respectivo acórdão, de relatoria da então Ministra Ellen Gracie:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS GASTOS COM MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, b, DO DECRETO-LEI 406/1968 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (Repercussão geral em Recurso Extraordinário n. 603.497/MG, rela. Min. Ellen Gracie, j. 4-2-2010)

Da íntegra, extrai-se:

[...] verifico que a matéria já se encontra pacificada no âmbito desta Corte, no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. Cito os seguintes julgados: RE 262.598, red. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 27.09.2007; RE 362.666-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 27.03.2008; RE 239.360-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 31.07.2008; RE 438.166-AgR, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 28.04.2006; AI 619.095-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 17.08.2007; RE 214.414-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 29.11.2002; AI 675.163, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 06.09.2007; RE 575.684, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 15.09.2009; AI 720.338, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 25.02.2009; RE 602.618, rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.09.2009.

Desse modo, entendo que, com o reconhecimento da existência de repercussão geral e **havendo entendimento consolidado da matéria**, os Tribunais de origem e as Turmas Recursais podem, desde logo, com fundamento no § 3º, do citado art. 543-B, aplicar a orientação firmada por este Supremo Tribunal Federal.

Assim, nos termos do art. 325, *caput*, do RISTF, o relator poderá julgar o recurso extraordinário monocraticamente. (destaquei)

E já se mostrava tão pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de dedução dos valores dos materiais empregados nas obras de construção civil da base de cálculo do ISS que o Plenário da Corte, apesar de reconhecer a repercussão geral, não determinou a suspensão de processos que tratassem de idêntica questão de direito e, inclusive, disse expressamente da possibilidade de julgamento monocrático do recurso extraordinário, decisão na qual a Ministra Relatora ratificou o posicionamento já firmado pelo Tribunal em inúmeros julgados, a evidenciar a predominância do pensamento (cf. Recurso Extraordinário n. 603.497/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18-8-2010; decisão monocrática).

De se notar que, a partir disso, tal posição passou a ser também adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DO VALOR DESPENDIDO COM SUBEMPREGADAS. POSSIBILIDADE. QUESTÃO SUBMETIDA

A JULGAMENTO PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Na forma da jurisprudência desta Corte, “o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 603.497/MG, sob a sistemática do art. 543-B do CPC, firmou posicionamento de que, mesmo após a entrada em vigor da Lei Complementar 116/2003, é legítima a dedução da base de cálculo do ISS do material empregado na construção civil, e, no julgamento do RE 599.582/RJ, reconheceu que essa orientação também é aplicável aos materiais utilizados nas subempreitadas” (STJ, REsp 1.678.847/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 09/10/2017). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.425.580/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 20/03/2017.

2. Agravo interno não provido. (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.273.312/ES, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 20-9-2018; negritei)

Importante registrar que o STJ também já se posicionou, expressamente, quanto à irrelevância, para fins de dedução da base de cálculo, da distinção entre os materiais produzidos pelo próprio prestador do serviço e aqueles adquiridos de terceiros, cerne da controvérsia no presente feito:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. DESINFLUÊNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE MATERIAIS FORNECIDOS PELO PRÓPRIO PRESTADOR DO SERVIÇO E MATERIAIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. **A dedução do valor dos materiais, utilizados na construção civil, da base de cálculo do ISSQN, conforme previsão do Decreto-lei 406/68 e da Lei Complementar 116/2003, abrange tanto os materiais fornecidos pelo próprio prestador do serviço, como aqueles adquiridos de terceiros. O que importa, segundo o entendimento pretoriano atual, é que os materiais sejam empregados na construção civil.**

II. Na forma da jurisprudência, “Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços, incluído o serviço de concretagem. Agravo regimental desprovido” (AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/04/2014). Precedentes: AgRg no REsp 1.370.927/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/09/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.189.255/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 05/11/2013; AgRg no REsp 1.360.375/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/09/2013” (STJ, AgRg no AREsp 520.626/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/08/2014).

III. Agravo Regimental improvido. (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 664.012/RJ, rela. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. 10-3-2016; grifei)

Outrossim, no âmbito deste Tribunal de Justiça, o Grupo de Câmaras de Direito Público, em mais de uma oportunidade, debateu a respeito da interpretação a ser conferida ao art. 9º, § 2º, do Decreto-Lei n. 406/1968 e dos itens 32 e 34 da respectiva lista de serviços (LC n. 56/1987), bem como ao art. 7º, § 2º, da Lei Complementar n. 116/2003 e dos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços

anexa, firmando seu entendimento quanto à exclusão da base de cálculo do tributo dos valores dos materiais empregados nas obras de construção civil independentemente de sua origem (cf. Embargos Infringentes n. 2013.001066-1, de Itapiranga, rel. Des. João Henrique Blasi, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 8-5-2013 e Reexame Necessário n. 2012.029539-0, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 12-6-2013).

Sob tal viés, colhe-se da jurisprudência recente deste Sodalício:

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS VALORES DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DECLARATÓRIO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO À REPETIÇÃO DE QUANTIAS. ESTIPÊNDIOS ARBITRADOS EM QUANTIA RAZOÁVEL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

“O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 603.497/MG, com repercussão geral, reiterou seu entendimento no sentido de que é possível deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais utilizados na prestação de serviço de construção civil. [...] (STJ, AgRg no Ag 1.422.997/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 25.10.2011)” (RN n. 2012.029539-0, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 12-6-2013).

“[...] ao julgar o incidente de composição de divergência no Reexame Necessário n. 2012.029539-0, o Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal, por decisão vinculante para os demais Órgãos, consolidou a jurisprudência no sentido de que a orientação do Pretório Excelso deve ser aplicada independentemente de terem sido ou não produzidos os materiais pelo próprio prestador do serviço fora do local da obra. Sob essa orientação, destarte, por força da vinculação [...] opera-se a dedução, na base de cálculo do ISS, do valor dos materiais empregados na obra independentemente de terem sido adquiridos de terceiros ou produzidos pelo próprio prestador do serviço fora do local da obra” (ACMS n. 2014.045433-0, de Porto União, rel. Des. Jaime Ramos, j. 23-4-2015). (TJSC, Apelação Cível n. 0000260-43.2012.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 6-8-2019; destaquei)

E mais:

TRIBUTÁRIO. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO VALOR DOS MATERIAIS EMPREGADOS NOS SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL E DE CONCRETAGEM. POSSIBILIDADE.

Ao reconhecer a repercussão geral do tema alusivo à exclusão dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do ISS, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de os Tribunais Estaduais julgarem as demandas que o envolvem, porquanto pacíficos os seus precedentes em tal sentido. (TJSC, Apelação Cível n. 0014080-74.2013.8.24.0064, de São José, rela. Desa. Sônia Maria Schmitz, Quarta Câmara de Direito Público, j. 18-7-2019)

Por fim:

TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPORTE RELATIVO AOS MATERIAIS UTILIZADOS, INDEPENDENTEMENTE DA ORIGEM. ENTENDIMENTO ASSENTADO PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE N. 603.497/MG). REPETIÇÃO. FALTA DE PROVAS. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0806829-69.2013.8.24.0064, de São José, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 2-7-2019)

Evidente, nesse contexto, o equívoco da sentença ao concluir que, na hipótese, “os materiais, adquiridos de terceiros, portanto, são insumos que utilizaram em sua atividade, e assim compõem o custo do serviço prestado, pois dele não podem ser dissociados” e, ainda, que “não tendo sido os insumos empregados produzidos pelo prestador, fora do local da prestação de serviços - hipótese em que o próprio fisco municipal admite a dedução, como afirma o próprio autor (fls. 08) -, a base de cálculo do tributo deve equivaler ao preço cobrado pelo serviço, sem quaisquer abatimentos” (fls. 1064-1069).

Como visto, os tribunais pátrios e, especialmente, esta Corte de Justiça, amparam a exclusão dos materiais utilizados nas obras de construção civil sem distinção de origem entre aqueles produzidos pelo próprio prestador do serviço fora do local da obra e os adquiridos de terceiros, prosperando, portanto, a argumentação da apelante.

Delineado esse aspecto, verifico que, no caso, Eletrosul Centrais Elétricas S.A., na qualidade de responsável por substituição tributária, foi autuada, por duas vezes, em razão do alegado recolhimento a menor do ISS, com fulcro no item 7.02 do art. 247 e art. 269, II, letras *a* e *b*, ambos da Lei Complementar Municipal n. 126/2003, de Florianópolis.

No tocante à Notificação n. 17482/08/RH (fls. 39-40), referente ao contrato n. 81250130, observo que este foi firmado entre a ora apelante e o consórcio formado pelas empresas Prysmian Energia Cabos e Sistemas do Brasil S.A. e LIG Global Service Tecnologia em Implantação de Sistemas, Telecomunicações e Energia Ltda. (fls. 178-712), tendo como objeto “o fornecimento de todos os BENS e SERVIÇOS necessários à execução do EMPREENDIMENTO de implantação da travessia marítima da Linha de Transmissão em 230 kV Florianópolis Ilha - Palhoça, em regime de empreitada integral [...]” (fl. 184).

Em suas disposições subsequentes, o pacto ainda esclarece que, além de atividades que configuram efetivamente serviços, a execução do empreendimento consiste de “fornecimento dos cabos de potência extrudados XLPE, cabo subaquático de fibra óptica, estruturas de transição, muflas, pára-raios, ferragens e acessórios” e “fornecimento de todos os equipamentos, ferramentas e materiais necessários à instalação dos cabos subaquáticos e das estruturas de transição” (fl. 186), a corroborar a aquisição, pela Eletrosul, de materiais e equipamentos a serem empregados na obra, além da prestação, pelas contratadas, do serviço propriamente dito.

Nesse sentido, são especialmente relevantes as notas fiscais acostadas às fls. 111-113, emitidas pela LIG Global Service, assim como as notas fiscais de fls. 114-119, emitidas pela Prysmian. Dentre outros aspectos, vejo que tal documentação indica, como natureza da operação, a venda de mercadorias (CFOP 6120 - venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, entregue ao destinatário pelo vendedor remetente; CFOP 6118 - venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário; CFOP 6101 - venda de produção do estabelecimento), colhendo-se da descrição dos produtos, itens como “para-raios”, “fornecimento de torres de transição” e “ferragens para fixação de cabos”, sempre com referência ao contrato n. 81250130 e apontando para o recolhimento do ICMS.

Por seu turno, quanto à Notificação n. 17626/09/CP (fl. 714), esta diz respeito ao contrato n. 81270081, firmado entre a Eletrosul e Santa Rita Comércio e Instalações Ltda. (fls. 768-947), concernente ao “FORNECIMENTO de BENS e a realização de todos os SERVIÇOS necessários à perfeita e completa Execução do Empreendimento de Implantação da SE Desterro 230/138kV, 150MVA, em arranjo barra dupla quatro chaves [...]” (fl. 774).

Destaco que, de acordo com a cláusula 4.2. da parte IV do referido ajuste, “é de responsabilidade da CONTRATADA a realização de todos os SERVIÇOS e o fornecimento de BENS constantes do objeto do CONTRATO, devendo, para tanto, fornecer toda a mão-de-obra, materiais, instalações, ferramentas, acessórios e materiais de consumo, equipamentos de montagem, administração, controle de qualidade e segurança e medicina do trabalho e tudo o mais que for necessário à perfeita realização do objeto do CONTRATO [...]” (fls. 883-884); especialmente quanto ao fornecimento de bens, o contrato especifica aqueles de responsabilidade da Eletrosul, ao passo que a contratada assume a responsabilidade pelo fornecimento de todos os equipamentos e materiais não listados (fl. 885).

Sob esse viés, as notas fiscais emitidas pela Santa Rita (fls. 758-767) igualmente indicam como operação a “venda de mercadorias” (CFOP 5102 - venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) e trazem, na descrição dos produtos, dentro outros, “materiais rede distribuição 13.8kV”, “cadeias de isoladores 230kV”, “eletrodutos, suportes e acessórios”, “cabos e conectores cobre/hastes malha aterramento” e “materiais eletromecânicos”, sempre com referência ao contrato n. 81270081 e apontando para o recolhimento de ICMS.

Aqui, oportuno referir o teor da nota técnica e laudo pericial contábil de fls. 964-1015 - que, apesar de produzido pela própria demandante, não foi alvo de impugnação específica pela municipalidade - cujas tabelas de fls. 993-994, em cotejo com as notificações fiscais ora impugnadas, demonstram, de forma clara, o ISS indevidamente exigido da Eletrosul, haja vista o emprego, como base de cálculo do tributo, do valor total das notas fiscais acima descritas (no caso da Notificação n. 17482/08/RH, o valor total das notas é reduzido à metade, considerando que a obra se trata de linha de transmissão entre os municípios de Palhoça e Florianópolis), derruindo quaisquer dúvidas acerca do direito alegado pela recorrente.

E nesse norte, colhe-se do parecer do Exmo. Procurador de Justiça:

[...] ao minucioso exame de parte das notas fiscais de venda de mercadorias de fls. 107 e 108 (fl. 994), ora elencadas como representativas para análise da controvérsia em debate e referentes ao contrato supramencionado [Contrato n. 81270081], é possível verificar expresso registro de produtos a ser especialmente destinados ao Contrato “81270081”, fato que, por si só, é apto a demonstrar a utilização do material na obra e, bem assim, possibilitar, em momento processual próprio, a quantificação do montante a ser deduzido da base de cálculo do ISS.

O mesmo se pode afirmar em relação à fiscalização das notas fiscais desdobradas na Notificação nº 17482/08 (fl. 993), lançada pelo Município apelado, referente ao Contrato n. 81250130, porquanto se constata que aquelas juntadas e relacionadas a esse contrato descreve produtos a serem especialmente destinados ao indicado negócio jurídico, sendo parte, ainda, produzidos por empresa integrante do consórcio contratado, qual seja, Prysmian Energia Cabos e Sistemas do Brasil S.A. - CFOP 6101: Venda de produção do estabelecimento.

Assim sendo, da simples análise do conjunto probatório produzido, em especial dos documentos fls. 39, 41, 74, 107/108, 111/119, 714 e 993/994, é possível verificar que o ISS teve como base de cálculo o valor total da nota fiscal. Conquanto ausente especificação pormenorizada dos materiais e da sua quantidade, respectivas notas fiscais de venda indicam a destinação dos produtos para os respectivos contratos, fato que, por si só, é apto a demonstrar a utilização do material na obra e, bem assim, possibilitar a quantificação do montante a ser deduzido da base de cálculo do ISS. (fls. 1351-1352; grifei)

Logo, a reforma da sentença, a fim de desconstituir as Notificações ns. 17482/08/RH e 17626/09/CP, é medida que se impõe.

3. Cumpre, por conseguinte, promover o redimensionamento dos ônus sucumbenciais.

Cediço que o ente público é isento do recolhimento da Taxa de Serviços Judiciais, conforme previsão do art. 7º, I, da Lei Estadual n. 17.654/2018, assim como está dispensado do ressarcimento das despesas processuais, nos termos do art. 6º, *caput*, da Resolução n. 3/2019, do Conselho da Magistratura deste Tribunal de Justiça.

Por seu turno, quanto aos honorários advocatícios, tem-se:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

[...]

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

[...]

E, ainda, “não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito

econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa” (art. 85, § 4º, III, CPC).

No caso, embora inegável a importância da causa e sua relativa complexidade, haja vista as peculiaridades das obras objeto dos contratos administrativos e, por conseguinte, o volume significativo de documentos, constato que o deslinde do feito não exigiu a formulação de tese inovadora, pois, mesmo antes da fixação de tese de repercussão geral pelo STF, a jurisprudência nacional já se mostrava firme quanto à possibilidade de dedução dos materiais da base de cálculo do ISS incidente sobre as obras de construção civil. O feito, ademais, em que pese aguarde julgamento nesta instância há aproximadamente três anos, tramitou de forma célere na origem, não tendo exigido a produção de prova além da documental.

Uma vez que foi atribuído à causa, ao tempo do ajuizamento, o valor de R\$ 642.965,59 (seiscentos e quarenta e dois mil novecentos e sessenta e cinco reais e cinquenta e nove centavos) (fl. 20) e considerando os critérios § 2º já delineados, arbitro os honorários advocatícios em 8 % (oito por cento) sobre o valor atualizado da causa, que, sem consistir quantia exorbitante, remunera dignamente o causídico que bem desempenhou seu mister.

Por fim, deixo de fixar os honorários previstos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, pois tendo sido provido o apelo do acionante, ausente um dos requisitos ao arbitramento da verba recursal, como há muito orienta o Superior Tribunal de Justiça (cf. Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.573.573/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 4-4-2017).

4. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Apelação Cível n. 0300168-21.2017.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargadora Vera Copetti

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SANTA CATARINA (FATMA). EXONERAÇÃO A PEDIDO. REQUERIMENTO DE REINTEGRAÇÃO POSTERIOR, ALEGANDO VÍCIO DE CONSENTIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO. ARREPENDIMENTO QUE NÃO É CAUSA LEGAL PARA REINTEGRAÇÃO, NOS TERMOS DO ESTATUTO DE SERVIDORES ESTADUAIS. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COAÇÃO E HUMILHAÇÃO SOFRIDAS EM REUNIÃO COM O PRESIDENTE DA ENTIDADE. INSUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO TRAZIDOS AOS AUTOS. DEVER DE INDENIZAR NÃO COMPROVADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECISÃO PROLATADA NA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS RECURSAIS FIXADOS DE OFÍCIO. EXEGESE DO ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300168-21.2017.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Ricardo Vieira Dalben e Apelada Fundação do Meio Ambiente (FATMA).

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desembargadora Sônia Maria Schmitz e dele participaram a Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, a Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura e o Desembargador Odson Cardoso Filho.

Funcionou como Representante do Ministério Público na sessão o Exmo. Sr. Dr. Alexandre Herculano Abreu.

Florianópolis, 15 de outubro de 2020.

Desa. Vera Copetti

Relatora

RELATÓRIO

Ricardo Vieira Dalbem ajuizou “*ação de indenização por danos morais cumulada com reintegração em cargo público*”, que tramitou na 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, em face da Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA), visando anular o ato pelo qual foi exonerado, a pedido, da referida entidade, além de pleitear o pagamento de indenização pelos danos morais que alega ter sofrido.

O autor sustenta (pp. 01-23), em resumo, que ingressou no quadro de pessoal da Fundação ré em junho de 2016, no cargo de Analista Técnico em Gestão Ambiental, com lotação no setor de Gerência de Licenciamento Agrícola e Florestal de Florianópolis. Em sua jornada de 7 (sete) horas diárias (das 12h às 19h), refere que gozava de 30 (trinta) minutos de descanso, normalmente, na cobertura da Fundação requerida, em uma cadeira reclinável que comprara para tal fim. Alega que estava matriculado em curso de francês intensivo no período da noite, de modo que necessitava desse descanso diário para melhor rendimento profissional.

Relata, ainda, que, em razão desse hábito, o Presidente da Fundação convocou uma reunião para tratar do assunto, oportunidade na qual o autor foi ameaçado, humilhado e agredido verbalmente, conduta que lhe causou graves danos psíquicos e “efeitos traumáticos e dramáticos”, levando-o a se submeter a tratamento psicológico semanal, pois foi diagnosticado com “estresse grave e transtornos de adaptação”. Diante desse quadro, e de outras ameaças, pediu exoneração do cargo no mês de agosto de 2016, sendo atendido e dando ensejo à publicação da Portaria n. 629/2016. Sustenta, contudo, que, naquele momento, em razão do transtorno que o acometia, não estava plenamente capaz para os atos da vida civil, de modo que o pedido de exoneração deve ser anulado por vício de vontade.

Postula, então, o reconhecimento da responsabilidade objetiva da Fundação requerida para o pagamento de indenização pelos danos morais sofridos e, também, sua reintegração ao cargo em razão do vício de consentimento, eis que o pedido de exoneração foi realizado sem manifestação livre e consciente de sua vontade. Liminarmente, pleiteou a reintegração imediata ao cargo.

O exame do pedido liminar foi postergado pelo juízo de origem (p. 115).

Em contestação (pp. 121-128), a Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) afirma que, no curto período de dois meses em que o autor permaneceu na entidade, não exerceu suas funções na forma esperada pelo Poder Público, o que culminou com a abertura de processo administrativo disciplinar (PAD) para apurar possível desídia. Aponta que, por diversas vezes, a chefe hierárquica do demandante alertou-o acerca de seus atrasos e faltas ao trabalho. Após o primeiro mês de serviço à instituição, a mesma chefe hierárquica encaminhou comunicação interna para a Diretora de Licenciamento informando o comportamento desidioso do servidor. Já o Presidente da Fundação convocou reunião com o demandante e pediu-lhe que refletisse sobre suas atitudes, pois elas não coincidiam com o que se espera de um servidor da instituição. Em relação ao pedido de indenização, alega que não houve demonstração do ato ilícito e do dano causado; quanto à possibilidade de reintegração, defende que o pedido de demissão foi feito de livre e espontânea vontade, inexistindo qualquer vício que macule o ato administrativo de exoneração. Pugnou pela improcedência dos pedidos.

Houve réplica (pp. 173-184).

Pela sentença, de pp. 185-189, o magistrado julgou improcedentes os pedidos do autor, estando o dispositivo assim redigido:

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos iniciais, declarando resolvido o mérito do processo, o que faço com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios em favor do réu, os quais fixo 10% sobre o valor da causa, na forma do art. 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil, observado o art. 98, § 3º, se beneficiária da gratuidade da justiça.

Dispensado o reexame necessário (Código de Processo Civil, art. 496).

Irresignado, o autor apelou (pp. 192-211), reforçando os argumentos lançados na peça inicial. Refere, ainda, que a sentença baseou-se nas informações trazidas no processo administrativo disciplinar que sequer foi instaurado e que, portanto, não pode servir como fonte de prova, pois viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A parte apelada apresentou contrarrazões às pp. 214-220.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Murilo Casemiro Mattos, que entendeu não ser hipótese a justificar intervenção ministerial (pp. 224-225).

Este é o relatório.

VOTO

Cuido de apelação cível, interposta por ex-servidor público estadual, inconformado com a sentença que julgou improcedentes os pedidos por ele formulados em ação ordinária, visando a anular ato administrativo que o exonerou, a pedido, do quadro de pessoal da Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA), além postular indenização por danos morais.

Quanto ao juízo de admissibilidade, verifico que a pretensão recursal preenche os pressupostos processuais intrínsecos e extrínsecos, razão pela qual deve ser conhecida.

No que toca ao mérito da demanda, importante destacar que, a par da discussão acerca do comportamento desidioso do demandante, a pretensão autoral se fundamenta em dois pontos que independem desse exame; quais sejam: (i) responsabilidade civil da Administração Pública, por suposto ato que atingiu a moral do servidor, e (ii) pedido de reintegração ao cargo público em razão de possível mácula de consentimento do autor quando do protocolo do pedido.

É sobre esses dois pontos que a demanda deve ser analisada, verificando-se se há, nos autos, elementos de prova a dar sustento aos pedidos da parte autora.

Em relação ao segundo ponto, embora o pedido de exoneração por iniciativa do apelante seja incontroverso nos autos (conforme Portaria n. 629, de 23/08/2016 – p. 105), defende ele que houve vício de consentimento no momento da postulação, eis que estaria acometido de “*estresse grave e transtornos de adaptação*”.

A troca de *e-mails*, de p. 104, demonstra que o recorrente buscou, junto ao órgão responsável

da entidade ré informações para formalizar o pedido de exoneração, pois não teria conseguido “*se adaptar ao trabalho e aos horários da FATMA*”. Posteriormente, de próprio punho, requereu sua exoneração, documento com firma reconhecida e autenticada pelo Tabelionato de Cambará do Sul/RS (p. 161).

De outra banda, os únicos documentos trazidos aos autos que se prestam a eventual comprovação do vício de consentimento para prática do ato são (i) o atestado de comparecimento médico, de p. 102, e (ii) a recomendação de um psiquiatra para que o autor realizasse tratamento psicológico por apresentar “*transtorno de adaptação*” (CID F43.2).

Tais elementos se mostram insuficientes para comprovar o vício arguido, já que não se em constituem laudos decorrentes de exames realizados sob o crivo do contraditório, única forma de demonstrar cabalmente a incapacidade para prática de atos da vida civil naquele momento. Ao contrário, foi trazida aos autos apenas uma recomendação médica para acompanhamento psicológico em razão do aludido transtorno, tornando a alegação de incapacidade precária e restando caracterizado simplesmente o arrependimento posterior do autor.

Registre-se, em acréscimo, que tal motivação não se insere nas hipóteses legais de reintegração de servidor em cargo público, nos termos do Estatuto de Servidores do Estado de Santa Catarina (Lei estadual n. 6.745/85).

Assim, não tendo comprovado estado psíquico que tenha influenciado negativamente sua consciência para tomada de decisão acerca de sua permanência no cargo (ônus que lhe incumbia, conforme estipula o art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil) e, tampouco, inexistindo hipótese legal que permita a reintegração em caso de arrependimento posterior do servidor exonerado a pedido, a improcedência da ação é medida que se impõe, tal como já decidido pelo juízo de primeiro grau.

Já em relação ao pedido de indenização por danos morais, entendo, igualmente, que as informações constantes dos autos são insuficientes para a comprovação do suposto ato ilícito praticado pela Administração Pública. A coação e humilhação alegadas são de difícil constatação, pois vêm embasadas apenas no ocorrido em reunião do recorrente com o Presidente da FATMA e em possível perseguição posterior para forçar sua exoneração.

De fato, denota-se dos autos que houve uma discussão entre o apelante e o Presidente da FATMA, descrita na peça inicial e admitida pela própria requerida em contestação. Contudo, não há como infirmar, a partir desse contexto, que o autor foi ameaçado e constrangido para deixar o cargo que exercia ou que tenha sido alvo de situação vexatória.

Na gravação invocada pela parte autora, o Presidente do órgão foi enfático ao pedir que o demandante repensasse suas atitudes para que pudesse prosseguir na instituição com um comportamento mais adequado ao serviço público. Na conversa, foi ventilado, por exemplo, que o autor estaria “*dormindo*” na FATMA em horário de expediente (17h37min), o que, por óbvio, não se trata de conduta compatível com o exercício de cargo público. Sobre o fato, o apelante apenas referiu que se tratava de seu período de intervalo.

Como bem destacado pelo juízo singular, o autor estava submetido, enquanto servidor público, ao poder hierárquico do Presidente, o qual lhe aplicou uma repreensão verbal pelo seu comportamento. A conversa entre eles, nada obstante o tom áspero, não teve caráter ameaçador, e sim objetivou destacar que aquelas atitudes confrontariam os preceitos do serviço público.

Da mesma forma, a Fundação ré afirma que o descontentamento dos chefes hierárquicos do recorrente com sua postura (desidiosa ou não) era latente, tanto que no curto período no qual exerceu suas funções perante a instituição estadual (menos de dois meses), o autor recebeu repreensões verbais por seu comportamento e estava prestes a responder a processo administrativo disciplinar para apuração de desídia. A respeito desse comportamento, salienta-se que o próprio apelante admite que usava o tempo de intervalo intrajornada para descansar em sua cadeira de praia no ático da entidade e que, de fato, deixou de cumprir com sua jornada de trabalho em diversas ocasiões (admite ao menos 6 (seis) faltas injustificadas e aponta outras 10 (dez) devidamente justificadas – p. 177).

Considerando o número relevante de condutas irregulares em pouco tempo de serviço, a Administração Pública entendeu que tal postura do apelante não estava de acordo com os princípios da instituição, valendo-se dos instrumentos legais (reuniões/conversas e repreensões verbais) para tentar alertar e conscientizar o autor a respeito de suas ações. Sendo insuficientes tais meios, determinou-se a abertura de processo administrativo disciplinar para apurar possível desídia.

Diante desse quadro, não se constata perseguição ou coação moral sobre o recorrente, senão a utilização de instrumentos legais para tentar adequar o perfil do autor aos deveres e responsabilidades exigidos dos servidores públicos estaduais, os quais estão previstos no Título V do Estatuto da categoria (Lei estadual n. 6.745/85).

Assim, amparado o pedido de indenização por danos morais apenas na reunião do servidor com o Presidente da FATMA, conclui-se pela inexistência de ato ilícito atribuível ao Poder Público, não havendo se falar em responsabilidade civil da Administração Pública (seja da espécie objetiva ou subjetiva). Logo, o recurso deve ser desprovido.

Finalmente, por ter sido a sentença proferida sob a égide do novo ordenamento processual civil (foi publicada em 13/07/2017 – p. 191), impositivo o arbitramento dos honorários recursais.

Sobre o tema, o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil (CPC) dispõe o seguinte:

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.

Dentro desse contexto, o apelante deverá arcar com o pagamento dos honorários sucumbenciais recursais, que são arbitrados em 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa, alcançando o importe de 12% (doze por cento), somando-se as condenações, em atenção ao comando dos § 3º, inciso I, c/c § 11, ambos do artigo 85, do CPC.

Custas que também deverão ser arcadas pelo recorrente.

Suspensa, entretanto, a exigibilidade das verbas sucumbenciais por ser o vencido beneficiário da justiça gratuita (p. 115), nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 98, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 090078-85.2015.8.24.0070, de Taió

Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – REMOÇÃO DE SERVIDOR – DESVIO DE FUNÇÃO – TÉCNICO EM CONTABILIDADE QUE PASSOU A REALIZAR ATIVIDADES ESTRANHAS ÀS ATRIBUIÇÕES DE SEU CARGO EFETIVO – ADVERSÁRIO DO RÉU ALÇADO AO POSTO DE PREFEITO NAS DUAS ÚLTIMAS ELEIÇÕES – SUPOSTA PERSEGUIÇÃO PROMOVIDA PELO ALCAIDE – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS DE PROVA – MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA – DOLO NÃO DEMONSTRADO – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Ao Ministério Público é dado questionar atos específicos do Poder Público que ofendam a legalidade em sentido amplo – na hipótese, pretensão desvio de finalidade –, porquanto atua na curadoria da moralidade administrativa.

É possível que a ação viciada também atinja a esfera jurídica individual do servidor, facultando-lhe, então, a defesa de seus interesses pelos mecanismos próprios. Essa atuação paralela, todavia, não suprime o poder de agir do *Parquet*, a qual ostenta mesmo vocação distinta: a defesa da ordem jurídica e do interesse e patrimônio públicos igualmente atingidos na ocasião.

Se esse protesto pela ilegitimidade do ato administrativo aproveitar o agente público, é oportuna contingência; o que não poderia ficar prejudicada é a defesa das coisas públicas, incapacitada por hipotética inércia do particular.

2. No Município de Saete, servidor ocupante do cargo de técnico em contabilidade foi removido para atuar em repartição na qual exercia atividades que se distanciavam por completo das atribuições do posto efetivo que exercia.

Existe a perspectiva, e a própria norma local admite, de remoção de ofício no interesse da Administração, mas “*no âmbito do mesmo quadro*”, como disposto na legislação municipal. Aqui, é possível constatar a existência de efetivo desvio de função na movimentação do agente, como ressaltado pelo Ministério Público, comprometendo a viabilidade do ato impugnado.

3. A improbidade administrativa tem definição legal muito ampla. Está associada intuitivamente a atos de repugnante desonestidade, que impliquem enriquecimento ilícito de agente público ou mesmo de terceiro (art. 9º da Lei 8.429/92), mas também se estende às hipóteses de “apenas” prejuízo à Administração (art. 10). Do mesmo modo, só que mediante menor penalização, até ofensas a valores jurídicos, ainda que sem potencial econômico, merecem o enquadramento áspero na Lei de Improbidade (art. 11).

Como contraponto, exige-se a conduta conscientemente voltada para a ilicitude, ou ao menos um comportamento culposo (na hipótese do art. 10).

Deve-se fugir da tentação de vincular a improbidade a um estereótipo do administrador atavicamente desonesto, tal como um chefe de quadrilha profissionalmente voltado à delinquência. Mesmo fatos que possam ter menor reprovabilidade podem caracterizar a ilicitude da Lei 8.429/92, desde que seja viável realizar a associação com as condutas típicas e elas estejam animadas a um propósito deliberadamente atrelado à ofensa ao menos aos princípios da boa administração (art. 11).

Na hipótese concreta, é imputado ao réu a prática de ato ímprobo por remover seu antigo adversário nas eleições ao cargo de Prefeito. As evidências a respeito do verdadeiro intento de prejudicar inimigo político

são escassas. Malgrado se reconheça a existência de desvio de função experimentado pelo removido, trata-se de irregularidade administrativa insuficiente para caracterizar o dolo na prática da ação desonesta.

4. Recursos desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 090078-85.2015.8.24.0070, da comarca de Taió – Vara Única em que são Apelante e Apelados o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Juares de Andrade.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos, negando-lhes provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Denise de Souza Luiz Francoski e Artur Jenichen Filho.

Florianópolis, 9 de outubro de 2020.

Desembargador Hélio do Valle Pereira
Presidente e relator

RELATÓRIO

O Ministério Público ajuizou ação de improbidade administrativa em relação a Juares de Andrade, imputando-lhe a prática de ato ímprobo sob estes fatos:

Tramitou nesta Promotoria de Justiça da Comarca de Taió o Inquérito Civil Público n. 06.2014.00011525-5, iniciado por denúncia de servidor público efetivo do município de Salete (fls. 6-13) dando conta da ocorrência de ilícitos penais e desvio de função ilegal, ao qual submetido por ato do Prefeito Municipal de Salete, Juares de Andrade, ora requerido.

Instruída a apuração dos fatos com informações e documentos encaminhados pela Prefeitura Municipal de Salete/SC, verificou-se que o servidor municipal Janir Brandt, nomeado no ano de 1995 para exercer o cargo efetivo de Técnico em Contabilidade (fl. 25) teve sua função desviada ilegal e propositalmente pelo alcaide Juares de Andrade, que encaminhou-o à Casa da Cidadania para responsabilizá-lo pela organização e atendimento do órgão público (fl. 45) quando, na verdade, pretendia unicamente afastá-lo do setor contábil e mantê-lo inerte.

Consoante se infere da Lei Complementar Municipal n. 15/2001 (Anexo VIII, fl. 77), as funções atinentes ao cargo de Técnico em Contabilidade são: *“serviços referentes à Contabilidade Financeira e Patrimonial, compreendendo a elaboração de balancetes, balanços, registros e demonstrações contábeis, atividades estas em nada relacionadas aos serviços prestados pela Casa da Cidadania, cujo objetivo principal é possibilitar a conciliação e mediação, na tentativa de resolver conflitos pelo diálogo direto, buscando implementar o acesso à Justiça, evitando o processo judicial”*.

Em declarações prestadas ao Ministério Público (fl. 64), Janir Brandt disse que foi candidato à eleição para o cargo de Prefeito nas eleições de 2008 e 2012, perdendo ambas para o atual prefeito, ora requerido, Juares de Andrade, e que logo no início do segundo mandato de Juares, em 2013, foi designado para exercer funções de organização e atendimento na Casa da Cidadania, mas que para isso uma funcionária que lá já trabalhava teve que ser alocada para outro setor.

Acrescentou Janir que na Casa da Cidadania não haviam serviços relacionados às funções exercidas no cargo efetivo de Técnico em Contabilidade, bem como que permanecia grande parte do tempo sem fazer nada, pois a funcionária Fabíola desempenha todas as funções necessárias ao atendimento e organização do órgão, como conciliações, registros de RG, carteira de trabalho e secretaria da junta de serviço militar.

Destacou, ainda, que o local de trabalho era inapropriado, tratando-se de subsolo de prédio no centro da cidade, com falta de luminosidade, inexistência de janelas, forte cheiro de mofo, deficiência da luminosidade artificial, das instalações elétricas e dificuldades de acesso ao público.

Por fim, esclareceu o servidor que permaneceu nesta condição desde fevereiro de 2013 até maio de 2015, quando solicitou licença para ser cedido ao Governo do Estado pois convidado para ocupar um cargo na Secretaria de Estado de Administração.

Requisitado por este órgão ministerial para apresentar esclarecimentos acerca da representação efetuada pelo servidor municipal (fl. 19), silenciou completamente o requerido Juares de Andrade, limitando-se a encaminhar os documentos solicitados (fls. 21-45).

Além disso, observa-se que o alcaide requerido, quando compelido pelo servidor a externar as razões que fundamentaram o desvio de função, afirmou que o município não dispunha de outro servidor disponível, quando na verdade removeu a servidora Auxiliar Administrativa Julia Schweder Pivatto da Casa da Cidadania para, intencionalmente, lá depositar seu adversário político (fl. 45).

Não o bastante, afirmou falsamente o alcaide que o local físico da Casa da Cidadania (onde o servidor alegou ser insalubre) foi vistoriado pelo representante do Poder Judiciário (fl. 11), o que desmentido pela Juíza em exercício nesta Comarca (fl. 10).

O motivo dessa atitude do representante do Poder Executivo local é óbvio: mascarar a ilegitimidade e a ilegalidade do ato administrativo por ele praticado, com o intuito único de prejudicar o servidor público, um de seus maiores adversários políticos.

Em decorrência desta conduta reprovável, com o único objetivo de prejudicar terceiro, que vai desde deixar servidor sem exercer qualquer tipo de função, até determinar a sua remoção para local/setor completamente desvinculado às atribuições conferidas por lei ao cargo efetivo, é indubitoso que o requerido afrontou os ditames legais, em especial os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, devendo ser prontamente responsabilizado pelo explícito ato de improbidade administrativa praticado.

O pedido foi julgado procedente em parte apenas para “*declarar nulo o ato de relotação de Janir Brandt (Portaria n. 048/2013, fls. 60)*”.

Vêm apelação das partes.

O Ministério Público insiste na prática de improbidade pelo réu, assim como reiterou estar bem demonstrado o elemento subjetivo para a ação viciada.

Houve, na espécie, desvio de função do agente público removido. O Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Salete em seu art. 34 estabelece a perspectiva de movimentação funcional de ofício “*no âmbito do mesmo quadro*”, ainda que com mudança de sede funcional. Jandir Brandt exerce o posto de técnico de contabilidade, mas passou a desempenhar atividades absolutamente estranhas ao seu cargo. Na Casa da Cidadania ficou responsável tão somente “*pela organização e atendimento do local*”.

É subversão que, na verdade, encobre o verdadeiro propósito de perseguição política no deslocamento e implica a nulidade do ato administrativo que fundamentou a remoção. Houve na ação do alcaide, então, desvio de finalidade, porquanto o real motivo para o ato não é compatível com o objetivo idealizado pelo instituto.

As demonstrações a respeito da ação desviada e do propósito do chefe do Executivo em praticar o ato de improbidade são fartas. De início, o prefeito rejeitou a insurgência do servidor movido ao equivocado argumento de que a municipalidade não disporia de nenhum outro agente no órgão, já convênio firmado com o Tribunal de Justiça para operação do local exigiria a presença de ao menos um servidor naquele espaço. Ocorre que “*uma funcionária já estava lotada no local com todas as qualificações necessárias, e de lá foi removida para tratar no Setor de Licitação, onde o servidor Janir Brandm, aliás, com sua qualificação na área contábil, muito melhor exerceria suas funções*”. Além disso, o acordo firmado com o Judiciário recomenda a atuação no local de profissional com especialidade diversa (advogados, psicólogos, pedagogos e assistentes sociais).

Havia, ainda, a alegação do removido a respeito das condições insalubres da Casa da Cidadania. O prefeito, a esse respeito, falsamente alegou a plena compatibilidade das instalações, as quais inclusive teriam sido vistoriadas pelo juízo daquela Comarca – inspeção que posteriormente se revelou inexistente. Ademais, precariedade do local foi tacitamente reconhecida pelo réu: “*em relação às instalações, informamos que estamos disponibilizando novo local para instalação da Casa da Cidadania, com objetivo de melhorar o atendimento ao público e as condições de trabalho dos servidores*”.

Nessa linha, “*a improbidade administrativa passou a existir a partir do momento em que o representante do Poder Público do Município de Salete, ora réu, passou a adotar a conduta imoral, contrária às normas legais, agindo com falta de honestidade ao simular situações a fim de justificar a remoção do servidor público com o único intuito de prejudicá-lo (consoante já amplamente demonstrado no tópico acima). De fato, é exatamente neste ponto que recai o dolo (genérico) da conduta do réu. A propósito, detinha ele potencial consciência dos desvios cometidos, já que é formado em Direito e, mesmo assim, quis, voluntariamente, insistir na ilegalidade*” – arrematou o recorrente.

Defendeu, então, a condenação do acionado por violação a princípios administrativos, bem assim aplicadas as sanções do art. 12, inc. III, da LIA.

Já Juarez de Andrade criticou o reconhecimento da nulidade da remoção. De início, defendeu a ilegitimidade do Ministério Público para a defesa de direito individual disponível: somente o titular do interesse supostamente lesado, isto é, o servidor afetado pela movimentação funcional, poderia pretender desconstituir o ato. A legitimidade extraordinária conferida ao *Parquet* para o manejo de ação civil pública deve ter afinidade com a proteção de direitos transindividuais, o que não ocorre na espécie.

Sobre a questão de fundo, ressaltou que a própria sentença não vislumbrou ilegalidade no deslocamento a ponto de configurar o ato de improbidade administrativa. Além disso, a alegação de desvio de função é irreal, considerando os quase 20 anos em que o servidor permaneceu cedido a diversos órgãos para o exercício de atribuições alheias às de seu cargo efetivo: “*quando analisamos a certidão narrativa pag 37/39, observamos que nos últimos 20 anos, esteve por cerca de 18 anos, esteve cedido a outros órgãos públicos, para exercício de funções estranhas ao seu cargo (técnico de contabilidade): Secretaria de Estado de Educação e Desporto (18-05-1995 a 31-05-1996), Congresso Nacional como Secretário Parlamentar e Câmara dos Deputados como Secretário Parlamentar ((08-02-2001 a 27-02-2003), Secretaria de Estado da Administração, no cargo de Regente de Arquivos Permanente (14-03-2003 a 02-06-2004), Secretaria do Estado da Administração, no cargo de Assistente de Secretário (01-08-2006 a 01-07- 2007), Secretaria do Estado da Administração, no cargo de Consultor operacional de custos (26-03-2007 a 04-06-2008), COHAB, no cargo de Diretor Administrativo e Financeiro (14-01-2011 a 13-05-2012), Casa da Cidadania 04-01-2013 a 05-05-2015, e por derradeiro, Secretaria de Estado de Administração, no cargo de Gerente de Acessibilidade e Inclusão digital (desde 06-05-2015 até data atual)*”.

Por outro lado, a lotação do agente na Casa da Cidadania serviu para atender a Convênio firmado com o Tribunal de Justiça e cumpriu todos os parâmetros de legalidade. Não somente, a remoção foi devidamente motivada e pautada em razões de interesse público: o atendimento da população local.

Quer, dessarte, o provimento do recurso para que, considerado válido o ato administrativo, sejam invertidos os ônus de sucumbência.

Houve contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso do Ministério Público e rejeição do apelo do acionado.

VOTO

1. Princípio pelo recurso do réu.

Questiona, preliminarmente, a legitimidade do Ministério Público para controverter sobre a validade de ato administrativo que repercute mais decisivamente a nível individual, mas sem razão. (Trato, aliás, da pertinência da condição da ação tendo em vista que a decisão que a refutou

já foi proferida perante o Novo Código de Processo Civil. Não residindo explicitamente dentre as hipóteses que autorizam o manejo de agravo de instrumento, seguindo-se a enumeração do art. 1.015, do CPC, a questão é mesmo de ser abordada em preliminar de apelação, nos termos do art. 1009, § 1º.)

A legitimidade é vista em termos abstratos. Não se nega, é evidente, e o próprio acionado não envereda por essa linha de raciocínio, a aptidão do *Parquet* para o manejo de ação de improbidade que buque a condenação de agente público por violar princípios administrativos em ato que determinou a remoção de subordinado (na espécie, a tese da acusação vislumbra perseguição política pelo réu, mas as possibilidades são vastas nesse âmbito). Então, pergunto retoricamente, alguém defenderia na hipótese de ser constatada a real prática do ato ímprobo a manutenção casuística do expediente maculado por faltar ao Ministério Público condições para debater sobre sua validade, já que somente o servidor afetado poderia demandar tal tutela desconstitutiva? No caso específico, como se verá à frente, compartilho a compreensão de que o melhor caminho é assegurar a absolvição do réu, mas isso não impede a conservação de eventual pronúncia de nulidade da portaria de remoção. Como dito, a afirmação da condição da ação não depende de um desfecho exitoso, mas deve observada aprioristicamente.

A ação civil pública é o procedimento de tutela do direito coletivo por excelência. Em conjunto com a parte processual do Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da Lei 7.347/85) vale por um Código de Processo Coletivo. A Lei de Improbidade Administrativa é um procedimento adjacente àquele veio comum. Pode ser dito que se cuida, antes, de uma ação civil pública de improbidade. São diplomas compatíveis. Daí ser comum, e mesmo válido, que se cumulem pedidos próprios às duas modalidades, o que não gera prejuízo (sincero) a ninguém. Na hipótese concreta, o *Parquet* (a) polemiza sobre a aptidão formal do ato de remoção, e ao final requer sua invalidação, bem assim (b) pretende a imputação do ato de improbidade por conta do suposto deslocamento errático.

Ao Ministério Público é dado questionar atos específicos do Poder Público que ofendam a legalidade em sentido amplo – na hipótese, pretendo desvio de finalidade –, porquanto atua na curadoria da moralidade administrativa. É possível que a ação viciada também atinja a esfera jurídica individual do servidor, facultando-lhe, então, a defesa de seus interesses pelos mecanismos próprios. Essa atuação paralela, todavia, não suprime o poder de agir do órgão ministerial, a qual ostenta mesmo vocação distinta: a defesa da ordem jurídica e do interesse e patrimônio públicos igualmente atingidos na ocasião. Se esse protesto pela ilegitimidade do ato administrativo aproveitar ao agente público, é oportuna contingência; o que não poderia ficar prejudicada é a defesa das coisas públicas pelo *Parquet*, incapacitada por hipotética inércia do particular.

Em situação análoga, essa foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. ATO ADMINISTRATIVO DE TRANSFERÊNCIA DE SERVIDORES. DESVIO DE FINALIDADE. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 329/STJ.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Rio Espera, em decorrência de suposta improbidade administrativa que envolve desvio de finalidade na remoção de servidoras públicas aprovadas por concurso público para atender interesse político.
2. A suposta conduta amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois vai de encontro aos princípios da moralidade administrativa e da legalidade (patrimônio público imaterial).
3. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública com o intuito de combater a prática da improbidade administrativa.
4. Condutas ímprobas podem ser deduzidas em juízo por meio de Ação Civil Pública, não havendo incompatibilidade, mas perfeita harmonia, entre a Lei 7.347/1985 e a Lei 8.429/1992, respeitados os requisitos específicos desta última (como as exigências do art. 17, § 6º).

Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1219706/MG, rel. Min. Herman Benjamin)

Do voto do relator, constou isto:

Cuida-se de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Rio Espera. Dá-se notícia da ocorrência de suposta improbidade administrativa envolvendo remoção de servidoras públicas, aprovadas por concurso público, por interesse político para que essas vagas fossem preenchidas por servidores não concursados. A celeuma cinge-se à legitimidade do Ministério Público para propor essa ação.

(...)

É possível compreender a fundamentação do acórdão de que a presente demanda trata de interesses individuais, abrangendo servidores públicos e suas relações com a administração.

De fato, a Ação Civil Pública não visa à garantia de direitos transindividuais. Porém, ocorre que o ato praticado pelo Prefeito, qual seja a transferência das servidoras por suposto interesse político, atinge a esfera da moralidade administrativa. Daí, passa-se a tutelar patrimônio público imaterial (lesão à moralidade), aspecto abrangido no conceito disposto no inciso III do art. 129 da CF/88.

Conforme consignei no julgamento do REsp 1.040.440/RN, de minha relatoria (DJ 23/04/2009), as condutas ímprobas podem ser deduzidas em juízo por meio de Ação Civil Pública, não havendo incompatibilidade, mas perfeita harmonia, entre a Lei 7.347/1985 e a Lei 8.429/1992, respeitados, claro, os requisitos específicos desta última (como as exigências do art. 17, § 6º).

Com efeito, o patrimônio público é bem difuso por excelência. Sua proteção é simultaneamente dever e direito de todos e, por isso mesmo, apresenta-se como um dos pilares da ordem republicana instituída pela Constituição de 1988.

A legitimidade do Ministério Público para propor ação com o intuito de combater a prática

de improbidade administrativa é inconteste, estando compatibilizada com as suas atribuições institucionais (art. 129 da Constituição e LC 75/1993), e expressamente prevista na Lei 8.429/1992:

“Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.”

(...)

Não bastasse isso, a Súmula 329 do STJ dispõe que “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

(...)

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Especial para reconhecer a legitimidade do Ministério Público na presente ação.

2. Agora, sobre a regularidade em si do ato administrativo que determinou a remoção de Janir Brandt, tenho que a insurgência do réu igualmente não vinga. O deslocamento foi mesmo viciado.

O Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Salete prescreve a movimentação funcional nestes termos:

Art. 34 - Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, preenchido de claro de lotação, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo 1º - Dar-se-á a remoção pedido, para outra localidade, por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente, condicionada à comprovação por inspeção médica oficial e claro de lotação.

Parágrafo 2º - A remoção por permuta se houver à vista de pedido subscrito por ambos os interessados, e será concedida se houver interesse para a administração.

O servidor removido ocupava à época o cargo de Técnico em Contabilidade, para qual foram designadas estas atribuições, conforme consta da Lei Complementar 15/2001: “*Atividade de nível secundário, de complexidade mediana, envolvendo serviços referentes à Contabilidade Financeira e Patrimonial, compreendendo a elaboração de balancetes, balanços, registros e demonstrações contábeis*” (fls. 92).

Já na Casa da Cidadania, por outro lado, as funções que passou a exercer excediam absolutamente desse núcleo de atividades idealizado a seu posto. Em seu depoimento mencionou que ficou responsável pelo atendimento da população, encaminhamento de documentação pessoal confeccionada naquele órgão, assim como participação em conciliações e medições desenvolvidas no local (fls. 260/265). São afazeres igualmente descritos pela testemunha Julia Schweder Pivatto, anteriormente lotada no setor, e compatíveis com a descrição lançada no convênio firmado pela municipalidade com o Tribunal de Justiça: “*disposição de servidor para atuar na Secretaria, quando possível, no Núcleo Interdisciplinar (Advogados, Psicólogos, Pedagogos e Assistentes Sociais)*” (fls. 71).

Existe a perspectiva, e a própria norma local admite, de remoção de ofício no interesse da Administração, mas a nova lotação do agente deve ser compatível com as atribuições do cargo que ocupa, isto é, “*no âmbito do mesmo quadro*”, como disposto na legislação municipal. Aqui, é possível constatar a existência de efetivo desvio de função na movimentação do agente, como ressaltado pelo Ministério Público, comprometendo a viabilidade do ato impugnado.

A declaração de nulidade da relocação, dessarte, foi mesmo acertada.

2. O Ministério Público insiste na prática de improbidade administrativa pelo acionado, assim como reitera estar bem demonstrado o dolo do alcaide ao promover a remoção de adversário político em claro desvio de finalidade. Não foi o entendimento prestigiado na origem – e devo dizer que a decisão proferida em primeira instância já fora muito contundente ao rechaçar a existência do ato ímprobo, ponderando-se que a ilegalidade identificada se constitui de mera irregularidade administrativa.

É uma visão, como adiantado, que também assumo.

Começo pelo aspecto mais elementar: a suposta vítima, servidor Janir Brandt, não identificou na ação do prefeito uma intenção de perseguição política.

Em seus relatos, reconheceu que ambos rivalizaram as duas últimas eleições para o posto de chefe do Executivo local, nas duas oportunidades com vitória do acionado. Em contrapartida, refutou a existência de verdadeira inimizade, registrando que são apenas adversários políticos. Ponderou que sua representação resultou da insatisfação com a lotação no órgão. As atribuições de seu cargo efetivo não eram compatíveis com as atividades desenvolvidas na Casa da Cidadania, e a demanda no local era ínfima, pretendendo com o expediente um meio de retornar ao setor de contabilidade da Administração. Permito-me transcrever literalmente sua fala (devendo-se relevar as claras marcas de oralidade) pela relevância ao desfecho o caso: “*eu achei que estava fora da minha função, minha função é no setor de contabilidade; eu achei que tinha que ficar no setor de contabilidade, e como eu estava em desvio de função, sem fazer nada, praticamente, eu estava lá sem um trabalho, na verdade; até certo ponto se vai aturando, mas depois que houve a negativa, eu comuniquei; (...) eu perdi duas eleições para o Juez (...)* na verdade, a gente conversa e tal, somos adversários, não somos inimigos”.

Nesse contexto, também assume posição de destaque a manifestação do servidor Ivo Schweitzer, na ocasião integrante do setor de contabilidade do Município de Salete, na qual afirma categoricamente ter presenciado conversa em que o Procurador do Município indaga Janir Brandt sobre seu interesse na remoção para a Casa da Cidadania, frisando na oportunidade que a mudança não seria obrigatória. É verdade que posteriormente houve negativa do prefeito a respeito de nova mudança de lotação (fls. 26/27), mas isso não compromete cogitar que a migração inicial contou, quando menos, com a anuência tácita daquele removido.

Outro detalhe relevante da narrativa trazida por Ivo Schwetizer é que igualmente não identificou o intuito de perseguição política do alcaide. Como responsável pelo serviço contábil do Município, enfatizou que poderia atender adequadamente todas as atividades necessárias daquela repartição, sendo que o levantamento patrimonial sob incumbência de Janir já havia sido finalizado. Ressaltou,

ainda, que outros adversários políticos do prefeito foram mantidos em funções de confiança na Administração e que o próprio Janir Brandt permanecera no setor de contabilidade durante os mandatos do réu até seu deslocamento à Casa da Cidadania.

Não se pode desprezar, por outro lado, que Janir conta com extenso registro de deslocamentos em seu histórico funcional, seja entre órgãos da Administração local, seja cedido a outros entes federativos, como narra o apelo do acionado: *“observamos que nos últimos 20 anos, esteve por cerca de 18 anos, esteve cedido a outros órgãos públicos, para exercício de funções estranhas ao seu cargo (técnico de contabilidade): Secretaria de Estado de Educação e Desporto (18-05-1995 a 31-05-1996), Congresso Nacional como Secretário Parlamentar e Câmara dos Deputados como Secretário Parlamentar ((08-02-2001 a 27-02-2003), Secretaria de Estado da Administração, no cargo de Regente de Arquivos Permanente (14-03-2003 a 02-06-2004), Secretaria do Estado da Administração, no cargo de Assistente de Secretário (01-08-2006 a 01-07-2007), Secretaria do Estado da Administração, no cargo de Consultor operacional de custos (26-03-2007 a 04-06-2008), COHAB, no cargo de Diretor Administrativo e Financeiro (14-01-2011 a 13-05-2012), Casa da Cidadania 04-01-2013 a 05-05-2015, e por derradeiro, Secretaria de Estado de Administração, no cargo de Gerente de Acessibilidade e Inclusão digital (desde 06-05-2015 até data atual)”*.

É curioso que nessas movimentações todas não seja resguardado seu verdadeiro mister: o cargo de técnico em contabilidade. São funções que ostentam relação com o viés político historicamente expressado pelo agente (e não formulo, obviamente, um juízo censório a esse respeito), tanto que já exerceu no passado o posto de Prefeito e Vice-Prefeito do Município de Salete. Daí que não seria surpreendente imaginar que sua figura não estivesse plenamente associada com a ocupação eminentemente técnica que idealmente exercia. Nessas circunstâncias, notadamente em comunidades menores, esse baralhamento é de fato habitual. Não serve, naturalmente, para aplacar o rigor formal exigido da Administração em sua atuação, mas é dado que não pode ser ignorado ao se procurar medir o verdadeiro intento do chefe do Executivo na sequência de eventos.

Também por isso, aliás, não vejo como se possa censurar o alcaide pela cadeia de deslocamentos funcionais retratada na inicial. Removeu a servidora Julia Schweder Pivatto, então lotada na Casa de Cidadania e ocupante do posto de auxiliar administrativo, para o setor de licitações pela necessidade de serviço, e, na sequência, indicou para seu lugar Janir Brandt.

O Ministério Público entende que a demanda na divisão de licitações seria melhor suprida por alguém técnico em contabilidade. Pode ser. Esse é um escrutínio, todavia, que resvala na própria conveniência em si daquela decisão administrativa. Em depoimento, a testemunha Júlia confirmou que havia necessidade de pessoal no órgão a que foi destinada, e sua ausência foi posteriormente suprida por Janir, cujas tarefas mais específicas no setor de contabilidade, como descreveu Ivo Schweitzer, também já havia se encerrado.

Há ainda o argumento da acusação a respeito das condições inadequadas observadas na Casa da Cidadania, assim como uma, por assim dizer, suposta falsidade ideológica perpetrada pelo acionado ao procurar contemporizar a tal precariedade do ambiente de trabalho: afirmou

equivocadamente que o local havia sido inspecionado pela então Diretora do Foro da Comarca de Taió, fato posteriormente negado por Sua Excelência em ofício encaminhado (fls. 25).

Sobre o primeiro ponto, cabe ressaltar que as testemunhas ouvidas refutaram a pretensa insalubridade da Casa da Cidadania. Ivo Schweitzer relatou que o local apresentava condições de trabalho, sendo que na mesma edificação também operava o Conselho Tutelar; já Júlia Pivatto, que inclusive lá laborou, descreveu o espaço como “salubre”.

No que concerne ao aparente equívoco do chefe do Executivo, ao retratar na motivação da negativa ao posterior requerimento de remoção de Janir Brandt que “*o local da Casa da Cidadania foi devidamente vistoriado pelo representante do Poder Judiciário e do Município de Saleté*”, é aspecto não retratado isoladamente como causa de pedir para a condenação por improbidade. Deve, então, ser devidamente sopesado no contexto mais amplo, aferindo-se se contribui para a conclusão de que houve efetiva “perseguição política” (a verdadeira justificativa trazida pelo Ministério Público para a caracterização do ato ímprobo).

3. Quer dizer, o que se tem objetivamente: Janir foi adversário político do prefeito em duas oportunidades; logo após a segunda disputa eleitoral foi removido para a Casa da Cidadania; servidora que lá estava foi antes deslocada para o setor de licitações (há polêmica, nessa movimentação, sobre sua aptidão para desempenhar funções naquele órgão; na ótica do *Parquet*, o setor seria melhor suprido por Janir, porquanto ocupava o cargo de técnico de contabilidade); aparentemente a demanda por serviço na Casa de Cidadania era escassa, já devidamente atendida por outra agente que lá se encontrava; o pedido de reconsideração da relotação pelo servidor foi negado pelo alcaide; as condições do local hipoteticamente não eram ideais (ainda que as testemunhas ouvidas não tenham feito ressalvas ao ambiente de trabalho lá observado, pontuando inclusive que no mesmo espaço operava o Conselho Tutelar). É possível, a partir desse contexto, deduzir um vero propósito do réu em prejudicar inimigo político? A resposta, estimo, só pode ser negativa.

A improbidade administrativa tem definição legal muito ampla. Está associada intuitivamente a atos de repugnante desonestidade, que impliquem enriquecimento ilícito de agente público ou mesmo de terceiro (art. 9º da Lei 8.429/92), mas também se estende às hipóteses de “apenas” prejuízo à Administração (art. 10). Do mesmo modo, só que mediante menor penalização, até ofensas a valores jurídicos, ainda que sem potencial econômico, merecem o enquadramento áspero na Lei de Improbidade (art. 11).

Como contraponto, exige-se a conduta conscientemente voltada para a ilicitude, ou ao menos um comportamento culposo (na hipótese do art. 10).

Deve-se fugir da tentação de vincular a improbidade a um estereótipo do administrador atavicamente desonesto, tal como um chefe de quadrilha profissionalmente voltado à delinquência. Mesmo fatos que possam ter menor reprovabilidade podem caracterizar a ilicitude da Lei 8.429/92, desde que seja viável realizar a associação com as condutas típicas e elas estejam animadas a um propósito deliberadamente atrelado à ofensa ao menos aos princípios da boa administração (art. 11).

Seja como for, a essência da improbidade como infração de cunho grave subsiste, não devendo ser confundida com qualquer postura irregular que possa ser tomada por um agente público. As reações jurídicas devem ser proporcionais à seriedade dos interesses envolvidos.

Daí a necessidade de se apartarem pecados veniais, erros no cotidiano administrativo, notadamente de índole formal, com atos de improbidade. O desejo de boa condução das coisas administrativas não pode ir ao ponto de uso da LIA como uma fórmula reserva para superar “crises de interpretação” quanto às melhores escolhas administrativas - pior ainda quando feita retrospectivamente.

Talvez realmente se possa questionar a conveniência e legitimidade da remoção, tanto que acertadamente o juízo na origem pronunciou a nulidade do ato administrativo correspondente, mas os pecados eventualmente existentes não transcendem a mera ilegalidade administrativa. No fundo, o dolo (consciência e vontade de realizar a conduta) exigido para a caracterização da improbidade não está plenamente demonstrado.

Nesse cenário de incertezas, pode-se admitir que no fundo a solução haveria de ser alcançada, quando muito, pelo princípio do *in dubio pro reo*, ideia proveniente do direito penal que tem identicamente aplicação no direito sancionador de forma mais ampla. Afinal, tudo que isoladamente existe de material probatório em desfavor do demandado é paralelamente infirmado por diversos outros elementos, impedindo que se reconheça alguma sorte de comportamento desonesto.

Esta Quinta Câmara de Direito Público já decidiu neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. ACUSAÇÃO DE DETERIORAÇÃO PROPOSITAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS APÓS DERROTA DE PARTIDÁRIO EM PLEITO ELEITORAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. CONTROVÉRSIA RELEVANTE INSTALADA NOS AUTOS EM RELAÇÃO AOS ACONTECIMENTOS APÓS A ELEIÇÃO DE 2008. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ATOS IMPROBOS PRATICADOS DOLOSAMENTE. FATOS QUE DEVEM SER EVIDENCIADOS PARA ALÉM DA DÚVIDA RAZOÁVEL.

“Em razão do princípio da presunção de não culpabilidade, constitucionalmente consagrado (art. 5º, LVII) e aplicável, *modus in rebus*, ao campo da improbidade, a dúvida sobre a ocorrência dos fatos imputados ao réu deve levar o magistrado à prolação de sentença de improcedência (*in dubio pro reo*), não parecendo razoável a incidência de graves sanções previstas no art. 12 a não ser diante de prova firme da ocorrência da improbidade”. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 964)” (...) (AC 0007493-71.2008.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Artur Jenichen Filho)

Sem necessidade de maiores enveredamentos dogmáticos, o direito sancionador exige o elemento subjetivo, um postulado ético que justifique a intervenção do Estado para infligir o particular. Não houve, no caso, insisto, ação voltada a um comportamento dessa categoria; aliás, sob pena de verdadeira responsabilização objetiva, muito menos se poderia sancionar quando

tampouco existente conduta destinada a um propósito indigno por parte do réu (ou ao menos prova nesse sentido).

4. Friso, por último, que houve integral insurgência do Ministério Público a respeito da improcedência pronunciada na origem, de modo que mesmo que houvesse reexame a absolvição aqui referendada seria mantida – destaque que faço para mostrar que esse eventual debate sobre a remessa de ofício (nos termos do Tema 1.042 do STJ) fica prejudicado.

5. Assim, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento.

Apelação Cível n. 0302070-50.2017.8.24.0074, de Trombudo Central

Relator: Desembargador Wilson Fontana

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR MUNICIPAL DE POUSO REDONDO. CHAPEADOR, PINTOR E REPARADOR DE VEÍCULOS. PEDIDO DE IMPLANTAÇÃO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DETERMINOU QUE O PAGAMENTO RETROAGISSE À DATA DA PERÍCIA ADMINISTRATIVA QUE ATESTOU A EXISTÊNCIA DE AGENTES INSALUBRES NO AMBIENTE DE TRABALHO DO AUTOR.

RECURSO DO DEMANDANTE. PLEITO DE PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS DESDE A NOMEAÇÃO AO CARGO PÚBLICO. ACOLHIMENTO. LEI MUNICIPAL INSTITUIDORA DA GRATIFICAÇÃO QUE É ANTERIOR AO INGRESSO DO SERVIDOR NO CARGO PÚBLICO. ADEMAIS, LAUDO QUE NÃO CRIA O DIREITO, APENAS O ESCLARECE. PRECEDENTES. REQUERIMENTO DE INCIDÊNCIA DO ADICIONAL NA BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. IMPOSSIBILIDADE. HORAS EXTRAORDINÁRIAS QUE DEVEM SER CALCULADAS COM BASE NA HORA NORMAL DE TRABALHO (ART. 39, § 3.º C/C ART. 7.º, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS POSTERGADO PARA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, CONSOANTE O DISPOSTO NO ART. 85, §4º, II, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302070-50.2017.8.24.074, da comarca de Trombudo Central 2ª Vara em que é Apelante Wenderlei da Costa e Apelado Município de Pouso Redondo.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e dar parcial provimento ao recurso para determinar: a) a retroação do pagamento do adicional de insalubridade à data de nomeação do autor, respeitada a prescrição quinquenal e b) que o arbitramento do percentual referente aos honorários advocatícios ocorra por ocasião da liquidação de sentença. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Hélio do Valle Pereira (presidente com voto) e Desª. Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 27 de outubro de 2020.

Desembargador Wilson Fontana
Relator

RELATÓRIO

A sentença julgou procedentes os pedidos formulados por Wanderlei da Costa para condenar o Município de Pouso Redondo à implementação de adicional de insalubridade, em benefício do autor, em grau máximo, no valor de 40% sobre o piso salarial mínimo vigente no município ao

tempo de cada parcela devida, desde a data da confecção do laudo pericial administrativo, em 04/12/2014, respeitada a prescrição quinquenal.

O apelante pleiteia a reforma da sentença para alternar o termo inicial do pagamento da verba à data da sua admissão, observada a prescrição, visto de que desde então é exposto aos agentes insalubres presentes no seu ambiente de trabalho.

Almeja, outrossim, que o adicional de insalubridade incida também sobre as horas extraordinárias, em razão da sua natureza remuneratória.

Por fim, porque o processo tramitou consoante o procedimento comum e não pelo rito do juizado especial, pleiteia pela fixação de honorários advocatícios.

Contrarrazões às fls. 557-562.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, a sentença merece reforma no ponto em que determinou a implantação do adicional somente a partir da data da perícia administrativa, uma vez que a prova pericial não faz surgir o direito, mas serve apenas ao seu esclarecimento, que depende da previsão legal e do labor em condições insalubres.

É essa a orientação que temos nesta Câmara de Direito Público:

SERVIDOR PÚBLICO - GRATIFICAÇÃO DE INSALUBRIDADE - BENEFÍCIO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - EXPOSIÇÃO HABITUAL A AGENTES NOCIVOS - TERMO INICIAL - LAUDO QUE NÃO CRIA DIREITO, RATIFICA-O - VERBA DEVIDA.

1. A gratificação de insalubridade (rotineira e equivocadamente chamada de adicional de insalubridade) é devida ao servidor público se prevista no respectivo estatuto. Multiplicidade de precedentes deste Tribunal de Justiça referendam que a amplitude da normatização municipal permite que se fixe o pagamento rente à constatação da agressividade das condições de trabalho. No caso, existe previsão legal para o pagamento (LCM 003/93 e LCM 157/2014) e a prova pericial atestou a exposição habitual da servidora a agentes nocivos no patamar mais elevado.

2. Laudo pericial não faz surgir o direito à insalubridade. O fato é preexistente. A perícia o documenta. Há por assim dizer, uma eficácia ex tunc, tornando merecido o pagamento retroativo, não meramente após o levantamento técnico.

3. Recurso desprovido. (Apelação Cível n. 0312174-55.2016.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, 12-12-2019).

É também a compreensão que prevalece em outras Câmaras de Direito Público desta Corte: Apelação Cível n. 0001931-77.2012.8.24.0065, de São José do Cedro, rel. Des. Jaime Ramos,

Terceira Câmara de Direito Público, 20-08-2019; Apelação/Remessa Necessária n. 0309082-40.2014.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, 27-08-2019.

Assim, visto que a perícia deu conta de analisar o local de trabalho em que sempre laborou o autor, o presente recurso merece provimento para que o réu seja condenado ao pagamento retroativo do adicional de insalubridade em grau máximo (40%) desde a contratação do servidor, uma vez que a Lei que o instituiu é a anterior à sua nomeação, devendo ser respeitada apenas a prescrição quinquenal.

Quanto ao pleito seguinte, sem razão o apelante, visto que é pacífico o entendimento, fundado em norma constitucional – art. 7º, XVI, da CF - no sentido de que o cálculo da hora extra deve ser realizado com base no valor da hora normal de trabalho, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA OPOSTOS PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS CONTRA SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA DA GRATIFICAÇÃO DE JORNADA, ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE NA BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. HORAS EXTRAS CALCULADAS EM 100% (CEM POR CENTO) E 200% (DUZENTOS POR CENTO) SOBRE A HORA NORMAL. AUSÊNCIA DE DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E DO IMPOSTO DE RENDA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS. (1) RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. (A) BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. ALEGAÇÃO DE INCLUSÃO INDEVIDA DA GRATIFICAÇÃO DE JORNADA. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO NOS AUTOS. PEDIDO DE EXCLUSÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. TESE PARCIALMENTE ACOLHIDA. APELANTE/EMBARGANTE QUE SOLICITOU EXPRESSAMENTE A EXCLUSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE JORNADA. SENTENÇA QUE SE LIMITOU A EXAMINAR O PEDIDO, E NÃO DETERMINOU A INCLUSÃO DA REFERIDA GRATIFICAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. GRATIFICAÇÃO, ADEMAIS, QUE PODE INTEGRAR A BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CASOS ANÁLOGOS. EXCLUSÃO DOS ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. HORAS EXTRAS QUE DEVEM SER CALCULADAS COM BASE NA HORA NORMAL DE TRABALHO (ART. 39, § 3.º C/C ART. 7.º, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0065958-06.2009.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. 30-04-2020).

Por fim, merece provimento o recurso no ponto referente à condenação da fazenda pública ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor do patrono do autor, visto que, em razão do valor atribuído à causa que extrapola o teto legal (R\$74.117,03), o processo tramitou consoante o procedimento comum, e não à luz do regramento que disciplina o procedimento sumário dos juizados especiais da fazenda pública.

No entanto, considerando a natureza ilíquida da sentença, o arbitramento do percentual deverá ocorrer em fase de liquidação de sentença, consoante o disposto no inciso II, §4º, do art. 85 do CPC.

Diante do exposto, vota-se no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso para determinar: a) a retroação do pagamento do adicional de insalubridade à data da nomeação do autor, respeitada a prescrição quinquenal e b) que o arbitramento do percentual referente aos honorários advocatícios ocorra por ocasião da liquidação de sentença.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0007246-73.2013.8.24.0058, de São Bento do Sul

Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL. ALEGADA PROMOÇÃO PESSOAL DO PREFEITO MUNICIPAL EM MATERIAL PUBLICITÁRIO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DESCARTE DE CERCA DE 1/3 DESTE MATERIAL POR IMPOSSIBILIDADE DE ENTREGA AOS MUNÍCIPIES. SENTENÇA DE REJEIÇÃO LIMINAR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINAR. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS SÓCIOS DA EMPRESA CONTRATADA. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE ATOS CONCRETOS PRATICADOS PELOS SÓCIOS. CONTRATOS E RESPECTIVOS ADITIVOS FORMALIZADOS COM A PESSOA JURÍDICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS SÓCIOS MANTIDA. MÉRITO. ADITIVOS CONTRATUAIS REALIZADOS SEM A COMPROVAÇÃO DE BENEFÍCIO ECONÔMICO-FINANCEIRO PARA A ADMINISTRAÇÃO. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL PREVISTA NO ART. 57, II, DA LEI 8.666/93 RESTRITA A SERVIÇOS DE NATUREZA CONTÍNUA. MATERIAL PUBLICITÁRIO, DENOMINADO “PRESTANDO CONTAS”, QUE, EMBORA NÃO FAÇA REFERÊNCIA EXPRESSA À IMAGEM DO ENTÃO PREFEITO, DESTACA AS OBRAS E FEITOS REALIZADOS NO MANDATO DESTE, INCLUSIVE EM COMPARAÇÃO COM O QUE FORA EXECUTADO PELA GESTÃO ANTERIOR. DESCARTE DE CERCA DE 1/3 DESTE MATERIAL, PRODUZIDO ÀS EXPENSAS DO ERÁRIO, POR INVIABILIDADE DE ENTREGA. INDÍCIOS DE CONDUTAS ÍMPROBAS. NECESSIDADE DE MAIOR INVESTIGAÇÃO PARA AFERIÇÃO DO DOLOU OU CULPA GRAVE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. IMPOSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO LIMINAR. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0007246-73.2013.8.24.0058, da Comarca de São Bento do Sul 1ª Vara em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Fernando Mallon e outros.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer e dar parcial provimento ao recurso, anulando a sentença de rejeição liminar e determinando o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento da ação.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Presidente Hélio do Valle Pereira e Des. Vilson Fontana.

Florianópolis, 03 de setembro de 2020.

Desembargador Artur Jenichen Filho

Relator

RELATÓRIO

Adoto o relatório contido no parecer (fl. 2.394-2.406) da Doutra Procuradoria-Geral de Justiça, lavrado pelo Exmo. Sr. Dr. Onofre José Carvalho Agostini:

Trata-se de recurso de apelação interposto, às fls. 2.262/2.269, pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, contra a sentença de fls. 2.272/2.289, que, nos termos do art. 485, VI, do CPC, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelos réus Alexandre Geiger e Nausa Pauli de Souza, rejeitando a ação proposta, sob a justificativa de não caracterização do elemento subjetivo essencial à concretização do ato de improbidade.

Pretende o apelante a reforma da sentença, sustentando, em suma, que os apelantes, sócios da empresa Talens Publicidade, beneficiaram-se com as contratações ilegais realizadas com o Município de São Bento do Sul, razão pela qual devem responder perante as condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa. No mais, afirma que a rejeição sumária da ação é medida excepcional, devendo ser aplicado, nesta fase processual, o princípio *in dubio pro societate*. Defende que há veementes indícios de má-fé (dolo) na prática dos atos descritos na inicial, tendo em vista as sucessivas prorrogações dos contratos administrativos, a confecção de informes com nítido intuito de promoção pessoal do então prefeito, e, por fim, a destinação de um terço do material de propagando para o lixo, em evidente prejuízo aos cofres públicos.

As contrarrazões foram apresentadas, às fls. 2.297/2.357 e às fls. 2.358/2.388, sendo os autos remetidos a esta Procuradoria de Justiça Cível para análise e parecer.

O referido parecer foi pelo conhecimento e provimento do recurso (fl. 2.394-2.406).

Na sequência, os autos vieram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Primeiramente, sem razão o apelante quanto ao pedido de afastamento da ilegitimidade passiva dos sócios Alexandre Geiger e Nausa Pauli de Souza.

Isso porque o que se depreende dos autos é que os fatos investigados e tidos supostamente como ímprobos envolvem ações da prefeitura municipal, na pessoa do então prefeito Fernando Mallon, a partir da contratação dos serviços da empresa Talens Publicidade, não havendo, dentre os três fatos principais que serão abaixo destrinchados, atos concretos dos sócios desta empresa que possam ser enquadrados como ímprobos.

Sobre o tema, *mutatis mutandis*:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA, MEDIANTE PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO, DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. **ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DE SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA CONTRATADA. FALTA DE INDICAÇÃO, NA EXORDIAL, DE ATO CONCRETO POR ELE PRATICADO.** SUBSCRIÇÃO DA AVENÇA QUESTIONADA INSUFICIENTE PARA DISTINGUI-LO DOS DEMAIS SÓCIOS, NÃO INCLUÍDOS COMO RÉUS, E JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO AGRAVADO NO POLO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.000999-2, de Itajaí, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 22/07/2014, grifei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DECLINADA PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. FORO DE PRERROGATIVA DECLARADO INCONSTITUCIONAL. [...] PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. DEMANDA AJUIZADA APÓS CINCO ANOS DO TÉRMINO DO MANDATO. ART. 23, INCISO I, DA LEI N. 8.429/92. MANUTENÇÃO DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO. IMPRESCRITÍVEL. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. [...] **ILEGITIMIDADE PASSIVA. CONFIGURADA. CONTRATO FIRMADO ENTRE A CÂMARA DE VEREADORES E O ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. PESSOA JURÍDICA. REQUERIDO QUE ASSINOU NA QUALIDADE DE SÓCIO GERENTE E NÃO DE PESSOA FÍSICA.** EXTINÇÃO DO FEITO. ART. 267, INCISO VI E § 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.099850-3, de Fraiburgo, rel. Des. Júlio César Knoll, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 13/02/2014, grifei).

Com efeito, conforme se verá ao longo da análise do recurso, não há ilegalidades nos procedimentos licitatórios e nos respectivos contratos administrativos, inexistindo quaisquer indícios de direcionamento das licitações ou de impropriedades no procedimento de inabilitação das outras empresas que pretendiam concorrer ao certame, constatação que é inclusive confirmada na inicial pelo Ministério Público.

Assim, como as condutas supostamente ímprobas relacionam-se com ilegalidades nos aditivos contratuais formulados pela prefeitura municipal, com alegada promoção pessoal do então prefeito a partir da veiculação de material publicitário, bem como com o descarte de cerca de 1/3 deste material, vê-se que não há atos concretos apontados como sendo cometidos pelos sócios da empresa contratada, havendo, no máximo, motivo para se manter no polo passivo a própria pessoa jurídica, da forma como procedida no primeiro grau.

Deste modo, afasta-se a alegação de que os sócios Alexandre Geiger e Nausa Pauli de Souza seriam legitimados para figurarem no polo passivo da presente demanda.

Quanto ao mérito, adianto que razão assiste ao apelante.

O caso envolve a análise de supostos atos de improbidade administrativa cometidos pelos réus Fernando Mallon, então prefeito municipal, com a participação, ainda que indireta, da empresa Talens Publicidade, a partir da formalização de aditivos contratuais para prestação de serviços de publicidade institucional, os quais teriam sido realizados sem atenção às exigências legais, bem como com relação a suposta promoção pessoal do então prefeito em material publicitário e posterior descarte de parte deste material.

Sustenta o Ministério Público, ora apelante, que haveria irregularidades no procedimento de prorrogação dos dois contratos administrativos formalizados entre a empresa apelada e o município, consistentes, basicamente, em aditivos contratuais que, além de não terem sua necessidade, com a justificativa a respeito da vantagem econômico-financeira, devidamente comprovada, ocorreram para períodos superiores aos dos contratos iniciais e para serviços não contínuos, em afronta ao art. 57, II, da Lei 8.666/93.

Além disso, sustenta o ente ministerial que o material produzido para prestação de contas referente ao mandato do então prefeito trazia indevida vinculação à pessoa do alcaide municipal, trazendo imagem deste e fazendo comparações com a gestão anterior, o que consistiria em flagrante violação ao princípio da impessoalidade e configuraria, assim, ato de improbidade administrativa.

Demais disso, alega o apelante que parte deste material teria sido descartado, fato que representaria mau uso do dinheiro público e ensejaria, da mesma forma, condenação dos apelados às sanções previstas na Lei 8.429/92.

Pois bem.

Sobre o primeiro ponto, cumpre destacar inicialmente que as licitações vencidas pela empresa apelada, a tomada de preços n. 105/05 e a concorrência pública n. 172/2006, ocorreram, por tudo que consta dos autos, dentro da legalidade, não havendo quaisquer indícios de irregularidades ou de favorecimento à empresa vencedora, não havendo elementos concretos que corroborem o destaque dado pelo Ministério Público ao fato de que a referida empresa teria sido a única habilitada nos certames.

Tanto é assim que, com relação ao processo de inabilitação das outras empresas na tomada de preços n. 105/2005, o próprio órgão do Ministério Público afirmou, na inicial, que “ não pode considerar qualquer irregularidade sob o aspecto de improbidade, uma vez que se tratou de decisão da comissão de licitações amparada por parecer jurídico, não tendo nenhuma das empresas atingidas insurgido-se judicialmente”.

Igualmente, afirma o ente ministerial que “ não existem sinais de direcionamento na licitação para favorecer a empresa Ré Talens Publicidade, porque a inabilitação das demais empresas estava calcada em fundamentos doutrinários e jurisprudenciais juntados no próprio processo licitatório, acompanhadas de parecer jurídico”.

Do mesmo modo, cumpre ressaltar que os documentos anexados à inicial indicam que, quanto ao cumprimento do avençado, o contrato se desenvolveu de forma regular, com a entrega e prestação dos serviços pagos pela municipalidade, não havendo elementos que apontem para a ocorrência de lesão ao erário em decorrência destes fatos.

Entretanto, a forma como prorrogados os referidos contratos, sem a devida justificação quanto à necessidade e ao real proveito da administração pública em formalizar os aditivos, bem como o fato de se tratar de serviços de publicidade, os quais não têm o caráter de essencialidade e continuidade que prontamente autorizem a prorrogação com base no art. 57, II, da Lei n. 8.666/93,

apontam para a ocorrência de ilegalidades que, com a devida investigação, podem ser enquadrados como condutas ímprobas, se comprovados o dolo ou a culpa grave dos envolvidos.

A título de ilustração, cumpre destacar precedente recente desta Corte em que se reconheceu a configuração de improbidade administrativa justamente a partir da prorrogação de contrato administrativo sem a observância das exigências legais, dentre as quais destacou-se a necessidade de comprovação do benefício econômico-financeiro à administração.

Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TESE INICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE IRREGULARIDADE NA PRORROGAÇÃO DE CONTRATO FIRMADO PELO MUNICÍPIO DE TIJUCAS. DECISÃO DE ORIGEM QUE RECEBEU A PETIÇÃO INICIAL. RECLAMO DO ENTÃO PREFEITO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO PARCIAL. NÃO VERIFICAÇÃO. MARCO QUE SE INICIA DO ENCERRAMENTO DO SEGUNDO MANDATO DO AGRAVANTE. PRECEDENTES. MÉRITO. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE, APARENTEMENTE, INDICAM SER ACERTADA A TESE DO ENTE MINISTERIAL. **CONTRATOS CUJAS PRORROGAÇÕES, NUMA ANÁLISE SUMÁRIA, NÃO TERIAM OBSERVADO AS EXIGÊNCIAS LEGAIS. INDÍCIOS DE IMPROBIDADE QUE JUSTIFICAM O RECEBIMENTO DA EXORDIAL.** RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4002262-16.2017.8.24.0000, de Tijucas, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 11/06/2019).

Do corpo do acórdão retira-se o seguinte:

Na hipótese, a documentação juntada pelo ente ministerial, ao que parece, indica o envolvimento do agravante nas ditas irregularidades no processo licitatório. Evidentemente, as especificidades sobre as suas eventuais condutas perpetradas, bem como os hipotéticos elementos de dolo ou culpa, serão objeto de investigação no curso da instrução processual, de modo a se poder verificar as alegações de improbidade inicialmente feitas.

Com efeito, **o art. 57, II, da Lei n. 8.666/93 prevê que a duração dos contratos de prestação de serviços continuados poderá ser prorrogada para que haja melhor condição de preço para a administração pública.** Transcrevo:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses.

Assim, **há possibilidade de extensão da duração dos contratos desde que haja comprovação quanto ao benefício econômico-financeiro à administração.**

Assim, indemonstrado o benefício econômico-financeiro ao município decorrente das prorrogações dos contratos em questão, impõe-se o prosseguimento da demanda a fim de apurar se eventual afronta ao supracitado dispositivo cingiu-se à mera irregularidade ou transbordou para o campo da improbidade.

E isso, lembre-se, sem perder de vista a questão atinente ao enquadramento dos serviços de publicidade como de caráter continuado, o que igualmente levanta dúvidas quanto à legalidade do procedimento adotado.

Seja como for, é certo que não há como se ter certeza da inexistência de ato de improbidade com relação às prorrogações dos contratos administrativos em questão, impondo-se que se apure eventual dolo ou culpa grave dos envolvidos para a ocorrência das ilegalidades acima apontadas.

Do mesmo modo, não há como se rejeitar liminarmente o reconhecimento de conduta ímproba na confecção e veiculação da revista “Prestando Contas”, material publicitário que teria por objetivo informar a população acerca das obras e feitos realizados na gestão do então prefeito.

Isso porque, embora não haja vinculação expressa à imagem do gestor municipal ou a alguma logomarca que identifique, de plano, a sua gestão, o conteúdo veiculado na referida publicação traz, em geral, referências às obras e aos feitos por ele realizados, havendo inclusive comparações com o que fora realizado pela gestão anterior.

Este tipo de veiculação, ainda que realizada posteriormente às eleições de 2008, nas quais o então prefeito foi derrotado em sua tentativa de reeleição, vem sendo identificada por esta Corte como ato ímprobo, sobretudo por violação ao princípio da impessoalidade, pois entende-se que publicações desta natureza muito mais se prestam à promoção pessoal do gestor público, com vistas à concretização de interesses políticos e eleitoreiros, do que possuem caráter educativo, informativo ou de orientação social (art. 37, § 1º, da Constituição Federal).

Cito alguns precedentes:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREFEITO MUNICIPAL - LOGOMARCA QUE ADAPTA PARA O PLANO LOCAL O SLOGAN DO GOVERNO FEDERAL COMANDADO POR CORRELIGIONÁRIO - IMPRESSÃO DE JORNAL ALARDEANDO AS AÇÕES DO CHEFE DO EXECUTIVO - IMPESSOALIDADE - PUBLICIDADE INSTITUCIONAL QUE VALE POR PROPAGANDA PRIVADA. *A mentira é muita vez tão involuntária quanto à respiração* (Machado de Assis). A publicidade oficial é uma mentira voluntária como a respiração, se a respiração precisasse ser voluntária, mas a publicidade oficial também não é publicidade; é propaganda, e é oficial apenas em parte. É oficial para pagar a conta, privada nas intenções e um desastre no resultado. **Não se pode usar da comunicação oficial para a autopromoção ou para proselitismo eleitoreiro. Governo não tem dono, nem Prefeito tem autorização para associar seu mandato a alguma sorte de preferência partidária; menos ainda para alardear seus (aos próprios olhos) bons feitos, vinculando-os nominalmente.** No caso, o Chefe do Executivo editou decreto em que criou logomarca que reproduzia, com a adaptação ao plano doméstico, o que era usado nacionalmente por correligionário. **Serviu-se, ainda, da “publicidade institucional” para vangloriar seus presumíveis grandes feitos. Desvirtuamento usual das verbas públicas que, mesmo rotineiro, não merece leniência.**

[...] (TJSC, Apelação Cível n. 0005698-09.2009.8.24.0040, de Laguna, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. em 05/04/2018, grifei).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL QUE SE UTILIZAVA DE JORNAL, VENCEDOR DE LICITAÇÃO PARA DIVULGAÇÃO DE ATOS OFICIAIS, PARA NOTICIAR EVENTOS E OBRAS DE SUA GESTÃO. NÍTIDO CARÁTER POLÍTICO. DISTRIBUIÇÃO DE “INFORMATIVO” COM AS OBRAS DA ADMINISTRAÇÃO. PUBLICIDADE REALIZADA SOB A RESPONSABILIDADE DA MUNICIPALIDADE. AUTOPROMOÇÃO CARACTERIZADA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE (ART. 37, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). ATOS ÍMPROBOS COMPROVADOS. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES. REDUÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. “Hipótese em que o requerido, prefeito municipal, autoriza a veiculação de material evidentemente elaborado com o intento de se autopromover e de enaltecer os seus feitos. Folder que contém fotos de sua pessoa e que enumera as obras que realizou durante a sua gestão, o que caracteriza manifesta afronta ao disposto no artigo 37, § 1º, da Constituição Federal. Deveras, ‘Por ausência de previsão constitucional anterior, que regulamentasse a publicidade de atuação do Poder Público, tornou-se generalizada a prática de grandiosas e complexas promoções pessoais de autoridades componentes da autoridade pública, em especial dos próprios Chefes do Poder Executivo, nas três esferas da Federação, realizadas às custas do erário público. “Tais hipóteses, atualmente, estão expressamente vedadas pela Constituição Federal, que determina que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (CF, art. 37, §1º). ‘O legislador constituinte, ao definir a presente regra, visou à finalidade moralizadora, vedando o desgaste e o uso de dinheiro público em propagandas conducentes à promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, seja por meio da menção de nomes, seja por meio de símbolos ou imagens que possam de qualquer forma estabelecer alguma conexão pessoal entre estes e o próprio objeto divulgado.’ (MORAES, Alexandre. Constituição no Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004, p. 889).” (TJSC, Primeira Câmara de Direito Público, Apelação Cível n. 2011.065325-2, de São Domingos, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. 13.12.2011). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.001007-3, de Armazém, rel. Des. Júlio César Knoll, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 13/08/2015, grifei).

Como se vê, a análise do material publicitário em questão somada ao entendimento já exposto pela jurisprudência desta Corte não permite que se conclua, antecipadamente a uma análise mais pormenorizada e casuística dos reais intentos do então prefeito com a veiculação da publicação, pela ausência de ato ímprobo.

Por fim, com relação ao descarte de cerca de 1/3 deste material publicitário, por impossibilidade de entrega a todos os municípios, entendo que o ato deva ser analisado e sopesado conjuntamente com a conduta descrita acima, de promoção pessoal do então prefeito, até porque decorrente desta e representativa, igualmente, de mau uso do dinheiro público.

Portanto, ante os supracitados indícios de atos que, em tese, podem ser enquadrados como de improbidade administrativa, ainda que “somente” por violação aos princípios da administração pública, impõe-se que, em homenagem ao princípio *in dubio pro societate*, retornem os autos à origem para o regular prosseguimento da demanda.

A esse respeito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA COM BASE NO § 8º DO ART. 17 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI FEDERAL N. 8.429/92.). INDÍCIOS DE CONDUTAS ÍMPROBAS DOS DEMANDADOS. IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DE ATOS ADMINISTRATIVOS LESIVOS AO ERÁRIO E AVESSOS AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ARTS. 10 E 11, DA LIA). DEMANDA NECESSÁRIA PARA RESGUARDAR OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA BOA CONDUÇÃO DA MÁQUINA PÚBLICA. SENTENÇA MODIFICADA. RETORNO DOS AUTOS À COMARCA DE ORIGEM PARA PROSEGUIMENTO DA AÇÃO. **Havendo indícios de materialidade e autoria de conduta, que, em tese, pode ser considerada ímproba, em razão da prática de atos administrativos lesivos ao erário e avessos aos princípios da administração pública, o trancamento prematuro da ação de improbidade administrativa, por fundamentos de mérito, anteriormente a dilação probatória, é descabido, sendo de rigor a anulação de sentença.** (TJSC, Apelação Cível n. 0300950-88.2015.8.24.0058, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 09/04/2019, grifei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EVENTO POLÍTICO-ELEITORAL. SERVIDORES. COMPARECIMENTO. - INTERLOCUTÓRIO DE RECEBIMENTO NA ORIGEM. (1) JUÍZO DE PRELIBAÇÃO. INDÍCIOS SUFICIENTES. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. “**Considerando a relevância do tema discutido em ações de improbidade administrativa, e em reverência ao princípio do in dubio pro societate, a rejeição da inicial com fundamento no art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa só é possível quando resta cabalmente demonstrado pelo notificado “a inexistência do fato ou a sua não-concorrência para o dano ao patrimônio público”** (GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 703).” (TJSC, AI 4016256-48.2016.8.24.0000, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 15-08-2017). (2) DENÚNCIA. EVENTO POLÍTICO-ELEITORAL. SERVIDORES MUNICIPAIS. COMPARECIMENTO DURANTE EXPEDIENTE. FONTE. IRRELEVÂNCIA. REJEIÇÃO. Diante da existência de elementos que indicam, para fins de admissão do processamento de ação, que o fato efetivamente ocorreu e em horário de expediente, a discussão quanto à origem da denúncia é irrelevante. (3) DOLO. AFERIÇÃO. MOMENTO INOPORTUNO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. STJ. ARGUMENTO AFASTADO. “**Além disso, no caso dos autos, deve ser considerada prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista não existirem elementos fáticos ou probatórios suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda, tampouco quanto a efetiva presença do elemento subjetivo do suposto ato de improbidade administrativa, o qual exige, em regra, a regular instrução processual**”. (STJ, REsp 1.333.744/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 24/10/2017). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4029484-85.2019.8.24.0000, de Biguaçu, rel. Des. Henry Petry Junior, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 16/06/2020, grifei).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso, a fim de que se anule a sentença de rejeição liminar e se determine o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento da ação.

Este é o voto.

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Revisão Criminal (Grupo Criminal) N° 5028469-30.2020.8.24.0000

Relator: Antônio Zoldan da Veiga

REQUERENTE: KARINA FARIAS RENGEL

REQUERIDO: Terceira Câmara Criminal - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - Florianópolis

REVISÃO CRIMINAL. INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS. PRETENSÃO DE REVISAR O INCIDENTE E OBTER A RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO APREENDIDO EM AÇÃO PENAL. INADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NOS INCISOS DO ART. 621 DO CPP. REVISIONAL QUE É ADMITIDA TÃO SOMENTE PARA REVISÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA À RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA PESSOA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISIONAR DECISÃO INCIDENTAL ACERCA DE BENS. ILEGITIMIDADE ATIVA. REQUERENTE QUE É APENAS TERCEIRA INTERESSADA. REVISIONAL RESTRITA AO RÉU NA AÇÃO PENAL. EXEGESE DO ART. 623 DO CPP. VIA ELEITA INADEQUADA PARA A APRECIÇÃO DO PEDIDO. PLEITO DE GRATUIDADE. AÇÃO SEM ÔNUS PROCESSUAL. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Primeiro Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, não conhecer da revisão criminal, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de outubro de 2020.

RELATÓRIO

Karina Farias Rangel ajuizou ação de revisão criminal na qual objetiva desconstituir a decisão definitiva proferida no incidente de restituição de coisas apreendidas n. 0011261-53.2019.8.24.0033, vinculado a ação penal n. 0010712-43.2019.8.24.0033.

A revisionanda teve seu pedido de restituição do veículo Citroen C3, placas OWN-7672 indeferido (fls. 14-16 dos autos n. 0011261-53.2019.8.24.0033).

Irresignada, a revisionanda interpôs recurso de apelação, que foi conhecido e desprovido (fls. 56-60 dos autos n. 0011261-53.2019.8.24.0033).

Conforme certidão constante na fl. 65 dos autos n. 0011261-53.2019.8.24.0033, o acórdão do incidente de restituição de coisas apreendidas transitou em julgado em 21-5-2020.

Na presente revisional, a revisionanda pleiteou, em síntese, pelo deferimento da restituição do bem apreendido. Alegou que a devolução do automóvel de sua propriedade foi indeferida porque não houve a juntada do CRLV ou DUT. Afirmou que a apreensão do carro decorreu do tráfico de drogas por parte de seu genro, que pegava seu veículo emprestado com frequência, e que a revisionanda desconhecia que era para a prática delituosa.

Ressaltou que o veículo é de sua propriedade e que, mesmo após a apreensão, continuou pagando as parcelas do financiamento e dos respectivos impostos, bem como que só recentemente conseguiu ter acesso a prova nova, qual seja, os documentos que comprovam o domínio do bem, haja vista que estavam dentro do veículo na data da apreensão.

Aduziu que não há motivos para a manutenção da apreensão do veículo.

Ao final, requereu os benefícios da justiça gratuita e a procedência do pleito revisional (doc. 2).

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor Doutor Ernani Dutra, o qual se manifestou pelo não conhecimento da revisão criminal (doc. 13).

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 às 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.

In casu, vislumbra-se que a presente ação não merece conhecimento, à medida que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP, bem como por não haver legitimidade ativa, nos termos do art. 623 do CPP, e, ainda, pela inexistência de trânsito em julgado da sentença “condenatória” (art. 625, § 1º, do CPP), senão vejamos.

Na presente revisional, a requerente pleiteou, em síntese, pela restituição do bem apreendido

- veículo Citroen C3, placas OWM7672 -, a qual foi indeferida no incidente de restituição de coisas apreendidas n. 0011261-53.2019.8.24.0033, vinculado a ação penal n. 0010712-43.2019.8.24.0033.

Ocorre que a ação de revisão criminal destina-se à revisão da imposição da pena, conforme se infere das hipóteses previstas no art. 621 do CPP, grifadas acima, que tratam exclusivamente da sentença “condenatória”, de modo que o indeferimento de restituição de bens atrelados ao crime ou a decretação de sua perda nelas não estão incluídas, e, portanto, são insuscetíveis de ação revisional.

Nesse sentido, já decidiu a colenda Seção Criminal desta Corte:

REVISÃO CRIMINAL. (...) 2. CABIMENTO. RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO. (...) 2. Não se admite o ajuizamento de revisão criminal com o objetivo de modificar decisão que determinou o perdimento de bens apreendidos no curso da ação penal. (...). (TJSC, Revisão Criminal n. 4008386-15.2017.8.24.0000, de Palhoça, rel. Sérgio Rizelo, Seção Criminal, j. 26-07-2017, grifou-se).

E ainda:

TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS EMBASADO EM DEPOIMENTOS COLHIDOS EM JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL - PRETENSÃO ALHEIA ÀS HIPÓTESES DE CABIMENTO PREVISTAS NO ART. 621 DO CPP - VIA ELEITA INADEQUADA PARA A APRECIÇÃO DO PEDIDO - PEDIDO NÃO CONHECIDO (TJSC, Revisão Criminal n. 2003.023576-0, de Concórdia, rel. Gaspar Rubik, Seção Criminal, j. 31-03-2004, grifou-se).

Dessa feita, tendo em vista que o incidente de restituição de coisas apreendidas não se trata de condenação com restrição à liberdade da pessoa, não há sequer como conhecer do pedido revisional.

Corroborando a impossibilidade de revisar incidente de restituição de coisas apreendidas, o art. 623 do CPP estabelece a legitimidade ativa da revisão criminal ao próprio réu (ou procurador legalmente habilitado ou, em caso de sua morte, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão), impossibilitando, desse modo, de terceiro interessado ser autor do pedido revisional.

Assim, considerando que a requerente não é ré na ação penal, evidente sua ilegitimidade para propor a presente ação.

No mesmo norte, já decidiu a Corte Paranaense:

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO DO RÉU PELO CRIME DE TRÁFICO. PERDIMENTO DE VEÍCULO DE TERCEIRO EM FAVOR DA UNIÃO. PLEITO PELA RESTITUIÇÃO DO BEM. FALTA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO REVISIONAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 621, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA CAUSA DE PEDIR E ILEGITIMIDADE ATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR CARÊNCIA DE AÇÃO. (TJPR - 5ª C.

Criminal em Composição Integral - RCACI - 989411-1 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: Desembargadora Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Unânime - J. 29-8-2013) (TJ-PR - RVCR: 989411-1, rel. Desembargadora Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento: 29-8-2013. 5ª Câmara Criminal em Composição Integral. Data de Publicação: DJ 1194 27-9-2013, grifou-se).

Ademais, e não menos importante, cumpre ressaltar que sequer existe o trânsito em julgado da “sentença condenatória” - única sentença passível de ser revisionada - requisito indispensável a propositura de qualquer ação revisional, nos termos do § 1º do art. 625 do CPP.

Isto porque, compulsando os autos da ação penal n. 0010712-43.2019.8.24.0033, verifica-se que ela está pendente de análise do recurso especial interposto pelo réu (genro da ora requerente).

Por fim, quanto ao pleito de justiça gratuita, registra-se que a presente ação autônoma de impugnação não possui ônus processual, motivo pelo qual se dispensa a sua apreciação.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da revisão criminal.

Revisão Criminal (Grupo Criminal) Nº 5014536-87.2020.8.24.0000/SC

Relator: Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

REQUERENTE: TIAGO WILIAN SANTOS COUTINHO VIEIRA

REQUERIDO: Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palhoça

REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, II, DO CP).

REQUERIDA A COMPENSAÇÃO INTEGRAL da AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA com A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ARGUIDO QUE AMBAS SÃO IGUALMENTE PREPONDERANTES. TESE NÃO ACOLHIDA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL EXISTENTE, NA ÉPOCA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, ACERCA DA POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRAVANTE COM A ATENUANTE NO CASO DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. DISSONÂNCIA QUE PERMITIA MAIOR INCREMENTO DA PENA NA SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA. PRECEDENTE DESTE EGRÉGIO GRUPO JULGADOR PROLATADO EM ÉPOCA SEMELHANTE A DOS AUTOS DE ORIGEM.

REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E INDEFERIDA.

RELATÓRIO

Tiago Wilian dos Santos Coutinho Vieira ajuizou ação de revisão criminal na qual objetiva desconstituir a condenação definitiva proferida na ação penal n. 0005816-86.2017.8.24.0045.

O revisionando foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, por infração ao disposto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal, em regime inicial semiaberto (doc. 3, fls. 3-8).

Conforme certidão constante no doc. 3, fl. 9, o trânsito em julgado operou-se em 25-1-2019 para a acusação e em 29-4-2019 para a defesa.

Na presente revisional, o revisionando pleiteou, em síntese, pela compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, sob o argumento de que ambas são igualmente preponderantes, nos termos do art. 67 do CP, de modo que não haveria qualquer fundamento para distinguir a importância de cada uma no caso concreto.

Ao final, requereu a procedência do pleito revisional, com a readequação da pena do revisionando (doc. 2).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Antônio Günther, o qual se manifestou pelo conhecimento e indeferimento da revisão criminal (doc. 6).

VOTO

A revisão criminal constitui ação que visa desconstituir o decisum abrigado pelo manto da coisa julgada, razão pela qual seu cabimento é restrito às 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, merece conhecimento o pleito do revisionando - de compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea -, uma vez que se amolda ao disposto no inc. I do art. 621 do CPP.

A decisão condenatória reconheceu a existência da agravante da reincidência específica e da atenuante da confissão espontânea, mas não as compensou integralmente, segundo se infere do doc. 3, fls. 6-7:

Na segunda fase de aplicação da pena, observo a presença da agravante do art. 61, inc. I, do Código Penal, pois que o réu possui condenação por fato igual aos destes autos, com trânsito em julgado anterior, nos autos n. 0003334-40.2009.8.26.0030 (fl. 85), motivo pelo qual a reprimenda deve ser majorada em 1/5, dada a reincidência específica, aumentando-a em 05 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão. Verifico, ainda, a presença da atenuante de confissão espontânea, a qual reconheço e reduzo a pena em 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, quantificando a reprimenda em 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão. Inalterada a pena de multa.

Ao analisar a fundamentação acima, denota-se que não há equívoco no incremento da pena corporal aplicada, haja vista a divergência jurisprudencial existente na época do julgamento dos autos de origem (26-11-2018, doc. 3, fl. 8), acerca da possibilidade de compensação integral da agravante da reincidência, quando específica, com a atenuante da confissão espontânea.

Assim, tanto era possível que o Magistrado realizasse uma interpretação mais favorável ao acusado e compensasse integralmente as aludidas circunstâncias, ainda que existente a especialidade da agravante, quanto era permitido o incremento maior da pena pela preponderância da reincidência específica.

Para justificar a dissonância mencionada, destaca-se julgados distintos que foram proferidos por esta Corte em época semelhante a dos autos de origem:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO POR DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO DURANTE O REPOUSO NOTURNO (ART. 155, §§ 1º E 4º, I, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO POR FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. RECURSOS DEFENSIVOS E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO DA DEFESA. . PRETENDIDO AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS MAUS ANTECEDENTES, EM RAZÃO DO TRANSCURSO DE PRAZO SUPERIOR a 5 (CINCO) ANOS DO CUMPRIMENTO DA PENA. NÃO ACOLHIMENTO. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS, TRANSITADAS EM JULGADO, QUE PODEM SER UTILIZADAS PARA FINS DE MAUS ANTECEDENTES. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE QUE POSSIBILITA A UTILIZAÇÃO DA CONDENAÇÃO ATÉ O PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS APÓS O PRAZO DEPURADOR DA REINCIDÊNCIA. PRECEDENTES. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E SUA COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PARCIAL PROVIMENTO. ACUSADO QUE CONFESSA A PRÁTICA DELITUOSA EM JUÍZO. NECESSÁRIO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. NO ENTANTO, PRESENÇA DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE IMPOSSIBILITA A COMPENSAÇÃO INTEGRAL EM VIRTUDE DA PREPONDERÂNCIA DESTA. PRECEDENTES DESTA E DA COLETA CORTE. APELO MINISTERIAL. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO REPOUSO NOTURNO. CABIMENTO. NORMA QUE VISA COIBIR OS DELITOS PRATICADOS NO PERÍODO EM QUE NÃO HÁ ILUMINAÇÃO SOLAR E MENOR CIRCULAÇÃO DE PESSOAS. IRRELEVÂNCIA DO FATO DE SE TRATAR DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Execução provisória da pena. Sentença condenatória confirmada por esta corte de justiça. Preclusão da matéria fática às instâncias superiores. Determinação em observância a recente orientação do stf (hc n. 126292/sp), ratificada no julgamento do dia 05/10/2016 pelo plenário da mesma corte, em sede de repercussão geral, julgando o mérito do are 964246, representativo do tema 925. Princípio da efetividade da função jurisdicional. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E parcialmente PROVIDO E RECURSO DA ACUSAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0009924-45.2017.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 20-11-2018, grifou-se).

E, em sentido oposto:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO, MEDIANTE ESCALADA (ARTIGO 155, § 4º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS

DEFENSIVO E DA ACUSAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA COM O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. APELANTE REINCIDENTE. RESTITUIÇÃO DOS BENS À VÍTIMA QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA O RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE. ADEMAIS, ALTA REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE, QUE PRATICOU O DELITO MEDIANTE ESCALADA, FATORES QUE IMPOSSIBILITAM A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO. TIPICIDADE DA CONDUTA MANIFESTA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PLEITO MINISTERIAL DE AFASTAMENTO DA COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ E NESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO NO SENTIDO DA POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL, AINDA QUE A REINCIDÊNCIA SEJA ESPECÍFICA. DECISÃO MANTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0003281-08.2017.8.24.0039). TRANSMUDAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO, QUE PASSA DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA A DE CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000342-21.2018.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Norival Acácio Engel, Segunda Câmara Criminal, j. 06-11-2018, grifou-se).

Desse modo, vislumbra-se que, diante da divergência jurisprudencial demonstrada acima, não há reparos a serem feitos na segunda fase dosimétrica, uma vez que era admitido o maior acréscimo da pena decorrente da reincidência específica.

Oportuno frisar que este Primeiro Grupo Criminal, em época semelhante a dos autos de origem, perfilhava do mesmo entendimento externado na sentença condenatória objeto do pedido revisional, e impossibilitava a compensação integral diante da especialidade da reincidência.

É o que se infere do julgado abaixo:

REVISÃO CRIMINAL. (...) PRETENDIDA A READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA DE DOIS APENADOS. (...) FASE INTERMEDIÁRIA. PLEITO COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. (...). (TJSC, Revisão Criminal n. 4015536-47.2017.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Alexandre D'Ivanenko, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 27-06-2018, grifou-se).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer da revisão criminal e indeferir o pedido.

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000193-74.2020.8.24.0000, de Lages

Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME ACOLHENDO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO PARA APURAÇÃO DE DELITO DE FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CP). PRETENDIDA A PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO, QUE CONCLUIU PELA CONCESSÃO DA EXCLUDENTE DE TIPICIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. SUBTRAÇÃO DE CINCO CHOCOLATES, AVALIADOS EM APROXIMADAMENTE R\$ 30,00 (TRINTA REIS). RES DE BAIXO VALOR. CONTUDO, EMBARGANTE REINCIDENTE E QUE RESPONDE A OUTRAS DUAS AÇÕES PENAIS EM CURSO, PELO MESMO DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA INVIÁVEL. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000193-74.2020.8.24.0000, da comarca de Lages 1ª Vara Criminal em que é Embargante Roni Correa e Embargado Ministério Público de Santa Catarina.

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos embargos infringentes e rejeitá-lo. Vencido o Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo que vota no sentido de dar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel, Júlio César M. Ferreira de Melo, Antônio Zoldan da Veiga, Alexandre d'Ivanenko, Paulo Roberto Sartorato, Sérgio Rizelo e José Everaldo Silva. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, 07 de outubro de 2020

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Lages, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Roni Correa, dando-o como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, c/c art. 61, ambos do Código Penal, pela prática das condutas assim descritas na inicial acusatória:

No dia 29 de junho de 2018, por volta das 10h48min, o denunciado Roni Correa, dirigiu-se ao estabelecimento comercial denominado “Klöppel Supermercados”, situado na Rua Silvino Duarte Júnior, nº 30, bairro Popular, neste Município e, agindo com manifesto animus furandi, subtraiu para si 05 (cinco) barras de chocolate.

Após se retirar do local, os funcionários do estabelecimento verificaram na central de monitoramento sua ação delituosa, sendo que momentos depois conseguiram abordá-lo nas proximidades com os produtos do furto, sendo detido após a chegada dos policiais militares.

Merece ser frisado que somente parte da “res furtiva” foi restituída à vítima, sendo que o denunciado é reincidente em crime doloso.

Citado, o embargante formulou defesa preliminar e foi absolvido sumariamente da prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal, diante da atipicidade material da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância, o que o togado fez com fundamento no art. 397, III, do CPP (p. 88-90).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, discordando da absolvição, pontuando o elevado grau de reprovabilidade do comportamento do acusando, considerando ser ele reincidente e possuir diversos registros penais contra si (p. 104-114).

Juntadas as contrarrazões (p. 119-129), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil, opinou pelo conhecimento do recurso e pelo seu desprovimento (p. 141-144).

Na sessão de julgamento do dia 04-02-2020 a Segunda Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer e prover o recurso da acusação, a fim de desconstituir a sentença de absolvição sumária e determinar o regular prosseguimento do feito na origem, vencida a Excelentíssima Desembargadora Salete, que aplicava aos fatos o princípio da insignificância (p. 154-162).

A Defensoria Pública interpôs os presentes embargos infringentes, com vistas à prevalência do voto vencido, sustentando a aplicação do princípio da insignificância. Argumentou ser ínfimo o desvalor da conduta e do resultado, afirmando que o embargante “possui tão somente duas condenações definitivas - que não possuem relação com crimes patrimoniais - e três processos em andamento).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça Paulo Roberto de Carvalho Roberge, opinou pelo conhecimento e desprovimento dos embargos infringentes (p. 19-21).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de embargos divergentes ao acórdão prolatado pela Segunda Câmara Criminal que, por maioria de votos, acolheu o pedido do Ministério Público, afastando a aplicação do princípio da insignificância e, por consequência, desconstituiu a sentença e determinou o prosseguimento do feito para apuração da conduta descrita no art. 155, *caput*, do Código Penal, vencida a Excelentíssima Desembargadora Salete, que aplicava aos fatos o princípio da insignificância.

De pronto, deve ser comunicada à segunda Câmara Criminal para que seja ratificada a certidão de julgamento operando na Apelação Criminal n. 0005326-48.2018.8.24.0039, de Lages, agora alvo de divergência, por manifesto erro material, tendo em vista que constou deliberação por unanimidade quando o correto e por maioria de votos.

No mais, recurso é de ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A defesa pretende a prevalência do voto vencido, o qual reconheceu a incidência do princípio da insignificância.

Data venia, sem razão.

É cediço que o princípio da bagatela, como causa supralegal de exclusão da tipicidade, recomenda considerar-se penalmente atípica a conduta criminosa que, a despeito de se subsumir formalmente ao tipo incriminador, é inapta a lesar ou pôr em risco o bem jurídico tutelado e a ordem social.

Segundo o entendimento consolidado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a aplicação do aludido benefício pressupõe: a) a mínima ofensividade da conduta; b) a ausência de periculosidade social da ação; c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica (HC 92.463 e HC 92.961 do STF e REsp 1084540 do STJ).

Na hipótese que se apresenta, o acusado subtraiu para si, é verdade, cinco barras de chocolate, avaliadas em R\$ 30,43 (trinta reais e quarenta e três centavos) – valor, de fato, inferior ao correspondente salário mínimo vigente à época dos fatos.

Entretanto, além do valor da *res* subtraída, o registro criminal do agente deve ser observado, pois a habitualidade da conduta criminosa tem o condão de afastar a irrelevância penal do fato.

É o entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Penal. Receptação (CP, art. 180). Condenação. Pretendido reconhecimento do princípio da insignificância. Impossibilidade. Comprovada contumácia delitiva da agravante na prática de crimes contra o patrimônio. Precedentes. Agravo não provido. 1. Não se mostra possível acatar a tese de irrelevância material da conduta praticada pela agravante, pois, não obstante a inexpressividade do bem subtraído, as informações extraídas dos autos são inequívocas quanto a sua condição de contumaz na prática de crimes contra o patrimônio, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância, na linha da jurisprudência da Corte. 2. O Tribunal Pleno, ao denegar o HC nº 123.108/MG, o HC nº 123.533/SP e o HC nº 123.734/MG (sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso), **consolidou o entendimento de que a habitualidade delitiva específica ou a reincidência obstam o reconhecimento do princípio da insignificância** (Informativo nº 793/STF). 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento (RHC 152146 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 27/03/2018) (grifou-se).

In casu, o acusado é reincidente, ostentando condenação anterior pela prática de lesão corporal (autos n. 006705-20.2001.8.24.0039), bem como por tráfico de drogas (0016255-68.2010.8.24.0039).

Além disso, ostenta ações penais em andamento por suposta prática de delito semelhante ao apurado nestes autos (autos n. 0005999-12.2016.8.24.0039 e autos n. 0010329-18.2017.8.24.0039).

Tais circunstâncias inviabilizam a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que eleva, ainda mais, a reprovabilidade da conduta.

Destaca-se que referida benesse deve ser reservada a circunstâncias excepcionais.

A propósito:

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). PRETENDIDA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE ENTENDEU PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE E QUE RESPONDE A OUTROS PROCESSOS. PERICULOSIDADE SOCIAL MANIFESTA E ALTA REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DEFLAGRADO. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL NA ORIGEM IMPERIOSO. REFORMA DO DECISUM MANTIDA. EMBARGOS IMPROCEDENTES.

“A existência de outras ações penais em curso, conquanto não configure a reincidência, infere a contumácia na prática delitiva, afastando, por consequência, o princípio da insignificância” (Apelação Criminal n. 0000412-44.2017.8.24.0113, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 23-04-2020). (TJSC, Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000418-94.2020.8.24.0000, de Criciúma, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 29-07-2020).

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. [...] PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RÉ REINCIDENTE. NÃO CABIMENTO. CONDENAÇÃO PRESERVADA. 1 Nos crimes contra o patrimônio, a posse da res furtiva constitui elemento forte e pode conduzir à inversão do ônus da prova, todavia cabe à acusação, que detém a obrigação jurídica de provar o alegado na denúncia, e não ao réu albergado constitucionalmente pelo princípio da presunção de inocência, em um sistema processual penal acusatório, derruir as justificativas eventualmente lançadas e apresentar outros elementos de convicção que corroborem aquela presunção. 2 Na aplicação do princípio da insignificância devem ser apreciados, além do valor da coisa subtraída, a extensão da lesão ao bem jurídico protegido pela norma e as circunstâncias subjetivas do agente, notadamente aquelas relativas ao seu comportamento social e à sua vida pregressa [...] RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 0002366-85.2010.8.24.0044, de Orleans, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 11/07/2017 - grifou-se).

Desse modo, reconhecer o princípio da bagatela seria o mesmo que consagrar a impunidade e instigar a criminalidade. Ademais, “O princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar, praticamente *in genere*, uma norma incriminadora (STJ)” (Apelação Criminal nº 00.024989-0, de Xanxerê, rel. Des. Irineu João da Silva).

Logo, *venia*, o ora embargante não faz jus a tal benefício, seja pela condição de reincidente, embora não específico, seja pelas ações que estão a tramitar, uma delas por prática de delito da mesma natureza.

Logo, inviável acolher o pedido de prevalência do voto vencido.

Em decorrência vota-se pelo conhecimento e desprovemento dos embargos infringentes.

É o voto.

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000193-74.2020.8.24.0000

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo.

Na sessão do dia 30 de setembro do corrente ano, o Primeiro Grupo de Direito Criminal julgou o presente recurso, tendo decidido -por maioria de votos, conhecer dos embargos infringentes e rejeitá-lo. **Vencido o Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo que vota no sentido de dar provimento ao recurso.**

Extrai-se da ementa do acórdão:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME ACOLHENDO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO PARA APURAÇÃO DE DELITO DE FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CP). PRETENDIDA A PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO, QUE CONCLUIU PELA CONCESSÃO DA EXCLUDENTE DE TIPICIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. SUBTRAÇÃO DE CINCO CHOCOLATES, AVALIADOS EM APROXIMADAMENTE R\$ 30,00 (TRINTA REIS). RES DE BAIXO VALOR. CONTUDO, EMBARGANTE REINCENTE E QUE RESPONDE A OUTRAS DUAS AÇÕES PENAIS EM CURSO, PELO MESMO DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA INVIÁVEL. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

Ousei discordar da douta maioria pelas seguintes razões:

Acompanho desta forma o voto vencido, da lavra da Eminente Desembargadora Salete Silva Somariva, que assim se manifestou:

Dissenti da douta maioria pelas mesmas razões existentes na sentença de p. 88/90, destacando-se:

Neste norte, verifico que tal benesse merece ser aplicada, haja vista que o delito em questão não gerou danos de elevada magnitude ao bem jurídico tutelado, de modo que a conduta perpetrada pelo acusado tornou-se atípica, justificando, pois, a abstenção da incidência do direito penal na hipótese.

Tem-se que a denúncia imputa ao réu, a prática do crime de furto, eis que intentou, face ao estabelecimento comercial Kloppel Supermercados, subtrair, cinco (05) barras de chocolate, avaliadas em trinta reais e quarenta e três centavos (R\$ 30,43), conforme Auto de Avaliação acostado à fl. 06.

Assim, considerando o valor irrisório da res furtiva, bem como o patrimônio da suposta vítima, grande supermercado do município, não havendo assim dano ao bem jurídico tutelado.

Desse modo, considerando o irrisório valor da res furtiva, bem como o fato de a vítima se tratar de um supermercado de médio porte, entendi ser o caso de aplicação do princípio da insignificância.

Conforme as ensinanças do saudoso Luiz Flávio Gomes sobre a matéria:

No que se relaciona com a admissibilidade do princípio da insignificância no Direito Penal já não há o que se discutir. Dos fatos mínimos (dos delitos de bagatela) não deve cuidar o juiz (minima non curat praetor).

Esse importante princípio, já aplicado no tempo do direito romano e recuperado depois da segunda guerra por Roxin (Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, em JUS, 1964, p. 373 e ss.), vem sendo reconhecido amplamente pelos juízes e tribunais, especialmente nos delitos de descaminho, furto etc.

Conseqüências práticas: ninguém pode ser preso em flagrante por fato absolutamente insignificante (por ser atípico). Ninguém pode ser processado por isso. O correto, portanto, em razão da atipicidade penal do fato, é arquivar o caso logo no princípio (...).

Tipo legal não é a mesma coisa que tipo penal. Subsunção formal não é adequação típica material. O Direito penal já não se coaduna com a dogmática formalista do século XX. Por força do princípio da intervenção mínima nem toda ofensa ao bem jurídico merece sanção penal. O critérios de política criminal (intervenção mínima, por exemplo) faz parte do Direito penal (Roxin). Esse é o novo Direito penal, que se mostra antagônico frente ao Direito penal formalista e literalista do século passado.

Duas são as hipóteses de insignificância no Direito penal: (a) insignificância da conduta; (b) insignificância do resultado.

No delito de arremesso de projétil (CP, art. 264: 'Arremessar projétil contra veículo, em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar: pena - detenção de 1 a 6 meses'), quem arremessa contra um ônibus em movimento um bolinha de papel pratica uma conduta absolutamente insignificante; no delito de inundação (CP, art. 254: 'Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: pena - reclusão de 3 a 6 anos, no caso de dolo, ou detenção de 6 meses a 2 anos, no caso de culpa'), quem joga um copo d'água numa represa de 10 milhões de litros de água pratica uma conduta absolutamente insignificante.

Nessas hipóteses, o risco criado (absolutamente insignificante) não pode ser imputado à conduta (teoria da imputação objetiva em conjugação com o princípio da insignificância). Estamos diante de fatos atípicos.

No delito de furto (CP, art. 155), quem subtrai uma cebola e uma cabeça de alho, que totaliza R\$ 4,00, pratica uma conduta relevante (há desvalor da ação) mas o resultado jurídico (a lesão) é absolutamente insignificante (não há desvalor do resultado). Também nessa hipótese o fato é atípico. Não há incidência do Direito penal.

Mas ficaria impune o autor do fato insignificante? Não. Deve recair sobre ele todas as sanções civis (indenização), trabalhistas (despedida do empregado, quando o caso) etc. O que não se justifica é a aplicação do Direito Penal. Não devemos utilizar o canhão para matar um passarinho" (Revista Consultor Jurídico, 21 de maio de 2002).

Assim, é cediço que a concepção de aplicabilidade da reprovação penal no contexto atual não mais se restringe à subsunção do fato delitivo à norma incriminadora inculpada, mas também à necessária presença de uma terceira condicionante, a lesividade da conduta para vítima.

Nesta mesma vertente dispõe Maurício Antônio Ribeiro Lopes: “(...) o princípio da insignificância é que erige uma hermenêutica dinâmica projetada sobre o direito Penal já construído, buscando atualizar e materializar a tipicidade e a ilicitude em função do resultado concreto da ação ou do móvel inspirador do comportamento” (in *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2ª ed., pág. 82).

Esta orientação justifica-se, ainda mais, quando se observa que o tipo penal resta composto por três elementos, quais sejam: a ação, o resultado e o nexa causal. A existência de crime e eventual sanção consequente exige destarte, ao par da ação e do nexa causal, a configuração de um resultado, que, na realidade, traduz-se na lesão a bem juridicamente protegido. Ou seja, ausente o resultado, não há conduta típica.

Ao passo de todos estes fundamentos, resta salientar finalmente que, conforme repisado, exsurge-se dispendiosa e improficua a movimentação da máquina estatal para apuração de delitos de menor significância, como é o caso. Na mesma proporção, verifica-se salutar o direcionamento destes recursos no combate aos delitos que merecem de fato a reprovação penal.

É o que também preleciona Damásio de Jesus:

Princípio da insignificância. Ligado aos chamados ‘crimes de bagatela’ (‘ou delitos de lesão mínima’), recomenda que o direito penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves (pequeníssima relevância material). Esse princípio tem sido adotado pela nossa jurisprudência nos casos de furto de objeto material insignificante (subtração de um pano de chão, sapatos usados de pouco valor, uma passagem de ônibus etc...); lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima; descaminho e dano de pequena monta; lesão corporal de extrema singeleza, etc... (Código Penal Anotado, 9.ª ed. rev., SP: Saraiva, 1999, p. 2) (sublinhou-se).

Com efeito, antecipando-se a adoção do princípio da insignificância como fundamento para prolação de eventual sentença absolutória, ao final de toda a instrução, pela atipicidade da conduta, alguns Tribunais vem abarcando este princípio. No julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.412/SP, da relatoria do Min. Celso de Mello (j. 19.10.2004), o Supremo Tribunal Federal inclusive elencou os quatro requisitos necessários para o reconhecimento da bagatela: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal”.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina faz coro, aplicando o princípio inclusive em furtos qualificados:

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. ARTIGO 155, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO CONDENATÓRIA. INVIABILIDADE. TESE DE ATIPICIDADE MATERIAL. CRIME DE BAGATELA. RES FURTIVA DE VALOR MÓDICO. CONDUTA DE MÍNIMA OFENSIVIDADE E ÍNFIMO GRAU DE REPROVABILIDADE VERIFICADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. Sendo módico o valor da res furtiva, é viável a aplicação do princípio da insignificância quando a conduta perpetrada se revela de mínima ofensividade e de ínfimo grau de reprovabilidade, a exemplo do caso concreto, onde o réu subtraiu bebidas e cigarros, sendo tudo avaliado em R\$ 267,00 (duzentos e sessenta e sete reais), valor irrisório para a vítima, bar de médio porte dessa Capital. Além disso, a res furtiva foi restituída, não havendo falar em prejuízo. CRIME QUALIFICADO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE TIPICIDADE. O simples fato da ocorrência de crime qualificado, por si só, não obsta ao reconhecimento da atipicidade material decorrente da aplicação do princípio da insignificância, desde que preenchidos os demais requisitos estabelecidos pelos Tribunais Superiores. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.005291-3, da Capital, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 08-08-2013).

Desta feita, considerando que no caso dos autos tem-se o furto de **CINCO CHOCOLATES, AVALIADOS EM APROXIMADAMENTE R\$ 30,00 (TRINTA REAIS)**, o caminho mais judicioso é o reconhecimento da insignificância da conduta perpetrada.

Em suma, tem-se a seguinte situação: reconhecido o princípio da insignificância nos termos aduzidos, não há que se falar na tipicidade da conduta. Esta, por sua vez, juntamente da culpabilidade e da antijuridicidade compõe o crime, logo, não se vislumbrando a tipicidade da conduta, inconcebível se mostra a o recebimento da denúncia, uma vez que ausente justa causa para o processamento da ação penal.

O tema realmente é alvo de intermináveis discussões doutrinárias e legais. Em algumas oportunidades (inclusive quando atuava no primeiro grau), apliquei o princípio da insignificância (bagatela) como excludente de tipicidade.

Nunca é demais lembrar que a tipicidade material se avalia objetivamente, afastada a análise de qualquer condição subjetiva do agente, principalmente circunstâncias pessoais anteriores ao fato.

De qualquer forma, alio-me à corrente que considera o crime narrado, e na forma como foi cometido, como de bagatela, conforme adiante será esclarecido, mesmo se fosse o caso de coexistência com a reincidência.

No que se refere à possibilidade de reconhecer-se o princípio da insignificância, ou mínimo grau de lesividade da conduta, trago à colação diversos julgados do STF e do STJ. Vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. TENTATIVA DE FURTO. ART. 155, CAPUT, C/C ART. 14, II, DO CP). REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. FURTO FAMÉLICO. ESTADO DE NECESSIDADE X INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.

SITUAÇÃO DE NECESSIDADE PRESUMIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. *HABEAS CORPUS* EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância incide quando 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. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. O valor da res furtiva não pode ser o único parâmetro a ser avaliado, devendo ser analisadas as circunstâncias do fato para decidir-se sobre seu efetivo enquadramento na hipótese de crime de bagatela, bem assim o reflexo da conduta no âmbito da sociedade. 4. In casu, a) a paciente foi presa em flagrante e, ao final da instrução, foi condenada à pena de 4 (quatro) meses de reclusão pela suposta prática do delito previsto no art. 155, caput, c/c o art. 14, II, do Código Penal (tentativa de furto), pois, tentou subtrair 1 (um) pacote de fraldas, avaliado em R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais) de um estabelecimento comercial. b) A atipicidade da conduta está configurada pela aplicabilidade do princípio da bagatela e por estar caracterizado, *mutatis mutandis*, o furto famélico, diante da estado de necessidade presumido evidenciado pelas circunstâncias do caso. 5. O furto famélico subsiste com o princípio da insignificância, posto não integrem binômio inseparável. É possível que o reincidente cometa o delito famélico que induz ao tratamento penal benéfico. 6. Os fatos, no Direito Penal, devem ser analisados sob o ângulo da efetividade e da proporcionalidade da Justiça Criminal. Na visão do saudoso Professor Heleno Cláudio Fragoso, alguns fatos devem escapar da esfera do Direito Penal e serem analisados no campo da assistência social, em suas palavras, preconizava que “não queria um direito penal melhor, mas que queria algo melhor do que o Direito Penal”. 7. A competência desta Corte para a apreciação de *habeas corpus* contra ato do Superior Tribunal de Justiça (CRFB, artigo 102, inciso I, alínea “i”) somente se inaugura com a prolação de decisão do colegiado, salvo as hipóteses de exceção à Súmula nº 691 do STF, sendo descabida a flexibilização desta norma, máxime por tratar-se de matéria de direito estrito, que não pode ser ampliada via interpretação para alcançar autoridades - no caso, membros de Tribunais Superiores - cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo. 8. *Habeas corpus* extinto por inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal, em razão da atipicidade da conduta da paciente” (HC 119672 / SP - SÃO PAULO - *HABEAS CORPUS* - Relator(a): Min. LUIZ FUX - Julgamento: 06/05/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação 03-06-2014).

Ainda:

Habeas Corpus. 2. Tentativa de furto. Bem de pequeno valor (R\$ 100,00). Mínimo grau de lesividade da conduta. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Precedentes. 4. Reincidência. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. 5. Ordem concedida (HC 108872 / RS - RIO GRANDE DO SUL - *HABEAS CORPUS* - - Relator(a): Min. GILMAR MENDES - Julgamento: 06/09/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma).

STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE FURTOS SIMPLES. BENS DE PEQUENO VALOR RESTITUÍDOS À VÍTIMA. REGISTRO DE ANTECEDENTE CRIMINAL.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 1. A intervenção do Direito Penal há de ficar reservada para os casos realmente necessários. Para o reconhecimento da insignificância da ação, não se pode levar em conta apenas a expressão econômica da lesão. Todas as peculiaridades do caso concreto devem ser consideradas, por exemplo, o grau de reprovabilidade do comportamento do agente, o valor do objeto, a restituição do bem, a repercussão econômica para a vítima, a premeditação, a ausência de violência, o tempo do agente na prisão pela conduta etc. 2. Nem a reincidência nem a reiteração criminosa, tampouco a habitualidade delitiva, são suficientes, por si sós e isoladamente, para afastar a aplicação do denominado princípio da insignificância. 3. Na espécie, as catorze barras de chocolate foram integralmente restituídas à vítima da tentativa de furto, e, não obstante a existência de antecedentes criminais em crime de mesma natureza, a conduta do paciente não traduz lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no RHC 55560 / MG - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINARIO EM *HABEAS CORPUS* - 2015/0003761-0 - Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) - 04/08/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. RES FURTIVA AVALIADA EM R\$ 79,80 (SETENTA E NOVE REAIS E OITENTA CENTAVOS). IRRELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL, NÃO OBSTANTE TRATAR-SE DE PACIENTE COM OUTRA CONDENAÇÃO POR CRIME PATRIMONIAL. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA DESTA TRIBUNAL. - O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal. - O Supremo Tribunal Federal já consagrou o entendimento de que, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, de forma cumulada, os seguintes requisitos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, HC n. 112.378/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJe 18/9/2012). - Em precedentes de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, tem-se admitido a aplicação do princípio da insignificância quando, no exame do caso concreto, resta evidenciada a ínfima lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado. Isso se dá em observância aos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima, segundo os quais o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade. Nesse sentido, deve ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas não só no aspecto econômico, mas também em razão do grau de afetação da ordem social. - In casu, a denúncia imputa ao paciente a conduta de tentar furtar uma garrafa de licor da marca “Frangelico”, avaliada em R\$ 79,80 (setenta e nove reais e oitenta centavos), pertencente ao estabelecimento comercial denominado Casa do Arroz. - Apesar de se tratar de paciente com outra condenação, também por crime contra o patrimônio, não ficou demonstrada a presença de lesão significativa ao bem jurídico tutelado que justifique a intervenção do Direito Penal, sendo imperioso o reconhecimento da atipicidade material da conduta, com o respectivo trancamento da ação penal. Ressalva do entendimento pessoal deste Relator. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para absolver o paciente da condenação proferida pelo juiz de primeiro grau (HC 321423 / RJ - *HABEAS CORPUS* 2015/0087087-5 - Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (8370) - Órgão Julgador - T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 16/06/2015).

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. WRIT CONCEDIDO, DE OFÍCIO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso em ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante

ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica. 2. A despeito da subsunção formal de um tipo penal a uma conduta humana, é possível concluir-se pela atipicidade material da conduta, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do comportamento verificado. 3. Não mais se sustenta, no processo penal atual, a ideologia mecanicista de aplicação da lei, motivo pelo qual se exige a singularização do caso julgado, de modo a construir-se artesanalmente a decisão, externando, mercê da suficiente motivação do ato, as razões que levaram o órgão competente a, apreciadas as questões fáticas, com suas particularidades, escolher, entre as possíveis interpretações jurídicas, a que melhor o conduziu à justa aplicação do direito ao caso concreto. 4. Levando em conta as exigências de uma leitura diferenciada do conflito de natureza penal - dadas as peculiaridades que distinguem a jurisdição penal da civil -, não há de se fechar o juiz criminal aos mandados de otimização que derivam de princípios que interferem na atividade punitiva do Estado, máxime aqueles que subjazem à idéia da necessidade, como base justificadora e legitimadora da sanção penal. 5. Se do ponto de vista dogmático a existência de maus antecedentes não poderia ser considerada como óbice ao reconhecimento da insignificância penal - por aparentemente sinalizar a prevalência do direito penal do autor e não do fato - não deve o juiz, ao avaliar a tipicidade formal, ignorar o contexto que singulariza a ação como integrante de uma série de outras de igual natureza, as quais evidenciam o comportamento humano avesso à norma incriminadora. 6. A simples existência de maus antecedentes penais, sem a devida e criteriosa verificação da natureza desses atos pretéritos, não pode, só por si, servir de barreira automática para a invocação do princípio bagatelar. 7. O caso concreto diz respeito à subtração, em concurso de agentes, de res furtiva (8 frascos de desodorante spray e 4 frascos de desodorante rollon de propriedade de estabelecimento comercial) cujo valor foi avaliado em R\$ 43,30. 8. É certo que o furto qualificado pelo concurso de agentes, segundo entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não inviabiliza, só por si, o reconhecimento do princípio da insignificância, sobretudo quando não é alterada a percepção acerca da gravidade da ação delituosa. Precedente do STJ: HC 250.273/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 13.09.2013. 9. No caso dos autos, o acórdão impugnado informou, ao analisar a dosimetria da pena, que o paciente Paulo tem maus antecedentes (por furto e roubo), motivo pelo qual não há como reconhecer a atipicidade material dessa conduta, sobretudo em função da compreensão desta Sexta Turma acerca da aplicação do princípio da insignificância. 10. Forçoso concluir, por conseguinte, que não se constata periculosidade social, ofensividade ou expressividade da lesão jurídica provocada, a merecer a intervenção do Direito Penal, somente na conduta do paciente César. 11. *Habeas corpus* não conhecido. Writ concedido, de ofício, a fim de, aplicando o princípio da insignificância, absolver, nos termos do art. 386, III, do CPP, tão-somente o paciente César Rodrigues Cachoeira, nos autos do processo n. 152/10, em trâmite na Terceira Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo (Processo HC 225991 / SP - *HABEAS CORPUS* 2011/0281141-1 - Relator(a) Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158) - Órgão Julgador - T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 26/11/2013).

Ainda:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FURTO DE 03 (TRÊS) LATAS DE CERA AUTOMOTIVA, MARCA GRAND PRIX, AVALIADAS EM R\$ 24,00 (VINTE E QUATRO REAIS). AGENTE REINCENTE ESPECÍFICO, PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES E CONTUMAZ NA PRÁTICA DE DELITOS DE FURTO. NÃO OCORRÊNCIA DE REDUZIDÍSSIMO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO PACIENTE. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NOVA ORIENTAÇÃO

JURISPRUDENCIAL DO STF. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PRESENÇA DE TIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido *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”, não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal. II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em *Habeas corpus* julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal. III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócua e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna. IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal, que não merece conhecimento, seja concedido *habeas corpus*, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica. V. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 84.412/SP, da relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, concluiu, para a incidência do princípio da insignificância, ser necessária a incidência de quatro vetores, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP, DJU de 19/11/2004). VI. Na hipótese, não obstante o pequeno valor dos bens furtados - 3 (três) latas de cera automotiva, marca Grand Prix, avaliadas em R\$ 24,00 (vinte quatro reais), restituídas à vítima -, não se mostra desproporcional a persecução penal, uma vez ausente o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente, reincidente específico na prática de crime de furto, ostentando seis condenações transitadas em julgado, três por furto, gerando duas delas maus antecedentes, existindo, ainda, uma Ação Penal, por tentativa de furto, em curso, o que afasta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, e, por conseguinte, o reconhecimento da atipicidade material da conduta. Precedentes do STF e da 5ª Turma do STJ. VII. Não se descarta da existência de julgados anteriores, inclusive de minha relatoria, no sentido de que “condições pessoais desfavoráveis, tais como como a reincidência ou os maus antecedentes, não constituem óbice ao reconhecimento do princípio da insignificância” (STJ, HC 243.958/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe de 26/09/2012; AgRg no REsp 1.344.013/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe de 14/03/2013). VIII. Todavia, em recentes julgados, ambas as Turmas do STF adotaram a orientação de que “o criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida” (STF, HC 110.841, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, maioria, DJe de 14/12/2012). Na mesma orientação: “No caso sob exame, a conduta das pacientes não pode ser considerada minimamente ofensiva, pois, além de apresentar elevado grau de reprovabilidade, por serem contumazes na prática incriminada, verifica-se que a segunda recorrente é reincidente (...) Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática desses pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade” (STF, RHC 117.003, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, unânime, DJe de 21/08/2013). Em igual sentido: STF, HC 114.548, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, unânime, DJe de 27/11/2012; STF, HC 115.331, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, unânime, DJe de 01/07/2013. Seguindo idêntica orientação os julgados da 5ª Turma do STJ: AgRg no AREsp 388.938/DF, Rel.

Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 23/10/2013; RHC 37.453/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 27/09/2013. IX. Revisão do entendimento da Relatora, tendo em vista a orientação jurisprudencial recente, de ambas as Turmas do STF, consolidada em diversos precedentes, no sentido da impossibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância aos agentes reincidentes em crimes patrimoniais ou de comprovada contumácia ou habitualidade na mesma prática delituosa. Entendimento da 6ª Turma do STJ, no sentido de que deverão ser analisadas as peculiaridades de cada situação concreta, para afastar ou não a aplicação do princípio da insignificância. X. *Habeas corpus* não conhecido” (Processo HC 248927 / MG - *HABEAS CORPUS* 2012/0149587-0 - Relator(a) Ministra ASSUSETE MAGALHÃES (1151) - Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento 21/11/2013).

Como muito bem salientado por Juliano Rafael Bogó, em uma de suas sentenças, a criminalização primária (legislador) e secundária (instâncias encarregadas da persecução penal) está sujeita a limites estabelecidos pelos princípios da intervenção mínima e da lesividade, bem como pelos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição.

Não se pode criminalizar toda e qualquer conduta reprovável do ponto de vista moral, sem que haja relevante ofensa a um bem jurídico. Igualmente, não se pode impor uma sanção penal sem que a conduta do réu tenha causado significativa lesão a um bem jurídico protegido. Ou seja, o Direito Penal opera de forma fragmentária, tendo sempre como referência o princípio da lesividade (cf. LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 380).

Juarez Cirino dos Santos ensina:

O princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em casos de lesões irrelevantes contra bens jurídicos protegidos na lei penal, porque considera o bem jurídico do ponto de vista qualitativa (natureza do bem jurídico) e do ponto de vista quantitativo (extensão da lesão do bem jurídico). 1. Do ponto de vista qualitativo (natureza do bem jurídico), o princípio da lesividade impede a criminalização primária e secundária excludente ou redutora das liberdades constitucionais de pensamento, de consciência e de crença, de convicções filosóficas e políticas ou de expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, garantidas pela Constituição acima de qualquer restrição da legislação penal. 2. Do ponto de vista quantitativo (extensão da lesão do bem jurídico), o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes a bens jurídicos. Nessa medida, o princípio da lesividade é a dimensão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, com a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc, não constituem crime” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal*. 2 ed. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 14-15).

Registre-se que antecedentes penais não são questões a serem consideradas no momento da análise da tipicidade da conduta.

Colhe-se das lições de Rogério Greco:

[...] tipicidade significa “a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo poena incriminador [...]. A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo) faz surgir a tipicidade formal ou legal. Essa adequação deve ser perfeita, pois, caso contrário, o fato será considerado formalmente atípico. [...] Entretanto, esse conceito de simples acomodação do comportamento do agente ao tipo não é suficiente para que possamos concluir pela tipicidade penal, uma vez que esta é formada pela conjugação da tipicidade formal (ou legal) com a tipicidade conglobante. [...] A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por esta, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material). [...] Sabemos que a finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade. O princípio da intervenção mínima, que serve de norte para o legislador na escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal, assevera que nem todo e qualquer bem é passível de ser por ele protegido, mas somente aqueles que gozem de certa importância. Nessa seleção de bens, o legislador abrigou, a fim de serem tutelados pelo Direito Penal, a vida, a integridade física, o patrimônio, a honra, a liberdade sexual etc. Embora tenha feito a seleção dos bens que, por meio de um critério político, reputou como os de maior importância, não podia o legislador, quando da elaboração dos tipos penais incriminadores, descer a detalhes, cabendo ao intérprete delimitar o âmbito de sua abrangência. [...] Assim, pelo critério da tipicidade material é que se afere a importância do bem no caso concreto, a fim de que possamos concluir se aquele bem específico merece ou não ser protegido pelo Direito Penal” (Curso de Direito penal: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 164-168).

Portanto, não faz sentido algum fazer juízos valorativos sobre a vida pregressa do autor do fato, considerando seus antecedentes, para definir se a conduta que lhe é imputada atende ao conceito material de tipicidade. Entender o contrário é defender o direito penal do autor, ignorando os postulados básicos do direito penal e os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Por fim, anote-se que, consoante lição de Aury Lopes Jr., são condições da ação penal: a) prática de fato aparentemente criminoso (tipicidade aparente); b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte; d) justa causa (LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 373). Logo, se, no caso em análise, inexistente tipicidade material, está ausente uma das condições da ação penal”.

Releva ponderar, nesse diapasão, que precisamos de urgente alteração legislativa, haja vista a insuportável e injustificada demanda de crimes contra o patrimônio (sem violência) em todos os graus de jurisdição. A uma porque esse tipo de crime deveria depender de representação da vítima (simplesmente não interessa mais à sociedade, que atualmente está preocupada com as organizações criminosas que infernizam nossas vidas). A duas porque resta inadmissível que um Tribunal de Justiça seja forçado a se debruçar na análise de delitos desta natureza que, ao nosso entender, deveria ficar ao encargo da Justiça de Primeiro Grau (com recuso para as turmas recursais). Por fim, e não menos importante, a legislação deveria estabelecer critérios claros para casos como o que se apresenta.

Em consequência do exposto, reconheço em todas as linhas o princípio da insignificância.

Nesta linha de raciocínio, vale a transcrição de trecho da sentença proferida pelo Dr. Roberto Wider, da Comarca de Niterói, que lá pelas tantas anunciou quando falava do sistema penal brasileiro:

“uma prova fácil e contundente disto pode ser encontrada no artigo publicado em “O Globo”, de 6/10/75: Segunda-feira, página 33 - Do cleptomaniaco ao ladrão, o furto nos supermercados. Destaca-se, entre outras referências, o seguinte:

“Os amadores jamais chegam à Polícia. Apesar de serem responsáveis por 90%, em média, dos prejuízos causados às grandes lojas, são soltos depois que a mercadoria é recuperada (ou paga) e, além do vexame, passam no máximo, pelo dissabor de assinar uma ficha estatística, onde o gerente anota o valor da mercadoria, data, hora e método empregado para o furto. A recusa dos comerciantes em chamar a Polícia, em alguns casos tem sua razão de ser: são comuns os casos semelhantes ao de Madame X, envolvendo os chamados fregueses “colunáveis”. Alguns dos grandes magazines têm conta aberta para determinados “distraídos”: o fiscal vai seguindo as pessoas e anotando as mercadorias roubadas. O freguês parte sem qualquer abordagem...

É a classe média a maior responsável pelos furtos nos supermercados e lojas.”

Esse depoimento foi prestado em 1975. Trago à colação para provar que nada, ou muito pouco, mudou ou melhor, piorou sensivelmente.

Nesse sentido, assim decidindo, faço melhor Justiça, evitando talvez a produção de mais efeitos negativos à personalidade do indiciado, cujas consequências refletiriam novamente na sociedade, que não assume a responsabilidade por ele.

É bem verdade que somente tal ato judiciário não comporá o desequilíbrio em que se acha lançada o indiciado, pois necessita ela que lhe seja aberta uma autêntica porta para o caminho da recuperação, tarefa esta que cabe ao Estado, mas, minha parcela de colaboração foi aqui lançada.

Consigne-se que, lamentavelmente, o Juiz brasileiro não tem condições favoráveis de exercício judicante que lhe permita, como devia ser, dedicar ampla atenção a cada processo aparentemente simples como este, mas, que traz em seu bojo o destino de um ser humano.

Com o esgotamento do paradigma positivista, adotamos o modelo de jurisdição, com ênfase no “homem-pessoa” convivente e assim do homem no seu direito e no seu dever de responsabilidade.

Nesse contexto, os princípios revestem-se de fundamental importância, pois guardam estreita relação com os direitos fundamentais.

Preleciona PAULO BONAVIDES (Curso de Direito Constitucional, 10 ed. rev. at. amp.. São Paulo: Malheiros, 2000, p.232-238) que trilharam os princípios três fases distintas. Na primeira - jusnaturalista - habitavam uma esfera por inteiro abstrata, sendo sua normatividade nula ou duvidosa. Numa segunda fase, a dogmática positivista restringiu a aplicação dos princípios (a que amiúde se atribuía o predicativo gerais de direito, como se vê no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro) à solução dos casos de lacuna da lei. A terceira fase é a do pós-positivismo, em que os princípios têm reconhecido seu caráter normativo e freqüentemente ganham assento no texto das constituições e dos tratados de Direito Internacionais e Comunitário, vinculando a conduta humana e os julgamentos judiciais.

Quando o juiz assume as funções de político jurídico, observando a terceira fase acima preconizada, deixa de ser mero espectador, ganhando papel relevante no seio da Sociedade, passando a fazer parte do centro de formação normativa. Tal nos remete ao objeto da Política Jurídica - o direito que deve ser e como deva ser, muito bem preconizado pelo saudoso mestre Osvaldo Ferreira de Melo.

Nesse compasso, observa-se que grande parte da Magistratura encontra-se vinculada aos formalismos dogmatizados, apegados ao texto legal, são meros aplicadores da lei, pouco contribuindo para a sua evolução, deixando de respaldar os anseios da Sociedade na solução de casos concretos. A situação, se não contornada, produz acentuada distância entre o cidadão e o Poder.

Julgamos oportuno lembrar o pensamento de Osvaldo Ferreira de Melo:

“A atividade criativa da Política Jurídica será o sopro vivificador que deve bafejar os sistemas dogmáticos. Ao exigir a justificação não só da norma mas também de seus processos de elaboração e aplicação, a Política Jurídica provocará não apenas normas corrigidas, mas um direito reconceituado para servir às reais necessidades do viver” (MELO, Osvaldo Ferreira de, in *Temas Atuais de Política do Direito*, página 72).

Por fim, relembro HC com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Clovis Schrader, contra acórdão que negou provimento ao HC 371.214/SC, de relatoria do Ministro Jorge Mussi da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ. O voto vencido em todas as instâncias, que acabou acolhido pelo STF, é de minha relatoria.

O paciente foi condenado em primeiro grau, mantida a sentença em segundo grau com voto meu vencido. Recurso ao STJ restou mantido. Por último, recurso ao STF, ocasião em que o ministro Ricardo Lewandovisk, citando nosso voto, deu provimento ao recurso da defensoria publica da união, consignando:

No julgamento do HC 123.108/MG, da Relatoria do Ministro Roberto Barroso, o Plenário desta Suprema Corte decidiu, por maioria de votos, que a “aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (conglobante), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados”.

Nesse sentido, as seguintes teses foram acolhidas: “(i) a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto; e (ii) na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade”.

Aduziu ainda o Ministro Ricardo Lewandovsk, quando do voto:

Ainda que a análise dos autos revele a reiteração delitiva, o que, em regra, impediria a aplicação do princípio da insignificância em favor do paciente, em razão do alto grau de reprovabilidade do seu comportamento, não posso deixar de registrar que o caso dos autos se assemelha muito àquele que foi analisado pela Segunda Turma no HC 137.290/MG, Redator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, na assentada do dia 7/2/2017.

No ponto, aquele Colegiado, por maioria de votos, concedeu a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a atipicidade da conduta da paciente que tentou subtrair de um supermercado 2 frascos de desodorante e 5 frascos de goma de mascar, objetos que foram avaliados em R\$ 42,00 (quarenta e dois reais), mesmo possuindo registros criminais pretéritos.

No caso em apreço o furto foi de dois kitis de desodorante Rexona no valor de 50,28 – similar ao julgamento acima relatado.

Finalizou o Ministro Lewandovisk seu voto com os seguintes argumentos:

Assim, ainda que aqueles autos indicassem certa propensão à prática de crimes, como ocorre na espécie, a Segunda Turma concedeu a ordem para reconhecer a atipicidade da conduta, tanto pela aplicação do art. 17 do Código Penal (ineficácia absoluta do meio empregado), quanto pela aplicação do princípio da insignificância.

Destarte, o presente caso guarda consonância com aquele julgado, de modo que deve ser reconhecida igualmente a atipicidade material da conduta do paciente, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido, a ausência de prejuízo ao ofendido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal.

Lembro a lúcida manifestação do Defensor Thiago Campos, quando sustenta em sua peça que “no Brasil, são 7,4 milhões de processos criminais em tramitação (dados de 2014), com o registro de 2,68 milhões de casos novos somente entre os anos de 2013 e 2014 (Conforme o último Relatório Justiça em Números (2015) divulgado pelo CNJ. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 27 jul. 2016).

Arrematando:

No total, o atravancado Poder Judiciário sofre com quase 100 milhões de processos em tramitação (Em 2012, havia 92.234.282 processos em trâmite, segundo o CNJ. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/variados/sumario_executivo09102013.pdf), ou seja, um processo para cada dois habitantes. O Brasil ostenta, ainda, o ignominioso título de 3.ª maior população carcerária do planeta, tendo a população carcerária alcançado o sintomático número absoluto de 726.712 pessoas presas (Números divulgados pelo

CNJ em 2017, mas relacionados ao ano de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf> em deletérias jaulas, onde perdem muito mais que a liberdade, mas também sua dignidade..”

Ao tempo em que marginais de colarinho branco pululam em nossa querida República, muitos dos quais livres, leves e soltos, por graça de legislações vetustas e voltadas muitas vezes para à impunidade, eleger (e aqui refiro-me ao estabelecimento comercial) quem furta CINCO CHOCOLATES para que responda por seus atos “atrás das grades”, não encontra, no meu entender e respeitados entendimentos contrários, qualquer justificativa plausível, ainda mais levando-se em consideração que o Brasil é um dos dez países mais desiguais do mundo, onde 5% dos mais ricos recebem por mês o mesmo que os demais 95% da população juntos.

Forte no que entendo desde 1992, reincidência ou antecedentes não podem ser levados em consideração isoladamente, havendo plena possibilidade de aplicação do princípio da não lesividade, principio da bagatela ou mesmo a atipicidade da conduta ante a inexpressividade da conduta.

Com base nisso, votei no sentido de dar provimento ao recurso, acompanhando na íntegra o voto vencido.

Essas foram as razões do meu dissenso.

Florianópolis, 13 de outubro de 2020.

Júlio César Machado Ferreira de Melo
Desembargador

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 5000504-64.2020.8.24.0166/SC

Relator: Desembargador Carlos Alberto Civinski

EMBARGANTE: GUSTAVO BECKER DE ANDRADE (RECORRIDO)

ADVOGADO: VICTOR HENRIQUE SCHNEIDER DE MELLO (OAB SC056884)

ADVOGADO: EBONI DE ALMEIDA TEIXEIRA (OAB SC056198) EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (RECORRENTE)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES (CPP, ART. 609, PARÁGRAFO ÚNICO). AÇÃO PENAL QUE APURA SUPOSTA PRÁTICA do crime de integrar, pessoalmente, organização criminosa, majorada pelo emprego de arma de fogo, participação de criança ou adolescente, com conexão com outras organizações criminosas independentes (Lei 12.850/2013, artigo 2º, §2º e §4º, I e IV). VOTO VENCIDO NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS À PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS QUE DÃO CONTA DA GRAVIDADE DA CONDUTA e da periculosidade do agente para o meio social. suposto filiado do “pgc” que já conta com condenação criminal distinta. RISCO DE REITERAÇÃO. pRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PREDICADOS SUBJETIVOS DO PACIENTE QUE NÃO IMPEDEM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO PELAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE QUANDO ESTÁ DEMONSTRADA A NECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA. recomendação 62/2020 do conselho nacional de justiça observada. MANUTENÇÃO DO PRONUNCIAMENTO PROFERIDO PELA MAIORIA. EMBARGOS INFRINGENTES DESPROVIDOS.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos por Gustavo Becker de Andrade (CPP, art. 609, parágrafo único) em face do acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal desta Corte, nos autos do recurso em sentido estrito 5000504-64.2020.8.24.0166, que, “após o voto da Desembargadora Salete Silva Sommariva no sentido de desprover o recurso, da divergência inaugurada pelo Desembargador Sérgio Rizelo no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de decretar a prisão preventiva de Gustavo Becker de Andrade, e o voto do Desembargador Norival Acácio Engel acompanhando a divergência, decidiu, por maioria, vencida a relatora, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de decretar a prisão preventiva de Gustavo Becker de Andrade”.

Em síntese, o embargante sustenta que deve prevalecer o voto vencido, na medida em que não há indícios suficientes de autoria de sua participação nos ilícitos que lhe foram imputados, tratando-se de meros contatos telefônicos que alegadamente mencionam seu nome, sem existir,

no entanto, demonstração segura de sua eventual vinculação à facção PGC, o que denota que a segregação cautelar é medida temerária.

Assim, requer o acolhimento dos embargos infringentes para indeferir o pleito de prisão preventiva, nos termos do voto vencido (evento 33).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do procurador de justiça Paulo de Tarso Brandão, opinou pelo conhecimento e desprovemento dos embargos (evento 39).

Este é o relatório que passo ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Revisor.

VOTO

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Trata-se de recurso de embargos infringentes que tem por objetivo à prevalência do voto vencido proferido pela relatora originária, Desembargadora Salete Silva Sommariva, que negava provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo as medidas cautelares diversas à prisão aplicadas pelo Juízo de origem em substituição à segregação preventiva.

Adianta-se que o recurso não comporta provimento.

Infere-se dos autos que o embargante foi denunciado pelo cometimento, em tese, do crime de integrar, pessoalmente, organização criminosa, majorada pelo emprego de arma de fogo, participação de criança ou adolescente, com conexão com outras organizações criminosas independentes (Lei 12.850/2013, artigo 2º, §2º e §4º, I e IV), em razão dos seguintes fatos:

FATO 1 - DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Em datas e horários a serem melhores apurados durante a instrução, mas sendo certo que ocorreu de forma permanente até o dia 28 de novembro de 2019, nos municípios da Região Carbonífera de Santa Catarina, notadamente em Forquilha/SC, os denunciados ANDRIEL DE ANDRADE, CARLOS LEANDRO NAPOLEÃO DAMACENA, ELIZANDRO TORRES DE OLIVEIRA, EMANUEL DA ROSA GOMES, EVERTON CRESCENCIO DO NASCIMENTO, FELIPE NICOLETTI FERREIRA, GUILHERME GONÇALVES STEINER, GUSTAVO BECKER DE ANDRADE, JEISON DA SILVA LUKASEWICZ, JEFERSON GOULART DO NASCIMENTO, JOSIEL GRESELE JOSÉ, JOSIMAR ANSEMO JORGE, LEANDRO FERNANDES DUARTE, LUAN DA CUNHA ZILI, LUCAS CARDOSO LIMA, MAICON DA CUNHA, MARCELO PACHECO DE JESUS, MARCOS BORGES DE SOUZA, MARCOS PAULO DA SILVA FELIPPI, MARILZA NIVALDO BORGES, MATEUS SIPRIANO FELIZARDO, PAULO ROBERTO SERAFIM CARDOSO, RONALDO BORBA, SAMUEL LEONEL PEDRO, SIMONE NAZÁRIO BECKER e WILLIAN BORGES DORDETTI financiaram e integraram, pessoalmente, a organização criminosa denominada Primeiro Grupo Catarinense - PGC, facção hierarquizada, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, associando-se entre si com o objetivo de obterem, direta e indiretamente, vantagens ilícitas mediante a prática habitual dos crimes de tráfico de drogas, homicídio, roubo, comércio ilegal de armas de fogo, entre outros delitos voltados aos interesses da facção.

Ressalta-se que o Primeiro Grupo Catarinense - PGC, criado em 3 de março de 2003, foi instituído com a finalidade de fortalecer e expandir o cometimento de infrações penais no Estado de Santa Catarina. E para atingir a finalidade para qual foi criada, a facção criminosa desenvolveu uma estrutura organizada, com estabelecimento de cargos e escalonamento de autoridade e poder, com previsão de direitos e deveres de seus integrantes, inclusive possui um estatuto, no qual são estabelecidos regras de conduta, condições de ingresso e consequências pelo desrespeito aos ditames impostos. Visando o fortalecimento e estruturação da facção, cada membro deve fazer uma contribuição mensal, denominado dízimo, cujo valor será utilizado para a aquisição de drogas e armas, para pagamento de advogados, na manutenção de familiares de membros presos e no financiamento de diversas atividades ilícitas, além de ser obrigação dos membros contribuir com 10% do lucro de assaltos realizados com armas da facção, conforme previsto no estatuto da organização. Destaca-se que o grupo possui liderança colegiada consistente no Primeiro e Segundo Ministério, os quais formam o Conselho da organização e juntos deliberam a respeito das decisões finais sobre as ações a serem adotadas em âmbito geral. Os dez integrantes do Primeiro Ministério são vitalícios e devem ser sempre consultados antes da tomada de qualquer decisão de relevância para os interesses da organização. No Segundo Ministério estão outros dez membros, não vitalícios, que devem permanecer em constante comunicação (“sintonia”) com o Primeiro. Em que pese o poder de gestão seja conferido aos membros do Conselho, em cada localidade na qual a facção se estabelece é instalada outra rede de poder, descentralizando a atuação para possibilitar o crescimento mais ágil do grupo. Merece ser frisado que a organização criminosa, que os denunciados integram, mantém conexão com outras organizações criminosas independentes, quais sejam, o Comando Vermelho - CV, originário do Estado do Rio de Janeiro e com ramificações em quase todos os Estados da Federação, e a Família do Norte - FDN, originária do Estado de Amazonas, 1 consoante atesta a cartilha do missionário. Além disso, cabe frisar que o Primeiro Grupo Catarinense trata-se de organização criminosa em que há emprego de arma de fogo em sua atuação, seja na execução dos decretos de morte ou para angariar recursos, visto que é possível os membros utilizarem armas de propriedade da facção para a prática de delitos patrimoniais, devendo o faccionado, em contrapartida, efetuar o pagamento de um percentual sobre o lucro obtido com a ação para o grupo criminoso. Aliás, a facção conta um cargo específico denominado “geral das armas”, que presta esclarecimentos (relatório) sobre as armas, coletes e munições da facção, indicando o que foi comprado, emprestado para a realização de assaltos e o que foi “perdido”, conforme se extrai da “cartilha do mundão”. Outrossim, o grupo criminosa vale-se da participação e atuação efetiva de adolescentes, seja como membros ou na execução de delitos de diversas naturezas.

Nessa Comarca, tem-se que, na época dos fatos, o então adolescente G. C. de S. M., com dezessete anos de idade, integrava pessoalmente e financiava a organização, aliás, era responsável pela central de crédito da facção em Forquilha. Soma-se a isso o fato de que o adolescente J. R. F., com dezesseis anos na época dos fatos, auxiliava diretamente o denunciado LUAN DA CUNHA ZILI (vulgo Playboy) nos assuntos da facção, como no recolhimento do dízimo e no repasse de recados/avisos a pessoas envolvidas com crime.

A respeito das funções dos acusados dentro da organização criminosa, destaca-se que o

denunciado PAULO ROBERTO SERAFIM CARDOSO (vulgo Capetinha, Palito ou PLT) possui o cargo de mais alta hierarquia na região Carbonífera entre os membros identificados, pois é representante do 2º Ministério da Região Sul, exercendo grande poder de decisão sobre os demais integrantes dessa localidade.

Já o denunciado FELIPE NICOLETTI FERREIRA (vulgo Metralha) ocupa o segundo cargo mais alto no grupo, tendo em vista que é representante do denunciado PAULO ROBERTO SERAFIM CARDOSO, auxiliando-o na resolução dos assuntos relativos à facção, orientando os demais membros de como agir e lhes repassando as decisões tomadas.

No tocante aos denunciados JEFERSON GOULART NASCIMENTO⁸ (vulgo Aranha) e LUAN DA CUNHA ZILI, em épocas diferentes, ocuparam a posição de disciplina geral de Forquilha, cuja função consistia em resolver problemas e decidir questões no âmbito do município, agregar novos membros, administrar a criminalidade nos bairros para que outras organizações não assumam o comando criminoso na localidade, recolher o dízimo e repassá-lo ao geral do dízimo, impedir membros ou companheiros de realizarem crimes, entre outras incumbências. E nesse ponto, esclarece-se que o denunciado JEFERSON GOULART NASCIMENTO desempenhou o papel de disciplina geral até ser preso pelo homicídio de Thiago da Silva Noggi, vulgo Harry Potter/HP, no dia 6 de junho de 2018 e, após a sua prisão, o aludido cargo passou a ser ocupado pelo denunciado LUAN DA CUNHA ZILI.

Os denunciados JOSIEL GRESELE JOSÉ (vulgo Leo, Leozinho ou Pesadelo) e EVERTON CRESCENCIO DO NACIMENTO (vulgo Da Cruz) exerceram, em épocas diferentes, a posição de disciplinas locais de Forquilha, auxiliando o denunciado LUAN DA CUNHA ZILI (vulgo Playboy) na realização de suas funções, como no recolhimento do dízimo, resolução de assuntos da facção, entre outros. A respeito, registra-se que o denunciado JOSIEL GRESELE JOSÉ agiu como disciplina local até ser preso em flagrante delito no dia 23 de maio de 2019 no município de Lauro Muller/SC, quando foi cumprir um decreto de morte emanado pela facção na companhia dos denunciados GUILHERME GONÇAVES STEINER (vulgo Magrelo ou Pescoço), GUSTAVO BECKER DE ANDRADE (vulgo Kamikaze) e MATEUS SIPRIANO FELIZARDO (vulgo Pulga), oportunidade em os quatro acabaram interceptados pela Polícia Militar e presos pelos crimes de receptação, associação criminosa, adulteração de veículo automotor e desobediência. Após a prisão do denunciado JOSIEL GRESELE JOSÉ, o denunciado LUAN DA CUNHA ZILI indicou o denunciado EVERTON CRESCENCIO DO NACIMENTO para ocupar o cargo de disciplina local, o que restou aprovado pelo Conselho da facção.

Em relação aos denunciados CARLOS LEANDRO NAPOLEÃO DAMACENA e ELIZANDRO TORRES DE OLIVEIRA (vulgo Cabelo), estes também exerceram os cargos de disciplinas locais, porém, no município de Criciúma/SC.

Ressalta-se que na cidade de Criciúma, diversamente do que acontece em Forquilha, não há apenas um disciplina, mas sim vários que respondem por bairros diferentes, logo ambos os denunciados CARLOS LEANDRO NAPOLEÃO DAMACENA e ELIZANDRO TORRES DE OLIVEIRA eram disciplinas locais e exerciam as mesmas funções que JOSIEL GRESELE JOSÉ

(vulgo Leo, Leozinho ou Pesadelo) e EVERTON CRESCENCIO DO NACIMENTO (vulgo Da Cruz), porém, no âmbito de seus respectivos bairros/localidades.

O denunciado GUILHERME GONÇALVES STEINER (vulgo Magrelo ou Pescoço), por sua vez, desempenhou o cargo de auxiliar do disciplina local, na mesma época em que JOSIEL GRESELE JOSÉ era disciplina, e auxiliava estes nas suas funções.

Já o denunciado MATEUS SIPRIANO FELIZARDO (vulgo Pulga) ocupou o cargo de rigor, sendo o responsável pela execução das penalidades impostas pela facção, seja cumprindo diretamente a ordem ou montando equipes para cumpri-la. Insta frisar que, além dos referidos cargos de destaque que ocupam, que lhes conferem poder de comando sobre os demais faccionados, tem-se que os denunciados CARLOS LEANDRO NAPOLEÃO DAMACENA, ELIZANDRO TORRES DE OLIVEIRA, EVERTON CRESCENCIO DO NACIMENTO, FELIPE NICOLETTI FERREIRA, GUILHERME GONÇALVES STEINER, JEFERSON GOULART NASCIMENTO, JOSIEL GRESELE JOSÉ, LUAN DA CUNHA ZILI, MATEUS SIPRIANO FELIZARDO e PAULO ROBERTO SERAFIM CARDOSO financiam a organização com o pagamento mensal do dízimo e a integram pessoalmente ao aderirem aos seus mandamentos desde o momento de suas admissões no grupo.

Por fim, os denunciados ANDRIEL DE ANDRADE, EMANUEL DA ROSA GOMES, GUSTAVO BECKER DE ANDRADE, JEISON DA SILVA LUKASEWICZ, JOSIMAR ANSEMO JORGE, LEANDRO FERNANDES DUARTE, LUCAS CARDOSO LIMA, MAICON DA CUNHA, MARCELO PACHECO DE JESUS, MARCOS BORGES DE SOUZA, MARCOS PAULO DA SILVA FELIPPI, MARILZA NIVALDO BORGES, RONALDO BORBA, SAMUEL LEONEL PEDRO, SIMONE NAZÁRIO BECKER e WILIAN BORGES DORDETTI financiam a organização com o pagamento mensal do dízimo e a integram pessoalmente ao aderirem aos seus mandamentos desde o momento de suas admissões no grupo (Denúncia - evento 1 dos autos de origem) (grifou-se).

A Segunda Câmara Criminal, em voto vencedor da lavra do Desembargador Sérgio Rizelo, decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público para decretar a prisão preventiva do embargante, em acórdão assim ementado:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA. 1. INDÍCIOS DE AUTORIA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MENSAGENS DE TEXTO. REFERÊNCIAS AO AGENTE POR FACCIONADOS. 2. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. 2.1. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 2.2. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. AÇÃO PENAL EM CURSO.

1. São indícios suficientes da autoria do delito de integrar organização criminosa, a ponto de permitir a prisão preventiva, o conteúdo de mensagens de texto trocadas entre faccionados referindo-se à prisão do acusado, à necessidade de que este “assumisse” a responsabilidade pelo fato que ocasionou a prisão, e à escolha de advogados para defendê-lo na ação penal que se seguiria à custódia flagrancial.

2.1. A possibilidade de o paciente integrar organização criminosa conhecida no Estado (PGC), sem que se tenha exata noção de seu papel na facção, é evidência da sua periculosidade social e justifica sua prisão preventiva, com o fim de garantir a ordem pública.

2.2. É cabível a prisão preventiva, fundada na garantia da ordem pública, se evidenciado que o paciente, caso

posto em liberdade, voltará a delinquir. E a existência de ação penal em curso é indicativo nesse sentido.
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Do inteiro teor, destacando-se os pontos objeto da divergência (ausência do *periculum libertatis* a justificar a medida extrema), extrai-se:

[...] 2. Quanto ao *periculum libertatis*, ele é constatável por mais de um motivo.

2.1. O Recorrido, como dito, é supostamente integrante da organização criminosa conhecida como PGC. O risco à ordem pública e o perigo decorrente de seu estado de liberdade, por conta disso, é plausível, como esta Corte já decidiu em casos semelhantes:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33 CAPUT, C/C ART. 40, II (POR DUAS VEZES), ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, II E III (POR DUAS VEZES), ART. 35 C/C ART. 40, II (POR DUAS VEZES), TODOS DA LEI N. 11.343/2006). PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003). PECULATO E VIOLAÇÃO DE SIGILO PROFISSIONAL (ART. 312 E ART. 325, II, DO CÓDIGO PENAL). CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. SUSTENTADA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA A DECRETAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR E DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA, REVELADA PELO MODUS OPERANDI. CRIME PRATICADO POR FUNCIONÁRIA PÚBLICA, VALENDO-SE DA CONFIANÇA EM SI EMPREGADA PELOS DEMAIS SERVIDORES DE ÓRGÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA. ENVOLVIMENTO DE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - PGC. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DOS FATOS QUE EVIDENCIAM A INEVITABILIDADE DA MEDIDA EXCEPCIONAL. PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP PREENCHIDOS. PREDICADOS SUBJETIVOS POSITIVOS IRRELEVANTES NA ESPÉCIE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES NA ESPÉCIE. EFETIVA NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DO CÁRCERE. WRIT CONHECIDO. ORDEM DENEGADA (HC 4019882-23.2018.8.24.0900, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 28.8.18).

No mesmo sentido, desta Câmara:

HABEAS CORPUS - INVESTIGAÇÃO ACERCA DE DELITOS PRATICADOS POR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - PRISÃO TEMPORÁRIA CONVERTIDA EM PREVENTIVA - PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA - EXISTÊNCIA DOS CRIMES E PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA - NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA (CPP, ART. 312) - PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADO - DECISÃO LASTREADA EM ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS - PRÉVIA INVESTIGAÇÃO POLICIAL DANDO CONTA DO ENVOLVIMENTO DO PACIENTE NO CONTEXTO DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA DENOMINADA DE "PGC" - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA (HC 4017745-52.2018.8.24.0000, Rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva, j. 24.7.18).

2.2. Além disso, o currículo do agente pode ser utilizado como critério para aferir o risco de reiteração delitiva, e até mesmo os procedimentos criminais em andamento servem para tal finalidade:

4. “A jurisprudência desta Corte de Justiça é firme ao asseverar que a existência de inquéritos, ações penais em curso ou condenações definitivas denotam o risco de reiteração delitiva e, assim, constituem também fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar” (RHC 76.929/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 29/11/2016) (STJ, RHC 90.699, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 10.4.18).

No mesmo norte:

No caso, a existência de maus antecedentes e de ações penais em curso legitimam a decretação da custódia preventiva para se evitar a reiteração delitiva, garantindo-se a ordem pública (STJ, RHC 68.628, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 3.5.16).

E o Recorrido ocupa o polo passivo de uma ação penal que trata dos delitos de receptação, associação criminosa, adulteração de sinal identificador de veículo automotor e desobediência (autos 0000462-80.2019.8.24.0000). Ele foi, inclusive, condenado a 4 anos de reclusão pelos delitos dos arts. 311 e 180, caput, ambos do Código Penal em tal processo, e a condenação foi mantida por esta Câmara (Ap. Crim. 0000462-80.2019.8.24.0000, Rel. Des. Norival Acácio Engel, j. 14.4.20).

A existência de tal procedimento criminal em curso, ao menos *prima facie*, representa evidência do risco de reiteração delitiva com a soltura do Recorrido. A prisão preventiva como garantia da ordem pública, portanto, justifica-se.

De resto, considerando que a prisão é cabível em razão do quantum de pena prevista ao delito imputado ao Recorrido (Lei 12.850/13, art. 2º) e que, dada sua participação na organização criminosa e seu histórico criminal, medidas cautelares alternativas não serviriam de óbice à reiteração criminosa, é devido o provimento do recurso, com a decretação da prisão preventiva de Gustavo Becker de Andrade (grifado).

A divergência decorreu do voto vencido da Desembargadora Salete Silva Sommariva, ao entender que, não obstante a presença do *fumus comissi delicti*, o segundo pressuposto (*periculum libertatis*), não estaria suficientemente demonstrado, autorizando, então, a manutenção das medidas cautelares alternativas à prisão, assim impostas pela Togada de origem: “1) proibição de ausentar-se por mais de 8 dias da Comarca onde reside sem autorização judicial, pois conveniente à investigação e à instrução criminal a sua permanência em local determinado e 2) obrigação de manter sempre seu endereço atualizado junto ao processo (artigo 319, do Código de Processo Penal)”.

Por oportuno, veja-se os fundamentos consignados no voto vencido:

[...] quanto ao segundo requisito, os elementos produzidos nos autos em seu desfavor não são fortes o suficiente para ensejar o decreto da medida mais extrema.

A própria inicial acusatória apontou-o como um dos indivíduos que teriam auxiliado Josiel Gresele a cumprir um decreto de morte emanado do PGC, sem indicar, no entanto, qual seria o seu papel específico dentro da organização criminosa, tampouco desde quando fazia parte dela.

Ademais, as conversas interceptadas apenas indicam que o acusado estava, em tese, envolvido com a organização criminosa, mas também não fornecem maiores informações sobre a sua efetiva participação nos eventos investigados, devendo ser destacado que os acusados foram interceptados pela polícia antes de qualquer tentativa de homicídio.

Somando-se a isso, importante registrar que a mera gravidade abstrada do delito, baseada em conjecturas, não pode servir de amparo à prisão preventiva, que necessita de circunstâncias mais contundentes para ser decretada, com a demonstração da real necessidade de o réu permanecer preso antes da condenação definitiva, o que não se vislumbra na presente hipótese.

[...]

Dessa forma, neste momento processual, pode-se vislumbrar que a participação do acusado nas condutas delituosas investigadas neste autos é menos gravosa se comparada com os demais investigados, a ponto de sua prisão ser prescindível para assegurar a ordem pública.

Válido mencionar, ainda, a primariedade do agente (evento 54 dos autos originários), enfraquecendo a necessidade da restrição antecipada de sua liberdade.

Não se descarta a existência da ação penal n. 0000462-80.2019.8.24.0000, inclusive já com sentença prolatada. No entanto, a necessidade de prisão aqui analisada limita-se aos que é exposto nestes autos. E, do que se pode observar, ela não se afigura necessária.

Registre-se, outrossim, que diante da pandemia decorrente da Covid-19, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 62, visando à adoção de medidas para reduzir os riscos de contaminação da doença dentro das unidades prisionais do país, significando dizer que as prisões preventivas devem ser decretadas com critérios ainda mais rígidos, ficando reservadas para os casos em que medidas alternativas realmente não surtam os efeitos desejados.

Em face desses fundamentos, entende-se que as medidas cautelares aplicadas pela magistrada na origem são suficientes, ao menos por ora, para garantir a ordem pública e o regular andamento do feito, especialmente porque não há notícia nos autos de que o réu esteja descumprido essas medidas, desde a sua soltura, que se dera em 28-01-2020 (evento 24 dos autos originários), sendo proporcionais aos atos, em tese, praticados.

Com a devida vênia à posição vencida, mas, centrado no ponto objeto destes embargos, entende-se presente o periculum libertatis, tanto pela gravidade concreta dos fatos, em tese, perpetrados pelo embargante, quanto pela sua condição pessoal, decorrente da ação penal diversa, que já conta com sentença condenatória, mantida em grau recursal.

Com efeito, ao examinar o pressuposto em tela conjuntamente com os fundamentos dos votos vencedor e vencido a respeito da existência dos indícios que compuseram o requisito *fumus commissi delicti* - questão esta não controvertida naquele colegiado -, chama a atenção o fato de o embargante, em tese, estar na companhia de outros faccionados do PGC, no mesmo automóvel (objeto de roubo), quando se dirigiam para execução do plano chamado “decreto de morte” de um desafeto, o qual, felizmente, foi interceptado pelos policiais.

Não bastasse, por meio de interceptação telefônica, também constatou-se, supostamente, que a tia do embargante tratou com o corrêu Luan sobre a prisão dele com os demais faccionados, a fim de que o embargante, o único sem passagens policiais, “assumisse o veículo”, o que, de fato, acabou ocorrendo, segundo bem observado pelo procurador de justiça Paulo de Tarso Brandão, em seu parecer constante do evento 39.

Luan, segundo consta dos autos, é detentor do “cargo” de “Disciplina Geral da Região Sul do PGC”, ou seja, uma pessoa, supostamente, de extrema periculosidade decorrente da função que exerce na facção. Inclusive, em resposta à tia do embargante, Luan teria, em tese, relatado a impossibilidade momentânea de custear a contratação de advogado para defendê-lo.

Ora, todo esse cenário denota, de modo concreto, o perigo que a liberdade do embargante representa para o meio social, visto que é plausível sustentar que sua relação com o PGC não se construiu da noite para o dia, senão com uma atuação mais duradoura, passando, inclusive, pela “filiação formal”, “apadrinhamento”, etc., o que, muito provavelmente, deu-lhe condições de obter informações privilegiadas, sem olvidar que, em tese, ele foi recrutado para o cumprimento daquela “missão”.

Soma-se a isso um dos argumentos apresentados pelo Ministério Público nas razões do recurso em sentido estrito: “[...] no que diz respeito à condição de faccionado do recorrido, vislumbra-se que, no grupo de whatsapp Choperia City, cuja participação é exclusiva de integrantes do PGC, ao prestar esclarecimento sobre o pagamento do dízimo, Luan da Cunha Zili indica que, entre os membros que estão com o pagamento atrasado, há o ‘irmão’ (ir) Kamikazi, o qual deve R\$ 600,00 (seiscentos reais) à facção” (evento 1 - INIC1).

Cumprir acrescentar que, de acordo com a experiência em feitos criminais, notadamente aqueles envolvendo facções criminosas, uma vez filiado, dificilmente o integrante consegue se desvincular, o que deve ser ponderado no presente caso, de notória gravidade, a fim de mensurar a probabilidade de reiteração criminosa, aliada à existência de condenação criminal já chancelada em segunda instância.

Por essas razões, a necessidade da decretação da custódia cautelar do embargante para garantia da ordem pública está evidenciada, especialmente pela gravidade concreta do delito e pelo risco de reiteração da conduta do agente.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DE AUTORIA. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. EXTENSÃO DOS EFEITOS DE LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA AO CORRÉU. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DA AGENTE. INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DEDICADA AO TRÁFICO DE DROGAS E OUTROS CRIMES. RECORRENTE RESPONSÁVEL PELA VENDA DE DROGAS. NECESSIDADE DE INTERROMPER A PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. [...] 3. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade de sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP. No caso dos autos, a prisão cautelar foi adequadamente fundamentada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a gravidade concreta do delito e a periculosidade do recorrente, evidenciada pelo fato de ser integrante de organização criminosa, denominada Primeiro Grupo Catarinense (PGC), voltada para a prática de diversos crimes, principalmente tráfico de drogas, inclusive dentro de estabelecimentos penais, em que o recorrente atua na venda de drogas de diversas naturezas; recomendando-se, assim, a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal, e, principalmente, com o intuito de impedir a reiteração delitiva por parte dos integrantes de organizações criminosas. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual em debate está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública e da aplicação da lei penal, ante a evidente necessidade de se interromper ou, a menos reduzir, a atuação do grupo criminoso, não havendo falar, portanto, em existência de flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação. 4. O Supremo Tribunal Federal - STF entende que “a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (HC n. 95.024/SP, Primeira Turma, Rel^a. Min^a. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/2/2009). 5. Esta Corte Superior possui entendimento firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, antecedentes e domicílio certo, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela. 6. Justificada a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, verifica-se a inaplicabilidade de quaisquer medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal - CPP, uma vez que as circunstâncias dos delitos evidenciam a insuficiência das providências menos gravosas. 7. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido. (STJ, RHC 105.462/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 22/10/2019, V. U.).

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PELA PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ART. 2º, §§ 2º E 4º, INCISOS I E IV, DA LEI N 12.850/13. SUSCITADA A EXISTÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DAS PARTICULARIDADES E COMPLEXIDADE DO CASO CONCRETO. ALEGADO O NÃO PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTO DOS ARTS. 312 E 313, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INSUBSISTÊNCIA. EXTENSA INVESTIGAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA QUE APONTA PARA O ENVOLVIMENTO DO PACIENTE COM O PRIMEIRO GRUPO CATARINENSE - PGC. DEMONSTRADA A NECESSIDADE EM ACAUTELAR A PAZ PÚBLICA E GARANTIR A HIGIDEZ DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. EVENTUAIS BONS PREDICADOS DO PACIENTE QUE NÃO DESAUTORIZAM, POR SI SÓ, SUA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO

VERIFICADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) 4030087-61.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Primeira Câmara Criminal, j. 31-10-2019, V. U.).

HABEAS CORPUS - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (LEI 12.850/13, ART. 2º, §§ 2º E 4º, INCISO I) - PRISÃO PREVENTIVA - PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA - IMPOSSIBILIDADE - EXISTÊNCIA DO CRIME E PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA - NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA (CPP, ART. 312) - PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADO - DECISÃO LASTREADA EM ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS - PRÉVIA INVESTIGAÇÃO POLICIAL DANDO CONTA DO ENVOLVIMENTO DO PACIENTE NO ÂMBITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA DENOMINADA DE “CHELSEA”, SUPOSTO “BRAÇO” DA FACÇÃO CONHECIDA COMO “PGC” - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP - EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA - TESE AFASTADA EM WRIT JULGADO ANTERIORMENTE - SUPOSTA PRESENÇA DE NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA - TEMA NÃO SUBMETIDO AO CRIVO DO JUÍZO DE ORIGEM - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA. (TJSC, *Habeas Corpus* Criminal 5016079-28.2020.8.24.0000, rel. Saete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 30-06-2020, V. U.).

Por fim, não é demais registrar que, como corretamente sustentado no voto vencedor, ao ser demonstrada, de modo concreto, a necessidade do encarceramento, é evidente que as medidas diferentes da prisão (CPP, art. 319) não serão suficientes para resguardar a ordem pública, no que se insere, também, a prescindibilidade dos predicados subjetivos favoráveis, tais como primariedade e bons antecedentes, ou até mesmo eventual existência de trabalho lícito, residência fixa e relações familiares, porque não são suficientes para a manutenção da liberdade provisória em confronto com os fatos ora analisados, que demonstram a presença dos pressupostos do artigo 312, “caput”, do Código de Processo Penal.

O entendimento não destoa da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, em sintonia com a posição desta Corte, razão pela qual basta a citação dos seguintes julgados recentes como referência: STJ, 391604/SP, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 9-5-17, v. u.; TJSC, Apelação Criminal 4010270-79.2017.8.24.0000, Quarta Câmara Criminal, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 8-6-17, v. u.

De outro lado, os critérios da Recomendação 62/2020 do CNJ, decorrente da pandemia gerada pelo novo coronavírus, frente às peculiaridades do presente caso, não têm o condão de superar a posição de que a segregação cautelar mostra-se necessária e razoável.

Isso porque o embargante, ao que tudo indica, não integra grupo de risco e os protocolos e recomendações gerais estão sendo seguidos à risca pelas unidades prisionais, sobretudo no sentido de se determinar o isolamento imediato do preso contaminado ou com suspeita, bem como dos reeducandos e servidores que possam ter tido contato com o vírus, além da realização de testes para confirmar eventual contaminação.

Anota-se que o Decreto Estadual 515, de 17-3-2020, declarou situação de emergência em todo território catarinense e, em seu artigo 5º, suspendeu as visitas sociais e íntimas aos reeducandos nas unidades prisionais do Estado, além de limitar o ingresso nesses locais, com exceção das pessoas indispensáveis ao funcionamento.

Diante dessa vedação de ingresso de pessoas nos estabelecimentos prisionais, não parece

razoável cogitar, ao menos por ora, que a soltura indiscriminada de apenados com fundamento na pandemia seria a medida mais adequada, sobretudo quando verificado que as providências tomadas pelas autoridades responsáveis demonstraram - passados seis meses da doença em solo catarinense - ser eficientes no controle da propagação do vírus nos presídios e penitenciárias.

Outro aspecto a ser destacado é que, como bem apontou o Ministro Rogério Schietti Cruz na decisão monocrática proferida no HC 567.408/RJ, a “crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de libertação de presos, mas, ineludivelmente, não é um passe livre para a liberação de todos, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a não desproteger a coletividade contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados na norma penal.”

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001676-76.2019.8.24.0000, de Forquilha

Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (ART. 7º, II E IX, E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.137/90). EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA IMPRÓPRIA AO CONSUMO E EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES DE FABRICAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO OU APRESENTAÇÃO. LAUDO PERICIAL DESNECESSÁRIO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO E MERA CONDUTA. IMPROPRIEDADE PRESUMIDA PELA NORMA DO ART. 18, § 6º, II E III, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DESTA CORTE. TEMA PACIFICADO EM JULGAMENTO DE IRDR POR ESTE TRIBUNAL. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCEDOR.

“Após a Seção Criminal deste Tribunal de Justiça firmar a tese jurídica de que “o crime tipificado no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 prescinde da produção de prova pericial para a constatação da materialidade quando o produto estiver fora do prazo de validade (art. 18, § 6º, I, da Lei 8.078/1990) ou em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (art. 18, § 6º, II, última parte, da Lei 8.078/1990” (IRDR n. 4009173-78.2016.8.24.0000, j. em 30.05.2020), pacificou a divergência nesta Corte sobre o tema. Assim, diante da mesma natureza criminal, crime de mera conduta e de perigo abstrato, o posicionamento também é trazido ao delito correlato, art. 7º, II, da mesma Lei, à luz da jurisprudência e doutrina” (Apelação Criminal n. 0001003-54.2016.8.24.0076, rel. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. em 6/8/2020).

EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0001676-76.2019.8.24.0000, da comarca de Forquilha (Vara Única) em que é Embargante Everaldo Fernandes e Embargado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

O Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por maioria de votos, rejeitar os embargos infringentes, vencida a Exma. Desembargadora Salete Silva Sommariva, nos mesmos termos do voto vencido do Exmo. Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo no recurso de apelação.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Ernani Guetten de Almeida, com voto, e dele participaram os(as) Exmos(as). Srs(as). Desembargador Zanini Fornerolli, Desembargadora Salete Silva Sommariva, Desembargador Carlos Alberto Civinski, Desembargador Getúlio Corrêa, Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer e Desembargador Luiz César Schweitzer. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 30 de setembro de 2020.

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos infringentes opostos por Everaldo Fernandes, contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal que, por maioria de votos, conheceu e negou provimento à apelação criminal interposta, vencido o eminente Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo, que votou no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para absolver o embargante quanto ao crime descrito no art. 7º, II, XI, e parágrafo único, da Lei n. 8.137/90, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 147-164 dos autos n. 0900084-61.2016.8.24.0166).

Irresignado, o embargante busca fazer prevalecer o voto vencido, sustentando a ausência de comprovação da materialidade delitiva, haja vista a inexistência de laudo pericial atestando que os produtos eram impróprios ao consumo. Nesses termos, requer o acolhimento dos embargos, a fim de que seja absolvido (fls. 1-8).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Dr. Marcílio de Novaes Costa, manifestou-se pelo conhecimento e rejeição dos embargos infringentes (fls. 16-19).

VOTO

Objetiva Everaldo Fernandes a reforma do acórdão não unânime, que lhe foi desfavorável, a fim de que seja absolvido do delito descrito no art. 7º, II e IX, c/c parágrafo único, da Lei n. 8.137/90, por ausência de prova técnica que demonstre que as *“mercadorias apreendidas encontravam-se, realmente, fora das condições de consumo”* (fl. 4).

O embargante foi denunciado e condenado, pois, na qualidade de sócio-proprietário do estabelecimento denominado Mercado Irmãos Fernandes Ltda-ME, *“expôs à venda, omitindo-se, assim, de forma negligente na obrigação de observar as adequadas condições de armazenamento e conservação, os seguintes produtos de origem animal: 1.830 (mil oitocentos e trinta) unidades de ovos, 130,0 kg (cento e trinta quilogramas) de pescados com registro do SIM de outro município, 4,2 kg (quatro quilogramas e duzentos gramas) de carne suína sem procedência”* (fls. 1-2 dos autos da ação originária).

O dispositivo infringido tem o seguinte teor:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...] II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;

[...] Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

Cuida-se de norma penal em branco, que vem complementada pelo art. 18, § 6º, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

Art. 18. [...].

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam (grifou-se).

Por sua vez, o Decreto Estadual n. 31.455/87 elucida:

Art. 5º - A pessoa somente pode expor à venda ou ao consumo alimentos e bebidas próprios para tal finalidade, sendo assim considerados os que:

I - estejam em perfeito estado de conservação;

II - por sua natureza, composição e circunstâncias de produção, fabricação, manipulação, beneficiamento, fracionamento, depósito, distribuição, venda e quaisquer atividades relacionadas com os mesmos, não sejam nocivos à saúde, não tenham o seu valor nutritivo prejudicado e não apresentem aspecto repugnante;

III - sejam provenientes de, ou se encontrem em estabelecimentos licenciados pelo órgão competente;

IV - obedeçam às disposições da legislação federal e estadual vigentes relativas ao registro, rotulagem e padrões de identidade e qualidade.

[...]

Art. 9º - A pessoa não pode comercializar os alimentos e bebidas que:

[...]

II - não possuam registro no órgão federal competente, quando a ele sujeitos;

III - não estejam rotulados, quando obrigados a esta exigência, ou, quando desobrigados, não puder ser comprovadas a sua procedência;

IV - estejam rotulados em desacordo com a legislação vigente;

V - não correspondam à denominação, à definição, à composição, à qual idade, e aos requisitos relativos a:

a) rotulagem é apresentação do produto especificado no respectivo padrão de identidade e qualidade – quando se tratar de alimento padronizado;

b) outros requisitos que tenham sido declarados no momento do respectivo registro quando se trata de alimento de fantasia ou não padronizado;

c) especificações federais pertinentes ou, em sua falta, às dos regulamentos estaduais concernentes, ou às normas e padrões internacionais aceitos quando ainda não padronizados.

Diante da legislação atinente à matéria, a mercadoria em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, é considerada imprópria ao uso e consumo humano, caracterizando a sua venda, depósito, entrega ou exposição à venda o crime em análise.

Na hipótese, o termo de atividade (fl. 7), relatório de vistoria (fls. 11-13), as fotografias (fls. 19-26), os autos de intimação (fl. 34) e de infração (fl. 35) demonstram que o embargante mantinha em depósito para vender e expor à venda mercadorias em condições impróprias ao consumo, uma vez que os produtos declinados na exordial acusatória se encontravam em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, nos termos do inciso II (parte final) do § 6º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, nesses casos, o perigo é abstrato ou presumido e, por conseguinte, o laudo pericial é prescindível.

A propósito, recentemente, no julgamento do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva n. 4009173-78.2016.8.24.0000, este Tribunal firmou a tese de que “o crime tipificado no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 prescinde da produção de prova pericial para a constatação da materialidade quando o produto estiver fora do prazo de validade (art. 18, § 6º, I, da Lei 8.078/1990) ou em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (art. 18, § 6º, II, última parte, da Lei 8.078/1990)”.

Cita-se a ementa do referido julgado:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. DIVERGÊNCIA DE POSICIONAMENTOS NO ÂMBITO DESTA CORTE ACERCA DA NECESSIDADE OU NÃO DE PERÍCIA TÉCNICA PARA COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. TESE JURÍDICA FIRMADA: “O CRIME TIPIFICADO NO ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/1990 PRESCINDE DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL PARA A CONSTATAÇÃO DA MATERIALIDADE QUANDO O PRODUTO ESTIVER FORA DO PRAZO DE VALIDADE (ART. 18, § 6º, I, DA LEI N. 8.078/1990) OU EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES DE FABRICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO OU APRESENTAÇÃO (ART. 18, § 6º, II, ÚLTIMA PARTE, DA LEI N. 8.078/1990).” (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 4009173-78.2016.8.24.0000, de Armazém, relatora designada Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Seção Criminal, j. em 13/5/2020).

Portanto, prescindível, para a caracterização do delito praticado pelo embargante, a realização de perícia técnica nos produtos apreendidos, o que também se aplica à ação prevista no inciso II do art. 7º da Lei n. 8.137/90, que, de igual modo, trata-se de crime de perigo abstrato e mera conduta.

A propósito, destaca-se entendimento desta Corte de Justiça:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. LEI 8.137/1990, ART. 7º, IX, C/C LEI N. 8.078/1990, ART. 18, § 6º, II, POR DUAS VEZES. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA COM BASE NO ART. 386, V, DO CPP. RECURSO DOS ACUSADOS.

PLEITO COMUM DE ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO DA ABSOLVIÇÃO PARA O INC. II DO ART. 386 DO CPP. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO RESTOU COMPROVADA A MATERIALIDADE DO CRIME POR NÃO TER SIDO REALIZADA PERÍCIA QUE ATESTASSE QUE OS PRODUTOS APREENDIDOS ESTAVAM IMPRÓPRIOS PARA CONSUMO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IRREGULARIDADE NA TEMPERATURA DOS PRODUTOS QUE PODE SER VERIFICADA NO MOMENTO DA INSPEÇÃO. AUTOS DE INFRAÇÃO, FOTOGRAFIAS E DEPOIMENTOS DOS FISCAIS DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA QUE DEMONSTRARAM QUE FORAM TRANSPORTADOS ALIMENTOS DESCONGELADOS E EM TEMPERATURA DIVERSA DAQUELA DEFINIDA PELOS RESPECTIVOS FABRICANTES. CONDIÇÃO IMPRÓPRIA DE ARMAZENAMENTO DEVIDAMENTE COMPROVADA. PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. TEMA PACIFICADO EM JULGAMENTO DE IRDR POR ESTE TRIBUNAL. ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO DA ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS (Apelação Criminal n. 0002039-54.2011.8.24.0126, de Itapoá, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. em 3/9/2020).

E mais, deste Órgão Fracionário:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (LEI N. 8.137/90, ART. 7º, II E IX) - SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - MATERIALIDADE DELITIVA NÃO CONSTATADA - RECURSO DA ACUSAÇÃO.

PLEITO DE PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL - ACOLHIMENTO - EXPOSIÇÃO À VENDA DE PRODUTOS EM DESACORDO COM AS PRESCRIÇÕES LEGAIS E EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS AO CONSUMO - DELITOS DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO - MATERIALIDADE PROVADA POR AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO PELA VIGILÂNCIA SANITÁRIA ESTADUAL - DISPENSA DE PERÍCIA TÉCNICA - PRECEDENTES - PROSSEGUIMENTO DE RIGOR.

Após a Seção Criminal deste Tribunal de Justiça firmar a tese jurídica de que “o crime tipificado no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 prescinde da produção de prova pericial para a constatação da materialidade quando o produto estiver fora do prazo de validade (art. 18, § 6º, I, da Lei 8.078/1990) ou em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (art. 18, § 6º, II, última parte, da Lei 8.078/1990” (IRDR n. 4009173-78.2016.8.24.0000, j. em 30.05.2020), pacificou a divergência nesta Corte sobre o tema. Assim, diante da mesma natureza criminal, crime de mera conduta e de perigo abstrato, o posicionamento também é trazido ao delito correlato, art. 7º, II, da mesma Lei, à luz da jurisprudência e doutrina.

RECURSO PROVIDO (Apelação Criminal n. 0001003-54.2016.8.24.0076, de Turvo, rel. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. em 6/8/2020 – grifou-se).

Assim, a conduta perpetrada pelo embargante está inserida no tipo penal previsto no art. 7º, II e IX, c/c o parágrafo único, da Lei n. 8.137/90, não havendo que se falar em ausência de comprovação da materialidade delitiva, devendo prevalecer o voto vencedor.

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos infringentes.

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 000489-96.2020.8.24.0000, de Xaxim

Relator: Desembargador Zanini Fornerolli

EMBARGOS INFRINGENTES – RECEPÇÃO (ART. 180, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL) E DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CÓDIGO PENAL) – DIVERGÊNCIA ACERCA DA PRÁTICA DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – CRIME PRATICADO DURANTE AÇÃO REPRESSIVA DA POLÍCIA MILITAR NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE OSTENSIVA – TIPICIDADE CONSTATADA – TEMA 1060 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AFETAMENTO QUE NÃO SUSPENDE OS PROCESSOS EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO.

Conforme precedentes do STJ, recusar a ordem de parada por parte de policiais militares no exercício de atividade ostensiva, destinada à prevenção e à repressão de crimes, configura o tipo descrito no art. 330 do Código Penal ainda que seja para evitar sua prisão em flagrante.

ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ORDEM DE PARADA POR PARTE DOS MILICIANOS – MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE DIVERGÊNCIA – NÃO CONHECIMENTO.

Nos moldes do art. 609, parágrafo único, do CPP, se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência, sendo vedada uma nova discussão acerca de toda matéria versada na causa.

INFRINGENTES PARCIALMENTE CONHECIDOS E REJEITADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade, da comarca de Xaxim 2ª Vara em que é/são Embargante(s) Marcelo do Nascimento Lemes Pavão e e Embargado(s) Ministério Público de Santa Catarina.

O Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer em parte e rejeitar os infringentes. Vencida a Exma. Des. Salete Silva Sommariva, nos termos do entendimento já firmado no voto vencido existente no recurso de apelação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Ernani Guetten de Almeida, presidente com voto, os Exmos. Des. Carlos Alberto Civinski, Des. Getúlio Corrêa, Des. Luiz Cesar Schweitzer e Des. Sidney Eloy Dalabrida, e as Exmas. Des. Salete Silva Sommariva e Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer.

Florianópolis, 30 de setembro de 2020.

Desembargador ZANINI FORNEROLLI

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos por Marcelo do Nascimento Lemes Pavão contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal desta Corte nos autos nº 0006677-

09.2016.8.24.0045, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de fixar o regime semiaberto para o réu Marcelo e, de ofício, declarar extinta a punibilidade de Rafael em razão da prescrição da pretensão punitiva no tocante ao crime de desobediência, além de diminuir o valor da prestação pecuniária. Por fim, deferiu-se a justiça gratuita aos réus.

Na ocasião ficou vencida a Exma. Des. Salete Silva Sommariva, que consignou que o embargante deveria ser absolvido do crime de desobediência, sob o argumento de que as normas de trânsito não previram a aplicação cumulativa das sanções do delito de desobediência na hipótese de ordem de parada emanada por autoridade policial em situações de trânsito, subsistindo meramente punições administrativas. Além disso, pontuou que inexistente o delito em comento quando a rebeldia se dá para não produzir prova contra si mesmo.

Em suas razões recursais, o embargante requer que o voto vencido prevaleça. Para tanto, afirma que deve ser absolvido do delito de desobediência, já que o não cumprimento da ordem decorreu de seu desejo de não ser preso, sendo assim um pós-fato impunível. Além disso, afirma que não há provas de que houve uma ordem de parada.

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Marcílio de Novaes Costa, que se manifestou pelo não conhecimento dos infringentes.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de embargos infringentes opostos por Marcelo do Nascimento Lemes Pavão contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal desta Corte nos autos nº 0006677-09.2016.8.24.0045, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de fixar o regime semiaberto para o réu Marcelo e, de ofício, declarar extinta a punibilidade de Rafael em razão da prescrição da pretensão punitiva no tocante ao crime de desobediência, além de diminuir o valor da prestação pecuniária. Por fim, deferiu-se a justiça gratuita aos réus.

In casu, segundo narra a denúncia, entre os dias 10 de outubro de 2016 e 13 de outubro de 2016, os acusados Marcelo do Nascimento Lemes Pavão e Rafael Henrique Ostroski, em comunhão de esforços, após se evadirem do regime semiaberto da Penitenciária Agrícola de Chapecó, já nos limites do município de Xaxim/SC, adquiriram, em proveito próprio, um veículo VW/Golf, placas MBJ-3642, o qual sabiam se tratar de produto de crime. Já no dia 13 de outubro de 2016, por volta das 13h30min, na Rua Alba Aparecida Cardoso, Bairro do Arirú, no município de Palhoça/SC, os acusados desobedeceram ordem de parada e averiguação emitidas por guarnição da Polícia Militar, que flagraram os acusados na atividade de desmanche do veículo receptado, empreendendo fuga do local. .

Prolatada a sentença, o embargante foi condenado ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, além de 17 (dezessete) dias de detenção, e ao pagamento de 20 dias-multa, pela prática das condutas tipificadas nos arts. 180, *caput*, e 330, ambos do Código Penal.

No julgamento do apelo interposto exclusivamente pelo Ministério Público, ficou vencida a Exma. Des. Salete Silva Sommariva, que consignou que o embargante deveria, de ofício, ser absolvido do crime de desobediência, sob o argumento de que as normas de trânsito não previram a aplicação cumulativa das sanções do delito de desobediência na hipótese de ordem de parada emanada por autoridade policial em situações de trânsito, subsistindo meramente punições administrativas. Além disso, pontuou que inexistente o delito em comento quando a rebeldia se dá para não produzir prova contra si mesmo.

Assim, o embargante requer que o voto vencido prevaleça. Para tanto, afirma que deve ser absolvido do delito de desobediência, já que o não cumprimento da ordem decorreu de seu desejo de não ser preso, sendo assim um pós-fato impunível. Além disso, afirma que não há provas de que houve uma ordem de parada.

Antes de mais nada, convém consignar que, não obstante a afetação do tema a respeito da “caracterização do crime de desobediência quando a ordem de parada a veículo for emitida por policial no exercício de atividade ostensiva de segurança pública” pelo STJ (Tema 1060), não houve determinação de suspensão dos processos em segundo grau de jurisdição, razão pela qual se passa à análise do presente recurso.

Nos termos do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, quando decisão de segunda instância desfavorável ao réu não for unânime, serão admitidos embargos infringentes e de nulidade, limitados, no entanto, à matéria objeto da divergência.

Preliminarmente, quanto à tese de intempestividade dos infringentes, levantada pela PGJ, anote-se que não deve ser acolhida, na medida em que, em consulta aos autos, percebe-se que foi expedida carta de ordem para intimação pessoal da causídica nomeada, cujo cumprimento se deu em 17.07.2020 (fl. 18 dos autos nº 0000090-18.2020.8.24.0000), enquanto o presente incidente foi protocolado em 20.07.2020, sendo, portanto, tempestivo.

Quanto ao mérito dos embargos, adianta-se, o voto vencedor deve prevalecer.

Inicialmente, com a máxima *venia*, deve-se apontar que, ao contrário do indicado na primeira parte do voto vencido, a ordem emanada pelos agentes públicos não emanou de situação de trânsito, mas sim de verdadeira atividade de repressão a ilícitos.

Conforme relatos dos policiais militares que atenderam a ocorrência – Rodrigo Luiz da Silva, Juliano Bonissoni e Wagner da Silva –, receberam informação que dava conta de que dois indivíduos estariam “picando” um automóvel, sendo que, ao chegarem no local, depararam-se com os réus, os quais, assim que notaram a chegada da guarnição, empreenderam fuga, pulando o muro do imóvel. Requerido apoio da ROCAM, os acusados foram então localizados e detidos (mídias de fl. 253). Vê-se, assim, que não houve qualquer ordem de parada emanada em situação de trânsito, mas sim decorrente de atuação de policiais militares em ação repressiva a crime.

Nesse viés, aliás, cabe discordar também do voto vencido, na medida em que, conforme inúmeros precedentes do STJ, recusar a ordem de parada por parte de policiais militares no exercício

de atividade ostensiva, destinada à prevenção e à repressão de crimes, configura o tipo descrito no art. 330 do Código Penal (AgRg no REsp nº 1.697.205/PR, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 28.05.2019; AgRg no REsp nº 1.853.001/MS, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 12.08.2020), **ainda que seja para evitar sua prisão em flagrante** (STJ, AgRg no AgRG no REsp nº 1.800.887/MS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 18.06.2019; AgRg no REsp nº 1.826.039/MS, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 09.06.2020).

Finalmente, em relação à tese trazida nos infringentes – e não discutida nos votos – referente à inexistência de ordem de parada, aqui a insurgência sequer merece ser conhecida.

Ocorre que, como é cediço, “os embargos têm razões específicas e limitadas, **pois só podem versar sobre a divergência que aponta conclusão favorável ao réu, não se prestando à rediscussão de toda matéria abordada no recurso precedente ou da causa por inteiro**” (MARCÃO, Renato. Código de processo penal comentado. Saraiva. São Paulo, 2016. p. 1.296).

Na espécie, segundo de verifica se uma simples leitura do voto vencido, a divergência foi somente em razão da sustentada atipicidade da conduta, decorrente da possível ocorrência unicamente de infração de trânsito ou da garantia constitucional ao silêncio e não produção de provas contra si mesmo.

Em outras palavras, não houve divergência acerca dos fatos narrados na incoativa, acolhidos pela sentença e referendados pelo Colegiado; a contrariedade foi somente na interpretação/leitura desses fatos, tendo a mairia entendido caracterizar o crime de desobediência.

Assim, não há razão para se debater acerca da existência ou não de ordem de parada dos policiais.

Entretanto, apenas por amor ao debate, vale consignar que, conforme lição de Rogério Sanches (Manual de Direito Penal, Parte Especial, 10ª ed., p. 869), **a ordem emitida por funcionário público pode se dar por meio de palavras, por escrito ou até mesmo através de gestos**. Ou seja, não se exige, por exemplo, a formulação de uma frase específica, podendo a determinação ser expressa por meio de um sinal luminoso ou sonoro, um movimento de mão, etc.

Nesse viés, é certo que a chegada dos policiais para abordarem os acusados e a perseguição ostensiva a eles a fim de abordá-los constitui evidente ordem de parada para averiguação das atividades dos réus, encontrados juntamente com um veículo produto de crime, sendo assim demonstrada a prática do crime de desobediência.

Ante o exposto, o voto é pelo parcial conhecimento dos embargos e, nesse âmbito, pela sua rejeição.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Habeas Corpus Criminal Nº 5034835-85.2020.8.24.0000/SC

RELATOR: Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO

REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE/IMPETRANTE: LUCAS UGIONI URBANO (Impetrante do H.C) E OUTROS

IMPETRADO: Juízo da Vara Única da Comarca de Armazém

HABEAS CORPUS. PACIENTES DENUNCIADOS PELA PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL, RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E MEIO QUE CAUSOU PERIGO COMUM, NA MODALIDADE TENTADA (ART. 121, § 2º, II, III E IV, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. ATOS PROCESSUAIS CUMPRIDOS REGULARMENTE. AUTOS QUE AGUARDAM APENAS A JUNTADA DE LAUDO PERICIAL PARA ENCERRAR A FASE DO SUMÁRIO DA CULPA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

Incabível a alegação de excesso de prazo, uma vez que os prazos processuais não devem ser interpretados de maneira literal e, sim, com certa razoabilidade, considerando as peculiaridades processuais de cada caso.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e denegar a ordem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 05 de novembro de 2020.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Lucas Ugioni Urbano, advogado, em favor de Jadson Rodrigues Borges e Mateus Marcílio Vargas, sob argumento de os pacientes estarem sofrendo constrangimento ilegal nos autos da Ação Penal n. 5000840-89.2020.8.24.0159, por ato do Juízo da Vara Única da Comarca de Armazém.

Sustenta o impetrante, em síntese, o excesso de prazo da prisão preventiva, uma vez que os pacientes estão segregados há mais de 04 (quatro) meses, sem a decisão de pronúncia.

Nessa seara, arrazoa que os pacientes permanecem presos, aguardando apenas a juntada de laudo pericial. Outrossim, alega que o referido laudo é dispensável para a elucidação dos fatos.

Pugna, por fim, pelo deferimento do pedido liminar e a concessão da ordem em definitivo, para fazer cessar o constrangimento ilegal que sofrem os pacientes, com a revogação da prisão preventiva e/ou a substituição das medidas cautelares diversas da prisão.

Indeferido o pedido liminar, restaram dispensadas as informações a serem solicitadas à autoridade apontada como coatora, por se tratar de processo digital na origem (Evento 8).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer da lavra do Exmo. Dr. Gilberto Callado de Oliveira, opinou pelo conhecimento e denegação da ordem (Evento 12).

Este é o relatório.

VOTO

Preambularmente, imperioso ressaltar que em sede de *habeas corpus*, na qualidade de 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.

A pretensão do impetrante, volta-se, tão somente, à arguição de excesso de prazo na formação da culpa, o que implicaria a necessidade de revogação da prisão preventiva.

Colhe-se dos autos que os pacientes foram presos em flagrante pela prática, em tese, do crime de homicídio triplamente qualificado, na modalidade tentada, porquanto, no dia 17 de maio de 2020, por volta das 18h, nas proximidades do Posto de Combustíveis “CELI”, Bairro Tiradentes, Gravataí/SC, teria supostamente - junto a outros dois codenunciados - desferido diversos disparos de arma de fogo, alvejando a vítima no antebraço direito.

O MM. Juiz Substituto da Vara Única da Comarca de Armazém homologou a prisão em flagrante e a converteu em preventiva, ante o preenchimento dos requisitos legais (Evento 12 - autos n. 5000757-73.2020.8.24.0159).

Em 29/05/2020, a denúncia foi oferecida pelo representante do Parquet, dando os pacientes e o outro indiciado como incurso nas sanções do art. 121, §2º, II, III e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal (Evento 1 da ação penal de origem).

Recebida a denúncia, em 29/05/2020, o Togado a quo manteve a prisão preventiva dos acusados (Evento 8 da ação penal de origem). Decisão no mesmo sentido foi dada em 12/06/2020 (Evento 77 da ação penal de origem).

Após a apresentação das defesas prévias, restou designada audiência de instrução e julgamento. Solenidade que foi realizada em 17/07/2020, conforme se observa do termo de audiência contido no evento 140 da ação penal de origem, ocasião que, mais uma vez, restou indeferido o pedido de revogação da prisão preventiva.

Ainda no referido ato, restou determinado que fosse oficiado à autoridade policial, para que, no

prazo de 05 (cinco) dias, remetesse o laudo pericial referente à perícia realizada nos telefones celulares apreendidos e, após, abertura de vista às partes para apresentação de alegações finais, no prazo legal.

Decorrido o prazo dado para apresentação do laudo pericial, as partes ofereceram as alegações finais (Eventos 155, 164, 166 e 167 da ação penal de origem).

Por meio da manifestação contida no evento 177, o representante Ministerial requereu a expedição de novo ofício à Delegacia de Polícia para que proceda-se à juntada do laudo pericial conclusivo da perícia realizada. Aguardando o feito, atualmente, apenas a juntada do referido laudo (Evento 201 da ação penal de origem).

Dessa forma, ao contrário do que entendeu o impetrante, da análise dos autos de origem - principalmente diante do advento da pandemia -, é possível concluir que os atos processuais foram cumpridos regularmente, não sendo sobrestados, em momento algum, de maneira indevida.

Cabe salientar que os prazos estipulados na legislação penal para o término da instrução processual e, por consequência, para a prolação da sentença, devem ser analisados com cautela e à luz da máxima razoabilidade, resguardadas aquelas situações excepcionais em que a demora seja justificada, conforme anota Julio Fabbrini Mirabete:

“[...] É pacífico, porém, que para o reconhecimento da ilegalidade por excesso de prazo na instrução, seja a demora injustificada. Não é ele reconhecido quando a mora está justificada nos autos, quando há caso de força maior provocada por processo complexo (vários réus, necessidade de citação edital, e de expedição de carta precatória, instauração de incidente de insanidade mental etc.). [...] A duração da instrução deve ser considerada sempre com relação à complexidade do processo, de acordo com um critério de razoabilidade”. (Código de processo penal interpretado, 8ª. ed., São Paulo: Atlas, 2000. p. 900).

Logo, os prazos processuais não devem ser interpretados de maneira literal e, sim, com certa razoabilidade, considerando, também, as peculiaridades processuais de cada caso concreto.

Nesse contexto, a afirmativa de que os pacientes encontram-se segregados há mais de 04 (quatro) meses e que o laudo pericial seria apenas do aparelho celular do corrêu, não é suficiente para ensejar o constrangimento ilegal por excesso de prazo, porquanto, “[...] para que se caracterize o excesso de prazo na formação de culpa e se autorize a soltura do réu preso preventivamente, é necessário realizar-se um juízo de razoabilidade, ponderando-se acerca da natureza do crime, de seus envolvidos e das circunstâncias do caso, mormente quando se vislumbra que em momento algum o processo permaneceu estagnado e vem seguindo o seu andamento normal” (TJSC - *Habeas Corpus* n. 2011.082470-3, de Barra Velha, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. em 22/11/2011).

A respeito, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“[...] O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso

de prazo, não se ponderando mera soma aritmética de tempo para os atos processuais (Precedentes do STF e do STJ). [...]”. (*Habeas Corpus* nº 104.955/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 02/09/2008).

A propósito, em caso semelhante, já se manifestou este Sodalício:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/06). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL AGUARDANDO APENAS A JUNTADA DO LAUDO PERICIAL DO CELULAR DOS ACUSADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. (*Habeas Corpus* Criminal n. 5031773-37.2020.8.24.0000, de Balneário Piçarras, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Alexandre D'Ivanenko, j. em 22/10/2020).

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AÇÃO PENAL QUE APURA A PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADO DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE QUE SE ENCONTRA SEGREGADO HÁ CERCA DE TRÊS MESES. TRAMITAÇÃO REGULAR DO PROCESSO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO JÁ REALIZADA. PENDÊNCIA APENAS DO LAUDO PERICIAL DO APARELHO CELULAR DO PACIENTE. JUÍZO A QUO QUE ESTÁ TOMANDO MEDIDAS PARA ACELERAR O DESFECHO DO FEITO. CONTAGEM DOS PRAZOS PROCESSUAIS QUE DEVE OBSERVAR O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. - Não sendo verificada demora injustificada na marcha processual, não há falar em excesso de prazo. - Parecer da PGJ pela denegação da ordem. - Ordem denegada. (*Habeas Corpus* (Criminal) n. 4026250-95.2019.8.24.0000, de Pomerode, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 19/09/2019).

Desse modo, o feito aguarda apenas a juntada do laudo pericial, a fim de obter esclarecimentos da perícia realizada (estando o Magistrado a quo tomando medidas para que tal diligência seja cumprida o quanto antes), logo, incabível a alegação de excesso de prazo, porquanto inexistente morosidade da justiça.

Ante o exposto, inexistindo ilegalidade ou constrangimento ilegal a ser sanado, voto no sentido de conhecer e denegar a ordem.

***Habeas Corpus Criminal* Nº 5024007-30.2020.8.24.0000/SC**

RELATORA: Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO

PACIENTE/IMPETRANTE: RENAN HAUPTLI DE SOUZA (Paciente do H.C)

ADVOGADO: OSVALDO JOSE DUNCKE (OAB SC034143)

REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE/IMPETRANTE: OSVALDO JOSE DUNCKE (Impetrante do H.C)

IMPETRADO: Juízo da Vara Criminal da Região Metropolitana da Comarca de Florianópolis

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

HABEAS CORPUS. PACIENTES DENUNCIADOS PELA PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL, RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA E MEIO QUE CAUSOU PERIGO COMUM, NA MODALIDADE TENTADA (ART. 121, § 2º, II, III E IV, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO. ATOS PROCESSUAIS CUMPRIDOS REGULARMENTE. AUTOS QUE AGUARDAM APENAS A JUNTADA DE LAUDO PERICIAL PARA ENCERRAR A FASE DO SUMÁRIO DA CULPA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

Incabível a alegação de excesso de prazo, uma vez que os prazos processuais não devem ser interpretados de maneira literal e, sim, com certa razoabilidade, considerando as peculiaridades processuais de cada caso.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do *habeas corpus* e denegar-lhe a ordem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 27 de agosto de 2020.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Osvaldo José Duncke, em favor de Renan Hauptli de Souza, contra ato, em tese, ilegal, praticado pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Região Metropolitana da Comarca de Florianópolis, que, nos autos da ação n. 0007942-10.2019.8.24.0023, decretou a prisão preventiva do paciente pela prática, em tese, dos delitos previstos no artigo 12, da Lei n. 10.826/03, artigo 2º da Lei n. 12.850/13 e artigo 273, do Código Penal (evento 1).

O impetrante sustentou, em síntese, que não há indícios de que o paciente tenha praticado crime algum e que a decisão que decretou a medida extrema fundamentou-se na “necessidade de garantir-se a ordem pública, diante da “falsa noção de impunidade” em caso de soltura dos indiciados frente

a “intranquilidade que os crimes dessa natureza vêm gerando na sociedade como um todo”, bem como “dispôs que o fato de haverem indiciados foragidos, como é o caso do Paciente, a decretação da custódia cautelar, serviria também “para assegurar a aplicação da lei penal em relação a estes, eis que a fuga denota a intenção de furtar-se à ação repressiva estatal””.

Ressaltou os bons predicados do agente, sua primariedade e o fato de possuir residência fixa e trabalho lícito, e aduziu que os requisitos dispostos no artigo 312 do Código de Processo Penal não se verificam presentes no caso em análise, sendo a revogação da medida de segregação medida que se impõe.

Pontuou que decisão foi genérica, não se atentando aos fatos concretos do caso em tela, utilizando-se de “argumentos genéricos, aplicáveis a qualquer caso, assim como, não houve a individualização das supostas condutas do Paciente e deixou-se de mencionar os motivos pelos quais deixa de aplicar as medidas cautelares distintas da prisão”.

Aduziu que o fato de o paciente estar foragido não autoriza ou justifica persegui-lo ainda mais, pois que atualmente tão somente exerce seu direito de liberdade constitucionalmente garantido.

Aventou a ausência de contemporaneidade do decreto de prisão, haja vista “as investigações se iniciaram, mediante representação pela quebra de sigilo telefônico, em maio de 2019, ou seja, há mais de 15 (quinze) meses, período este em que houve a renovação das interceptações por diversas vezes e o Paciente não foi alvo das interceptações, não teve, por corolário, nenhuma conversação interceptada, assim como, não teve seu nome mencionado em qualquer prática ilícita, tão somente em conversações de terceiros entre si”.

Alegou, ainda, a inidoneidade do decreto de prisão do Paciente em razão a pandemia da covid-19 e a Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça, apontando o risco de contaminação e a urgência de que fosse concedida a possibilidade de permanecer em prisão domiciliar.

Pugnou pelo deferimento do pedido liminar e, posteriormente, da ordem em definitivo, para fazer cessar o constrangimento ilegal que entende sofrer o Paciente, com a revogação do decreto de segregação. Alternativamente pleiteiou pela concessão do direito de permanecer o paciente em prisão domiciliar (evento 1).

Indeferida a liminar e dispensadas as informações do processo originário, porquanto é digital, os autos foram remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça (evento 7).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ernani Dutra, o qual opinou pelo conhecimento e e denegação da ordem (evento 13).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* com pedidos de revogação do decreto de prisão preventiva do

paciente sob a alegação de ausência de fundamentação e inexistência dos requisitos autorizadores da medida extrema, previstos no artigo 312, caput, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A ordem deve ser denegada.

O *Habeas Corpus* constitui remédio constitucional de caráter excepcional, sujeito a procedimento especial. Sua apreciação está restrita à presença de ilegalidade ou abuso de poder da ordem que decretou a prisão.

A concessão da ordem em *Habeas Corpus* representa medida extrema, pois o seu deferimento está condicionado à evidência da admissibilidade jurídica do pedido, do constrangimento ilegal e do risco na demora da prestação jurisdicional

Em análise da decisão que decretou anteriormente a prisão temporária do paciente, extrai-se a seguinte fundamentação (Evento 1 - Anexo 8):

1. Trata-se de representação formulada pela Autoridade Policial da Delegacia de Repressão ao Crime Organizado (DRACO), objetivando a decretação da prisão temporária de 83 (oitenta e três) investigados, a medida de busca e apreensão a ser realizada em 57 (quinze) imóveis. Pleiteia, ainda a Autoridade Policial, que os dados dos equipamentos eletrônicos que, porventura, forem apreendidos, principalmente os celulares, sejam extraídos por equipamento disponibilizado pela Diretoria de Inteligência da Secretaria Nacional de Segurança Pública. Por fim, representou pelo compartilhamento das provas produzidas com a Diretoria de Inteligência da Secretaria Nacional de Segurança Pública (fls. 1157-1744).

O Ministério Público se manifestou favorável à representação (fls. 1807-1816).

2. DO DECRETO PRISIONAL

A organização criminosa denominada Primeiro Grupo Catarinense (PGC), da qual os investigados estariam vinculados, surgiu em 2003 a pretexto de se rebelar contra as condições carcerárias dos detentos na Penitenciária da Capital, muito embora essa revolta, de maneira absolutamente ilegítima, tenha voltado seu foco para a prática de crimes. Pelo que se tem conhecimento, o grupo possui um estatuto que rege suas atividades e uma estrutura de hierarquia e poder bem definidos.

O Primeiro Ministério é composto por 10 (dez) agentes, com vitaliciedade no cargo. O Segundo Ministério tem número variado e é composto por indivíduos que estejam detidos na Penitenciária

de São Pedro de Alcântara. Segue a estrutura com os Sintonias e os Disciplinas, responsáveis por colocar em prática os desígnios do grupo e exercer o comando das regiões em que estabelecida a facção.

Para a consecução de seus objetivos se organizam para a prática dos mais diversos ilícitos, especialmente tráfico de entorpecentes e crimes patrimoniais. Parte do “lucro” da atividade criminosa é destinada para a própria facção em forma de “dízimo”. Esses valores financiam a compra de “matéria prima” (leia-se: drogas e armas), além da manutenção da família dos integrantes presos e até mesmo pagamento de defesa técnica.

A existência da organização se tornou notória a partir de 2012, quando se iniciou uma onda de atentados neste Estado.

No ano de 2013 houve o reconhecimento formal de sua existência com a denúncia apresentada no processo nº 008.13.001206-5, da Comarca de Blumenau. Dezenas foram condenados em primeira instância, cuja sentença restou confirmada em grau recursal (Apelação Criminal n. 2014.091769-8).

Após a primeira onda de atentados em 2012, seguiram-se outras ondas nos anos seguintes. Tudo relacionado ao endurecimento do combate ao tráfico de drogas e a transferência de presos para instalações federais de segurança máxima. Os cidadãos, por sua vez, permaneceram verdadeiros reféns das ações criminosas e foi gerada uma crítica instabilidade social.

No caso em concreto, ressalta a Autoridade Policial que as investigações visa coibir e reprimir os gravíssimos delitos que estão sendo cometidos por membros da mencionada organização.

Consta, ainda, da representação que o investigado Lucas Lima Kons, vulgo “Cidi”, no dia 08/05/2019, foi preso em flagrante delito, em decorrência da suposta prática dos crimes previstos nos artigos 33, caput, da Lei 11.343/2006 e 16 da Lei n. 10.826/2003, oportunidade em que restaram apreendidos os seguintes produtos de origem ilícita: colete balístico com brasão da Polícia Civil, 18 (dezoito) munições calibre 9mm +P, 2 (duas) munições calibre 9mm lugger, 1 (uma) munição calibre .38 SPL, 1 (uma) munição calibre 12 GÃ, 2 (dois) carregadores de arma de fogo, 84,5 (oitenta e quatro e meio) comprimidos de ecstasy, 930 g (novecentas e trinta gramas) de maconha, um caderno e diversas folhas contendo espécie de “contabilidade” de venda de armas e drogas.

Conforme relatos dos policiais no Auto de Prisão em Flagrante n. 480.19.00347, o investigado Lucas Lima Kons “trabalhava” e “armazenava” os materiais apreendidos para o investigado Francisco de Souza Pereira, vulgo “Chiquinho”, o qual é apontado como integrante do PGC, exercendo a função de disciplina da facção criminosa no bairro Carandaí, Biguaçu-SC.

Nas anotações apreendidas, consta os nomes de Taise Parisoto, companheira do investigado Francisco de Souza Pereira e mãe de João Pedro Parizotto Jordão, sendo que este já foi preso em flagrante delito com o investigado Lucas Lima Kons.

Durante as investigações, além da análise do celular apreendido e que seria de uso do investigado Francisco de Souza Pereira (fls. 444-453 e 1031-1143), foram realizados cinco períodos

de interceptação das comunicações telefônicas, todas deferidas por este Juízo (fls. 47-55, 126-133, 202-208, 461-472 e 694-704).

Indica-se, por oportuno, as fundadas razões de autoria dos investigados que supostamente integram a organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense (PGC), as quais faço com base no relatório formulado pela Autoridade Policial:

[...]

40- RENAN HAUPTLI SOUZA suposto integrante da Organização Criminosa PGC. Segundo a Autoridade Policial, em análise complementar do Laudo Pericial do celular do investigado Francisco de Souza Pereira, constatou-se conversas entre o investigado Francisco e um indivíduo com o vulgo “Bibi”, no qual, aparentemente, seria um dos fornecedores de cocaína. O vulgo “Bibi” repassa ao investigado Francisco a conta bancária do investigado Renan Hauptli Souza para a realização de depósitos. Em conformidade com a Autoridade Policial, o investigado Renan seria, em tese, o responsável pelas entregas das drogas do vulgo “Bibi” (fls. 1551-1553);

[...]

Pois bem. Cumpre ressaltar que para o deferimento de prisão temporária necessário se faz o preenchimento dos requisitos elencados no art. 1º e seus incisos da Lei n. 7.960/89, senão vejamos:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

[...]

l) quadrilha ou bando

[...]

n) tráfico de drogas;

[...]”

Já a Lei nº 8.072/1990, em seu art. 2º, § 4º, dispõe:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...] § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Na interpretação do disposto no artigo 1º da norma em comento, infere-se que esta modalidade de custódia tem incidência nas hipóteses dos incisos I e II, desde que qualquer delas seja conjugada com o disposto no inciso III.

Assim, referida prisão cautelar tem cabimento quando a segregação do investigado for “imprescindível para as investigações do inquérito policial” (inciso I), ou, “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade” (inciso II), sempre observada a existência de “fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado [...]” (inciso III) nos crimes elencados nas alíneas ‘a’ à ‘o’.

Para melhor instruir o inquérito e eventual ação penal, afigura-se necessária a prisão temporária dos investigados acima mencionados, visando à obtenção de informações acerca da suposta organização criminosa que se dedica ao tráfico de drogas e outros crimes graves.

Isso porque, ao que tudo indica, os representados estão amplamente envolvidos em tal contexto criminoso, circunstância que só poderá ser mais bem esclarecida acaso deferida a medida pleiteada, justificando o expediente excepcional em viabilização direta da investigação criminal, a qual não tem outra função senão a tutela da ordem pública, já tão maculada pela reiterada e disseminada prática da comercialização de substâncias entorpecentes.

No caso vertente, evidenciam os elementos colhidos durante a investigação policial a existência de fundadas razões de autoria e participação dos investigados na organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense (PGC), o qual se dedica à prática, entre outros, de crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, roubos e homicídios, configurando, respectivamente, as alíneas “l”, “n”, “c” e “a”, do inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960/1989.

Quanto aos fatos em tese delituosos que fundamentam o pedido de decretação da segregação cautelar, verifico presente o *fumus comissi delicti*.

Destarte, entendo demonstradas as fundadas razões de autoria ou participação dos investigados acima indicados na organização criminosa PGC.

Além disso, diante da análise do contundente relatório circunstanciado produzido pela autoridade policial, não há dúvidas acerca da presença do *periculum libertatis*, retratado na necessidade da segregação cautelar dos investigados para assegurar o regular prosseguimento das investigações policiais e a conclusão do Inquérito Policial, diante da existência de fundadas razões que, neste momento, são suficientes a permitir a presunção de que os investigados seriam integrantes da organização criminosa PGC, a qual se dedica à prática de crimes graves e, como se sabe, vem ganhando espaço em todo o território do Estado de Santa Catarina.

De rigor, portanto, a decretação das prisões temporárias dos investigados, haja vista ser necessária para o êxito da investigação.

A propósito, em caso semelhante a desses autos, colhe-se da jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

*HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO TEMPORÁRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. EXTENSA INVESTIGAÇÃO DE GRUPO ATUANTE EM COMUNIDADE DA REGIÃO CONTINENTAL DE FLORIANÓPOLIS E COM RELACIONAMENTO DIRETO COM A FACÇÃO PRIMEIRO GRUPO CATARINENSE. MÉRITO. NECESSIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA EM FATOS CONCRETOS. INDÍCIOS SUFICIENTES DO ENVOLVIMENTO DO PACIENTE NOS CRIMES INVESTIGADOS. FOTOS COM OUTROS INTEGRANTES E INFORMAÇÕES DE QUE INTEGRA GRUPO DA FACÇÃO NO APLICATIVO DE MENSAGENS “WHATSAPP”. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DA LEI 7.960/89. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO NA HIPÓTESE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4020399-28.2018.8.24.0900, da Capital, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 23-08-2018).*

Sobre o prazo da prisão temporária, convém destacar que a Lei n. 7.960/1989 estabelece que a prisão temporária será deferida quando, havendo fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes de quadrilha ou bando (atual associação criminosa) e de tráfico de drogas, entre outros, for imprescindível para a investigação penal (art. 1º, I e III).

Ainda que sustentem o contrário (com base na literalidade e taxatividade da Lei 7960/89), entendo que o crime de participação em organização criminosa permite a decretação da prisão temporária, porque toda organização criminosa configura uma associação criminosa, muito embora o inverso não ocorra, já que nem toda associação criminosa contém os elementos especializantes do tipo penal previsto no art. 2º da Lei n. 12.850/2013.

Com efeito, o objetivo da Lei é justamente reprimir a associação delitiva, a qual encontra sua forma mais exponencializada nas organizações criminosas, cuja definição e criminalização foram devidamente fixadas pela Lei n. 12.850/2013.

Na mesma linha, trago o seguinte precedente do TJSP:

PENAL. HABEAS CORPUS. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, NOS TERMOS DO ARTIGO 2º, § 4º, INCISO I, DA LEI Nº 12.850/2013. PRISÃO PREVENTIVA. CABIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL ADEQUADA, POSTO QUE RELACIONADA A DADOS CONCRETOS DO CASO. FUMUS COMMISSI DELICTI (“FUMAÇA” OU POSSIBILIDADE DE PRÁTICA DELITIVA). SOBEJOS INDÍCIOS DE AUTORIA EXTRAÍDOS COM BASE NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS. PRISÃO TEMPORÁRIA. CABIMENTO. IMPRESCINDIBILIDADE ÀS INVESTIGAÇÕES DO INQUÉRITO POLICIAL. INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DO ROL ESTRITO PREVISTO NO ARTIGO 1º, III, DA LEI Nº 7.960/89, EM ESPECIAL COM A ALÍNEA “L”, QUE A ADMITE PARA OS

CRIMES DO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL (ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, NOMEN IURIS ATUAL). PERMITINDO-SE PARA CRIME ESSENCIALMENTE SEMELHANTE E MENOS GRAVE, CABÍVEL PARA O MAIS GRAVE, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE DE PRÁTICA DE ROUBO QUE CONFIRMA AINDA MAIS A LEGITIMIDADE DA MEDIDA. (grifei)

Do teor do voto do relator se extrai:

Adota-se, aqui, a corrente capitaneada por VICENTE GRECO FILHO, segundo o qual, uma vez presentes os requisitos legais para a prisão preventiva, cabível, na análise conjunta dos incisos I e III, do artigo 1º, da Lei nº 7.960/89, a imposição da prisão temporária. Uma vez que se registram, aqui, o *fumus commissi delicti* (“fumaça” ou possibilidade de prática de crime) e o *periculum libertatis* (perigo na soltura provisória do preso), cabível a referida modalidade de constrição locomotora. Mais ainda, cabível a prisão temporária para o crime de associação criminosa, nomen iuris atual do delito de quadrilha ou bando (artigo 288 do Código Penal, c.c. artigo 1º, III, “I”, da Lei nº 7.960/89), igualmente cabível é aquela modalidade de prisão para os crimes previstos na Lei nº 12.850, vez que a organização criminosa representa um *maius* (crime de maior lesividade social, com penas mais elevadas) em relação ao crime do artigo 288 do Código Penal, conquanto sejam ontologicamente parelhos, ou seja, condutas delinquentes que possuem a mesma objetividade jurídica, tutelando-se, com tais tipos penais, a paz social e a higidez da tessitura comunitária, postas em risco com a contundente ação delinvente das organizações criminosas. Se é possível a prisão temporária para o “menor”, crime de “bando ou quadrilha” (ou, atualmente, “associação criminosa”), pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e, até, da igualdade, mais razão ainda existe na conclusão sobre a plena viabilidade desse tipo de prisão ser aplicado também na hipótese de “Organização Criminosa [...]” (TJSP. *Habeas Corpus* n. 2136200-58.2015.8.26.0000, j. em 22/10/2015, rel. Des. Alcides Malossi Júnior).

De todo modo, ainda que assim não se entenda, fato é que um dos crimes investigados (tráfico de drogas, que é o que sustenta o grupo odioso) está expressamente inserto no rol taxativo do art. 1º, III, da Lei 7.960/1989, na alínea ‘n’, não havendo óbice à decretação da prisão temporária em desfavor dos investigados.

Ante o exposto, com fundamento nas alíneas “I” e “n”, do inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960/89, DECRETO as PRISÕES TEMPORÁRIAS dos investigados: [...] 40. RENAN HAUPTLI SOUZA [...].

O prazo da prisão temporária, conforme fundamentado, será de 30 (trinta) dias (art. 1º, inciso I e III, alínea “n”, da Lei 7.960/1989 c/c o art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/1990, prorrogável por igual prazo, desde que em caso de extrema e comprovada necessidade..

Posteriormente, em 24 de julho de 2020, a prisão temporária do Paciente foi convertida em prisão preventiva, nos seguintes termos (Evento 1 - Anexo 9):

[...]

A decretação da prisão preventiva, quando inadequada e insuficiente a imposição de medidas cautelares diversas (CPP, art. 282, § 6º), pressupõe prova da materialidade e indícios suficientes de autoria da conduta

delituosa perpetrada (*fumus commissi delicti*), diante da verificação de uma das seguintes hipóteses: a) ser o crime doloso apenado com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; b) ser o investigado reincidente; c) pretender-se a garantia da execução das medidas protetivas de urgência havendo violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência (CPP, art. 313).

Ademais, além dos pressupostos acima, exige como fundamento (*periculum libertatis*) a garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal ou a garantia da aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Viável também fundamentar a conversão na dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou na ausência de fornecimento de elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (CPP, art. 313).

Para Renato Brasileiro de Lima, “o magistrado só poderá decretar a prisão preventiva quando não existirem outras medidas menos invasivas ao direito de liberdade do acusado por meio das quais também seja possível alcançar os mesmos resultados desejados pela prisão cautelar” (Manual de processo penal. vol. único. 2.^a ed. rev. amp. e atual. JusPodivm: Salvador, 2014. pág. 895).

Importante, ainda, a lição de Guilherme de Souza Nucci, para quem a prisão preventiva “é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei” (Código de Processo Penal Comentado, 13^a Ed. rev. amp. e atual. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 624).

Oportuna a lição de Noberto Avena:

A prisão provisória é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Não tem por objetivo a punição do indivíduo, mas sim impedir que venha ele a praticar novos delitos (relacionados ou não com aquele pelo qual está segregado) ou que sua conduta interfira na apuração dos fatos e na própria aplicação da sanção correspondente ao crime praticado. Possui natureza eminentemente cautelar, razão pela qual não viola o princípio da presunção de inocência, tampouco qualquer outro direito ou garantia assegurados na Constituição Federal. Esta cautelaridade, com as alterações introduzidas pela Lei 12.403/2011, restou consagrada no próprio Código de Processo Penal, por exemplo, no art. 319 que, ao arrolar determinados provimentos cautelares alternativos, denomina-os de medidas cautelares diversas da prisão, deixando claro, com isto, tratar-se a prisão provisória, também, de uma medida de natureza cautelar. (Grifado no original - in Processo penal. 10. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 875).

Necessário ressaltar que não há antecipação da culpa ou ofensa ao princípio da presunção de inocência quando, concretamente, estiverem preenchidos os requisitos legais e motivos capazes de ensejar a prisão preventiva.

Neste sentido já se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA AFASTADA. 1. É intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo de 5 dias corridos, nos termos dos arts. 39 da Lei 8.038/90 e 258, caput, do RISTJ. 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, apreciando as ADCs 43, 44 e 54, firmou compreensão quanto à constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual: Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva, em consonância com o princípio da presunção de inocência. 3. Agravo regimental não conhecido. Afastada a execução provisória da pena. (AgRg no AREsp 1583894/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020 - Grifo nosso)

No caso concreto, a prova da materialidade e os indícios de autoria das condutas típicas perpetradas pelos Investigados estão presentes nos elementos informativos e provas já constantes da presente investigação, da qual se extraem elementos aptos a indicar que todos são integrantes da organização criminosa denominada Primeiro Grupo Catarinense (PGC) e com o tráfico de drogas ou mesmo associação para o tráfico, conforme já delineado.

Com efeito, a materialidade delitativa está presente nas diligências investigatórias contidas no Inquérito Policial de fls. 2933-6462, cujo teor revela, em tese, que a organização criminosa é voltada à prática de diversos crimes graves, notadamente o tráfico de drogas, que é o que sustenta o grupo combatido.

Observo, também, que as infrações penais tipificadas nos arts 2º da Lei nº 12.850/2013 e no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, representam crimes dolosos apenados com reclusão superior a 4 (quatro) anos.

Resta, pois, assentado o *fumus comissi delicti*.

Quanto aos indícios de autoria, levando em consideração que as investigações já contavam com diversos elementos para demonstra-los, com o cumprimento das diligências, foi possível esclarecer ainda mais a convergência de vontades entre os investigados e os seus supostos envolvimento com a organização criminosa PGC.

Sobre os indícios, oportuno esclarecer que “apesar de grande parte da doutrina referir-se aos indícios apenas com o significado de prova indireta, nos termos do art. 239 do CPP, “a palavra indício também é usada no ordenamento processual penal pátrio com o significado de uma prova semiplena, ou seja, no sentido de um elemento de prova mais tênue, com menor valor persuasivo. É com esse significado que a palavra indício é utilizada nos arts. 126, 312 e 413 caput, todos do CPP” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, vol. I. p. 831) (destaquei).

Nessa linha de compreensão, reputo como indícios suficientes de autoria as interceptações das comunicações telefônicas deferidas por este Juízo e as demais diligências realizadas pelos Policiais (cumprimento de busca e apreensão, campanas, informes, etc).

No que tange ao *periculum libertatis*, a segregação dos Indiciados é necessária para a garantia da ordem pública.

Sobre a garantia da ordem pública, assevera Edilson Mougenot Bonfin:

O significado da expressão garantia da ordem pública não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade) (...) reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade. (in Curso de Processo Penal, 9ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2014, p. 534).

A prisão de integrantes de organização criminosa, especialmente em cargos de comando, serve como forma de enfraquecer a atuação de qualquer que seja a organização, visando, principalmente fazer cessar qualquer atividade criminosa ligada a facção.

Ainda, ao menos nessa fase de cognição sumária, pode-se inferir que os Indiciados estão envolvidos em um grupo organizado, inclusive armado, que faz do tráfico de drogas em larga escala o seu meio de sobrevivência (a par de outros crimes), o que revela a gravidade concreta das condutas apuradas.

Acrescenta-se, também, que, como é notório, a organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense se vale da participação de adolescentes, sendo certo que a prisão do núcleo dos imputáveis (maiores de 18 anos), contribui para que os menores cessem sua atividade criminosa ou, ao menos, tenham receio de continuar a delinquir em prol da facção.

Nesse cenário social e probatório, é evidente que a liberdade dos representados deixaria latente a falsa noção da impunidade e serviria de estímulo para idêntica conduta, fazendo avançar a intranquilidade que os crimes dessa natureza vêm gerando na sociedade como um todo. Daí porque inevitável a conclusão sobre a necessidade da custódia para acautelar a ordem pública.

A respeito do tema o colendo Supremo Tribunal Federal já se pronunciou:

[...] Custódia assentada na periculosidade do agravante para a ordem pública. Suposto envolvimento com organização criminosa. Necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes da referida organização. Precedentes. [...] 2. É do entendimento do STF que “a custódia cautelar visando à garantia da ordem pública legitimase quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa” (HC nº 118.340/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 23/4/16). [...] (RHC 154794 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 28/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 16-10-2018 PUBLIC 17-10-2018).

No mesmo norte a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.

PRISÃO CAUTELAR. (...) FUNDAMENTAÇÃO. PERICULOSIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ALEGAÇÃO DE FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ANÁLISE INVIÁVEL NESTA SEDE. ORDEM DENEGADA. (...) 2. In casu, muito embora o paciente esteja preso há aproximadamente um ano (desde o dia 23.6.2017), trata-se de processo que apresenta certa complexidade, tendo em vista a pluralidade de réus (vinte e seis), bem como o suposto envolvimento do paciente com intrincada organização criminosa (PGC - Primeiro Grupo Catarinense). Ademais, há AIJ designada para data próxima (dia 27/07/2018). Tal contexto justifica o andamento do feito, que é compatível com as particularidades da causa, não se tributando, pois, aos órgãos estatais indevida letargia. 3. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da periculosidade do paciente, supostamente envolvido com a facção criminosa PGC. O juízo de primeiro grau destacou, ainda, que o paciente conta com diversos registros de antecedentes criminais e é reincidente, “inclusive cumprindo pena pela prática de homicídio”. 4. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública. 5. Para concluir, como se pretende, que não há prova do envolvimento do paciente com a organização criminosa, seria necessário amplo reexame do conjunto fático-probatório do processo que corre em primeira instância, o que se afigura inviável nesta estreita via mandamental. 6. Ordem denegada. (HC 423.502/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018)

Acrescento, ainda, que as condutas praticadas por integrantes de organizações criminosas, como a investigada neste autos, revelam ausência de freio moral e ferem o senso mínimo de justiça, representando grave ofensa à ordem pública, notadamente aos valores protegidos pela ordem constitucional.

De se dizer que os cidadãos, por sua vez, permaneceram verdadeiros reféns das ações criminosas, gerando, por consequência, instabilidade social.

De se concluir, diante de tal contexto, que eventuais predicados favoráveis, tais como primariedade, atividade laboral lícita, residência fixa, etc., não infirmam a conclusão sobre a necessidade da prisão preventiva.

Do mesmo modo, por haver Indiciados foragidos (MARISSOL BEATRIZ MACHADO, YURI OLIVEIRA DE SOUZA, MARIA ELOISE BUENO DE OLIVEIRA, MICHEL UMBELINO, ADOLFO MELGAREJO FILHO, EZEQUIEL SILVEIRA, RODRIGO SCHAVARTZ DOS SANTOS, RENAN HAUPTLI SOUZA, JONATHAN EDUARDO FERREIRA, VALDEVINO ALVES PEREIRA, DOUGLAS DA SILVA HONORATO, ELICLEISON DA SILVA OLIVEIRA e JONATHAS DE JESUS NASCIMENTO), tenho que o decreto prisional servirá também para assegurar a aplicação da lei penal em relação a estes, eis que a fuga denota a intenção de furtar-se à ação repressiva estatal.

A propósito:

HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE VÁRIOS CRIMES. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E LAVAGEM DE DINHEIRO. INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA GARANTIR

A ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE AUTORIZAM A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PACIENTE SUPOSTAMENTE INTEGRANTE DE GRANDE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, DE ALTA PERICULOSIDADE E QUE ENCONTRA-SE FORAGIDO DO DISTRITO DA CULPA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS QUE NÃO SE MOSTRAM SUFICIENTES PARA ATENDER A NECESSIDADE DO CASO CONCRETO. Inexiste constrangimento ilegal no decreto de prisão preventiva amparado em elementos concretos capazes de demonstrar a necessidade da garantia da ordem pública e para se assegurar a aplicação da lei penal. Demonstrada nos autos a imprescindibilidade da custódia cautelar estatal, não há falar em aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. COMPATIBILIDADE. HARMONIA DO INSTITUTO COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL (CR, ART. 5º, LXI). Por estar a prisão cautelar prevista no ordenamento jurídico vigente, a sua decretação, devidamente amparada nas reais necessidades do caso concreto, não ofende o princípio do estado de inocência (CF, ART. 5º, LXI). BONS PREDICADOS PESSOAIS DO PACIENTE. CONDIÇÃO QUE NÃO OBSTA A SEGREGAÇÃO PROVISÓRIA. Possíveis predicados pessoais favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a decretação ou a manutenção da segregação cautelar, se presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. ORDEM DENEGADA. (Grifei - TJSC, *Habeas Corpus* n. 2012.066537-7, de Palhoça, rel. Des. Newton Varella Júnior, Primeira Câmara Criminal, j. 09-10-2012).

Salienta-se ainda que, in casu, mostra-se insuficiente e inadequada a imposição de quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319), já que sua concessão, mesmo que condicionada, pressupõe a liberdade dos indiciados, hipótese essa incompatível com a grave situação vislumbrada nestes autos, indicativa de que, acaso soltos, encontrariam os mesmos estímulos e meios necessários à continuidade das condutas delituosas.

[...]

Sobreveio, ainda, no dia 5 de agosto de 2020, a denúncia, em imputou-se ao Paciente a prática do crime descrito no art. 2º, §§ 2º e 4º, incisos I e IV, da Lei n. 12.850/13, ressaltando-se, na exordial acusatória, que o Paciente promovia e integrava, de forma permanente, o Primeiro Grupo Catarinense (PGC) (Evento 1 dos autos n. 5059149-26.2020.8.24.0023):

29. RENAN HAUPTLI SOUZA O denunciado Renan Hauptli Souza, conforme apurado nos autos, promove e integra a organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense (PGC), atuando no tráfico de drogas. Em análise complementar do Laudo Pericial do celular do facionado Francisco de Souza Pereira, constatou-se conversa entre Francisco e um indivíduo com o vulgo “Bibi”, um dos fornecedores de cocaína para Francisco. No diálogo, vulgo “Bibi” repassa a Francisco a conta bancária do denunciado Renan Hauptli Souza para a realização de depósitos, sendo Renan também o responsável pelas entregas das drogas do vulgo “Bibi” (fls. 1551-1553).

Pois bem.

Ao contrário do suscitado pelo Impetrante, denota-se que a decretação de prisão preventiva está fundada em preceitos legais, sobretudo a eminente necessidade de acautelar a ordem pública, haja vista a existência de indícios de que o paciente integra intrincada rede de organização criminosa conhecida como Primeiro Grupo Catarinense (PGC), a qual é notória a responsabilidade pela prática de diversos delitos que assustam e perturbam a sociedade catarinense, além de estar foragido, o que, por si só demonstra a intenção de fraudar a aplicação da lei penal.

Com relação ao agente, denota-se que a perícia técnica nos aparelhos celulares apreendidos (mais especificamente, o celular do faccionado Francisco de Souza Pereira) teria revelado - sempre em tese - seu envolvimento de forma ativa com as operações do PGC, inclusive com entregas de entorpecentes.

Não é demais destacar que, conforme extrai-se da denúncia, atribuiu-se ao Paciente o envolvimento de forma permanente com a citada organização criminosa, situação que, por si só, afasta a tese de que a decretação de sua prisão preventiva não observa o critério da contemporaneidade.

Com relação ao argumento de que o Paciente é primário e possui trabalho fixo, primordial ressaltar o entendimento já consolidado pelos tribunais pátrios de que “as condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.” (STJ, 5ª Turma - HC 216914/PE, Relatora: Min. Laurita Vaz - Julgado em 21.06.2012, Publicação DJe 29.06.2012).

Já com relação à tese de que a revogação do decreto de prisão cautelar é necessária em decorrência da Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça, deve-se pontuar que supracitada recomendação não possui força de lei, mas, tão apenas, um alerta aos magistrados no sentido de, na análise de cada caso concreto, considerar a existência da pandemia do Covid-19 na averiguação da necessidade da manutenção de prisões preventivas, ou mesmo daquelas oriundas de cumprimento de penas.

Todavia, é certo que a supracitada recomendação não legitima a soltura automática e desenfreada de todos aqueles que, por ventura, estejam cumprindo prisão cautelar ou venham a cumprir neste interregno, sendo necessário a análise pormenorizada das particularidades de cada caso concreto para sopesar eventual risco à saúde do aprisionado com o risco que sua liberdade pode ocasionar à sociedade.

Salienta-se ainda que a imprescindibilidade da prisão, nos termos supracitados, torna inaplicável as medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal, pois elas não seriam capazes de garantir a ordem pública, isto é, não seriam capazes de impedir que o Paciente voltasse à prática de atividades criminosas.

Não há, pois, concluir de forma diversa. Considerando que a matéria foi analisada de forma exauriente pelo membro do Ministério Público de segundo Grau, o Procurador de Justiça Ernani Dutra, adota-se parte da manifestação de Evento 18 como razão de decidir, o que é permitido pelo

Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 5.2.2013, v.u):

[...]

Opinamos denegação da ordem porque vemos suficiente periculum libertatis naquilo que ora já foi indiciariamente apontado contra o Paciente.

Procurando manter o acurado exame dos casos que recebemos vinculados aos fatos investigados nos autos n. 7942-10.2019.8.24.0023, é forçoso convir que contra o paciente, Renan Hauptli de Souza, foi declinado razoável indício não somente da sua filiação a organização criminosa. Também indicou-se a sua ativa participação nela. O Paciente estaria atuando na logística do tráfico de droga, mercancia ilícita essa que notoriamente fornece grande parte do capital que sustenta as diversas outras atividades criminosas dos bandos organizados. Logo fica patente que a manutenção da liberdade de locomoção do Paciente é razão de risco à incolumidade pública.

A decisão a quo encontra robusta sustentação na jurisprudência, que defende a adequação da prisão preventiva como meio de salvaguardar a ordem pública, em casos onde a conduta praticada pelo agente detido reveste-se de especial gravidade: Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 147.546/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 7/11/2017; no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *Habeas Corpus* n. 4015717-48.2017.8.24.0000, da Capital, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 8/8/2017

Situações onde o agente detido era membro ou auxiliar esporádico de organização criminosa já foram objeto de análise pelos Tribunais, que corroboraram a necessidade da prisão preventiva em casos desse jaez: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *Habeas Corpus* 4004847-75.2016.8.24.0000, de Lages, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 2/8/2016:

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DO DELITO DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO, UM TENTADO E OUTRO CONSUMADO, CRIMES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 121, § 2º, INCISOS I, III E IV, NA FORMA DO ARTIGO 14, INCISO II, C/C ARTIGO 121, § 2º, INCISOS I, III E IV, NA FORMA DO ARTIGO 29, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL, C/C ARTIGO 2º, CAPUT, § 2º E § 4º, INCISO I, DA LEI N. 12.850/2013, C/C ARTIGO 244-B DA LEI N. 8.069/90). DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA PRISÃO. DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO INCOMPETENTE. POSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO PELO JUÍZO A QUE FORAM REMETIDOS OS AUTOS. EXEGESE DO ARTIGO 567 DO CÓDIGO PROCESSO PENAL. EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA IGUALMENTE AFASTADO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA SUSTENTAR AS ACUSAÇÕES FEITAS AO PACIENTE. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PREDICADOS SUBJETIVOS QUE NÃO OBSTA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR QUE SE IMPÕE. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. PROVIDÊNCIA QUE, NA HIPÓTESE, NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. [...] 3.

Sempre que restarem 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). 4. Os predicados subjetivos do paciente não constituem óbice à manutenção da sua segregação cautelar, desde que presentes os requisitos da prisão preventiva. 5. 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. 6. “Demonstrado nos autos com base em fatos concretos que a prisão provisória é necessária para a garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal, não há falar em substituição pelas medidas cautelares previstas nos incisos do artigo 319 do Código de Processo Penal”. (TJSC - *Habeas Corpus* n. 2012.008842-7, de Capinzal, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 22/03/2012)

A decisão acima citada foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça, quando questionada em sede de *Habeas Corpus* substitutivo de Recurso Ordinário, tendo a Corte Superior expressamente salientado, entre outros motivos, que a participação do agente em organização criminosa era fator idôneo a respaldar a manutenção da prisão preventiva: *Habeas Corpus* 368.767/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 16/5/2017:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO, HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO EM CONCURSO DE AGENTES, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. JUÍZO POSTERIORMENTE DECLARADO INCOMPETENTE. RATIFICAÇÃO PELO JUÍZO COMPETENTE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE DA ANÁLISE DA PRISÃO PREVENTIVA. NOVA DECISÃO QUE NÃO AGREGA FUNDAMENTOS AO DECRETO PRISIONAL. IDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. PERICULOSIDADE CONCRETA. FUNÇÃO DE LIDERANÇA EM FACÇÃO CRIMINOSA DO PRIMEIRO GRUPO CATARINENSE - PGC. RESPONSÁVEL PELA DISSEMINAÇÃO E FORNECIMENTO DE ENTORPECENTES NA CIDADE. MANDANTE DA EXECUÇÃO DA VÍTIMA. NECESSIDADE DE RESGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INSUFICIÊNCIA DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. [...] 5. O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. 6. In casu, verifica-se que a prisão preventiva foi adequadamente motivada com base em elementos concretos extraídos dos autos, restando demonstrada a elevada periculosidade social do paciente, evidenciada pelo fato de exercer posição de liderança dentro da facção criminosa Primeiro Grupo Catarinense - PGC, que atua na região de Lages, sendo o mandante da execução da vítima, que não teria se enquadrado nas regras da facção. O Magistrado de piso ressaltou, ainda, que há elementos nos autos, dando conta de que o paciente é o responsável pela disseminação e fornecimento de entorpecentes na cidade. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação. [...] [grifado]

Quantos aos bons predicados do Paciente, sempre necessário lembrar que “[a]s condições pessoais favoráveis, tais como ocupação lícita e residência fixa, entre outras, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que se verifica na hipótese dos autos.” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 53.927/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 17/3/2015).

A prisão preventiva do Paciente foi devidamente pautada em provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria, além do patente “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, porquanto, ao que tudo indica, ser ele membro ativo de organização criminosa. Houve também a devida indicação na decisão a quo da “existência concreta de fatos [...] contemporâneos” que justificam, por ora, a medida adotada - art. 312, caput e § 2º, do Código de Processo Penal.

Já no tocante à calamidade sanitária por nós vivenciada, temos a dizer que não se há de pôr em dúvida, no menor aspecto que seja, a gravidade da pandemia do COVID-19. As autoridades públicas, todas, estão atuando no combate à disseminação do vírus, cada uma a seu modo e dentro da sua competência legal. O Poder Judiciário incluso, não podendo ele, como não está, furtar-se dessa responsabilidade. É exemplo dessa postura, como bem observara o Impetrante, a Recomendação n. 62/2020, emanada do Conselho Nacional de Justiça, que, nos termos da sua ementa, aconselha os “Tribunais e magistrados [à] adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.”

Não é a recomendação mencionada, entretanto, mandado de indenidade contra a prisão preventiva, seja para imposição seja para manutenção, se e quando essa medida cautelar se mostra necessária e adequada no caso concreto. O caso em tela está nessa situação.

O Impetrante nem sequer alegou estar o Paciente no conhecido grupo de risco e, tivesse assim feito, ainda seria necessário algum mínimo respaldo probatório desse quadro e da incapacidade de o estabelecimento prisional fornecer o tratamento que o segregado fizesse necessidade.

Assim sendo, por mais grave que seja a presente crise sanitária, a gravidade advinda da possível conduta delitiva do Paciente não permite a revogação da sua prisão preventiva, não ao menos sob o risco de pôr em perigo a ordem pública. Não ignoramos a dificuldade da presente situação, mas, na medida do possível, devemos adequar ambas as necessidades (contenção do vírus e salvaguarda da ordem pública), sem que uma prejudique a outra.

A prisão cautelar deve permanecer, pois.

Para os fins do disposto no artigo 10, §2º da Resolução Conjunta 5/20 - GP/CGJ, comunique-se o Gabinete de Acompanhamento da Situação do COVID-19 a respeito desta decisão.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do *habeas corpus* e denegar-lhe a ordem.

Agravo de Execução Penal n. 000078-84.2020.8.24.0022, de Lages

Relator: Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 197 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE. SEGREGADO QUE NÃO OSTENTA BOAS CONDIÇÕES AO CONVÍVIO EM SOCIEDADE. DOCUMENTOS PRODUZIDOS PELO SISTEMA PENITENCIÁRIO QUE ATESTAM LACUNAS COMPORTAMENTAIS DO AGENTE. AGRAVADO QUE NÃO POSSUI CONDIÇÕES PESSOAIS PARA A PROGRESSÃO. AGENTE QUE OSTENTA ANOTAÇÃO DESONROSA HÁ MENOS DE 01 (UM) MÊS. LAPSO TEMPORAL REDUZIDO PARA ENTENDER MELHOR A CONDUTA DO PRESO. NOVO PARÂMETRO UTILIZADO POR ESTA CÂMARA CRIMINAL. INTUITO RESSOCIALIZADOR DA SEGREGAÇÃO NÃO ALCANÇADO. CASSAÇÃO DA BENESSE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 000078-84.2020.8.24.0022, da comarca de Lages 1ª Vara Criminal em que é/são Agravante(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Agravado(s) Dionísio Rosa de Lima.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e no mérito dar-lhe provimento, para cassar a decisão que autorizou o regime prisional aberto a Dionísio Rosa de Lima, devendo este retornar imediatamente ao regime semiaberto de cumprimento de pena.. Sem custas.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Alberto Civinski, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho e o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato.

Funcionou como membro do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça Odil José Cota.
Florianópolis, 2 de julho de 2020.

Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto pela 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Lages, em desfavor de **Dionísio de Lima**, contra decisão de fls. 251/252, proferida no Processo de Execução Criminal nº 0010949-98.2015.8.24.0039, por meio da qual o Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Curitiba, deferiu o pedido de progressão de regime ao apenado, autorizando a transferência desse ao regime aberto.

O Agravante em suas razões (fls. 01/06), requer a reforma da decisão de origem, a fim de cassar a decisão questionada, ante a ausência do requisito subjetivo.

Apresentadas às contrarrazões pela defesa (fls. 18/21), e mantida a decisão objurgada (fl. 23), os autos ascenderam à esta Corte.

Com vista, a 14ª Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva, posicionou-se pelo conhecimento e provimento do reclamo (fls. 35/38).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Ao Apenado, no ano de 2015, na condição de réu primário, restou determinado o cumprimento de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. III, ambos da Lei nº 11.343/06.

No decorrer do cumprimento da reprimenda, em 11/02/2020, mediante requerimento confeccionado pelo Departamento de Administração Prisional de Santa Catarina (DEAP/SC), subscrito pelo próprio segregado, esse solicitou a progressão de regime prisional do semiaberto para o aberto (fl. 239 – Autos nº 0010949-98.2015.8.24.0039).

Acostado aos autos o Boletim Penal do segregado (fls. 240/242 - Autos nº 0010949-98.2015.8.24.0039), após a manifestação ministerial (fls. 249/250 - Autos nº 0010949-98.2015.8.24.0039), em 18/02/2020, o magistrado *a quo* deferiu o pleito ansiado, e determinou a transferência de Dionísio Rosa de Lima para o regime aberto (fls. 251/252 - Autos nº 0010949-98.2015.8.24.0039).

Descontente, o Órgão Ministerial interpôs o presente reclamo.

Pois bem.

Acerca da aludida benesse, apresento o art. 112 da LEP, *in verbis*:

A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Não havendo irresignação quanto ao aspecto temporal, passo à análise do critério subjetivo.

O requisito subjetivo considerado na progressão de regime é o mérito do apenado, que é o reconhecimento de que o preso vem cumprindo sua reprimenda com disciplina e responsabilidade.

Sobre o sentido da palavra, explica Mirabete: “*Mérito, no léxico, significa aptidão, capacidade, superioridade, merecimento, valor moral. Em sua concepção filosófica, mérito é o título para se obter aprovação, recompensa, prêmio*” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007).

Para que o preso retorne ao convívio social, deve provar que possui maturidade e responsabilidade. Destaca-se que um dos fins da pena é a ressocialização do infrator. Assim, o apenado deverá demonstrar que a sociedade receberá um novo sujeito, apto a agir de acordo com as regras estabelecidas pela Lei e também pela moral.

No presente caso, extraio dos autos de origem, mais precisamente do Boletim Penal do Apenado (fl. 240/242 – Autos nº 0010949-98.2015.8.24.0039) que em 01/11/2019 e 03/01/2020 esse foi considerado evadido por não retornar na data designada ao ergástulo.

Além disso, vejo ainda que, em 04/02/2020, a unidade prisional consignou o comportamento do segregado como “regular”, não fosse apenas isso, em 03/01/2020, como “mau”.

Nesta senda, verifico que, o comportamento satisfatório que menciona o artigo de lei, realmente, não restou preenchido pelo Apenado, conforme apresenta o estudo supra, rechaçando assim a alegação defensiva de adequação de conduta carcerária.

Data venia ao entendimento de origem, constato, em verdade, que essa não se socorre de plausibilidade, pois, verifico que, realmente, o Agravado não se encontra em perfeitas condições para o convívio em sociedade, e principalmente, para a rotina desassistida.

Importante lembrar, a nocividade de devolver ao seio da comunidade uma pessoa despreparada, inapta ao convívio em sociedade e suas dificuldades.

Portanto, temerário assegurar, com total certeza, que indivíduos portadores de tais características estejam capacitados à rotina em coletividade sem causar prejuízos a si e a outros.

Ao contrário do que suscita a defesa, o réu não preencheu os requisitos exigíveis para a concessão da benesse, uma vez que, do momento da prolação da decisão questionada (18/02/2020), até a época da ocorrência da última constatação de evasão (03/01/2020), transcorreu menos de 01 (um) mês (fl. 240 - Autos nº 0010949-98.2015.8.24.0039), tenho em verdade, que esse tempo é bastante reduzido para considerar que o apenado, possuidor de um amplo histórico carcerário negativo, entendeu a necessidade de readequação social e, por consequência, esteja apto ao convívio extramuros.

Ademais, da constatação comportamental do agente como “regular” (04/02/2020) e “mau” (03/01/2020) (fl. 241 – Autos nº 0010949-98.2015.8.24.0039), até a decisão *a quo* (18/02/2020), igualmente transcorreu tempo diminuto, reforçando assim a inadequação do agente à concessão da benesse.

Cumpro esclarecer ainda, a legislação vigente é silente quanto ao lapso temporal necessário entre a ocorrência faltosa e a concessão de benefícios prisionais, todavia, esta Câmara, atualmente, passou a utilizar o tempo aplicado nos indultos presidenciais como parâmetro, nesta senda, observa-se a conduta do apenado nos 12 (doze) meses anteriores ao momento em enfrentamento.

Pouco crível que, em tão reduzido espaço de tempo, o Segregado tenha alterado drasticamente sua conduta, e por efeito, tenha compreendido a necessidade de readequação comportamental, fazendo *jus* a liberdade desassistida.

Destarte, não considero como plausíveis os pleitos defensivos.

A progressão de regime é um privilégio dado ao Apenado que esteja pronto para o convívio social, no caso in tela, tem-se situação diversa.

Neste sentido, colaciono entendimento análogo proferido nesta Câmara:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO (LEP, ART. 197). INCONFORMISMO DA DEFESA. DECISÃO QUE INDEFERIU A PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. REQUISITO SUBJETIVO NÃO SATISFEITO. APTIDÃO NÃO VERIFICADA. HISTÓRICO CARCERÁRIO DESABONADOR. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. DÚVIDA NO QUE TANGE À AUTODISCIPLINA E AO SENSO DE RESPONSABILIDADE DO APENADO. DECISÃO MANTIDA. - **O direito à progressão de regime exige, além do requisito objetivo de resgate mínimo de pena, o pressuposto subjetivo, titulado como “bom comportamento carcerário”.** - Existindo dúvidas acerca do mérito do apenado para usufruir do regime mais brando, não há razão para reformar a decisão que o indeferiu, uma vez que poderá ser novamente requerido e o requisito subjetivo melhor analisado diante do acompanhamento psicológico do apenado. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovidimento. - Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0000704-52.2019.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 21-02-2019) (grifei).

E ainda, de mesma forma, o posicionamento deste Tribunal:

Agravo de Execução Penal INTERPOSTO PELA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL EM RAZÃO DO NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DE ORDEM SUBJETIVA. PRETENDIDA PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. NÃO ACOLHIMENTO. REQUISITO OBJETIVO SATISFEITO, NOS TERMOS DA DECISÃO AGRAVADA. REQUISITO SUBJETIVO REPROVADO PELO MAGISTRADO COM FUNDAMENTO NO RELATÓRIO CARCERÁRIO, O QUAL ATESTOU MAU COMPORTAMENTO. APENADO QUE NÃO ASSIMILOU O CARÁTER EDUCATIVO DA SANÇÃO PENAL, PORQUANTO APRESENTA TRÊS FALTA MÉDIAS E UMA FALTA LEVE SÓ NO ÚLTIMO ANO, A EXEMPLIFICAR A SUA AUSÊNCIA DE DISCIPLINA. NECESSIDADE DE SE EXAMINAR O COMPORTAMENTO CARCERÁRIO DE FORMA GLOBAL, AO LONGO DE TODA EXECUÇÃO DA PENA. DECISÃO MANTIDA. **“A verificação do comportamento carcerário do apenado, por outro lado, não se limita à apuração de eventuais faltas graves cometidas no decorrer de sua vida prisional. Pelo contrário: sua aferição deriva de exame muito mais amplo, atinente**

à conduta geral do preso durante todo o período de resgate da reprimenda. Nesse contexto, se relatório de vida carcerária subscrito por diretor do estabelecimento prisional atesta o ruim comportamento carcerário do apenado, há de se concluir pelo não cumprimento do requisito subjetivo elencado pelo art. 112 da Lei de Execução Penal e, conseqüentemente, pela inviabilidade da progressão de regime” (Agravado de Execução Penal n. 0003291-18.2017.8.24.0018, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 01-03-2018). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravado de Execução Penal n. 0000037-32.2020.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 19/05/2020) (grifei).

Em arremate, importa frisar novamente, que a finalidade ressocializadora da pena ainda não alcançou seu intento na vida do Agravado, vez que, o exame em atenção não descreve um ser apto ao convívio em sociedade, justificando a manutenção da segregação.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e no mérito dar-lhe provimento, para cassar a decisão que autorizou o regime prisional aberto a Dionísio Rosa de Lima, devendo este retornar imediatamente ao regime semiaberto de cumprimento de pena.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0000159-18.2019.8.24.0006, de Barra Velha

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA PELA DURAÇÃO MAIOR QUE 24 HORAS E PELA IDADE DA VÍTIMA (CP, ART. 159, § 1º). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DOS ACUSADOS. 1. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1.1. AGRESSÕES DE CORRÉUS. COMUNICAÇÃO. SINAIS VISÍVEIS. EXAME DE CORPO DE DELITO. ATENDIMENTO MÉDICO. DOENÇAS PREEXISTENTES. 1.2. TESTEMUNHAS. PEDIDO E INDEFERIMENTO. 1.3. TESTEMUNHAS CONHECIDAS. NÃO ARROLAMENTO EM RESPOSTA À ACUSAÇÃO (CPP, ART. 396-A). PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 2. PROVA DA AUTORIA. 2.1. CONFISSÃO. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA, DE INFORMANTE E DE POLICIAIS CIVIS. ENVIOS DE ÁUDIOS. CÂMERAS DE SEGURANÇA. 2.2. CUIDADOR DO IDOSO SEQUESTRADO. DELAÇÃO EXTRAJUDICIAL. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA, DE INFORMANTE E DE AGENTES PÚBLICOS. RELATÓRIOS DE INVESTIGAÇÃO. VÍDEO DE RESGATE. CATIVEIRO. RESIDÊNCIA. 2.3. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. PROVA ORAL. PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL DA VÍTIMA E COMPARSAS. COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. CÂMERAS DE SEGURANÇA. 3. VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. ELEMENTARES. SEQUESTRO. 4. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ARREPENDIMENTO EFICAZ (CP, ART. 15). DELITO CONSUMADO. 5. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA (CP, ART. 29, § 1º). COAUTORIA. DIVISÃO DE TAREFAS. DOMÍNIO DO FATO. ATUAÇÃO ESSENCIAL E DECISIVA. 6. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CUIDADOR. 7. AGRAVANTE. VÍTIMA IDOSA (CP, ART. 61, II, "H"). MIGRAÇÃO. DELITO DUPLAMENTE QUALIFICADO. BIS IN IDEM. 8. HONORÁRIOS RECURSAIS. TRABALHO ADICIONAL. RESOLUÇÃO 5/19- CM DESTA CORTE. 1.1. Não há cerceamento de defesa, em face de não ser apurada suposta agressão praticada pelos corréus contra o

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000159-18.2019.8.24.0000, da Comarca de Barra Velha (2ª Vara), em que é Apelante Hugo Rene Lesmo e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer dos apelos; negar provimento aos manejados por Edson Pereira e Felipe Rodrigues dos Santos; e dar parcial provimento aos ajuizados por Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches somente para fixar honorários recursais no valor de R\$ 351,00. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Desembargadores Norival Acácio Engel (Presidente) e Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 22 de setembro de 2020.

Sérgio Rizelo
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Barra Velha, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Edson Pereira, Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal, nos seguintes termos:

Consta no presente caderno indiciário que, no mês de janeiro de 2019, em dia e horário que serão esclarecidos durante a instrução processual, os denunciados Edson Pereira, Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos decidiram sequestrar o senhor João Terca Hoegen, idoso com 92 anos de idade, com o intuito de exigirem de seus familiares o pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) como condição ou preço pelo resgate.

De acordo com as investigações, o mentor deste bárbaro ato criminoso, que tem como vítima pessoa idosa com 92 anos de idade, foi o denunciado Edson Pereira, que, por ser o cuidador da vítima há mais de um ano, detinha a confiança do idoso e de seus familiares.

Assim, aproveitando-se desta condição, foi que, na noite do dia 23 de janeiro de 2019, por volta das 23 horas, os denunciados Edson Pereira, Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos, em comunhão de desígnios e esforços, iniciaram a execução do plano criminoso engendrado por todos da seguinte forma:

No dia e horário acima referidos, os denunciados Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos deslocaram-se a esta cidade e comarca de Barra Velha no veículo GM/Onix, placas QNK-0684, dirigindo-se diretamente até a residência da vítima, esta localizada na Rua Vanor Prudente Vieira, n. 36 (casa), região central da cidade. De imediato, os denunciados Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos adentraram na casa, abordaram a vítima João Terca Hoegen e o “cuidador”, ora denunciado Edson Pereira, e anunciaram que ambos estavam com a suas respectivas liberdades segregadas. Em seguida, após amarrá-los, vedá-los e colocá-los à força dentro do referido automóvel, os denunciados rumaram até uma residência abandonada, situada no bairro Monte Alegre, na cidade de Camboriú/SC.

Já no cativeiro, os denunciados Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches, contando com a ciência e o apoio dos demais comparsas e sob o comando do Edson Pereira, contataram, por meio de um telefone celular, os senhores Josué e Joaquim Hoegen, filhos da vítima. No telefonema, os denunciados, além de noticiar a segregação da liberdade da vítima, encaminharam, com intuito de comprovar a veracidade dos fatos, vídeo do idoso e do suposto cuidador amarrados e vendados. Na sequência, passaram a exigir o pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser depositado na conta pessoal do denunciado Edson Pereira, como condição ou preço pelo resgate do idoso.

Cumpra esclarecer que, desde a rendição, ocorrida por volta das 23 horas do dia 23 de janeiro de 2019, os denunciados Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos se revezavam na função de vigiar a vítima e no contato com seus familiares, estando o denunciado Edson Pereira de tudo ciente e mancomunado.

Assim, no dia 24 de janeiro de 2019, em horário ainda não esclarecido, mas que se sabe ter ocorrido entre os períodos vespertino e noturno, os denunciados Edson Pereira, Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos, preocupados com a possível descoberta do local em que se encontravam restringindo a liberdade da vítima, resolveram trocar de cativeiro. Para isso, ingressaram no

veículo GM/Onix, placas QNK-0684, e levaram João Terca Hoegen para uma casa situada na Avenida Sete de Setembro, n. 1.857, bairro Fazenda, Itajaí/SC, que ocasionalmente é a residência do denunciado Edson Pereira.

Após monitoramento eletrônico autorizado por este Juízo, policiais civis da Divisão de Roubos e Anti-Sequestro (DRAS) da Diretoria de Investigações Criminais da Polícia Civil - DEIC dirigiram-se até o local do novo cativado e, após monitoramento da área, por volta das 12 horas do dia 25 de janeiro de 2019, prenderam em flagrante os denunciados Edson Pereira, Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos e resgataram João Terca Hoegen, de 92 anos de idade, que se encontrava encarcerado no local.

Percebe-se, pois, que cada denunciado teve participação fundamental no presente evento criminoso, seja planejando efetivamente a segregação da liberdade e encarcerando a vítima, seja dando apoio a logística durante toda a ação - fornecimento de lugares para os cativados, condução do veículo GM/Onix, placas QNK-0684, e/ou exercendo a função de vigia -, de sorte que todos contribuíram decisivamente com o resultado final desejado em comum.

Desse modo, no dia 23 de janeiro de 2019, por volta das 23 horas, na residência da vítima, localizada na Rua Vanor Prudente Vieira, n. 36 (casa), Centro, nesta cidade e comarca de Barra Velha, os denunciados Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos, em nítida comunhão de esforços e unidade de desígnios, sequestraram a vítima João Terca Hoegen, idoso, com 92 anos de idade, por mais de 24 (vinte e quatro horas), com o fim de obterem, para todos, vantagem financeira e/ou econômica, na medida em que exigiram o pagamento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser depositado na conta pessoal do denunciado Edson Pereira, como condição ou preço do resgate (fls. 1-4).

Concluída a instrução, o Doutor Juiz de Direito Guy Estevão Berkenbrock julgou procedente a exordial acusatória e condenou, pelo cometimento do delito previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal:

a) Edson Pereira à pena de 16 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado; e

b) Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos à pena de 12 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado (fls. 707-725).

Insatisfeitos, Edson Pereira (fl. 739), Álvaro Calixto Machado (fl. 736), Hugo René Lesmo Sanches (fl. 748) e Felipe Rodrigues dos Santos (fl. 736) deflagraram recursos de apelação.

Em suas razões, Edson Pereira alega, quanto a seu “real e ativo envolvimento”, que não houve “violência e/ou grave ameaça”.

Pondera que houve *bis in idem* na aplicação da culpabilidade negativa e da agravante da idade da idade da Vítima, pois tais elementos integram o tipo penal.

Sob tais argumentos, requer a proclamação da sua absolvição ou a redução da pena (fls. 758-768).

Hugo René Lesmo Sanches aponta não existirem “provas robustas que demonstrem a sua

participação no caso em apreço” e que “não bastam meros indícios para levar a condenação”, buscando, assim, sua absolvição e a fixação de honorários recursais à sua Excelentíssima Defensora nomeada (fls. 807-815).

Álvaro Calixto Machado afirma que não há prova da sua participação na empreitada criminosa e, diante disso, requer a proclamação de sua absolvição e a fixação de honorários recursais (fls. 816-820).

Felipe Rodrigues dos Santos alega que aceitou participar de um crime de furto, que teria como mandante a genitora de Álvaro Calixto Machado, e que, chegando ao local, percebeu ser a casa onde morava a Vítima, que era cuidada por Edson Pereira, seu amigo da Igreja, razão pela qual desistiu da prática do delito.

Afirma que passou a ser ameaçado e agredido por Hugo René Lesmo Sanches e Álvaro Calixto Machado, os quais decidiram sequestrar o idoso e Edson Pereira, passaram a vigiarem-no e tomaram seu celular, obrigando-o a participar, passivamente e sob coação, dos fatos.

Discorre que, após serem presos, foi ameaçado por Hugo René Lesmo Sanches e Álvaro Calixto Machado e, por isso, contou versão mentirosa dos fatos na Delegacia de Polícia, na qual incriminou Edson Pereira.

Assevera que, diante da sua desistência voluntária em prosseguir com o plano delituoso, deve responder somente por uma tentativa de furto qualificado ou ser reconhecida que sua participação foi de menor importância.

Preconiza a ocorrência de cerceamento de defesa, pois foi colocado, a contragosto, na mesma cela que Hugo René Lesmo Sanches e Álvaro Calixto Machado, depois de ter sido por eles agredido e obrigado a apresentar a versão por eles elaborada, além de não ter sido realizado exame de corpo de delito e não terem sido ouvidas testemunhas que citou no seu interrogatório.

Aduz existir nulidade nas declarações da Vítima, por se tratar de pessoa idosa e frágil que, inclusive, contava com cuidador, bem como nos informes orais dos filhos dela, porque se basearam somente no que ela contou, carecendo de “consistência, de confiabilidade e credibilidade”.

Sob tais argumentos, requer sua absolvição, “por não ter participado do crime por livre e espontânea vontade”; “o reconhecimento de nulidade por cerceamento de defesa”; “o reconhecimento de nulidade por ausência de corpo de delito”; a desclassificação da conduta para o delito de furto qualificado tentado; a aplicação da participação de menor importância; e “a impugnação do depoimento da vítima e de seus familiares” (fls. 855-870).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 824-834 e 886-900).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Márcilio de Novaes Costa, posicionou-se pelo parcial conhecimento e desprovimento dos recursos (fls. 914-933).

Este é o relatório.

VOTO

Os recursos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

1. O Apelante Felipe Rodrigues dos Santos afirma ter havido cerceamento de sua defesa, “desde o momento da prisão em flagrante, quando as autoridades policiais, ignoraram os pedidos feitos pelo apelante para que fosse mantido separado dos denunciados Hugo e Álvaro” (fl. 864).

1.1. Alega que foi ameaçado e agredido pelos Recorrentes Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches e, por isso, contou versão dos fatos, na Delegacia de Polícia, que não seria condizente com a realidade, fatos que são comprovados “analisando a audiência de custódia [...] em que o mesmo está com marcas no rosto e sente dores, requisitando inclusive atendimento médico” (fl. 865).

Aponta, por isso, “a ocorrência nulidade por cerceamento de defesa, bem como nulidade por ausência de realização de exame de corpo de delito, ato obrigatório, para validade de procedimento policial flagrancial” (fl. 865).

Tais alegações, que apareceram somente no interrogatório judicial de Felipe Rodrigues dos Santos, mas não foram alvo das alegações finais (fls. 802-706), não convencem.

No seu interrogatório na etapa administrativa, o Apelante Felipe Rodrigues dos Santos nada fala ao Delegado de Polícia quanto a ter sofrido ameaças ou agressões (mídia da fl. 59), e não consta no Auto de Prisão em Flagrante nenhuma linha acerca do tema (fls. 11-58).

As alusões à audiência de custódia não condizem com a realidade. Não há nenhuma marca visível no rosto de Felipe Rodrigues dos Santos, que passa a maior parte do tempo com as mãos na frente do lado esquerdo da sua face (mídia da fl. 84). Efetivamente, a Excelentíssima Defensora que o representa solicita atendimento médico, mas isso não tem relação com agressão que tinha sofrido, conforme consta da decisão que homologou a prisão em flagrante e converteu-a em preventiva: “Solicito, conforme requerimento da defesa e alegações do conduzido Felipe quanto a suas doenças crônicas de saúde, que seja ele submetido à avaliação médica, assim que possível” (fl. 70).

No seu interrogatório extrajudicial, o Recorrente Felipe Rodrigues dos Santos havia mencionado seu estado de saúde:

descobri que estou com leucemia e com um tumorzinho na cabeça, faz três meses; estou tomando medicamento para engrossar meu sangue, que eu não posso começar a radioterapia e a quimioterapia porque meu sangue está muito fraco, inclusive hoje já passei mal, tive umas quedas de pressão (mídia da fl. 59, 00'48" a 1'13").

As doenças também motivaram pedidos de revogação da prisão preventiva ou colocação em prisão domiciliar (fls. 226-256, 289-291, 546-547, 674-683 e 872-874), todos indeferidos.

A reclamação na audiência de custódia, portanto, deriva dos problemas de saúde de Felipe Rodrigues dos Santos, e não há menção nos autos, até aquele momento, de que ele teria sido agredido pelos também Apelantes Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches.

Até mesmo por isso não há ilegalidade alguma na não realização de corpo de delito no Recorrente, uma vez que não apresentava lesões aparentes e não reclamou de violência sofrida e, ao contrário do afirmado, não há ligação entre a “validade de procedimento policial flagrancial” e a realização do exame, que não é obrigatório.

O art. 6º do Código de Processo Penal orienta que, “logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá” (*caput*) “determinar, *se for caso*, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias”. Nos seus arts. 301 a 310 não há previsão relacionando a validade do flagrante com o exame de corpo de delito.

Assim, se fosse o caso de investigar eventual agressão sofrida por Felipe Rodrigues dos Santos, não seria a apuração inválida, porque “a falta de laudo pericial não conduz, necessariamente, à inexistência de prova da materialidade de crime que deixa vestígios, a qual pode ser demonstrada, em casos excepcionais, por outros elementos probatórios constante dos autos da ação penal (CPP, art. 167)’ (STF, Rel. Min. Teori Zavascki)” (TJSC, Ap. Crim. 0004490-47.2018.8.24.0113, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 14.7.20).

De todo modo, como será melhor visto, não é somente a confissão e a delação de Felipe Rodrigues dos Santos que sustentam a condenação dele e do também Apelante Edson Pereira.

A tese, aliás, com o devido respeito é, no mínimo, curiosa. O objetivo principal dela é fazer acreditar que Felipe Rodrigues dos Santos não disse a verdade em seu interrogatório extrajudicial, no qual apontou que os quatro Recorrentes foram responsáveis pela consumação do crime.

Teria assim falado somente porque “foi obrigado a apresentar versão elaborada pelos denunciados (Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches), por conta de temer pela sua segurança e segurança de sua família” (fl. 864).

Em seu interrogatório judicial, descreve um cenário onde ele e Edson Pereira, Pastores Evangélicos sem passado criminal, foram vítimas dos perigosos também Apelantes Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches.

Mas, em Juízo, Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches confessaram suas participações no delito e recusaram-se a responder pergunta que incriminasse os outros dois também Recorrentes, afirmando, ambos, que temem pela vida deles e de suas famílias. Pelo visto, trata-se de um grupo criminoso que tem a coragem de sequestrar um idoso de 92 anos de idade, mas no qual seus membros temem uns aos outros.

1.2. Além disso, Felipe Rodrigues dos Santos afirmou que, “durante a audiência de instrução e julgamento [...] citou o nome de testemunhas que poderiam corroborar com a sua defesa, mas tais pessoas não foram ouvidas antes da prolação da sentença”, e que “descobriu a existência de novas testemunhas, que com certeza auxiliariam em uma absolvição sumária ou diminuição de pena por partícipe” (fl. 865).

A parte final é facilmente descartável, uma vez que tais testemunhas nem sequer são nominadas nos autos. Com a primeira não é diferente, uma vez que não houve pedido de inquirição de tais pessoas e, assim, não se pode falar em cerceamento de defesa sem indeferimento da prova.

1.3. De todo modo, as pessoas citadas pelo Apelante Felipe Rodrigues dos Santos em seu interrogatório são Nívia Caroline Carneiro da Silva (em nome de quem está registrado o Ônix vermelho usado no delito) e um colega de trabalho chamado Henrique, para quem teria encaminhado o áudio de pedido de socorro de Edson Pereira (mais detalhes abaixo) e avisado que iria ao cativeiro em Camboriú.

Não se trata, portanto, de testemunhas novas, cuja existência a Defesa somente soube durante a instrução processual.

Renato Brasileiro de Lima esclarece:

No tocante à defesa, antes da reforma processual de 2008, o momento adequado para a apresentação, pela defesa, do rol de testemunhas era o da defesa prévia, como dispunha a redação original do art. 395 do CPP, a qual devia ser apresentada após o interrogatório do acusado, que era o primeiro ato da instrução processual. Com as modificações produzidas pela Lei n.º 11.719/2008, o rol de testemunhas da defesa deve ser apresentado quando do oferecimento da resposta à acusação, tal qual previsto no art. 396-A do CPP (*Manual de processo penal*. Niterói: Impetus, 2012. v. I. p. 395).

Assim, se a Defesa optou por não listar tais testemunhas na resposta à acusação como pessoas a serem ouvidas (fls. 289-291), operou-se preclusão consumativa, sendo certo que cabe ao Procurador do Acusado a escolha da melhor tática de resistência à imputação realizada pelo Órgão Acusador.

Com efeito, “conforme reiterada jurisprudência desta Corte, não constitui cerceamento de defesa o indeferimento da oitiva de testemunhas não arroladas na defesa prévia, em razão da ocorrência da preclusão consumativa” (STJ, HC 139.332, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, j. 14.4.11).

Assim, não há, evidentemente, cerceamento de defesa.

O pedido de “anulação dos depoimentos” (fl. 865) não será analisado como questão subordinante.

Felipe Rodrigues dos Santos alega que, porque a Vítima “conta com mais de 92 anos de idade, sendo pessoa frágil e que não pode se manter sozinho, motivo pelo qual, inclusive, a família contratou um cuidador para cuidar dele durante período integral”, seria “inviável que se considere o mesmo

peso de um depoimento normal, o depoimento de tal idoso que passou por situação claramente nervosa, envolvendo um sequestro” (fls. 865-866). Aduz, ainda, que, os “depoimentos dos filhos da vítima [...] foram baseados no depoimento e nas informações prestadas pelo Sr. João, assim sendo, carecem de consistência, de confiabilidade e credibilidade, pois se trata de versão apresentada por uma pessoa de 92 anos de idade” (fl. 866).

Nota-se, portanto, que o dilema do Apelante Felipe Rodrigues dos Santos é com relação à credibilidade dos depoimentos. Isso, obviamente, tem vinculação com o mérito da demanda, com a análise do arcabouço probatório, sem ligadura à matéria das nulidades. A força probatória de um depoimento em nada se relaciona com a sua validade.

2. A materialidade do fato não é contestada. Sua existência é demonstrada por meio do conteúdo do boletim de ocorrência das fls. 12-17; dos termos de apreensão das fls. 23-25; do auto circunstanciado de interceptação telefônica das fls. 109-111; dos relatórios de investigação das fls. 116-125 e 593-601; e dos vídeos e áudios com pedido de resgate e imagens de câmeras de segurança (fl. 185), todos revelando que, da noite do dia 23.1.19 até cerca de 12h do dia 25.1.19, João Terça Hoegen, de 92 anos de idade, esteve sequestrado por pessoas que tinham o fim de obter para si vantagem como condição ou preço do resgate.

2. Os Recorrentes Edson Pereira, Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos ponderam, contudo, que não há prova da autoria de cada um deles.

Apesar disso, não há dúvida de que os quatro Apelantes foram responsáveis diretos pelo sequestro do ancião.

O Recorrente Álvaro Calixto Machado, responsável por vigiar o refém na maior parte do tempo, confessou sua participação no evento em ambas as fases procedimentais e, na Delegacia de Polícia, acentuou:

Conhecia só o Hugo, que é meu tio de consideração, a mulher dele me viu crescer; o Hugo disse que era uma quantia boa, não disse o valor, eu pensei na minha filha que está pra nascer e eu estou desempregado; pediram R\$ 50.000,00 para os filhos do seu João; eu mandei o segundo áudio porque o Edson falou para fazer, era só cuidar não era pra fazer nada; eu fui para Barra Velha, não sei quem estava lá, eu fui de carro com o Hugo e o Felipe, o Edson já estava na casa com o João; falaram que era só pra cuidar; estava escuro e era uma estrada de terra, não sei o caminho; na volta ficamos numa casa abandonada; lá que fizemos o vídeo, eu que gravei, segurei a lanterna e o celular, o Edson que mandou fazer a gravação; nesse momento estava eu, o Edson e seu João; o seu João tem dificuldade de entender as coisas; o Edson fingia que estava sequestrado; dormimos e quando eu acordei estava todo mundo lá, eu fiquei só no quarto com o Edson e o João; durante o dia o Edson ficou ali para dizer que estava junto; antes de ir buscar o seu João eu não sabia que era um sequestro, se soubesse não tinha ido, pra passar 20 anos preso e perder 20 anos da vida da minha filha; a gente saiu da casa porque um caseiro que estava lá disse que iria chamar a polícia, por isso saímos umas 19h e pouca; fomos direto para a casa do Edson porque ele disse que era seguro; eu comentei com o Hugo para a gente parar com tudo quando soube que era sequestro, ele também queria mas ficaram com medo de serem denunciados, porque não sabiam do que Edson era capaz, só que ele era Pastor; não vi a negociação, estava cuidando do seu João; se eu soubesse que era sequestro não tinha ido; eu desamarrei

Edson na casa abandonada porque ele pediu, a venda ele abaixou para mexer no celular e depois colocou de volta; se eu soubesse que o seu João tinha 92 anos...; quem comandava era o Edson, não sei se a ideia foi dele; o carro era do Felipe; se eu pudesse voltar atrás e soubesse que era um sequestro nunca tinha feito (mídia da fl. 59).

Álvaro Calixto Machado admitiu, então, que um assalto planejado pelos quatro Apelantes evoluiu para um sequestro, no qual todos tiveram participação ativa e direta, sob a liderança de Edson Pereira.

Na etapa judicial, Álvaro Calixto Machado continuou admitindo sua responsabilidade, mas usou o direito constitucional de silenciar quanto ao papel dos demais Recorrentes, agregando que eram duas as vítimas:

Eu vou falar o que eu fiz, eu sei que eu errei; não teve revezamento, eu só cuidei da vítima, tratei bem, não fiz maldade; me chamaram para fazer uma fita, eu tinha perdido o emprego e minha mulher estava grávida, e eu fui pela oportunidade de ganhar dinheiro, mas sem ter ciência que era um sequestro, chegando lá virou outras coisas, acabou indo para o cativo, tudo isso, quando eu analisei eu queria parar com o sequestro; eu não quero dizer quem me chamou; o Hugo é meu tio afetivo, Felipe eu conheci no dia, o Edson não conheço; eu participei da rendição da vítima em Barra Velha, não vou dizer com quem; eu sei que errei, se pudesse falar com a vítima eu pedia desculpa, ele me deu conselhos na hora e disse para seguir o caminho de Deus, eu sei ganhar dinheiro honestamente, eu aceitei porque estava apertado e não pensei nas consequências; não sei quem estava no comando; falaram que eu ganharia uma parte boa; eu fiz o vídeo, assumi na Delegacia; não foi eu que fiz o pedido de R\$ 20.000,00, no vídeo foi pedido R\$ 50.000,00; (mostrado o áudio) me reservo a ficar calado; foi tudo sem armas, ninguém reagiu, não usei violência bruta nem psicológica; foi mudado de casa porque eu disse que iria abandonar as vítimas na casa; (perguntado como o Felipe chegou) me reservo a ficar calado; a casa em Itajaí era dos parentes do Edson; não sei porque foi na conta do Edson o pedido; não quero falar como entramos na casa, foi pela janela; a gente foi de carro, não quero falar qual; não lembro se o Felipe portava celular; não tinha mulher envolvida; foram duas vítimas, três sequestradores, eu temo pela minha vida; seu João teve acesso a água, comida e remédios (mídia da fl. 547).

Hugo René Lesmo Sanches optou pela mesma autodefesa do sobrinho afetivo e, na Delegacia de Polícia, contou que ele, Álvaro Calixto Machado e Felipe Rodrigues dos Santos foram autores do crime, não esclarecendo o papel de Edson Pereira:

Moro no Monte Alegre; eu só conheço o Felipe e o Álvaro, o Álvaro através da minha mulher, e o Felipe é amigo da minha esposa, o João e o Edson não conhecia até quarta-feira; eu fui chamado pelo Felipe, eu estava precisando de dinheiro para minha passagem de volta e ele disse que tinha uma jogada, mas não tinha falado em sequestro, era para pegar dinheiro e sair fora; ninguém relou nele, eu dei remédio, toda assistência; Felipe ia me dar R\$ 5.000,00, foi na minha casa e fez a proposta; eu não sei quanto iriam pedir, nem sabia que era sequestro; eu levei o Felipe para convidar o Álvaro, que iria ganhar R\$ 5.000,00 também; a gente foi no carro vermelho do Felipe que foi apreendido; Felipe me pegou, buscou o Álvaro e fomos para Barra Velha; eu fiquei na frente e depois me chamara para entrar em casa; o Edson e os outros discutiram

porque não tinha nada e então trouxeram o seu João, foi tranquilo, não amarrado; o Edson foi amarrado os olhos; eu não sabia que o Edson estava envolvido, estou sabendo agora pelo Senhor, eu não sei dizer se ele estava sequestrado; o Felipe levou a gente numa casa, ele sabia o caminho, não sei a cidade, estrada de chão batido; eu só fui naquela noite lá; lá ficaram o Álvaro, o seu João e o Edson, eu fui para casa, o Álvaro tinha a função de cuidar do seu João; hoje eu vim junto para soltar, eu falei para soltar, que estava sentindo que ia ser preso, que estava demorando e não ia dar dinheiro nenhum; eu mandei áudio, eu me encontrei com o Felipe hoje de manhã, que foi lá em casa e mandei o áudio de um telefone que eu não sei de quem é; o Felipe pediu, era pra pedir R\$ 50.000,00; o vídeo eu não vi, não participei; eu nem sabia que a casa era do Edson e que eles estavam lá; não lembro de ter feito ameaça no áudio; o Edson não falou que deviam dinheiro pra ele; era para ter sido só um roubo, e como não tinha dinheiro decidiram levar o seu João, eles combinaram tudo antes de eu entrar na casa; eu não sei se o Edson está metido ou não, mas entraram fácil na casa; a gente foi buscar o Álvaro hoje; não teria participado se soubesse que era um sequestro (mídia da fl. 59).

Nas primeiras palavras de Hugo René Lesmo Sanches, portanto, Felipe Rodrigues dos Santos foi o agente principal, sendo responsável por convidá-lo e a Álvaro Calixto Machado para a prática do delito e pelo transporte dos criminosos, guiando-os até a casa de João Terça Hoegen na cidade de Barra Velha, ao cativério no bairro Monte Alegre em Camboriú e, por fim, à casa de Edson Pereira em Itajaí, onde foram presos. Hugo René Lesmo Sanches não afirma se Edson Pereira era sequestrador ou sequestrado.

No contraditório, no entanto, Hugo René Lesmo Sanches confessa somente os seus atos e reserva-se ao silêncio com relação aos demais, também dizendo que eram duas as vítimas:

A minha participação eu vou contar, eu participei; fomos na casa dele, era pra ser um assalto, saiu de mão e virou um sequestro; eu não vou citar o nome de ninguém para não ter represália; na quarta eu abandonei, na quinta eu vim buscar o Álvaro que é sobrinho de consideração da minha mulher, para acabar com esse sequestro [o Acusado confunde-se, na verdade, é quinta-feira e sexta-feira, quarta-feira foi o dia da ida à casa da Vítima]; eu fui de carro, não quero dizer o nome do dono; eu não tenho prova contra o Edson; não quero citar quem me chamou para participar; a gente ia rachar o valor pedido do sequestro em três; não citei nome em nenhum momento na Delegacia, não falei em R\$ 5.000,00; o Álvaro não tem relação com o Edson, o Felipe é amigo da minha mulher que frequentava a igreja que ele é pastor; eu fiz um áudio pedindo dinheiro, não lembro se para depositar na conta do Edson; não sei se o Álvaro fez uma gravação; em Barra Velha eu fiquei fora do carro; eram três sequestradores e duas vítimas; o Edson estava amarrado, vendado não lembro, o seu João não estava nem um nem outro; não fizemos ameaça pro resgate; eu temo pela minha vida e da minha família; eu abandonei a operação porque vi que não fazia sentido, que não ia dar em nada; no dia 25 eu fui pra levar o Álvaro de Itajaí, e aí eu fui preso, fui com essa pessoa que não quero citar o nome; eu nem entrei na casa do Edson, fiquei dentro do carro, um Ônix vermelho; não fui em nenhum dos cativérios (mídia da fl. 547).

Apesar de não querer citar o nome de Felipe Rodrigues dos Santos como sendo a pessoa que dirigia o Ônix vermelho, não existe nesga de indefinição quanto a isso, porque a circunstância foi admitida por Felipe.

A participação dos Apelantes Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches, além daquilo que será destacado adiante, é colhida da confissão de ambos.

Os outros dois Recorrentes, por suas vezes, dizem que são vítimas no acontecido.

O Apelante Edson Pereira fez isso nas duas etapas procedimentais, a começar pelo seu interrogatório extrajudicial:

Eu trabalhava com seu João desde novembro de 2017; eu cuidava dele, alimentação, exercícios, higiene, limpeza da casa e roupas; morava lá de segunda a sexta; o Felipe é Pastor da nossa Igreja, os outros dois não; eles estavam em sete, em dois carros; 23h30min eu estava tomando sopa e o seu João dormindo, na quarta; chegou um de boné e disse “calma que eu quero dinheiro, senta e não reaja” e pediu a chave do portão; ele assoviou e veio outro, e disse “vamos amarrar ele e o velho”; me amarraram e o seu João correu pro quarto, queria pegar uma enxada; eu fui vendado para o cativeiro e pedi para não prender o seu João; não sei porque o Pastor Felipe entrou nessa história; o cara que entrou na casa disse que tinha algo contra o Josué e queria R\$ 50.000,00; o cativeiro era uma casa abandonada, tudo quebrado, no escuro; fiquei amarrado e vendado; não sei o nome deles, eles não diziam; eles pegaram meu telefone e ligaram pro Felipe, falaram para ele ir me buscar e ele foi, o Felipe chegando lá disseram que se ele reagisse iriam matar ele, eu, e a minha família na Fazenda; o Felipe foi socorrer; a vizinhança já tinha se alertado; eles queriam levar para outro cativeiro, mas eu disse que queria ir para a minha casa, eu que dei a ideia; na casa estava eu, o João e outro rapaz (Álvaro), o Felipe chegou de carro e o outro de moto; chegando na minha casa eu não disse para ninguém que estava sequestrado porque não queria envolver ninguém, porque na quarta-feira o sequestrador já tinha dito que sabia onde eu morava, disseram o endereço e que iriam pegar minha família, que sabiam que o seu João não tem conta e que o Josué (filho de João) estava na Europa e iria pagar o resgate; não pedi socorro porque fiquei com medo; eu não planejei sequestro; na hora que a Polícia chegou eu estava fazendo almoço; o Felipe veio de manhã, lavamos a roupa toda, e depois soltariam eu e o Felipe; os sequestradores pegaram a minha conta dentro da minha carteira e a senha; eles tinham faca e tinham mochilas, as ameaças eram veladas, não vi arma de fogo (mídia da fl. 59).

Perante o Magistrado de Primeiro Grau, Edson Pereira manteve a versão de que foi uma das vítimas, e não um dos criminosos:

É uma inverdade; eu fui sequestrado no meu trabalho; só conheço o Felipe porque a gente fazia cultos evangélicos juntos; eu fui contratado pela filha do seu João, Raquel, em novembro de 2017, não era cuidador profissional mas aceitei fazer uma experiência; eu trabalhei com amor e dedicação, nunca tive formação com crime, não uso droga; no dia do sequestro, eu cheguei do culto 22h, sentei na mesa da cozinha, e o seu João estava dormindo, de repente entra uma pessoa pela janela do meu quarto, arrombou, que eu só soube o nome pela citação, o mais jovem é Álvaro e o mais velho é o paraguaio; ele chegou pedindo a chave do portão, pegou uma faca que estava na pia e disse “não reaja, não é um assalto, é um sequestro, eu tenho algo contra essa família”, disse que me vigiou por dez meses; o carro que me jogaram não era do pastor Felipe, porque eu senti que era um carro alto; pegaram a TV e o violão do seu João; o seu João não sofreu nada porque eu pedi para não reagir, ele pegou uma enxada e queria enfrentar os dois; o paraguaio me amarrou e me vendou; o seu João veio perguntar o que era aquilo e eu disse que era um assalto; eles tomaram meu celular, meus documentos, e eu pedia para ele não machucarem o seu João, eu pedi para levar os remédios; o mais jovem dizia “isso não

é um assalto, eu quero um sequestro”; levaram a gente, era um carro mais alto, eu senti quando sentei, não o carro do Felipe que é um Ônix, um carro baixo; eles ameaçaram dizendo que a minha família estava vigiada; eu sentei do lado do seu João, eu não vi quem dirigia; levaram a gente para uma casa abandonada, ficamos jogados no chão, fiquei todo o tempo amarrado; o Felipe não passou a noite do sequestro com a gente, ele foi obrigado a vir no outro dia; os dois sequestradores disseram que tinha mais gente de moto acompanhando, eles falaram para eu dar meu cartão, minha carteira, e fizeram o vídeo que vocês viram, eu com medo; o Álvaro que cuidou da gente a noite toda; eu gravei o vídeo tremendo, falei aquilo, eram duas vítimas, não uma só, o João Terça Hoegen foi vítima e o Edson Pereira também é vítima; eu falei “eu quero dinheiro” no vídeo porque o paraguaio estava lá, e me cutucava dizendo “diga que é você que eu tenho teu cartão e a tua conta”; na quinta-feira os vizinhos trouxeram comida 16h; nunca vi o Álvaro antes; o Felipe disse na Delegacia que foi eu porque ele foi forçado e obrigado verbalmente quanto atracam ele na cidade de Camboriú; o paraguaio mandou um áudio pro Felipe, eu dizendo assim “Felipe, vem nos o socorrer porque o carro deles quebrou e eles precisam de um carro”, foi o que ele recebeu o áudio que está no meu celular; o paraguaio de moto junto com uma mulher renderam ele, ele passou a noite, não junto com nós; quem natinha contato com a família era o Álvaro e o paraguaio, eles usavam o meu celular; o paraguaio pegou meu celular e disse assim “quero que você grave chamando esse cara aqui que chama várias vezes no teu zap”, eu chamei “pastor Felipe, nós fomos sequestrados eu e o irmão João, precisamos de ajuda, não avisa a polícia que eles vão matar nós”, ele atendeu e veio; [...] não houve violência, ele teve acesso a água, comida, remédio e coberta; minha família não sabia que eu estava sequestrado na casa da minha mãe; conheço o pastor Felipe há quatro anos, era uma relação de amizade religiosa, nos conhecemos em Itajaí, no bairro da Murta, onde ele tinha Igreja, ele conhece toda a minha família; [...] os vizinho do cativo viram a gente e gritaram “que vocês estão fazendo aí?”, e daí que eles saíram e chamaram o pastor Felipe; na quinta-feira o Álvaro estava querendo desistir, mas a Raquel (filha de João) ligou dizendo que o irmão dela Joaquim estava acertando tudo, e aí eles continuaram; disseram “vai ser na tua casa e tu não vais dizer nada que está sequestrado”; o carro mais alto foi até a casa, eles escolheram o nome do Felipe no meu celular, o paraguaio apertou um botão e mandou eu falar, eu disse que estava sequestrado e precisava de socorro, precisavam de um carro, o sequestrador mandou a localização; o Felipe não entrou na casa, eu fiquei a madrugada toda amarrado até às 8h, que eu dei o café para o seu João; na minha casa eu não fiquei amarrado, eles disseram que a casa estava vigiada e que minha família poderia sofrer se eu abrisse a boca; não fizemos exame de corpo de delito depois de presos; não tive contato com nenhum deles depois de preso, eu fiquei em cela de seguro e estou até agora (mídia da fl. 547).

Edson Pereira afirma que ele, João Terça Hoegen e Felipe Rodrigues dos Santos foram vítimas dos sequestradores Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches, que agiram com outras pessoas não identificadas. Segundo sua versão, Felipe Rodrigues dos Santos foi escolhido pelos criminosos porque mantinha contatos telefônicos recorrentes consigo, e eles precisavam de um carro, pois o “carro mais alto” que havia sido utilizado para ir de Barra Velha para Balneário Camboriú havia quebrado.

É intrigante que os sequestradores tenham optado por conseguir um automóvel de um contato aleatório no celular de uma vítima, comunicando-se com pessoa sem nenhuma ligação com o delito e correndo o risco de que ela procurasse a polícia, em vez de simplesmente arranjar um automotor de modo que trouxesse menos perigo à empreitada.

Não menos estranheza causa o fato de eles terem escolhido a casa do sequestrado como cativo, onde estavam familiares dele que poderiam a todo momento descobrir o que ocorria.

Obviamente intrigante e estranho são adjetivos eufemísticos; está-se diante de uma, para usar o termo do próprio Apelante Edson Pereira, inverdade.

Felipe Rodrigues dos Santos iniciou sua inquirição extrajudicial dizendo que foi até a casa de João Terça Hoegen somente para ajudar Edson Pereira a pegar seus pertences e deixar o local, pois este estava infeliz com o trabalho e que, para isso, levou Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches para ajudar. Questionado pelo Delegado de Polícia, acabou confessando que tudo já estava planejado por Edson Pereira:

O Edson eu conheço há três anos, a gente frequenta a mesma Igreja, somos amigos, éramos pelo menos; o Hugo é marido da minha amiga Rose, com quem eu já morei junto, dividimos aluguel, mas não o conheço direito, o Álvaro nem conheço; eu conheço o seu João de uma vez ou outra que eles foram no culto, mas não na intimidade; há muito tempo o Edson vem se queixando que queria ir embora de Barra Velha para Itajaí, que era humilhado pela filha do seu João, eu disse para ele fechar a igreja e vir; ele chegou a marcar um encontro comigo aqui em Itajaí e falou disso que ele estava planejando, e eu não queria entrar de jeito nenhum, porque estou doente; na terça-feira teve culto, ele me ligou e pediu se eu podia visitar ele que ele ia embora e estava cansado; ele achava que a família tinha dinheiro, que ele poderia comprar um motohome e sair viajando; ele queria roubar e ir embora se alguém descobrir que foi ele; na terça ele me ligou que era para ajudar a pegar as coisas dele, que a filha do seu João estava expulsando ele e não queria deixar ele pegar as coisas; eu chamei o Hugo para ir ajudar o Edson, e chegando lá o Edson já estava esperando, disse que as coisas estavam arrumadas, isso na quarta; aí eles entraram lá e amarraram o velho e o Edson, os dois que foram lá, eu fiquei no carro porque o seu João me conhecia; o carro é meu, não está no meu nome; o Edson falou que a gente ia pegar ele, pegar o velho, já era ideia dele, ele sabia que não tinha dinheiro em casa; ele falou que ia dar R\$ 5.000,00 para cada um; ele falou com os meninos, não comigo, eu fiquei do lado de fora, eu só fiz o transporte de carro e apresentei o Hugo e o Álvaro; eles só souberam que era um sequestro ali, eles iam só assaltar; o Edson entrou no carro vendado e amarrado e o seu João só ficou lá quietinho; eu levei eles até Monte Alegre e fui para casa, dali o Edson disse que levaria o seu João para Itajaí, mas não levaram, ficaram no Monte Alegre; eu voltei a encontrar com eles hoje; saímos de Barra Velha e fomos para Camboriú, e ficaram lá, eu levei eles na casa abandonada, mas não sei o caminho, isso na quarta, quem ficou lá foi o Álvaro, o Edson e o seu João, e eu saí com o Hugo; eu fui para casa e no outro dia eles pediram para eu levar para Itajaí, e levei todo mundo na casa do Edson, ele que mandou ire para a casa dele; eu não sei da negociação, o celular estava com eles o tempo todo; eu não sei quem mandou os áudios, acho que foi o Edson e o Álvaro; eu só ajudei a carregar, não bati em ninguém; (alertado de que o telefone do Edson foi usado em Governador Celso Ramos às 7h) o telefone do Edson estava comigo no outro dia, o Edson não estava; o Edson fez tudo, ele que falou tudo, ele que mandou o menino gravar o vídeo, ele que falou com a família; ontem à noite eu voltei na casa para pegar eles e levar na casa do Edson em Itajaí, dali ele disse que ia embora, que não ia dar o dinheiro; a gente foi buscar o Álvaro, o Edson só veio conversar com a gente e logo a Polícia abordou; eu entrei um minuto na casa, só para falar pro Edson ir falar com os outros a posição dele, nós íamos embora; não ouvi falar em matar o seu João (mídia da fl. 59).

Em Juízo, Felipe Rodrigues dos Santos modificou sua versão e passou a figurar entre os Ofendidos, juntamente com Edson Pereira e João Terça Hoegen. Não teria ido até a Barra Velha, somente envolveu-se na trama porque atendeu a um chamado de Edson Pereira no segundo dia do sequestro e, com a coragem de um herói, foi sozinho ao cativo em Camboriú:

Eu não participei, me declaro inocente e o Edson inocente, não temos nenhuma ligação com esses dois sequestradores; eu dei uma declaração na Delegacia dizendo que o Edson era o mentor porque fui coagido pelo Hugo e pelo Álvaro, os quais não conheço, que me ameaçaram, iriam fazer mal pra minha família, falaram nomes de familiares, endereços; disseram que eu tinha que colocar o Edson como mentor e eu como coautor porque se não a pessoa que planejou tudo seria descoberta; o Ônix é de uma obreira da minha igreja, que foi por ela comprado para a igreja para uso da igreja, eu usei no dia 24 quando o Edson mandou o áudio para mim pedindo socorro, e também usava para trabalhar de Uber, eu e um colega de Itapema; na tarde do dia 24 recebi um áudio do Edson pedindo socorro, contando a situação, que eles teriam desistido e iam abandonar eles lá, e se eu podia ir pegá-los sem envolver polícia porque eles temiam pela vida; eu encaminhei o áudio para um amigo que trabalha comigo, Henrique, avisei que ia e liguei o compartilhador de localização; eu fui até Camboriú, até onde eles disseram que estavam, e fui rendido pelo Hugo e pelo Álvaro, e entrou todo mundo no carro e mandaram eu dirigir, o Álvaro segurando uma faca no pescoço do Edson; o paraguaio ficou na chácara, o Álvaro mandou eu seguir para a casa do Edson, eu achava que lá nos libertariam, mas quando cheguei eles entraram e o Hugo logo chegou atrás de moto, entrou no meu carro e mandou eu dirigir até o Monte Alegre, onde me prendeu numa casa, num cativeiro, que eu fiquei até o dia seguinte, onde eu fiquei sabendo que estavam extorquindo a família do Edson, lá tinha as coisas todas arrumadas, como de uma família que iria viajar; eu ofereci pro Hugo um dinheiro que eu tinha, meu carro, e ele aceitou, e disse para gente ir a Itajaí, que iria libertar a gente; a polícia já estava ali toda preparada; o Hugo mandou eu ir chamar o Álvaro; eu fui e falei com o Álvaro e falei para o seu João e o Edson que estava acabando, que eu tinha pouco dinheiro mas daria o carro; nisso o Edson entrou no carro para pedir que eles não me fizessem mal, foi aí que a polícia prendeu a gente sem dar chance de defesa; o Edson tentou falar para o Delegado que nós dois eramos inocentes, mas ele pisou na cabeça do Edson e disse que já sabia de tudo; o paraguaio ficou comigo na casa, enquanto os outros estavam na casa do Edson, tinha voz de criança e mulher na casa; minha relação com o Edson é da igreja; não passei a noite do dia 23 por dia 24 e nem do dia 24 pro dia 25 com o seu João, eu passei em cativeiro amarrado e amordaçado em Camboriú; na Delegacia eu pedi para não me colocar com os dois, e ele disse que bandido é tudo bandido e que tinha que ficar junto; eu apanhei no caminho todo, dos bombeiros até a Delegacia, e eles dizendo o que eu deveria dizer, que ia confessar dizendo que o Edson era o mandante e eu que chamei eles; o Álvaro e o paraguaio não tem relação conosco, conheci na cadeia, eu confessei porque eles disseram que iriam me matar, dentro da viatura e dentro da Delegacia, eu pedi advogado, corpo de delito e não fui atendido; eu confessei sem ter cometido e culpei o Edson também sem ele ter culpa; em Itajaí era a casa do Edson, eu não fiquei preso na mesma casa que eles tinham ficado; eu tinha na conta uns R\$ 3.000,00 e R\$ 2.000,00 na conta do rapaz que trabalhava comigo, eu ia fazer a transferência on-line, só no final, na sexta-feira de manhã, o Hugo aceitou o dinheiro, primeiro eles diziam que queriam o dinheiro que eles estavam extorquindo, mas eu não consegui entrar na senha do meu internet banking do celular; ele me deu a conta de no nome de uma mulher chamada Maria Roseli, uma coisa assim; eles iriam me levar na Caixa para sacar o dinheiro e eu ia entregar o carro, mas o Hugo antes me obrigou a ir na casa do Edson porque eles estavam desconfiados que a polícia estava atrás; eu só tive contato com o seu João logo após ser rendido até a casa do Edson, ele parecia bem, só quem estava amarrado era o Edson; eu mudei a versão para falar a verdade, antes eu estava sendo ameaçado, fiz medida protetiva contra os dois, pedi para o Diretor, porque eles queriam que eu falasse que o Edson era o mandante; eu não tenho medo mais porque a Justiça me ouviu e eu sei que o Hugo não está na mesma unidade e que minha mãe está bem; recebi o áudio do Edson na quinta-feira à tarde; eu fui agredido pelo Hugo, no caminho da Delegacia também sofri agressões, e na cela também, eles sabiam o nome da minha mãe e onde eu morava; o Edson conhece a minha mãe; paraguaio é o Hugo; minha rendição, eu estacionei numa encruzilhada, o Hugo desceu de uma moto com um revólver, tinha uma mulher guiando a moto, e ele mandou eu entrar na chácara, daí colocaram o Edson e o seu João no carro e mandaram eu dirigir para Itajaí, o Álvaro junto, e a moto seguiu até Itajaí; dentro do carro eles tiraram meu celular; na casa que eu fiquei estava a esposa do Hugo, eu escutei a voz, e estava tudo arrumado e eles diziam “temos que descer

para o Paraguai”; eu não chamei a polícia quando recebi o áudio porque o Edson dizia para não chamar, mas eu ia entrar em contato com as autoridades assim que pegasse eles” (mídia da fl. 547).

Na incrível variante judicial de Felipe Rodrigues dos Santos, como dito, Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches são os únicos culpados do delito, e agrediram-no antes do seu relato extrajudicial, embora, em Juízo, tenham confessado e silenciado acerca da atuação daquele.

Felipe Rodrigues dos Santos alega que encaminhou áudio de pedido de socorro enviado por Edson Pereira para um amigo e que avisou-lhe que iria ao cativo, mas tal pessoa não foi arrolada para testemunhar. E o áudio não foi encontrado nos telefones periciados (fls. 109-113 e 592-601).

Felipe Rodrigues dos Santos poderia ter ido até uma Delegacia de Polícia e alertado do que estava ocorrendo sem que os sequestradores soubessem, e certamente os Policiais montariam uma estratégia para que chegassem ao cativo sem ninguém perceber. Mas, segundo ele, preferiu ir sozinho, e foi a caminho da própria rendição.

Menciona que, após deixar Edson Pereira, Álvaro Calixto Machado e João Terca Hoegen na casa do primeiro em Itajaí, passou a noite de quinta para sexta-feira em cativo no que seria a casa de Hugo René Lesmo Sanches, em Camboriú, na qual estava a família deste. Não há sentido algum nisso, pois bastava que Felipe Rodrigues dos Santos ficasse na casa Edson Pereira, sob a vigia de Álvaro Calixto Machado, sendo incompreensível que Hugo René Lesmo Sanches o tenha levado para dentro da própria casa.

Além disso, faltou criatividade a Felipe Rodrigues dos Santos na hora de inventar os detalhes da falaciosa versão judicial.

Na Delegacia de Polícia, ele disse que conhecia Hugo René Lesmo Sanches porque era amigo da mulher dele, inclusive, havia dividido moradia com ela, nominando-a “Rose”. A ligação foi confirmada por Hugo René Lesmo Sanches.

Na fase judicial, Felipe Rodrigues dos Santos negou conhecer Hugo René Lesmo Sanches, mas, na hora de mencionar a titularidade da conta em que depositaria o dinheiro oferecido pela libertação sua, de Edson Pereira e de João Terca Hoegen, falou que Hugo René Lesmo Sanches passou-lhe a conta em “nome de uma mulher chamada Maria Roseli, uma coisa assim”.

Obviamente não por coincidência extrai-se do SISP/iPEN que a esposa de Hugo René Lesmo Sanches chama-se Maria Roseli de Souza, ou seja, a memória de Felipe Rodrigues dos Santos fez a correlação justamente com a pessoa com a qual ele antes havia dito ter morado, e que depois alegou não conhecer.

Mas nem só das inconsistências e contradições dos relatos dos Apelantes Edson Pereira e Felipe Rodrigues dos Santos vive o substrato probatório para suas condenações.

Há profusão de elementos que levam à certeza de que o delito em análise foi cometido a oito mãos.

A Vítima João Terca Hoegen declarou, na Delegacia de Polícia:

Estava morando comigo um rapaz que pagava por mês, um ano e pouco, o Edson; ele sai muito de noite, mas dorme lá em casa; sou eu que pago, quem cuida do meu dinheiro é o meu filho Josué; eu sou aposentado do serviço público federal, dá R\$ 2.800 e uns quebrados; tenho cinco filhos homens e quatro mulheres, a filha caçula, Eunice, mora em Barra Velha, na outra rua; eu entendo que fui sequestrado; o sequestro era uma meia-noite, ou passado um pouco, eu já tinha dormindo, acordei e escutei umas conversas, tinha mais gente falando na casa, fiquei de orelha em pé; isso na minha casa, eu levantei e saí até a cozinha, daí o Edson já estava amarrado e com venda nos olhos; eu quis voltar para cama, mas não deu tempo; eram três pessoas, além do Edson; eles queriam saber o que tinha lá; falaram que eu tinha que ir com eles, eu quis ir pro quarto, tem uns facão lá, eu ia enfrentar, mas me seguraram, mas não me amarraram nem me vendaram; eles estavam com o rosto descoberto; me levaram num carro pequeno, eu, o Edson e os três no mesmo carro; eles foram pro sul, mas era de noite e eu não sei bem o caminho; eles me prenderam numa casa abandonada, isolada; ficou um dos três e o Edson, tiraram o pano da cabeça dele; não bateram em mim ou no Edson; eles não me falaram nada, só que eu ficasse ali e eles iriam fazer a proposta, queriam R\$ 50.000,00; à noite na casa foi anteontem (quinta-feira, 24), e lá ficamos até de tardinha; de lá viemos para Itajaí até a casa da mãe do Edson; eu falei com a minha filha no telefone, acho que eu estava na casa abandonada; o Edson conversava com eles, falava baixinho; saímos da casa para Itajaí de noite, ontem; quem levou foi o Pastorzinho da Igreja do Edson; o Edson era Pastor, um deles que trabalha com ele parecia o mandante, não sei quem manda mais, se o Edson ou esse aí; na casa do Edson me receberam bem, estava a mãe do Edson, depois a irmã chegou; não tinha ninguém amarrado nessa hora; não sei porque fomos para a casa do Edson, eles resolveram assim; os dois chegaram nervosão lá na casa abandonada, ficaram lá conversando, depois chegou um cara lá, que não sei se é o dono, e disse que tinha que sair rápido se não ele ia chamar a polícia, daí se mandaram; na casa do Edson me puseram numa cama, e o Edson e outro rapaz dormiram na mesma cama, esse rapaz é o mesmo da casa abandonada; quando a Polícia chegou tinha mais gente, os cunhados do Edson; o Edson não falou pra família que a gente estava sequestrado, foi como se fosse uma visita, não amarraram ele ali; quando eles chegaram na casa de tarde, eles disseram “tem que matar”, mas eu não fiquei com medo, não estava acreditando, mas eles estavam com a cara muito feia; não lembro se hoje fizeram fotografia comigo; tinha uma sobrinha do Edson ali na casa; eles da casa não sabiam que era um sequestro, chegamos de mansinho e falaram pra não dizer nada; (mostradas fotografias do acusado) esse é o Edson (foto do Edson), esse é o rapaz que ficou na casa abandonada e na casa do Edson é esse aí (foto de Álvaro), esse é o que foi buscar nós com o carro na casa abandonada, na minha casa ele não estava (foto de Felipe), esse eu não lembro do que fez (foto de Hugo); (perguntado se tem mais algo que pense ser relevante) eu já to ficando meio desconfiado, pode ser que eu esteja errado, do Edson estar participando disso aí; estou desconfiado que pode ter o dedo dele (mídia da fl. 59).

As declarações extrajudiciais da Vítima João Terca Hoegen contradizem a versão dos Apelantes e aclaram que eram três as pessoas que invadiram a sua casa, na qual Edson Pereira já estava; o veículo em que foi levado para a casa abandonada era baixo, e não alto como Edson Pereira alegou; Felipe Rodrigues dos Santos, a quem conhecia, conduziu o automotor até Itajaí, e ele e Edson Pereira pareciam ser os comandantes da ação; Álvaro Calixto Machado foi o vigia tanto na casa abandonada

quanto na de Edson Pereira. Perguntado se pensava haver algo relevante a ser ainda mencionado, disse espontaneamente que desconfiava da participação de seu cuidador no sequestro.

O relato de João Terca Hoegen foi ratificado em Juízo:

Fui sequestrado começo do ano; eu estava confiado no cara, pagava um bom salário para ele, ele era meu cuidador e morava comigo em Barra Velha há um ano e três meses; ele deixava minha janta preparada e saía todo dia, difícil o dia que não saía; eu ouvi quando as pessoas se manifestaram, acordei com o barulho da conversa, era quase meia-noite, eu já tinha dormido um bom sono; ele saiu aquela noite e acordei quando ele fez barulho; eram três ou quatro na casa; eu levantei, o Edson já estava com os braços amarrados para trás, sentando numa cadeira na cozinha, e vendado; no começo não tinha ninguém ali, mas logo entraram três, não deu tempo de eu correr, um deles me pegou pelo braço e ameaçou de me amarrar, eu me puxei e fui me retirando, eles querendo me pegar e eu me defendia, indo de costas pro meu quarto; tentei fechar a porta mas eles não deixaram, e tive que conversar com eles, e disse “eu me entrego, mas não quero ser amarrado de jeito nenhum”, e eles concordaram e eu me entreguei; me colocaram sentado do lado do Edson e foram revirar minha casa, pegaram uma TV, um violão, um monte de coisa; eles encheram o carro e me pegaram para levar, enquanto isso não falavam com o Edson, me mandaram pro carro; foi todo mundo no mesmo carro; eu não sei bem para onde fomos, era de noite, tudo fechado, levaram para uma casa onde não morava ninguém, uma pastagem, uma casa de alvenaria grande mas abandonada, tudo nojento, o gado fazia cocô lá dentro; o Edson continuava amarrado, chegamos de madrugada, ficamos até no outro dia quase à noitinha, quando veio um cara dizer “eles já estão descobrindo nós”; um deles que chegou para mudar a gente e eu até conhecia o cara, ele mora em Itajaí; esses dois caras que estavam fazendo a negociação para pegar o dinheiro do sequestro, que eles me levaram para pedir R\$ 50.000,00; eu não ouvi as ligações, um ficou com a gente e o outro fazia a ligação lá fora; no mesmo quarto estava eu, o Edson e um outro que cuidava da gente; os outros dois chegaram lá espantado e falou pro cara que estava cuidando “temos que sair rápido daqui, fomos descobertos”; aí veio um outro cara pegar a gente de carro e trouxeram a gente para a casa do Edson; eu soube que era a casa dele quando cheguei, porque já conhecia; fizeram uma janta, o Edson já desamarrado, jantou também, e ficamos até dia; nesse momento ele estava negociando para me transferir para um local seguro, ele era o dono da coisa toda, ele participava; nesse momento eu percebi que ele era o dono da coisa toda, ele tirou o negócio dos olhos, ficou livre, e eu caí na real; eu falei umas coisas pesadas para ele, mas ele não respondeu, ele saltou para fora, bati na ferida e ele não aguentou, deixou o outro lá cuidando de mim; eu não vi os telefonemas, foram os outros dois que fizeram; a polícia chegou antes, de manhã eles estavam decidindo onde que iriam levar nós, e a polícia já tinha descoberto e estava vigiando; eu manjei a coisa que o Edson estava envolvido, eles falaram um negócio ali e eu descobri que estava sozinho, eu era o único, o Edson era o dono da coisa; não me machucaram, deram comida; durou um dia e meio; tinha um que dizia que era Pastor das Igrejinha deles lá, acho que foi preso, ele estava por dentro da coisa, foi lá onde eu estava e era longinho (mídia da fl. 545).

É importante registrar que, ao contrário do alegado no apelo de Felipe Rodrigues dos Santos, as declarações de João Terca Hoegen são facilmente compreensíveis. Aliás, ele contou praticamente todo o ocorrido de forma espontânea, complementando com respostas claras às perguntas que lhe foram dirigidas, que em momento algum foram indutivas ou predisuseram as explicações.

Corroborando os informes de seu pai, Joaquim Hoegen aduziu em Juízo:

Vou começar pela pessoa que cuidava do meu pai. Era o cuidador. Meu pai, de 90 e poucos anos de idade, precisava de um cuidador e a gente contratou esse menino (Edson) que tinha referências. Ele trabalhou com a gente 1 ano, 1 ano e três meses acredito. Edson ficava de segunda até sábado de manhã com meu pai, direto. Ele fazia caminhada com o pai, fazia/trazia alimento para ele e tal. Cuidava de segunda até sábado. Todo sábado, um filho vinha pegava o pai e levava para sua casa. A gente começou achar estranho que Edson, que sempre dizia ter direito a folga dele, começou a dizer “que hoje não precisa, vou ficar com teu pai”. Pediu para um, dois irmãos meus para não irem lá porque queria ficar com o pai, bem próximo desse acontecido. Isso começou a ficar estranho. Ele também pediu para mim, mas fiz questão de ficar com meu pai. Ele (Edson) insistiu uma, dois, três vezes que a gente podia ir embora, deixar o pai com ele. A gente achou estranho, porque nesse um ano e pouco ele (Edson) fez questão de que a gente fosse buscar o pai, para ele (Edson) ter a folga dele, para ir a Igreja ou a Itajaí, onde mora a mãe dele. Pelo relato do meu pai, entre 11 e 11:30 da noite, o Edson chegou em casa. Já tinha fechado a casa, quando chegou um pessoal lá de carro. Meu pai é pessoa reservada, gosta de dormir cedo e já estava no quarto dele. O Edson recebeu essas pessoas dentro de casa, abriu a porta para essas três pessoas, junto com ele, e começaram a conversar alto. Ele (vítima) saiu (do quarto), viu aquele barulho e questionou Edson o que estava acontecendo. Eles disfarçaram não disseram nada. Aí o pai ficou desconfiado com aquela situação toda. De repente eles (acusados) saíram para um lugar lá. O pai ficou escutado. Quando eles voltaram, anunciaram que iam fazer o sequestro dele. Vieram com Edson amarrado, com a mão de trás, assim. Meu pai é pessoa lúcida. Os caras tentaram pegar ele (meu pai). Vieram com algo para amarrar ele, quando meu pai disse não, não, ninguém vai me amarrar, botar nada em mim. Tentaram pegar ele a força. Meu pai tentou se trancar no quarto, mas como eram em três, forçaram a porta. Disse para não colocar a mão nele, falando que iria fazer o que eles queriam. Levaram o Edson, amarrado, e o pai ao carro. Pegaram bastantes coisas e colocaram na porta-malas. Levaram o pai para um lugar lá em Camboriú, onde era o cativoiro, uma casa abandonada. De manhã cedo, acho umas 11 horas, dia de semana, entraram em contato. Primeiro, eles entraram em contato com meu irmão, que estava na Europa. Eles entraram em contato com ele, porque acreditaram que meu irmão era que cuidava das finanças do pai. Um dos meliantes ligou, dizendo que tinham sequestrado o pai e eles queriam 50 mil reais de resgate. Meu irmão achou que era brincadeira, mas ficou nervoso e ligou para mim, que estava em Joinville. Fiquei perturbado, sequestrar uma pessoa de 90 poucos anos. Disse para minha esposa (Tânia) entrar em contato com o Edson e ver o que estava acontecendo. Ela ligou para o Edson e eles disseram que tínhamos sequestrado o pai. Eles disseram que conheciam cada membro da família, por nome e sabiam onde moravam. Disseram que se não pagassem, eles iam matar o pai e depois iriam na casa de cada um, porque eles nos conheciam. Meu irmão já havia entrado em contato com a polícia. Continuaram me ligando, várias vezes. Sempre a mesma pessoa. A pessoa ligava e dizia que o banco fechava tal hora, eu quero o dinheiro agora, antes do banco fechar, senão eu vou jogar teu pai lá no morro, vou matar ele. Pediu uma transferência do valor, transfere para conta do Edson, que tá lá em Itajaí, Camboriú, que eles iam sacar o dinheiro. Eles não têm noção de que não dá para sacar esse valor, transferir esse valor assim. Falei que queria colaborar com eles, mas falei que não conseguia tirar assim, tinha que me programar com o banco. Queremos o dinheiro, senão vamos matar teu pai. Eles mandaram para meu irmão, que tava fora, um vídeo, por whatsapp, o Edson amarrado para trás, com uma venda, dizendo que tinha sido sequestrado. No vídeo, mostrava meu pai do lado. Minha esposa achou estranho, pois no local da filmagem havia uma caixa de Bis e o Edson era doido por bis. Uma semana antes a gente havia comprado esse Bis aí. A margarina que estava lá era mesma da casa. Meu pai comia muito pouco bis. Começamos a desconfiar. Ele falava na pessoa dele, dizendo que precisava desses 50 mil reais porque esse dinheiro vai salvar a gente. Edson dizia manda esse dinheiro para minha conta. Ele falava como se fosse para ele. Quando dava 11 horas, abrindo o banco, eles começavam a pressionar a gente. Antes do banco fechar, mais pressão. Eles diziam para gente arrumar esse dinheiro, senão iam matar o pai. Ai teve um cara, com voz de paraguaio, ele começou a falar que ia matar o pai. O pai escutou que eles iam matar ele mesmo. Esse paraguaio disse se o banco fechar, teu pai tá morto. Eles falaram que pagando, eles iam liberar o pai lá em Camboriú. Ficamos trocando mensagens pelo celular. Sempre pressionando pelo dinheiro, na abertura ou fechamento do banco. Somente mandaram um vídeo. Não

depositamos. Noutra dia, soubemos que a polícia tinha achado o cativo e liberado o pai. O pai relatou que houve troca de cativo. Primeiro, numa fazenda em Balneário Camboriú, noutra dia foram para Itajaí, para casa do Edson, onde ele vivia com a mãe. Edson disse para ela que o pai veio passar o final de semana com eles. O pai ouviu, achou estranho, mas ficou quieto, por medo. O pai relatou que no começo ficava com Edson, depois não. Disse o pai que escutava eles ficavam conversando. O pai entendeu que foi o Edson quem planejou tudo isso. O Edson sabia que a família tinha condições financeiras de levantar a quantia que pedia. Acredita que Edson deduziu isso por causa dos carros que chegavam na casa do pai. Não machucaram fisicamente o pai, apenas dano psicológico. Quando a polícia chegou, o pai estava sozinho no quarto (casa de Edson) e todos os quatro estavam num carro, planejando mudar de cativo. Dos outros três que sequestraram o pai, reconheci dois deles, menos o mais novo, pois o pai havia alugado uma casinha que tem ao lado de sua residência, para Igreja, e esses dois, junto com Edson, já tinham ido lá. O paraguaio eu vi. O Felipe também conhecia, já tinha visto várias vezes (mídia da fl. 438, transcrição na sentença resistida, fls. 709-710).

Por fim, o Delegado de Polícia Procópio Batista da Silveira Neto detalhou a operação que levou aos sequestradores:

Na manhã do fatídico dia, a Polícia Militar de Barra Velha entrou em contato comigo para saber se estava informado da ocorrência de um suposto sequestro. Chegando na Delegacia, me foi apresentado o vídeo. O vídeo em que uma pessoa pedia resgate de um senhor. Pedi que se adotasse medidas primárias, para ser se era verossímil. É comum falso ou simulação de sequestro. Estivemos na casa da vítima, toda trancada, a vítima não estava. Não conseguimos contatos com os parentes. O cuidador também não se encontrava. Começamos a tratar como prioridade, como possível caso de sequestro. Acionei a DEIC, a divisão de sequestros, para formar uma força tarefa, para apoiar nossas investigações. Tomamos as medidas jurídicas cabíveis. Esse tipo de crime exige um protocolo a ser seguido, já que é um crime que está em andamento. Qualquer erro pode acabar na morte da vítima. Chamei os familiares da vítima relatando as medidas tomadas. Todos os contatos eram feitos pelo celular do cuidador. Segundo o sequestrador, eles teriam tirado o velhinho e o cuidador juntos, justamente pelas condições de saúde do senhor de 92 anos. A princípio, chamou a atenção da equipe de investigação, na análise do vídeo, detalhes chamavam a atenção na maneira como o cuidador falava. Ele falava que ele mesmo tinha sido sequestrado, estaria amarrado, estaria em poder dos sequestradores, pedia o resgate. A história apresentava algumas falhas. Chamava atenção o fato dele (Edson) dizer “quero meu dinheiro”, repetindo muito essa frase e o valor pedido (50 mil reais). Com as devidas autorizações judiciais para localizar movimentações, chegamos localizar um veículo que teria sido supostamente utilizado, acho que um GM vermelho. Na noite do crime, esse veículo esteve em Barra Velha, depois se deslocou para Governador Celso Ramos, depois para Camboriú, isso na noite do crime, rodou bastante. A quebra de sigilo nos levou a vários números de telefone utilizado pelo mesmo aparelho. A coisa começou a ficar clara no horizonte quando eles dirigiram-se para Itajaí e começaram a fazer contato de lá. Estavam lá desde a manhã da noite anterior ao resgate. Eles chegaram no final da tarde e eles começaram a fazer contato daquele local. Consultando bancos de dados, verificou-se que a casa do cuidador ficava exatamente na localização da ERB nos remetia. Tomando conhecimento desta informação, uma equipe policial se deslocou até o local para fazer um levantamento, a fim de evitar qualquer precipitação. Foram feitas duas comunicações, por áudio de Whatsapp. Numa delas, notamos que um dos sequestradores tinha sotaque carregado de estrangeiro. Outro áudio, a pessoa tinha uma tonalidade facilmente perceptível que era homossexual. O primeiro áudio, da pessoa com sotaque estrangeiro, exigia o valor 50 mil reais. Exigimos uma prova de vida do senhor naquele momento, e a foto encaminhada não era atualizada. O segundo áudio foi mais agressivo, exigindo 20 mil reais agora, senão iam meter bala na cabeça de cada um. Fazendo monitoramento do local, com acesso as

câmeras de vigilância daquele ambiente, conseguiram identificar o tal veículo de um dos sequestradores. Tivemos certeza que o senhor estava no local monitorado quando um dos indivíduos presos fez login da conta dele do facebook, cujo acesso estava devidamente autorizado. A equipe da DEIC deteve os quatro indivíduos quando eles estavam no veículo. Questionados, os indivíduos indicaram onde estava o senhor naquela casa, apontada pelo telefone celular. Verificou-se que o estrangeiro era paraguaio e, de acordo com a vítima, quem vigiava ele durante sequestro era o homossexual do segundo áudio, que tinha relacionamento com Edson, seu cuidador. Tudo foi planejado pelo cuidador, foi ele que recrutou as pessoas e planejou o sequestro de forma geral. Os dois que fizeram contatos era o paraguaio e o companheiro do cuidador. Esses três participaram ativamente do sequestro. A princípio, eles pediam 50 mil reais, depois no dia seguinte, passaram 20 mil reais. A privação de liberdade foi de 36 horas. A casa do cuidador era tranquila de ser utilizada, pois o senhor já tinha estado lá. O cuidador é dono da casa, passando despercebido o sequestro. Os indivíduos presos já apontavam o cuidador como responsável pelo sequestro. A vítima de sequestro é um senhor de 92 anos, com dificuldade de locomoção, e demoraria um pouco para entender a situação. O cuidador era pessoa de confiança da família. O facebook do Álvaro que identificado foi utilizado no celular do cuidador e, por isso vinculou a conta dele ao telefone interceptado, sendo o próprio perfil dele acessado (mídia da fl. 500, transcrição na sentença, fls. 710-712).

O relato do Delegado foi corroborado pelos Policiais Civis Sérgio Steinhorst Filho e Fernando Barbosa (mídias das fls. 564).

Também confirmando tais depoimentos, há o vídeo de pedido de resgate, no qual Edson Pereira aparece sentado, vendado, mas com as mãos livres. Deitado à sua esquerda está João Terça Hoegen, sem venda e sem amarras (não se compreende porque seria preciso vender um e não o outro). O vídeo foi filmado por Álvaro Calixto Machado, que usou a lanterna do celular para iluminação e inicia o vídeo com “pode falar”. Eis o que Edson Pereira falou:

Josué, Teresinha, aqui é o Edson. Eu e o teu pai fomos sequestrados na quarta-feira a noite. Não é brincadeira Teresinha nem Josué. Não sei quem são. Trataram nós bem até agora. Teu pai foi no médico ontem, tá tudo bem, a diabete dele. Eles tão querendo R\$ 50.000,00, na minha conta Josué, até às 11 horas da manhã aqui no Brasil ou até meio-dia porque se não Josué, eu e teu pai estamos na mão de Deus e deles. Não sei o que aconteceu. Sei que eu estava dentro de casa, chegou alguns, não sei quantos, não sei da onde, e anunciaram o sequestro e querem R\$ 50.000,00, na minha conta na Caixa Econômica Federal, de Balneário Camboriú, Santa Catarina, Brasil. Josué não tá brincadeira não, eu tô vendado, amarrado, fomos levados para outro lugar, não estamos em Barra Velha, não sabemos de nada, eles estão sendo camaradas com nós, teu pai tá aqui do meu lado, eu estou cuidando dele, vou ficar com ele até o fim. Josué não é brincadeira meu irmão. Eu estou 1 ano e 3 meses cuidando do teu pai, agora eu sofri uma ameaça de morte e sequestro por causa que eles querem R\$ 50.000,00 da tua conta para passar transferência pra minha conta aqui no Brasil. Eu sei meu irmão que tu está na Itália, em Roma, viajando, mas eu não quero saber, a minha vida Josué e Teresinha não vale R\$ 50.000,000, nem a do teu pai, vale muito mais. Então eu peço pelo amor de Deus. Ó soltaram as minhas mãos para eu poder fazer esse vídeo, trouxeram comida para nós agora na madrugada, nós estamos em lugarzinho arrumadinho, prepararam cama. Josué nós tamo na mão de Deus e nas suas mãos. Eu quero esse dinheiro às 11 horas, meio-dia. Eu não sei se tu tem 50, 10, 20, 30, 40, 100 mil. Eu sei que eu quero esse dinheiro. Teu pai com 92 anos e meio, a diabete dele aumentou, ele não pode ficar em cativeiro, ele não pode ficar nessa situação. O médico disse que o colesterol dele tá bom, outras coisas (fl. 85, “Vídeo”).

Nota-se que, na parte em que Edson Pereira fala da comida que trouxeram na madrugada, o também Recorrente Álvaro Calixto Machado filma a comida e realmente há no cenário uma caixa do chocolate Bis, como mencionado por Joaquim Hoegen.

Edson Pereira aludiu em Juízo que falou no vídeo “eu quero dinheiro” porque “o paraguaio estava lá e me cutucava dizendo ‘diga que é você que eu tenho teu cartão e a tua conta’”. Ocorre que isso não é visto nas imagens, e também é contraditório com o que todos disseram, no sentido de que somente Álvaro Calixto Machado permaneceu com a Vítima e Edson Pereira.

Na realidade, se o teor do vídeo fosse verdadeiro e Edson Pereira realmente fosse vítima e não criminoso, ele não teria usado as expressões “eu quero esse dinheiro” e “eu sei que eu quero esse dinheiro”.

Aliás, para um vídeo de resgate, é surpreendente a calma com que Edson Pereira se expressa, bem como a necessidade de assegurar que está cuidando de João Terca Hoegen e ressaltar que estava fazendo isso “há 1 ano e 3 meses e agora foi ameaçado de morte e sequestrado”.

Como não obtiveram imediatamente o dinheiro que pretendiam, os sequestradores enviaram mensagens de áudio aos familiares de João Terca Hoegen.

Num primeiro áudio escuta-se aquela que, sem dúvida, é a voz de Hugo René Lesmo Sanches:

Oi. Deixa eu te falar. Eu já falei para aquele filha da puta lá do teu irmão lá para ele resolver logo essa parada aí que ele ta devendo e nós que o nosso dinheiro e vocês tem até 3 horas da tarde. Eu estou com o pai de vocês e com aquele cuidador dele. Eu do tempo para vocês até 3 horas da tarde, eu quero o dinheiro na conta do Edson e é pocas ideia. Não é para avisar a polícia porra nenhuma tão me entendendo. Se vocês, ai de vocês, eu to na cola de vocês, eu sei onde vocês moram, cada um de vocês. Eu mandei mensagem lá para aquele filha da puta lá do teu irmão lá e ele não tá nem aí pro pai dele e eu não to pra brincadeira não viu. Eu do tempo pra vocês até 3 horas da tarde. Eu quero meu dinheiro na mão, R\$ 50.000,00, na mão, e é pocas ideia. Deposita na conta do Josué, na conta daquele rapaz lá que tá lá que cuidador do teu pai e já era, e é pocas ideia (fl. 185, “Audio 01”).

Passado algum tempo, foi a vez de Álvaro Calixto Machado mandar uma mensagem de voz:

Seguinte, já dei dois prazos pra vocês, vocês não estão respeitando. Vou te dar um prazo até amanhã às 10 para esse dinheiro estar na minha conta. Meus parceiros me abandonaram, tô no meio do mato com esses capeta, com esses demonho e seguinte, se você não me mandar esse dinheiro, vinte mil, vinte mil cara, não é brincadeira, se não depositar esse dinheiro, eu vou depositar três balas na cabeça de cada um, eu não to brincando, eu vou dar fim nos três e já era (fl. 185, “Audio 02”).

Após isso, desconfiados de que o cativo pudesse ser descoberto, eles resolveram, numa

das manobras mais estultas da história dos sequestros, levar a Vítima João Terca Hoegen para a casa de Edson Pereira (o que também seria incompreensível acaso fosse verdadeira a alegação de Felipe Rodrigues dos Santos, de que Hugo René Lesmo Sanches tinha outro local para ser usado de clausura).

Acontece que a residência de Edson Pereira, um terreno com diversas casas onde moram outros familiares dele, fica bem em frente ao Corpo de Bombeiros de Itajaí, que é monitorado por câmeras, de modo que a ação dos sequestradores foi filmada (fl. 185, “DOWNLOAD”).

Às 20h14min do dia 24.1.19 (quinta-feira), ainda com o dia claro (horário de verão), o Ônix vermelho de Felipe Rodrigues dos Santos chega ao local e entra na rampa que dá acesso às casas, estacionando no ângulo de visão da câmera de segurança. É possível ver que alguns deles desembarcam e dirigem-se ao fundo do terreno.

Às 20h16min41seg, o automotor deixa o local, provavelmente conduzido por Hugo René Lesmo Sanches. Chega-se a essa conclusão porque, pelos depoimentos de Carlos Fagundes e Elizabete Pereira Fagundes na fase administrativa (mídias da fl. 59), respectivamente cunhado e irmão de Edson Pereira, chegaram à casa Edson e Felipe Rodrigues dos Santos, este conhecido da família, além de um “outro rapaz”, que era Álvaro Calixto Machado, e do sequestrado João Terca Hoegen. Carlos Fagundes disse que fez café para todos e, quando foi ver o Jornal Nacional, Felipe Rodrigues dos Santos já havia ido embora.

Às 20h45min40seg, chegada a escuridão noturna, o automóvel retorna e lá permanece até às 21h03min, quando novamente sai, acredita-se, agora com Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos a bordo. Assim se entende porque Carlos Fagundes, Elizabete Pereira Fagundes e João Terca Hoegen falaram que somente pernотaram na casa Edson Pereira, Álvaro Calixto Machado e João Terca Hoegen. Aqui, destaca-se, há uma conclusão equivocada na sentença resistida, na qual foi consignado, com base no depoimento do Policial Civil Fernando Barbosa, que Edson Pereira ficou sozinho com João Terca Hoegen na residência. Além das declarações da Vítima e dos familiares de Edson Pereira, as filmagens revelam que lá também permaneceu Álvaro Calixto Machado, mas isso, de todo modo, não é suficiente para empalidecer a sentença resistida.

É preciso registrar que em momento algum uma motocicleta entrou no terreno ou se aproximou do Ônix vermelho, o que demonstra que não é verdadeira a alegação de Felipe Rodrigues dos Santos, de que, “quando cheguei eles entraram e o Hugo logo chegou atrás de moto, entrou no meu carro e mandou eu dirigir até o Monte Alegre, onde me prendeu numa casa”.

No dia seguinte (sexta-feira, 25), às 11h27min40seg, o Ônix vermelho é estacionado em frente ao terreno, na rua (desta vez não sobe a rampa). Felipe Rodrigues dos Santos, de camisa xadrez e calça escura, desembarca e vai em direção às casas. Às 11h31min28seg, Edson Pereira (de camiseta branca e calça escura) e Álvaro Calixto Machado (de camiseta branca com um desenho grande na frente e de bermuda escura) descem a rampa lado a lado (o que demonstra que Álvaro Calixto Machado estava na casa), conversando normalmente, e Felipe vem um pouco atrás. Eles entram no carro, onde havia permanecido Hugo René Lesmo Sanches e, às 11h34min25seg, Policiais Civis

estacionam logo atrás do Ônix e rapidamente fazem a abordagem e a detenção dos quatro. Hugo René Lesmo Sanches estava de camiseta escura. Dá-se destaque às roupas porque elas são as mesmas que os Apelantes vestiam em seus interrogatórios extrajudiciais, e assim permitem a identificação.

Conforme o relatório de investigação das fls. 116-125, às 22h a Polícia Civil montou campana e vigiou o local até o dia seguinte, no “estouro” do cativo. O documento minudencia as imagens e ações acima descritas e conclui:

Reiteramos que durante toda a investigação ficou claro que a pessoa de Edson Pereira estava participando do evento delituoso; haja vista que o próprio vídeo gravado no cativo já indicava que algo estava errado, pois somente Edson aparecia vendado enquanto a verdadeira vítima estava sem venda, ou seja, vendo o rosto de seus algozes, algo muito incomum em crimes dessa categoria.

Ademais, a fala de Edson sempre preconizava em primeira pessoa frisando que “Eu quero esse dinheiro”.

Não obstante, se estava vendado no vídeo, por que motivo aparece descendo do veículo sem ser conduzido ou aparentemente ameaçado por ninguém e sem venda? E ainda, vindo de livre e espontânea vontade para dentro do veículo Ônix na hora da abordagem, sem qualquer menção de fugir ou pedir socorro, indo inclusive a frente de seus comparsas e esperando-os dentro do carro.

Pasmem, ainda ter usado como cativo uma de suas residências conforme cadastro do SISP mostrado acima.

Por fim, mas não menos importante, os dados telefônicos obtidos em laudo pericial fulminam eventual dúvida que pudesse existir quanto à participação dos Apelantes Edson Pereira e Felipe Rodrigues dos Santos na ação criminosa (fls. 592-611).

Edson Pereira utilizou dois chips distintos no mesmo telefone, um dele (55 47 99702 0789) e um que lhe foi fornecido por Felipe Rodrigues dos Santos (55 47 99163 4705, este número está gravado no aparelho de Edson como “Pastor Felipe Vivo”). Felipe Rodrigues dos Santos utilizava o numeral 55 47 99784 2975.

Às 10h11min24seg do dia 25.1.19 (último dia do sequestro, pouco antes da chegada de Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos na casa de Edson Pereira), Felipe Rodrigues dos Santos envia mensagem a Edson Pereira: “Estou na br”; Edson responde “Ok”, mas como o comparsa não chegava, às 10h53min46seg envia “cade vc”, e Felipe avisa, 15 minutos depois, “To chegando”.

Além disso, no chip cedido por Felipe Rodrigues dos Santos a Edson Pereira encontram-se diversas mensagens de SMS trocadas entre os sequestradores, das 10h01min50seg do dia 24.1.19 até às 00h09min42seg do dia 25.1.19, ou seja, na manhã do segundo dia de sequestro, quando a Vítima estava na casa abandonada em Camboriú, até a madrugada que antecedeu a prisão, já com o Ofendido em Itajaí.

Foram encontradas, ainda, no celular de Álvaro Calixto Machado, chamadas entre ele e Felipe Rodrigues dos Santos na noite do dia 24.1.19.

Tudo isso está detalhado no relatório de investigação das fls. 592-601, no qual consta a seguinte conclusão:

Durante a análise conseguimos concluir que existe uma ligação criminosa entre Edson Pereira e Felipe Rodrigues, tocante ao sequestro realizado na cidade de Barra Velha/SC. As mensagens trocadas entre os envolvidos indicam que em comum acordo arquitetavam a continuidade do crime, bem como forma de receber o dinheiro, maneira de proceder com aparelho celular para não serem rastreados, além da logística de planejamento para o feito.

A extração dos aparelhos demonstra uma sincronia entre os acusados referente a ação, bem como fica claro que tentaram não utilizar o WhatsApp para isso, pois as conversas ocorreram em suma por SMS, as quais foram sumariamente apagadas e recuperadas pelo programa de extração (fl. 600).

Não há qualquer dúvida, portanto, da participação “real e ativa” de Edson Pereira no sequestro do idoso de que cuidava, na verdade, é o mentor do plano criminoso. Da mesma maneira, não existe incerteza quanto à autoria de Felipe Rodrigues dos Santos, que logicamente não agiu sob qualquer coação dos demais Denunciados, mas por livre e espontânea vontade, em comunhão de desejos e unidade de desígnios com os outros três Apelantes.

Diante desse quadro, deve ser mantida a condenação de Edson Pereira, Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos pela prática do crime previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal.

3. Edson Pereira alega a inexistência do crime porque não teria ocorrido grave ameaça ou violência.

O art. 159, *caput*, do Código Penal não traz expressamente tais elementares, positivando ser conduta típica “Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”.

No crime de extorsão mediante sequestro, a violência está contida na ação de privar a liberdade de ir e vir de outra pessoa, consumando-se o delito quando, com o fim de obter vantagem econômica, o agente sequestra uma pessoa.

Guilherme de Souza Nucci esclarece:

Consumação: tratando-se de crime formal, pune-se a mera atividade de sequestrar pessoa, tendo a finalidade de obter resgate. Assim, embora o agente não consiga a vantagem almejada, o delito está consumado quando a liberdade da vítima é cerceada. Por outro lado, convém destacar que o crime de extorsão mediante sequestro está consumado, do mesmo modo, ainda que o agente, privando a liberdade da vítima, com a intenção de pleitear resgate, não tenha tempo para fazê-lo. Imagine-se que tenha sido preso antes de concretizar a exigência para a libertação da vítima, porém fique, claramente, demonstrado, nos autos da investigação ou do processo, ter sido essa a sua intenção quando agiu contra o ofendido: o delito está finalizado, não se cuidando de mera tentativa (*Código Penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 994).

De todo modo, o Magistrado de Primeiro Grau bem pontuou:

Como se vê, a conduta típica é “sequestrar”, sendo irrelevante os meios pelos quais a vítima é arrebatada, se com ou sem violência/ameaça, até mesmo porque, o ato do sequestro em si, já é considerado como um ato de violência contra a pessoa, visto que ofende a própria liberdade individual, o direito de ir e vir.

A explicação do exposto acima se faz necessária, em razão da defesa dos réus Hugo, Álvaro e Felipe, este último somente na fase policial, sustentarem que em nenhum momento agrediram ou ameaçaram a vítima, ao contrário, argumentaram que trataram ela bem, inclusive levaram seus medicamentos.

Contudo, há prova bastante do cometimento do crime descrito na denúncia, sendo prescindível que os réus tenham efetivamente agido com violência física ou ameaça para com a vítima, conforme exposto acima.

Além do mais, a vítima é pessoa idosa, à época com invejosos 92 anos de idade. Ou seja, seria completamente desnecessário o uso de qualquer tipo de violência contra ela, pois sua fragilidade, em razão da idade, já não lhe permitiria oferecer grande resistência, bem porque eram 4 pessoas contra a vítima, tornando de fato inviável resistir ao sequestro ou tentar fugir do cativo naquelas condições (fl. 717).

Acertada é, portanto, a adequação típica da conduta.

4. Felipe Rodrigues dos Santos argumenta que a verdadeira mandante do crime seria a genitora de Álvaro Calixto Machado, hoje falecida, e que foi convidado para participar de subtração patrimonial sem violência numa casa em que o proprietário não estaria presente. Alega que foi ao local com Álvaro e Hugo René Lesmo Sanches, mas, ao perceber que se tratava da casa de “João Terca Hoegen, que é um idoso cuidado por até então um amigo pessoal da Igreja, de nome Edson Pereira”, os quais estavam lá, desistiu voluntariamente do cometimento do delito, devendo responder somente por um furto majorado pelo repouso noturno qualificado tentado (fl. 862).

É mesmo difícil rebater tal argumento porque não aparece em nenhum outro momento nos autos, somente nas razões de apelo. Nem mesmo em sua autodefesa Felipe Rodrigues dos Santos alega que foi convidado para implementar um furto que, por uma indescritível coincidência, teria como alvo a casa, em outra cidade, de João Terca Hoegen e Edson Pereira, o que o fez desistir. Também não menciona a mãe de Álvaro Calixto Machado. Assim, nada mais resta a não ser descartar tais afirmativas recursais por absoluta ausência de verossimilhança e comprovação.

De todo modo, o art. 15 do Código Penal estabelece que “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

O arrependimento eficaz e a desistência voluntária são concernentes apenas aos delitos tentados (porque pressupõem o abandono da execução do crime ou a criação de óbice à sua consumação). A hipótese dos autos não trata disso, considerando que o Ofendido foi efetivamente sequestrado e Felipe Rodrigues dos Santos participou da ação até o momento final, tanto que foi preso juntamente com os demais Recorrentes, quando a Vítima foi libertada do cativo.

5. Também não merece acolhimento o pleito do Apelante Felipe Rodrigues dos Santos, para que seja reconhecida que sua participação nos fatos foi de menor importância (CP, art. 29, § 1º).

Ainda que não tenha sido vigia da Vítima em cativo, papel que coube a Álvaro Calixto Machado, Felipe Rodrigues dos Santos foi parte essencial de todo o ocorrido.

Previamente combinado com Edson Pereira, ele foi, juntamente com Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches, até a casa da Vítima em Barra Velha. Foi com o automóvel de Felipe Rodrigues dos Santos e, com ele conduzindo, os sequestradores e a Vítima locomoveram-se de lá para Camboriú e posteriormente para Itajaí. Conforme revelado pelas confissões extrajudiciais, pelos depoimentos dos Policiais Civis em Juízo e pelos relatórios de investigação e interceptação, Felipe mantinha constante contato com os comparsas durante o sequestro.

Não é verdade, portanto, diante de tudo que foi exposto, que ele “apenas foi ‘usado’ pelos denunciados para locomover as partes envolvidas de um local para o outro, e sob constante coação física e moral” (fl. 864).

Sua ação deu-se de forma consciente e voluntária e, ainda que tivesse sido somente o motorista do grupo, não faria jus à causa de diminuição, conforme orienta esta Corte:

REQUERIDO O RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA (ART. 29, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). NÃO ACOLHIMENTO. RÉU QUE ATUOU COMO MOTORISTA PARA GARANTIR A FUGA. PRÁTICA DE ATO IMPRESCINDÍVEL PARA O SUCESSO DA EMPREITADA CRIMINOSA. REPARTIÇÃO DE TAREFAS ENTRE OS COAUTORES EVIDENCIADA. DECISÃO COMUM PARA A REALIZAÇÃO DO RESULTADO DEMONSTRADO. COAUTORIA COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] (Ap. Crim. 0005674-45.2016.8.24.0004, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 17.10.17).

Também:

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - RÉU QUE NÃO PRÁTICA O NÚCLEO DO TIPO PENAL, MAS ATUA COMO MOTORISTA PARA A FUGA - COAUTORIA. O réu que, apesar de não praticar o núcleo do tipo, serve de motorista para a fuga é coautor do roubo, vedado o reconhecimento da participação de menor importância. [...] (Ap. Crim. 0008765-60.2016.8.24.0064, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 5.9.17).

O caso, conclui-se, é de coautoria delitiva.

6. O Recorrente Edson Pereira insurgiu-se contra a pena que lhe foi aplicada.

O Doutor Juiz de Direito considerou grave sua culpabilidade nos seguintes termos:

Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que a culpabilidade extrapolou a normalidade (+1/6), pois o réu, na condição de cuidador da vítima, encenou ter sido também vítima do crime de extorsão mediante sequestro, quando, em verdade, estava mancomunado com os demais responsáveis pelo crime. Tal fato é revelador de sua culpabilidade, pois era responsável, há mais de um ano, pelos cuidados pessoais da vítima, gozando da confiança dela decorrente desta relação profissional que detinha, pois com ele convivia diariamente há mais de um ano, jamais podendo imaginar que ele estaria envolvido em crime tal grave (fl. 721).

O Apelante alega “a ocorrência de ‘*bis in idem*’ entre circunstâncias judiciais e tipo penal”, e que “a ocorrência de ‘culpabilidade’ parte do real desejo do agente criminoso em praticar o próprio delito, seja por qual motivação for ou até mesmo a relação de confiança que lhe for atribuído”, ao passo que “no tipo penal não foi inserida a majoração da eventual relação de confiança entre agente e vítima, não podendo servir de base para qualquer majoração impertinente” (fl. 765).

A argumentação do próprio Recorrente soluciona a tese proposta; justamente porque não tem nenhuma ligação com o tipo penal, não há *bis in idem* entre este e o aumento decorrente da relação de confiança existente entre Réu e Vítima.

E o aumento da pena-base é factível por meio da fundamentação exarada, pois “é passível de maior crítica a atitude de quem, prevalecendo-se da relação de confiança e do convívio diário, comete o ato ilícito, legitimando, por consequência, o acréscimo do vetor culpabilidade na pena-base” (Ap. Crim. 0000665-30.2009.8.24.0075, Rel. Des. Zanini Fornerolli, j. 30.8.18).

7. Além disso, Edson Pereira afirma a “ocorrência de ‘*bis in idem*’ entre agravante e tipo penal”, porque a idade da Vítima foi considerada para tipificação e para o reconhecimento de agravante.

Sem razão.

O delito de extorsão mediante sequestro é qualificado “se o sequestro dura mais de 24 (vinte e quatro) horas, se o sequestrado é menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou se o crime é cometido por bando ou quadrilha”.

Os Apelantes incorreram, então, em duas formas de qualificação do delito, uma vez que o sequestro durou mais de um dia e o Ofendido é pessoa com mais de 60 anos de idade.

Por isso, para todos os Recorrentes o Magistrado de Primeiro Grau utilizou o sequestro além-dia para qualificar a conduta e fixar a pena-base a partir de 12 anos (e não 8 anos, como no tipo fundamental), e utilizou a idade da Vítima para reconhecer a agravante do art. 61, II, “h”, do Código Penal.

São fatores distintos, portanto, que levaram à tipificação da extorsão mediante sequestro na sua forma qualificada e ao reconhecimento da circunstância legal, hipótese em que não há *bis in idem*.

Cita-se, do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas deverá ser utilizada para qualificar a conduta, alterando o *quantum* da pena em abstrato, e as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes previstas na legislação penal, ou, ainda, como circunstância judicial, afastando a pena-base do mínimo legal” (HC 402.851/SC, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 14/9/2017, DJe 21/9/2017) (AgRg no HC 459.373, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 2.6.20).

8. Por fim, nos termos da Resolução 5/19-CM/TJSC, considerando o valor de remuneração já estipulado em Primeira Instância, os critérios de estipulação do art. 8º, e o fato de que houve atuação perante a Segunda Instância, é justificável a fixação de honorários recursais em favor das Excelentíssimas Procuradoras nomeadas para representarem Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches.

Assim, também em consonância com a previsão contida no art. 81, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil e o item 10.4 da Resolução, fixa-se a verba recursal, para cada um delas, em R\$ 351,00.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento dos apelos manejados por Edson Pereira e Felipe Rodrigues dos Santos, e pelo conhecimento e parcial provimento dos ajuizados por Álvaro Calixto Machado e Hugo René Lesmo Sanches, somente para fixar honorários recursais no valor de R\$ 351,00.

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, os nomes dos Acusados Edson Pereira, Álvaro Calixto Machado, Hugo René Lesmo Sanches e Felipe Rodrigues dos Santos devem ser incluídos, 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).

Intimem-se pessoalmente as Excelentíssimas Defensoras Dativas do teor do acórdão.

Apelação Criminal Nº 0900104-69.2017.8.24.0052/SC

Relatora: Salete Sommariva

APELANTE: MARCELO NOVACKI (RÉU)

APELANTE: VERA YVONE CORADIN NOVACKI (RÉU)

APELANTE: MAURO NOVACKI JUNIOR (RÉU)

APELANTE: ORSON NOVACKI (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (OFENDIDO)

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - REDUÇÃO DE TRIBUTO POR MEIO DA PRÁTICA DE ATOS FRAUDULENTOS (LEI N. 8.137/90, ART. 1º, I, C/C ART. 71 DO CP) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA.

PRELIMINAR - SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA PELO INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL - INOCORRÊNCIA - CRIME DE NATUREZA MATERIAL, QUE SE CONSUMA COM A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PROVA IRRELEVANTE - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À APURAÇÃO DOS FATOS - PREFACIAL AFASTADA.

MÉRITO - PLEITO ABSOLUTÓRIO - INVIABILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - RÉUS QUE OCUPAVAM A FUNÇÃO DE VICE-DIRETOR E DIRETORES DA PESSOA JURÍDICA E, COMO TAIS, ERAM RESPONSÁVEIS PELA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL DA SOCIEDADE - NEGATIVA ISOLADA NO CONTEXTO DOS AUTOS - TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA PELA AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO TIPO PENAL - NÃO ACOLHIMENTO - ELEMENTO OBJETIVO - ACUSADOS QUE PROMOVERAM CLASSIFICAÇÃO INEXATA E FALACIOSA DOS BENS ADQUIRIDOS PELA EMPRESA, CAUSANDO REDUÇÃO NA CARGA TRIBUTÁRIA - ELEMENTO SUBJETIVO - PRESCINDIBILIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR O ERÁRIO - DOLO GENÉRICO EM DEIXAR DE RECOLHER O IMPOSTO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO - CONDENAÇÕES MANTIDAS - RECURSO DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 20 de outubro de 2020.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, oficiante junto à Vara Criminal da comarca de Porto União, ofereceu denúncia contra Mauro Novacki, Vera Yvone Coradin Novacki, Mauro Novacki

Júnior, Marcelo Novacki, e Orson Novacki, dando-os como incurso nas sanções do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, por 38 (trinta e oito) vezes pelos dois primeiros réus, 33 (trinta e três) vezes pelo terceiro e quarto acusado e 31 (trinta e uma) vezes pelo último, na forma do art. 71, caput, do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos delituosos assim narrados na proemial acusatória:

Inicialmente, cumpre esclarecer que a Indústrias Novacki S.A., inscrita sob o CNPJ n. 85.601.201/0008-73, com Inscrição Estadual n. 255.033.710, estabelecida na Rua Expedicionário Eugênio Alves de Almeida, n. 930, Bairro Santa Rosa, na cidade de Porto União/SC, tinha por objetivo social “o comércio e industrialização de pasta mecânica, papel, papelão e afins, prestação de serviços, importação e exportação, bem como a exploração do ramo agropecuário em geral, a exploração de atividades agroflorestais com extração de árvores de reservas florestais nativas, em formação, crescimento, desenvolvimento e reflorestamento, extração e plantio de erva-mate, bem como a comercialização de madeiras em toros, podendo participar de outras sociedades como acionista ou quotista” (conforme fl. 42 - numeração manual).

No tocante à administração, verifica-se que à fl. 44 (numeração manual) restou estabelecido no artigo 12, do Estatuto Social, que: “A sociedade será administrada por uma Diretoria composta de 05 (cinco) membros, acionistas ou não, com as seguintes denominações: um DIRETOR PRESIDENTE; um DIRETOR VICE-PRESIDENTE e 03 (três) cargos de DIRETOR”.

Extraí-se das Atas de Assembleia Geral Extraordinária (fls. 601, 632, 653 e 684) a eleição da Diretoria na empresa matriz (CNPJ n. 85.601.201/0001-05), que elegeu para Diretor Presidente o denunciado MAURO NOVACKI, Diretor Vice-Presidente VERA YVONE CORADIN NOVACKI, e como Diretores os denunciados ORSON NOVACKI (no período de 15/04/2008 a 15/04/2011), MAURO NOVACKI JÚNIOR (no período de 15/04/2008 a 15/07/2011), e MARCELO NOVACKI (no período de 15/04/2008 a 15/07/2011).

Logo, infere-se que qualquer vantagem obtida pela referida sociedade beneficiava diretamente todos os denunciados que, à época dos fatos que originaram a Notificação Fiscal, exerciam a sua administração, tendo ciência e controle das transações e negócios perfectibilizados ao realizarem todos os atos diretivos, e, ainda, responsabilidade pela apuração e recolhimento do ICMS devido. Ressalta-se que todos possuíam domínio integral dos fatos e responsabilidade direta pelos seus resultados quanto aos fatos objeto desta denúncia.

[...]

Assim, após procedimento investigatório fiscal realizado pela Autoridade Fiscal Renato Henrique Wandrey, restou evidenciado que os denunciados, de forma ardilosa, com o propósito de locupletarem-se ilicitamente em prejuízo do Estado de Santa Catarina, nos meses de janeiro, março, abril, maio, junho, julho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008; fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, setembro, outubro e novembro de 2009; março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2010; janeiro, março, abril, maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2011; e fevereiro de 2012, apropriaram-se de créditos não permitidos pela

lei tributária, relativos a aquisições de bens de uso e consumo do estabelecimento, representados por telas e feltros, conforme consta no Anexo 'J' da Notificação Fiscal n. 136030055072.

Por terem praticado tal conduta, os denunciados reduziram o tributo a ser recolhido aos cofres públicos estaduais, gerando a lavratura da referida Notificação Fiscal.

Assim, além de violarem as normas administrativas tributárias, os denunciados também incidiram em disposições da lei penal tributária.

Em análise aos documentos emitidos pelo Auditor Fiscal responsável pela lavratura da Notificação Fiscal objeto da presente denúncia, especificamente o Anexo "J" (fls. 167/170), verifica-se que este demonstra os valores apropriados indevidamente pelos denunciados na aquisição de materiais de uso e consumo da referida sociedade, referentes a telas e feltros, senão vejamos:

[...]

Quando da época dos fatos narrados na presente denúncia, ou seja, nos meses de janeiro, março, abril, maio, junho, julho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008; fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, setembro, outubro e novembro de 2009; março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2010; janeiro, março, abril, maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2011; e fevereiro de 2012, a Lei Complementar nº 87/1996 em seu dispositivo supracitado já vedava o crédito de ICMS quanto as mercadorias destinadas ao uso e consumo, autorizando apenas a partir de 1º de janeiro de 2011, sendo o prazo postergado por força da Lei Complementar 138/2010.

Assim, denota-se que os denunciados MAURO NOVACKI (como Diretor Presidente), VERA YVONE CORADIN NOVACKI (como Diretor Vice-Presidente), e, na qualidade de como Diretores os denunciados ORSON NOVACKI (no período de 15/04/2008 a 15/04/2011), MAURO NOVACKI JÚNIOR (no período de 15/04/2008 a 15/07/2011), e MARCELO NOVACKI (no período de 15/04/2008 a 15/07/2011), visando beneficiar a si próprios e a sua sociedade, apropriaram-se de créditos não permitidos pela lei, conforme demonstrado detalhadamente no Anexo 'J' acima mencionado.

Diante de flagrante ilegalidade de tais operações realizadas, estes, mediante fraude, suprimiram tributo devido ao fisco, apropriando-se indevidamente do valor total de R\$ 327.140,43 (trezentos e vinte e sete mil, cento e quarenta reais e quarenta e três centavos) do ICMS que deveria ser repassado aos cofres públicos nos períodos acima mencionados, isso em valores históricos, os quais importavam, com os acréscimos legais decorrentes de correção monetária, multa fiscal e juros, à época da emissão da notificação fiscal de fls. 2/3 (numeração manual), o total de R\$ 679.308,26 (seiscentos e setenta e nove mil, trezentos e oito reais e vinte e seis centavos).

Este valor, em data atual, conforme consulta realizada no SAT em 14/09/2017, registrava o montante da dívida tributária em R\$ 839.443,50 (oitocentos e trinta e nove mil, quatrocentos e quarenta e três reais e cinquenta centavos), descontadas frações de parcelamento eventualmente realizado, conforme atualização do débito de fls. 166/167.

Após o regular processamento do feito, a magistrada Andrea Regina Calicchio julgou procedente a denúncia para condenar: a) Orson Novacki à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, bem como ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, à razão de 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, por 31 (trinta e uma) vezes, c/c art. 71 do Código Penal; b) Mauro Novacki Júnior à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, bem como ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, à razão de 1/2 (metade) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, por 33 (trinta e três) vezes, c/c art. 71 do Código Penal; c) Marcelo Novacki à pena de 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, bem como ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, à razão de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, por 33 (trinta e três) vezes, c/c art. 71 do Código Penal; e d) Vera Yvone Coradin Novacki à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, à razão de 3/5 (três quintos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, por 38 (trinta e oito) vezes, c/c art. 71 do Código Penal.

Os acusados interpuseram recurso de apelação (evento n. 137). Em suas razões (evento n. 142), sustentaram, preliminarmente, a nulidade do processo por cerceamento de defesa ante o indeferimento de prova pericial. No mérito, pleitearam as absolvições pela insuficiência de provas acerca da autoria delitiva, bem como pela atipicidade das condutas por ausência dos elementos objetivo e subjetivo do tipo penal.

Contrarrazões do Ministério Público (evento n. 146).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira (evento n. 9 dos autos da apelação), manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

1 Da preliminar

Os apelantes aventaram, em caráter preliminar, a nulidade do feito por cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de realização de prova pericial com vistas à comprovação da impossibilidade de apropriação dos créditos tributários decorrentes da aquisição de telas e feltros, o que, segundo seu entendimento, era imprescindível para a comprovação da materialidade delitiva.

Contudo, razão não lhes assiste.

A prova pericial que os apelantes buscam realizar é, na verdade, uma discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário. Os réus buscam, por meio de uma “perícia”, que os produtos mencionados na exordial acusatória não justificariam a ilegalidade apontada. Ou seja, buscam rediscutir tema de direito tributário.

Ocorre que, as Cortes Superiores pacificaram entendimento no sentido de que o exaurimento da esfera administrativa, com ampla defesa, é condição de procedibilidade para a ação penal, frente a constituição definitiva do crédito tributário, nas hipóteses previstas no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/90.

Não por outro motivo o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 24, a qual prevê que: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Conclui-se, portanto, que para a consumação do delito apurado nos presentes autos basta que ocorra apenas a efetiva constituição do crédito tributário, o que se dá com a definitividade administrativa da decisão que nega provimento ao recurso administrativo.

Logo, uma vez realizado o lançamento definitivo do tributo referente à notificação fiscal que ensejou a presente ação penal, não há que se falar em ilegalidade na constituição do crédito tributário para fins de tipificação do delito descrito na exordial acusatória.

Nesse sentido, destaca-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM PELA METADE. RÉU MAIOR DE 70 ANOS APÓS A SENTENÇA. INAPLICABILIDADE. PERÍCIA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. LEGALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.1. A redução do prazo prescricional, prevista no art. 115 do Código Penal, é incabível nos casos em que o acusado completa 70 anos de idade após a prolação da sentença condenatória.2. É suficiente, para a materialidade do delito de sonegação, a prova documental colhida no procedimento administrativo-fiscal, aliada aos demais elementos dos autos, atestando a quantia sonegada, não havendo falar em nulidade no indeferimento de prova pericial.3. Agravo regimental improvido.(AgRg no AREsp 1449560/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 25/06/2019)

De mais a mais, conforme bem destacado pelo Ministério Público em suas contrarrazões (evento n. 146), “a questão envolvendo a possibilidade ou não da apropriação de créditos de ICMS, referente à aquisição de telas e feltros para a produção de papelão, deveria ter sido discutida na via administrativa, ao tempo e modo oportunos, previamente à constituição definitiva do crédito, o que inclui a possibilidade de acionamento da jurisdição cível tributária, se o caso”.

Dentro desse contexto, se os apelantes pretendiam demonstrar que a constituição do crédito tributário foi equivocada, deveriam fazê-lo nos autos do processo administrativo, ou buscar o debate no juízo cível, local apropriado.

Assim, por se tratar de discussão de deveria ser travada em juízo próprio, não há nulidade a ser reconhecida, passando-se ao exame do mérito do apelo.

2 Do mérito

Os apelantes, na condição de vice-presidente (Vera Yvone) e diretores (os demais) da sociedade empresária (art. 31 do estatuto social da empresa - evento n. 1, p. 52), inegavelmente detinham deveres de zelar pelos compromissos legais do negócio, inclusive na esfera tributária.

A propósito da conduta ilícita alegadamente perpetrada, vale transcrever o tipo penal inaugural da Lei n. 8.137/90:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

[...]

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

[...]

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Diversamente das condutas tipificadas no art. 2º da mesma lei - que configuram crime formal -, as condutas descritas no dispositivo supratranscrito caracterizam crimes materiais, sendo imprescindível a efetiva supressão ou redução do tributo para sua configuração, bem como, no caso em tela, o dolo de fraudar a fiscalização tributária.

Acerca do tema, leciona Guilherme de Souza Nucci:

Elemento subjetivo: para todas as figuras do art. 1º, exige-se dolo. [...] No entanto, parece-nos fundamental verificar a existência do elemento subjetivo do tipo específico (dolo específico), consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, deixando permanentemente de recolher o tributo ou manter a sua carga tributária aquém da legalmente exigida. Esta é a única forma, em nosso entendimento, de evitar que o Direito Penal seja transformado em apêndice inadequado do Direito Tributário comum, buscando servir de instrumento do Estado para a cobrança de tributos. [...]. Um contribuinte pode estar em dificuldade financeira e deixar de recolher determinado tributo na data legalmente fixada. É evidente que sabe o que está fazendo, agindo, pois com dolo. Porém não tem a finalidade específica de jamais recolher o devido. Pretende, assim que viável, pagar o atrasado, o que elimina, por completo, o crime, restando a infração tributária pura e simples. [...]. Destaquemos que muitos contribuintes, por erro no cálculo ou na avaliação do fato gerador, por imprudência, negligência ou imperícia, terminam recolhendo tributo a menor ou deixando de fazê-lo. Cuida-se de mera infração tributária, mas não de crime. (Leis Penais e Processuais Penais comentadas. 13. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 686).

E continua:

Análise do núcleo do tipo: omitir (deixar de fazer algo) informação (dado relevante acerca de alguma coisa) é a primeira conduta. Prestar (dar, comunicar) declaração (manifestação ou exposição de algo relevante) falsa (não autêntica, sem correspondência com a realidade), a segunda. Destinatárias das condutas típicas são as

autoridades fazendárias (funcionários da Fazenda Pública, nacional, estadual ou municipal, encarregadas da arrecadação dos tributos, ou seja, o Fisco). (Idem, p. 687)

Dito isso, compete acentuar que, in casu, a materialidade delitiva restou evidenciada por meio da notificação fiscal n. 136030055072 e dos documentos a ela relacionados, especialmente o “anexo J” da mencionada notificação fiscal (evento n. 1), em cujo demonstrativo estão ilustradas as apropriações indevidas de créditos de ICMS devidos aos cofres públicos relativos à aquisição de materiais de uso e consumo do estabelecimento, representados por telas e feltros, no valor de R\$ 300.537,99 (trezentos mil, quinhentos e trinta e sete reais e noventa e nove centavos).

Embora os apelantes aleguem a insuficiência de provas sobre a autoria delitiva, alegando que as atividades de gestão tributária da empresa envolvida competiam exclusivamente ao corrêu Mauro Novacki, cujo processo foi cindido em razão da instauração de incidente de insanidade mental, percebe-se, pois, que ela restou amplamente comprovada por meio da prova documental e oral constante nos autos.

É que, segundo o teor do estatuto social da empresa “Industrias Novacki S/A”, especificamente o disposto no art. 12, constata-se que “a sociedade será administrada por uma diretoria composta de 05 (cinco) membros, acionistas ou não, com as seguintes denominações: um diretor presidente; um diretor vice-presidente e 03 (três) cargos de diretor” (evento n. 1, p. 47).

Merecem destaque, também, as disposições dos arts. 17 e 19 do referido estatuto social:

ARTIGO 17 - A diretoria tem poderes e atribuições que a lei e o Estatuto lhes confere para assegurar o perfeito funcionamento da sociedade, deliberando de forma colegiada o seguinte:

I - fixar a orientação geral dos negócios e diretrizes que a serem executados pelos DIRETORES, deliberando suas funções e atribuições;

[...]

III - deliberar quanto a investimentos em projetos de expansão, modernização e aperfeiçoamento, bem como decidir quanto ao orçamento anual de inversões em investimentos e nas atividades operacionais, financeiras e administrativas;

[...]

ARTIGO 19 - Ressalvados os atos de competência da Diretoria, como órgão colegiado, compete isoladamente aos Diretores:

[...]

II - Ao DIRETOR VICEPRESIDENTE compete, isoladamente, além das atribuições estabelecidas em lei e neste Estatuto: [...] c) orientar e supervisionar as políticas administrativa, financeira, comercial e industrial da sociedade; d) substituir o DIRETOR PRESIDENTE em sua eventual falta, ausência ou impedimento; [...] h) auxiliar o DIRETOR PRESIDENTE em suas atribuições individuais;

[...]

III - Ao DIRETOR compete, além das atribuições estabelecidas em lei e neste Estatuto: a) executar a política administrativa, financeira, industrial e comercial da sociedade, conforme poderes e funções que lhes serão atribuídas pela Diretoria, em reunião própria; b) a direção geral dos setores administrativos, financeiro, industrial e comercial da sociedade, abrangendo, conforme poderes e funções que lhes serão atribuídos pela Diretoria, em reunião própria; [...]. (evento n. 1, p. 48/49)

Além disso, importante colacionar as considerações tecidas pelo auditor fiscal da Fazenda Estadual, Renato Henrique Wandrey, que assim narrou em juízo:

que é lotado em Lages, tendo efetuado a fiscalização na Indústrias Novacki S.A. à distância, pelo sistema. Narrou que se recordava da apropriação indevida de créditos de ICMS em telas e feltros utilizados na fabricação do papel. Contou, por fim, que a fiscalização foi sempre por sistema, nunca pessoal, sendo que não havia a indicação de quem era o responsável pela empresa, sendo todas as notificações direcionadas à pessoa jurídica, não sabendo quem a administrava ou determinou a apropriação indevida dos créditos de ICMS. (evento n. 119, p. 8, transcrição da sentença)

Foi ouvido o testigo Adaudo Catulo Grechi, que na audiência instrutória, contou:

que é advogado, tendo assessorado a companhia Indústrias Novacki S.A. durante vários anos, até abril de 2011. Em relação aos fatos, contou que o Presidente da empresa à época era Mauro Novacki, sendo que as decisões passavam pelo presidente. Narrou, ainda, que havia uma discussão sobre a possibilidade de creditamento do ICMS, sendo que muitas empresas, assessoradas por escritórios, entendiam pela possibilidade. Por fim, falou que não saberia informar acerca de parcelamentos em relação a este débito em específico. (evento n. 119, p. 7, transcrição da sentença)

Eusley Barbosa de Souza, ao ser inquirido sob o crivo do contraditório, narrou:

que presta serviços a Indústrias Novacki S.A., sendo que já assessorava a companhia à época dos fatos, sendo responsável por orientação e acompanhamento na parte tributária. Narrou, também, que o presidente da empresa era Mauro Novacki, de quem recebia orientações diretamente. No tocante aos fatos discutidos nos autos, falou que, por telas e feltros serem desgastados no processo produtivo do papel, foi tomada a decisão de aproveitamento dos créditos, por orientação dos advogados. Falou, por fim, que o débito relacionado a este processo está em parcelamento. (evento n. 119, p. 7, transcrição da sentença)

Ainda, deferiu-se a juntada dos depoimentos de Marcia Helena Kochaki e Maria Lourenço de Souza, utilizados como prova emprestada dos autos n. 0900070-31.2016.8.24.0052, que assim declararam:

[...] que é auxiliar contábil na Novacki e que a empresa passou por uma crise financeira, inclusive com pequenos atrasos nos salários e pagamentos a outros fornecedores. Narrou, também, que quem decidia sobre os pagamentos era Mauro Novacki. Em relação ao débito discutido nos autos nº 0900070-31.2016.8.24.0052 e 0900074-68.2016.8.24.0052, falou que a dívida foi parcelada assim que possível, sendo que nunca houve intenção de não a pagar. Por fim, contou que os parcelamentos estão sendo quitados, e, quando há algum atraso, a Receita Estadual liga efetuando cobranças.

[...] que é assistente administrativa na Novacki. Em relação aos fatos pelos quais questionada, contou que o presidente da sociedade era Mauro Novacki, que era responsável pela política de pagamento de impostos. Narrou, ainda, que a companhia enfrentava uma crise financeira, desde meados de 2007, sendo que a maior preocupação era com os funcionários. Falou, ainda, que Vera, Diretora Vice-Presidente, pouco participava, e que o débito de ICMS discutido nos autos de origem estava parcelado, sendo Mauro Novacki o responsável pelas decisões acerca dos pagamentos, e que a Receita Estadual cobra, por telefone, as parcelas não pagas. Por fim, contou que Mauro Novacki Júnior, Marcelo Novacki e Orson Novacki não exercem funções administrativas na empresa. (evento n. 119, p. 7/8, transcrição da sentença)

Os acusados Vera Yvone Coradin Novacki, Mauro Novacki Júnior, Orson Novacki e Marcelo Novacki, por suas vezes, perante o magistrado singular, utilizaram o direito constitucional de permanecer em silêncio (evento n. 90)

Diante disso, muito embora os réus procurem se eximir de qualquer responsabilidade penal, constata-se que a documentação juntada comprova terem agido, em conjunto com o corrêu Mauro, nos atos de condução e de gestão do negócio. Não lograram êxito, portanto, em afastar a presunção decorrente do contrato social, onde resta claro que a eles eram conferidos poderes gerais para praticar atos pertinentes à administração e gestão da sociedade.

Não fosse isso, a acusação não está baseada única e exclusivamente na mera indicação nominal dos denunciados no estatuto social da empresa, mas sim nas atribuições, colegiadas e privativas, expressamente atribuídas aos apelantes na direção da pessoa jurídica.

Além disso, destaca-se que os depoimentos das testemunhas dão conta, tão somente, que o corrêu Mauro Novacki era o responsável pela direção da empresa, o que é inerente ao cargo de presidente por ele exercido, e nas tratativas realizadas com o fisco estadual, circunstâncias que não afastam a participação dos recorrentes na conformação do processo decisório acerca de tais temas, os quais, aliás, conforme destacado alhures, podem ser visualizados nas atribuições colegiadas da diretoria da pessoa jurídica.

Nesse rumo, discorrendo a acerca da responsabilidade do sócio-gerente na administração tributária da empresa, colhe-se da doutrina de Andreas Eisele:

O sujeito que consta como administrador no contrato social da empresa à época da conduta (tempo do crime, art. 4º do CP) praticada por intermédio desta, presume-se autor do delito, ao menos na modalidade intelectual, devendo provar o contrário, caso impute a iniciativa anímica da conduta de terceiro (por exemplo, um funcionário) invertendo, assim, o ônus da prova devido à alegação de circunstância fática nova

nos autos (art. 156 CPP), divergente das circunstâncias constantes na documentação constitutiva da pessoa jurídica. (Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Dialética, 1998. p. 221).

É o que preconiza a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. MERO INCONFORMISMO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE DESCREVE A CONDUTA DO RECORRENTE. DEMAIS TESES SUSCITADAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. RECURSO IMPROVIDO.

[...]

3. Bem delineou a inicial que o recorrente como um dos sócios e administradores da empresa, obrigado, assim, ao gerenciamento e cumprimento das obrigações perante o fisco, aproveitando-se da conveniência e oportunidade proporcionada por sua função, objetivando criminoso enriquecimento mediante a redução da carga tributária incidente sobre a empresa, livre e conscientemente, aderindo à vontade delituosa do outro (domínio do fato) agindo mediante fraude, omitiu a correta escrituração fiscal nos livros obrigatórios, na conta gráfica nos arquivos magnéticos e nas declarações GIA's do ICMS, deixando de apurar, declarar e recolher os valores do imposto devido, causando prejuízos à Fazenda Pública do Paraná. [...] (RHC n. 60.077/PR, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 9-8-2016).

Não destoam o entendimento desta Segunda Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO DE ICMS SEM ORIGEM LEGAL PORQUE A AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS QUE O TERIAM GERADO NÃO FOI COMPROVADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. CONDUTA DELITUOSA DESCRITA COM CLAREZA NA INCOATIVA E LASTREADA NA APURAÇÃO INTENTADA PELA AUTORIDADE FISCAL. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA CALCADA EM NEGATIVA DE AUTORIA. INVIABILIDADE. CONTRATO SOCIAL QUE ATRIBUIU AO ACUSADO A GERÊNCIA DA EMPRESA. PROVA TESTEMUNHAL INSUFICIENTE PARA DESCONSTITUIR A CONVICÇÃO, ORIUNDA DA PROVA DOCUMENTAL, DE QUE O ACUSADO EXERCIA, NA ÉPOCA DOS FATOS, SEM EXCLUSIVIDADE E/OU ESTIPULAÇÃO DE RESPONSABILIDADE ESPECÍFICA, FUNÇÃO DE MANDO NA PESSOA JURÍDICA. APENAMENTO CRITERIOSO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Ap. Crim. n. 2013.002891-2, de Içara, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 3-9-2013).

Desse modo, diante do quadro apresentado, embasado no extenso arcabouço probatório produzido nos autos, não há como negar o papel de administradores desempenhados pelos réus na sociedade “Industrias Novacki S/A”, com amplos poderes de gestão, o que evidencia o pleno conhecimento e a íntima ligação com as inúmeras fraudes tributárias narradas na denúncia.

Isso posto, não há falar-se em absolvição por insuficiência de provas quanto à autoria dos crimes imputados.

Quanto à tese de atipicidade da conduta pela ausência de comprovação do elemento objetivo do tipo penal, esta também merece ser afastada.

Segundo sustenta a defesa, “no presente caso, em nenhum momento houve prestação de informação que não correspondia com a realidade” (evento n. 142, p. 22).

Contudo, os elementos de prova trazidos aos autos dão conta de que os recorrentes, na direção da empresa denominada “Industrias Novacki S/A”, promoveram classificação enganosa para as telas e feltros adquiridas pela pessoa jurídica, prestando, portanto, informação falsa ao fisco estadual, com o intuito de se apropriarem de créditos tributários indevidos, locupletando-se ilicitamente.

Desse modo, a ação dos acusados causou efetiva redução da carga tributária a ser recolhida, não havendo que se falar em ausência de demonstração do elemento objetivo.

Da mesma forma, ao contrário do sustentado pelos recorrentes, o elemento subjetivo do delito também restou devidamente comprovado.

É que, no que diz respeito ao dolo, cabe destacar que, para a sua configuração, basta a vontade livre e consciente de fraudar a fiscalização tributária, deixando de recolher aos cofres públicos o valor devido - dolo genérico -, não se exigindo o elemento subjetivo específico de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 1º, INCISOS I, II E V, DA LEI N. 8.137/90). RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUBSISTÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. AGENTE QUE, NA QUALIDADE DE SÓCIO-ADMINISTRADOR DA EMPRESA, REDUZIU VALORES DO TRIBUTOS DE ICMS. ADEMAIS, PRESCINDIBILIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR O ERÁRIO PÚBLICO. DOLO GENÉRICO EM DEIXAR DE RECOLHER O IMPOSTO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1. Para fins de caracterização do crime previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90, basta a demonstração do dolo genérico, consistente na efetiva redução de tributos devidos. [...] (Apelação Criminal n. 0001497-60.2012.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 20-02-2020).

Logo, uma vez demonstrado que os acusados prestaram informações falsas às autoridades fazendárias e apropriaram-se de créditos tributários indevidos, resta devidamente caracterizado o dolo genérico, pouco importando terem recebido assessoria jurídica na época dos fatos.

Pelos motivos expostos, mantém-se a condenação dos acusados, nos exatos termos da sentença.

3 Da dosimetria

As penas-base foram corretamente majoradas em 1/6 (um sexto), diante das consequências do crime, notadamente em face do alto valor sonegado, situação que ultrapassa a previsibilidade do tipo.

Em relação aos acusados Mauro Novacki Júnior, Orson Novacki e Marcelo Novacki não foram observadas circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como causas de aumento ou diminuição da pena.

Quanto à ré Vera, verifica-se que foi corretamente reconhecida a atenuante da senilidade, motivo pelo qual a reprimenda fora reduzida no fracionário de 1/6 (um sexto). Assim como os demais denunciados, ausentes circunstâncias agravantes e causas de aumento e diminuição da pena na terceira fase.

Considerando o número de crimes praticados (mais de trinta), mantém-se o aumento de 2/3 (dois terços) pelo reconhecimento da continuidade delitiva.

Diante da situação econômica dos acusados, que declararam ter renda em torno de R\$ 10.000,00 a 18.000,00 (dez a dezoito mil reais), mantém-se a fixação dos patamares das penas de multa, nos termos da decisão da decisão na origem.

Por fim, corretamente fixado o regime aberto para o resgate da reprimenda, bem como a substituição da pena por duas restritivas de direitos.

À vista do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Habeas Corpus Criminal Nº 5017717-96.2020.8.24.0000/SC

Relator: Desembargador Norival Acácio Engel

PACIENTE/IMPETRANTE: FELIX RAICHARDT (Paciente do H.C)

ADVOGADO: TIAGO MONTRONI (OAB SC041946)

REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE/IMPETRANTE: TIAGO MONTRONI (Impetrante do H.C)

IMPETRADO: Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Balneário Camboriú

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

“HABEAS CORPUS”. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA, EM TESE, DOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, roubo e adulteração de sinal identificador de veículo automotor (ART. 121, §2º, INCISOS I e IV; art. 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, inciso I; artigo 311, “caput”, todos do Código Penal). conversão da prisão temporária em PREVENTIVA.

PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA SUSTENTAR AS IMPUTAÇÕES FEITAS AO PACIENTE. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL e assegurar a aplicação da lei penal. PACIENTE E CORRÉUS QUE, EM TESE, roubaram um veículo, mediante grave ameaça, consistente em emprego de arma de fogo, adulteraram suas placas e, na sequência, se dirigiram até a residência da vítima e desferiram disparos contra o ofendido. PERICULOSIDADE DO AGENTE E POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. “FUMUS COMMISSI DELICTI” E “PERICULUM LIBERTATIS” DEMONSTRADOS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR QUE NÃO FERE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ADEMAIS, BONS PREDICADOS QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO EM CÁRCERE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. NÃO ACOLHIMENTO. MAGISTRADO QUE EXPLICITOU OS ELEMENTOS CONCRETOS PARA A DECRETAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES. PROVIDÊNCIA QUE, NA HIPÓTESE, NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL e aplicação da lei penal.

REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. NÃO ACOLHIMENTO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO QUE DEMONSTRA SITUAÇÃO EXCEPCIONAL, APTA A ENSEJAR A MANUTENÇÃO DA PRISÃO. DELITOS, EM TESE, PRATICADOS QUE ENVOLVEM VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE comprovação QUANTO À IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA Do paciente nos cuidados de sua GENITORA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

ALMEJADA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA COM FUNDAMENTO NA PANDEMIA CAUSADA PELO VÍRUS “COVID-19” - “CORONAVÍRUS”. impossibilidade. não preenchimento DOS REQUISITOS PREVISTOS NA RECOMENDAÇÃO N. 62/2020, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. crime cometido mediante emprego de violência contra pessoa. PACIENTE QUE NÃO SE ENQUADRA na categoria de pessoas mais suscetíveis ao contágio (grupo de risco). ALEGAÇÃO DE SUPERLOTAÇÃO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DEFICIÊNCIAS DO SISTEMA CARCERÁRIO, PER SI, QUE NÃO AUTORIZAM A REVOGAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. ademais, rígida análise das CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE SE MOSTRA IMPRESCINDÍVEL, a

fim de garantir a preservação da coletividade. FUNDAMENTOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR QUE , na hipótese em tela, PERMANECEM HÍGIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MANUTENÇÃO DA CONSTRIÇÃO QUE SE IMPÕE.

ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e denegar a ordem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 14 de julho de 2020.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Félix Raichardt, contra ato, em tese, ilegal, praticado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Balneário Camboriú, ao denegar pedido de prisão domiciliar, nos autos da Ação Penal n. 5006807-92.2020.8.24.0005.

Alega o Impetrante, em síntese, que “quanto ao pedido de manutenção da prisão preventiva, pela prisão domiciliar, restou devidamente comprovado via documentos, que a genitora do Paciente é dependente única e exclusivamente (física e financeiramente) do mesmo, fazendo jus então o Paciente pela concessão da prisão domiciliar, juntamente com o uso de tornozeleira eletrônica”.

Neste ínterim, sustenta que “entretanto, data maxima venia, não há como concordar com o Douto Juízo a quo, uma vez que a decisum carece de fundamentação a respeito do pressuposto atinente ao periculum libertatis, e, gize-se ainda, que deixou de analisar o Magistrado os documentos arrolados pelo Paciente na íntegra, quanto a necessidade de cuidar de sua genitora, bem como, quanto a dependência (física e financeira) única e exclusiva da genitora ao Paciente”.

Outrossim, aduz que “conforme narrado anteriormente, todos os esclarecimentos e documentos já foram prestados e deduzidos, de modo que não se mostra razoável manter o Paciente sob custódia estatal diante da atual conjuntura que vivencia sua genitora, a qual, depende única e exclusivamente do Paciente, tanto fisicamente como financeiramente e, ainda, diante da atual conjuntura que se insere o país, não sendo razoável a não revogação da prisão preventiva para a domiciliar ao Paciente, com a cumulação ao uso de tornozeleira eletrônica”.

Pugna pelo deferimento do pedido liminar e, posteriormente, da ordem em definitivo, para fazer cessar o constrangimento ilegal que entende sofrer o Paciente, com a concessão de prisão domiciliar e/ou a fixação de medidas cautelares.

Indeferido o pedido liminar, dispensou-se a apresentação de informações (Evento n. 7).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em manifestação da lavra do Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira, manifestou-se pelo conhecimento e denegação da ordem (Evento n. 14).

Este é o relatório.

VOTO

A ordem deve ser conhecida e denegada.

Pretende o Impetrante desconstituir a Decisão que decretou a prisão preventiva do Paciente, por entender ausentes os requisitos e fundamentação necessários. Todavia, razão não lhe assiste.

Extrai-se dos autos que o Paciente e os Corréus João Adilson de Souza Menezes, Michele Cardoso Garcias e Carlos Eduardo Conceição Martins respondem Ação Penal pela prática, em tese, do delito previsto no art. 121, §2º, incisos I e IV, do Código Penal; ao Paciente e o Corréu Carlos Eduardo Conceição Martins é imputada, ainda, a prática, em tese, do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, inciso I, do Código Penal; por fim, ao Paciente e o Corréu Leonardo Feliberto Filho é irrogada a prática, em tese, do delito previsto no art. 311, caput, do Código Penal, em razão dos fatos assim descritos na Denúncia (Evento n. 1 dos autos n. 5006807-92.2020.8.24.0005):

[...] Fato 1: Homicídio qualificado

No dia 20 de janeiro de 2020, por volta das 8h25min, na rua 3.110, Centro, Balneário Camboriú/SC, os denunciados FÉLIX RAICHARDT, JOÃO ADILSON MENEZES, CARLOS EDUARDO CONCEIÇÃO (vulgo Chocolate) e MICHELE CARDOSO GARCIAS, em comunhão de esforços e união de desígnios, agindo dolosamente, mataram a vítima Humberto Luiz Cavazzotto, por meio de 6 (seis) disparos de arma de fogo efetuados por CARLOS EDUARDO, causando-lhe as lesões corporais descritas no laudo pericial cadavérico das fls. 11-19, IP5, evento 1, que foram causa suficiente para sua morte por “anemia traumática aguda”.

Segundo consta nos autos, o denunciado FÉLIX adquiriu um veículo 1 VW/Golf, placa QIC0220, pelo valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), de propriedade da vítima. Entretanto, deixou de efetuar o pagamento na integralidade, passando a vítima a cobrá-lo insistentemente.

Diante disso, FÉLIX resolveu ceifar a vida de Humberto, buscando auxílio dos demais denunciados para a consecução do intento criminoso. O desígnio foi logo aceito pela denunciada MICHELE, companheira de FÉLIX, passando ambos a nutrir o mesmo animus e planejar a forma pela qual realizariam a execução de Humberto.

Ato contínuo, FÉLIX conversou por telefone com seu amigo e também denunciado JOÃO ADILSON para que o auxiliasse no homicídio e na busca por um executor. Assim, o denunciado JOÃO ADILSON, mesmo estando segregado na Penitenciária Modulada Estadual de Osório, RS, fez contato telefônico com CARLOS EDUARDO, vulgo Chocolate, o qual aceitou ser o responsável pelos disparos.

Dessa forma, com o plano engendrado entre os denunciados, no dia 18 de janeiro de 2020 FÉLIX dirigiu-se a Porto Alegre, onde buscou CARLOS EDUARDO. Ambos retornaram no mesmo dia para Balneário Camboriú, finalizando-se naquele final de semana os preparativos para a morte da vítima.

Previamente mancomunados, no dia escolhido para a execução do crime, entre 7 e 8 horas da manhã, CARLOS EDUARDO deslocou-se com o veículo VW/Novo Voyage 1.0, placa MLI-8211 (ostentando a placa clonada QIU-2416) - roubado em 19 de janeiro 2020 pelos denunciados FÉLIX e CARLOS EDUARDO - até a rua da casa da vítima. Lá estacionou e ficou aguardando a movimentação de Humberto. Em local próximo, FÉLIX aguardava a execução para garantir a fuga.

Enquanto isso, MICHELE tinha como função acompanhar eventuais informações do homicídio pela rádio, televisão e internet, comunicando tudo ao companheiro FÉLIX. Por sua vez, JOÃO ADILSON deu toda orientação a FÉLIX e a CARLOS EDUARDO acerca da forma de abordagem da vítima, vigilância anterior e de como realizar a fuga, esclarecendo que ambos deveriam seguir na sequência para Porto Alegre/RS.

Já por volta das 8h25min, a vítima foi até a frente de sua casa despedir-se do amigo Frani Hass da Silva, com quem estava tomando chimarrão. Nesse momento, antes que pudesse retornar para o interior da residência, CARLOS EDUARDO foi ao seu encontro de arma em punho e passou a efetuar disparos de arma de fogo contra Humberto Luiz Cavazzotto, que veio a óbito antes mesmo de receber socorro.

CARLOS EDUARDO evadiu-se em seguida no veículo VW/Novo Voyage, o qual foi abandonado próximo ao local do crime, onde FÉLIX já o aguardava, seguindo ambos para Porto Alegre, RS.

Ressalta-se que o modus operandi utilizado pelos denunciados dificultou a possibilidade de defesa da vítima, que foi surpreendida por disparos de arma de fogo, em frente a sua residência, sem que pudesse esboçar qualquer reação antes de ser atingida.

Os denunciados FÉLIX e MICHELE praticaram o crime por motivo torpe, pois assim o fizeram em razão de desavenças decorrentes da dívida pecuniária envolvendo a venda do veículo Golf pela vítima, a qual passou a cobrar FÉLIX, que se recusava a pagá-lo.

Por sua vez, os denunciados JOÃO ADILSON e CARLOS EDUARDO praticaram o delito por motivo torpe, mediante promessa de recompensa 2 no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) àquele e de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a este para cometer o crime, pagos pelo casal de denunciados FÉLIX e MICHELE, sendo o motivo vil, abjeto, repugnante.

Fato 2: Roubo do veículo FIAT/Punto, placa MLL-6214

Para facilitar a execução do crime de homicídio, no dia 19 de janeiro de 2020, por volta de 12h30min, na Rodovia Jorge Lacerda, n. 2173, bairro Espinheiros, Itajaí, SC, os denunciados CARLOS EDUARDO CONCEIÇÃO e FÉLIX RAICHARDT, previamente mancomunados, subtraíram para si, mediante grave ameaça praticada com emprego de uma arma de fogo, o veículo VW/Novo Voyage 1.0, placa MLI8211, pertencente à vítima Maria Aparecida Alves de Oliveira Machado .

De acordo com a investigação, FÉLIX solicitou a Leonardo Felisberto Filho que encontrasse uma motocicleta para ele com preço abaixo do mercado, de origem ilícita. Embora sinalizado num primeiro momento positivamente, o negócio não foi concretizado.

Dessa forma, porque necessitavam de um veículo para a execução de Humberto (vítima do homicídio), após ter acordado o roubo com FÉLIX, o denunciado CARLOS EDUARDO dirigiu-se à Rodovia Jorge Lacerda, na cidade de Itajaí, onde há pouco movimento e, após visualizar a vítima Maria Aparecida distraída dentro do carro VW/Voyage, abordou-a com o emprego de uma arma de fogo e determinou que desembarcasse do veículo.

O denunciado CARLOS EDUARDO deixou o local na posse do carro e do celular da vítima.

Fato 3. Adulteração de Sinal Identificador de Veículo Automotor

No dia 19 de janeiro de 2019, nesta cidade, os denunciados FÉLIX, CARLOS EDUARDO e JOÃO ADILSON, para facilitar a execução do crime de homicídio, em comunhão de esforços e união de desígnios com o denunciado LEONARDO FELISBERTO FILHO, adulteraram sinal identificador do veículo VW/Novo Voyage 1.0, realizando a troca da placa original MLI8211 por um par de placas “clonadas”, QIU-2416.

Conforme consta dos autos, já na posse do veículo VW/Novo Voyage, subtraído naquele mesmo dia, FÉLIX conversou com JOÃO ADILSON relatando o fato e a necessidade de realizar a troca de placas. JOÃO ADILSON então fez contato com indivíduos não identificados, os quais conseguiram um par de placas falsas para serem colocadas no veículo. Seguindo a indicação de JOÃO ADILSON, FÉLIX buscou com esses indivíduos o par de placas e, na companhia de CARLOS EDUARDO e de LEONARDO, realizaram a troca. [...]

Na hipótese, a prisão temporária foi convertida em preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal, conforme se extrai da Decisão constritiva (Evento n. 7 dos autos n. 5006807-92.2020.8.24.0005):

[...] A prisão preventiva dos acusados Felix Raichardt, João Adilson de Souza Menezes, Carlos Eduardo Conceição Martins e Michele Cardoso Garcias merece ser deferida, já que pelas investigações até aqui realizadas se constata a existência de fortes indícios indicando que os investigados foram os autores do crime de homicídio que vitimou Humberto Luiz Cavazzotto, ocorrido dia 20 de janeiro de 2020, por volta das 08 horas, em frente à residência localizada na Rua 3110, nº 451, centro, nesta cidade e Comarca.

A materialidade do crime de homicídio está demonstrada pelo boletim de ocorrência, laudo de exame cadavérico, laudo de exame de local de crime, dentre outros documentos encartados nos autos de Inquérito Policial. Os indícios de autoria estão evidenciados pelos depoimentos testemunhais e pelas transcrições das conversas entabuladas entre os suspeitos via aplicativo whatsapp.

In casu, a prisão preventiva mostra-se imprescindível à garantia da ordem pública, diante da

periculosidade externada pelos agentes, os quais, mancomunados entre si, planejaram de forma minuciosa o assassinato da vítima Humberto, conforme se denota dos trechos das conversas entre os suspeitos. A esse respeito, registre-se que, supostamente, Felix contratou Carlos Eduardo para que ceifasse a vida da vítima, pois esta vinha lhe cobrando uma considerável quantia monetária que devia, denotando-se a torpeza da motivação. Infere-se que Felix e Carlos Eduardo foram apresentados por João Adilson de Souza Menezes, o qual, mesmo segregado no sistema penitenciário do Rio Grande do Sul, intermediou a contratação e fez diversas recomendações à Felix de como deveria proceder, tudo isso mediante promessa de recompensa financeira. A companheira de Felix, Michele Cardoso Garcias, incentivou seu companheiro a cometer o delito, bem como era responsável por repassar todas informações obtidas via rádio e televisão logo após os fatos, a fim de possibilitar a fuga dos agentes.

Oportuno salientar, ainda, que Carlos Eduardo e Felix, supostamente, subtraíram um veículo VW/Voyage no dia anterior aos fatos na cidade de Itajaí/SC, mediante grave ameaça com arma de fogo, com a finalidade de utilizá-lo no crime de homicídio e, para tanto, com o auxílio material do corréu Leonardo Felisberto efetuaram a troca da placa do automóvel.

Ademais, conforme ressaltou a agente ministerial, o crime de homicídio em questão causou grande comoção social, pois a vítima foi atingida por inúmeros disparos de arma de fogo em plena luz do dia, em frente a sua residência e na presença de seu amigo, mostrando-se imprescindível a conversão da prisão em preventiva, para acautelar a ordem pública, cujo conceito deve ser entendido não somente para evitar a reprodução de novos delitos, mas também para dar credibilidade à justiça e tranquilizar a população, com a adoção de medidas severas para repelir delitos graves e violentos, como é o caso do crime de homicídio.

Oportuno trazer à baila entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do nosso Estado:

“*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO DE REVOGAÇÃO. PROVAS DA MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA PRESENTES. INCURSÃO NO MÉRITO. IMPROPRIEDADE. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA, REVELADA PELO MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AUSÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. BONS PREDICADOS QUE NÃO AUTORIZAM A SOLTURA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS INVIÁVEL. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR. IDADE AVANÇADA (73 ANOS). DOENÇA GRAVE. IMPOSSIBILIDADE DE TRATAMENTO NO ERGÁSTULO NÃO DEMONSTRADA. SEGREGAÇÃO MANTIDA. PEDIDO DE ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO.” (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4023365-11.2019.8.24.0000, de Garuva, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 15-08-2019).

Extrai-se do v. acórdão:

(...) E conforme já reconhecido pelo e. Superior Tribunal de Justiça, a prisão preventiva é perfeitamente aceitável quando fundamentada na gravidade do delito, na natureza e nos meios de execução do crime, bem como na amplitude dos resultados danosos produzidos pela ação (RHC nº 73383/PR). Ademais, a segregação se mostra necessária para acautelar a própria credibilidade da justiça, diante da já citada gravidade concreta do delito em tese perpetrado e da repercussão do crime na cidade, fato comumente mais alarmante em cidades de menor porte, como é o caso de Garuva.(...)”

Também se faz necessária a manutenção da prisão preventiva para convir à instrução criminal e também com vistas a assegurar a futura aplicação da lei penal, haja vista que há nos autos o perigo gerado pelo estado de liberdade dos acusados, cujas prisões são pedidas pelo órgão acusador, que encontra amparo na necessidade de impedir que os réus, em liberdade, tentem intimidar testemunhas, situação que não é meramente hipotética, máxime que o suspeito Carlos Eduardo apontou a arma de fogo para Frani Hass, com a nítida intenção de lhe ameaçar. A liberdade dos réus certamente poderá causar temor nas testemunhas e inviabilizar a busca da verdade real e ainda porque as investigações ainda não terminaram, faltando, por exemplo, o interrogatório de Carlos e de João Adilson, presos no estado do Rio Grande do Sul, pois diante da situação de pandemia no país, a autoridade policial está tendo dificuldade em deslocar-se ao Estado vizinho, o que deve ocorrer nas próximas semanas, podendo os denunciados, se liberados prematuramente, influenciar nas investigações, haja vista a existência nos autos de áudios que comprovam que o o acusado João Adilson, mesmo recolhido, possui acesso a aparelhos celulares.

Outrossim, a garantia da aplicação da lei penal também constitui fundamento para decretação da prisão preventiva dos representados, máxime que nada obsta que, em liberdade, tentem empreender fuga. Veja-se que Felix portava seu passaporte quando foi preso, tudo levando a crer que pretendia se evadir do país com sua companheira Michele. Além disso, Carlos e João Adilson estão presos por motivos diversos no estado do Rio Grande do Sul, o que vale dizer que não residem no distrito da culpa e poderão facilmente se furtar à responsabilidade penal, caso colocados em liberdade.

Nosso egrégio Tribunal de Justiça já decidiu que não há constrangimento ilegal na ordem de prisão quando estão presentes os requisitos para a sua decretação, consubstanciados na imprescindibilidade da segregação para a apuração do delito e nas fundadas razões acerca da possível participação do agente no crime de homicídio, *mutatis mutandis*:

“*HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II E IV, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP). INSURGÊNCIA QUANTO À DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. DECISÃO BEM FUNDAMENTADA. FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS CARACTERIZADOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO INVESTIGADO. PRISÃO NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO QUE NÃO SE

MOSTRAM ADEQUADAS AO CASO. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DA ORDEM. WRIT CONHECIDO. ORDEM DENEGADA.” (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4021471-97.2019.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Primeira Câmara Criminal, j. 25-07-2019).

Diante do exposto, decreto a prisão preventiva de Felix Raichardt, Carlos Eduardo Conceição Martins, João Adilson de Souza Menezes e Michele Cardoso Garcias, pois vislumbro a presença dos requisitos indispensáveis previstos nos arts. 311 e 312 do CPP, até porque nenhuma das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, do CPP se revelam suficientes e adequadas ao caso. [...]

Posteriormente, o Paciente requereu a revogação da segregação preventiva, o que foi indeferido pelo Magistrado a quo, nos seguintes termos (Evento n. 98 dos autos n. 5006807-92.2020.8.24.0005):

[...] O pedido de revogação da prisão preventiva não merece prosperar, máxime que os fundamentos que ensejaram a decret ação da custódia permanecem hígidos.

Conforme ressaltou o Ministério Público, os problemas de saúde que acometem a genitora do denunciado não constitui argumento apto a ensejar a revogação da sua constrição, uma vez que não restou plenamente demonstrado que o denunciado é o único responsável pelos seus cuidados. Veja-se que inexistente nos autos qualquer documento que comprove que sua genitora não recebe aposentadoria ou outro recurso financeiro capaz de manter seu sustento. Ademais, denota-se dos autos que o denunciado não residia com sua mãe, mas sim com sua companheira, tudo levando a crer que seu acompanhamento diário não se faz necessário.

A despeito da situação pandêmica que assola nosso país, é de conhecimento público que o Governo do Estado adotou medidas sanitárias rígidas para evitar a disseminação do COVID-19 no sistema penitenciário, não sendo este motivo suficiente para a soltura de indivíduos denunciado por crimes bárbaros como é o caso do acusado. Oportuno ressaltar nesse ponto, que a manutenção da segregação do réu, além de ser medida necessária para resguardar a Justiça, é imperiosa para salvaguardar a saúde de sua própria genitora, a qual integra grupo de risco para a COVID-19.

Por fim é necessário esclarecer que em conformidade com a orientação doutrinária e jurisprudencial a primariedade, residência fixa e labor lícito não constituem empecilhos ao indeferimento do pleito que visa à liberdade provisória.

Neste sentido:

“*HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. FASE EXTRAJUDICIAL DA PERSECUÇÃO PENAL. POSSÍVEL PRÁTICA DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06) DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU PAUTADA EM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PRESSUPOSTOS LEGAIS. PENA DO DELITO SUPERIOR A QUATRO ANOS. PROVA DA MATERIALIDADE E

INDÍCIOS DA AUTORIA SATISFATORIAMENTE COMPROVADAS. PRESSUPOSTOS PREENCHIDOS (ART. 311, ART. 312, CAPUT, E ART. 313, I, AMBOS DO CPP). REQUISITOS. ORDEM PÚBLICA. PACIENTE FLAGRADO EM DIVERSAS CAMPANAS EM CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM O ENVOLVIMENTO NO CRIME DE TRÁFICO E QUE ESTÁ SENDO PROCESSADO, PELA PRÁTICA DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33 E ART. 35, AMBOS DA LEI N. 11.343/06) EM OUTRA AÇÃO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO ENCARCERAMENTO CAUTELAR PARA TUTELA DA ORDEM PÚBLICA. BONS PREDICADOS SUBJETIVOS QUE NÃO IMPEDEM A CONSTRIÇÃO QUANDO PRESENTES OS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS LEGAIS. MEDIDAS CAUTELARES NÃO SUFICIENTES AO CASO. ORDEM DENEGADA.” (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4030660-02.2019.8.24.0000, de Garopaba, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 31-10-2019). [...]

Inconformado, o Impetrante opôs Embargos de Declaração que restaram rejeitados pelo Magistrado de primeiro grau (Evento 115 dos autos n. 5006807-92.2020.8.24.0005).

Analisando as decisões prolatadas, verifica-se que o Magistrado de primeiro grau fundamentou a segregação cautelar do Paciente, não havendo falar em afronta ao art. 93, IX, da Constituição Federal e ao art. 312 do Código de Processo Penal.

A prova da materialidade e os indícios de autoria restaram devidamente demonstrados, bem como a análise dos requisitos previstos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

O cabimento da medida encontra-se evidenciado diante da necessidade de garantir a ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, especialmente diante da gravidade concreta dos delitos e das circunstâncias dos fatos, que demonstram a necessidade da medida.

Neste sentido, tem-se que a materialidade dos delitos restou demonstrada através dos documentos constantes nos autos n. 5006633-83.2020.8.24.0005, especialmente os Boletins de Ocorrência (Evento n. 1 -INQ1 - fls. 4-16, 18-19; INQ3 - fls. 19-23; INQ4 - fls. 10-13), Ficha de Atendimento do SAMU (Evento n. 1 -INQ1 - fl. 17), Termos de Apreensão (Evento n. 1 -INQ2 - fls. 23; INQ3 - fl. 5; INQ6 - fl. 22; INQ7 - fls. 11-12; INQ8 - fls. 1, 6 e 10), Termos de Entrega (Evento n. 1 -INQ2 - fls. 24; INQ7 - fl. 17; INQ8 - fl. 7; INQ12 - fl. 15) Laudo Pericial de exame em local de morte violenta (INQ4- fls. 14-25; INQ5 - fl. 1), Laudo Pericial cadavérico (INQ5 - fls. 11-19), Relatórios de investigação (INQ5 - fls. 20-25; INQ6 - fls. 1-9; INQ8 - fls. 14-25; INQ9 - fls. 1-25; INQ10 - fls. 1-11), Laudo Pericial em veículo (INQ7 - fls. 2-5), Relatório de Diligências (INQ10 - fls. 13-14), Relatório Técnico n. 012/2020 (INQ10 - fls. 15-25; INQ11 - fls. 1-22); Laudo Pericial papiloscópico (INQ12 - fls. 24-29), Relatório de Informação (Evento n. 14), Laudo Pericial de exame em munição (Evento n. 17 - OFIC1) e Laudo Pericial de exame e arma de fogo e munição (Evento n. 17 - OFIC3).

Da mesma forma, os indícios de autoria decorrem do conjunto probatório amealhado, especialmente pelos depoimentos das testemunhas e informantes e pelas transcrições das conversas entre o Paciente e demais Corréus através do aplicativo whatsapp.

Nesse aspecto, a ex-companheira do ofendido Izaura Turatti e os informantes João dos Santos Junior, funcionário da vítima há 6 anos, e Thiago de Souza Silva, fornecedor de gás para empresa de Humberto, narraram que a única desavença que Humberto possuía era com o Paciente decorrente da dívida pecuniária envolvendo a venda do veículo Golf pela vítima.

O informante Frani Haas da Silva, amigo e sócio do ofendido, ao prestar declarações perante a Autoridade Policial, narrou detalhadamente a maneira como os fatos aconteceram e relatou que o Paciente possuía pendência financeira com o ofendido.

Corroborando, tem-se os Relatórios de Investigação identificam o Paciente com um dos autores do homicídio qualificado, roubo e adulteração de sinal de veículo automotor, especialmente pelas inúmeras mensagens de áudio extraídas do celular do Paciente com o planejamento dos delitos.

O Paciente, perante a Autoridade Policial, em síntese, negou sua participação nos delitos.

Os Corréus João Adilson de Souza Menezes, Michele Cardoso Garcias e Leonardo Felisberto Filho, na fase policial, exerceram o Direito Constitucional de permanecerem em silêncio.

No que tange ao periculum libertatis, como se extrai da decisão atacada, encontra-se evidenciado:

[...] In casu, a prisão preventiva mostra-se imprescindível à garantia da ordem pública, diante da periculosidade externada pelos agentes, os quais, mancomunados entre si, planejaram de forma minuciosa o assassinato da vítima Humberto, conforme se denota dos trechos das conversas entre os suspeitos. A esse respeito, registre-se que, supostamente, Felix contratou Carlos Eduardo para que ceifasse a vida da vítima, pois esta vinha lhe cobrando uma considerável quantia monetária que devia, denotando-se a torpeza da motivação. Infere-se que Felix e Carlos Eduardo foram apresentados por João Adilson de Souza Menezes, o qual, mesmo segregado no sistema penitenciário do Rio Grande do Sul, intermediou a contratação e fez diversas recomendações à Felix de como deveria proceder, tudo isso mediante promessa de recompensa financeira. A companheira de Felix, Michele Cardoso Garcias, incentivou seu companheiro a cometer o delito, bem como era responsável por repassar todas informações obtidas via rádio e televisão logo após os fatos, a fim de possibilitar a fuga dos agentes.

Oportuno salientar, ainda, que Carlos Eduardo e Felix, supostamente, subtraíram um veículo VW/Voyage no dia anterior aos fatos na cidade de Itajaí/SC, mediante grave ameaça com arma de fogo, com a finalidade de utilizá-lo no crime de homicídio e, para tanto, com o auxílio material do corréu Leonardo Felisberto efetuaram a troca da placa do automóvel.

Ademais, conforme ressaltou a agente ministerial, o crime de homicídio em questão causou grande comoção social, pois a vítima foi atingida por inúmeros disparos de arma de fogo em plena luz do dia, em frente a sua residência e na presença de seu amigo, mostrando-se imprescindível a conversão da prisão em preventiva, para acautelar a ordem pública, cujo conceito deve ser entendido não somente para evitar a reprodução de novos delitos, mas também para dar credibilidade à justiça

e tranquilizar a população, com a adoção de medidas severas para repelir delitos graves e violentos, como é o caso do crime de homicídio.

[...]

Também se faz necessária a manutenção da prisão preventiva para convir à instrução criminal e também com vistas a assegurar a futura aplicação da lei penal, haja vista que há nos autos o perigo gerado pelo estado de liberdade dos acusados, cujas prisões são pedidas pelo órgão acusador, que encontra amparo na necessidade de impedir que os réus, em liberdade, tentem intimidar testemunhas, situação que não é meramente hipotética, máxime que o suspeito Carlos Eduardo apontou a arma de fogo para Frani Hass, com a nítida intenção de lhe ameaçar. A liberdade dos réus certamente poderá causar temor nas testemunhas e inviabilizar a busca da verdade real e ainda porque as investigações ainda não terminaram, faltando, por exemplo, o interrogatório de Carlos e de João Adilson, presos no estado do Rio Grande do Sul, pois diante da situação de pandemia no país, a autoridade policial está tendo dificuldade em deslocar-se ao Estado vizinho, o que deve ocorrer nas próximas semanas, podendo os denunciados, se liberados prematuramente, influenciar nas investigações, haja vista a existência nos autos de áudios que comprovam que o o acusado João Adilson, mesmo recolhido, possui acesso a aparelhos celulares.

Outrossim, a garantia da aplicação da lei penal também constitui fundamento para decretação da prisão preventiva dos representados, máxime que nada obsta que, em liberdade, tentem empreender fuga. Veja-se que Felix portava seu passaporte quando foi preso, tudo levando a crer que pretendia se evadir do país com sua companheira Michele. Além dois, Carlos e João Adilson estão presos por motivos diversos no estado do Rio Grande do Sul, o que vale dizer que não residem no distrito da culpa e poderão facilmente se furta à responsabilidade penal, caso colocados em liberdade. [...]

Acerca do assunto, extrai-se desta Câmara, o *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4010561-45.2018.8.24.0000, da Capital, de Relatoria do Desembargador Volnei Celso Tomazini, julgado em 15-05-2018:

HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS ENSEJADORES DA PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO COMBATIDA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR (ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). EXISTÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. NECESSIDADE DE RESGUARDO À ORDEM PÚBLICA, EM RAZÃO DA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HOMICÍDIO QUE TERIA SIDO SUPOSTAMENTE PRATICADO MEDIANTE GOLPES COM INSTRUMENTOS CONTUNDENTES NO CORPO DA VÍTIMA. INSUFICIÊNCIA DA ADOÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO (ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). PREDICADOS PESSOAIS QUE, POR SI SÓS, NÃO IMPEDEM A MANUTENÇÃO DAS PRISÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. (grifo acrescido)

Também desta Câmara, o *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4018600-31.2018.8.24.0000, de Imbituba, de Relatoria da Desembargadora Salete Silva Sommariva, julgado em 21-08-2018:

HABEAS CORPUS - HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ART. 121, §2º, INCISOS II, IV e VI, C/C § 2º-A, INCISO I) FRAUDE PROCESSUAL (CP, ART. 347, PARÁGRAFO ÚNICO) E POSSE ILEGAL DE ACESSÓRIO RESTRITO PARA ARMA DE FOGO (LEI N. 10.826/2003, ART. 16, CAPUT) - PRISÃO EM PREVENTIVA - TESE DE NULIDADE - AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - DECRETO PREVENTIVO QUE SUPERA A INEXISTÊNCIA DA SOLENIDADE - PRECEDENTE DA CORTE SUPERIOR - EIVA AFASTADA - MÉRITO - EXISTÊNCIA DOS CRIMES E PRESENÇA DE INDÍCIOS DE AUTORIA - NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA (CPP, ART. 312) - PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADO - ACUSADO QUE SE MOSTROU BASTANTE VIOLENTO NO INTERSTÍCIOS DO PROCESSO INDICIÁRIO - RESGUARDO DA INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DAS TESTEMUNHAS - IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP - AMEAÇAS DIRECIONADAS A DELEGADO DE POLÍCIA NO CURSO DAS INVESTIGAÇÕES - BONS PREDICADOS - FATORES QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR - INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - HIPÓTESE RESSALVADA PELO PRÓPRIO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO (CF, ART. 5º, LXI) - PLEITO DE SEGREGAÇÃO DOMICILIAR OU COLOCAÇÃO EM CELA ESPECIAL - RÉU DETIDO EM UNIDADE PRISIONAL AVANÇADA E EM CUBÍCULO EQUIVALENTE À CÁRCERE RESERVADO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA. (grifo acrescido)

A necessidade de segregação para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal deflui da gravidade concreta dos delitos, de homicídio qualificado, roubo e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, cometidos com emprego de arma de fogo e motivado por desavenças decorrentes de dívida pecuniária, o que revela um grau de reprovabilidade acentuado do comportamento do Paciente.

Ademais, deve-se destacar que o *modus operandi* adotado nos delitos praticados, em tese, pelo Paciente, revela maior periculosidade e desrespeito ao convívio social, posto que a ação delituosa se deu em concurso de agentes, com violência, além de praticados, em tese, vários delitos em sequência.

Assim, a gravidade concreta dos fatos, no caso dos autos, revela-se como elemento concreto e suficiente para ensejar a decretação da prisão preventiva, que visa também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça.

Igualmente, existe necessidade de assegurar a instrução processual, especialmente por existir a possibilidade de o Paciente passar a intimidar as testemunhas.

A aplicação da lei penal de igual modo merece ser preservada, uma vez que o Paciente ao ser preso levava consigo o passaporte, fato que causa estranheza por não ser um documento que constantemente se transporta.

Portanto, encontram-se presentes três dos requisitos reclamados pelo art. 312 do Código

de Processo Penal, pois o Paciente praticou, em tese, o crime de homicídio qualificado, roubo e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, ameaçando concretamente a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, especialmente diante da gravidade dos fatos, o que recomenda a manutenção da medida extrema.

Ressalta-se que a existência de bons predicados não inviabiliza a prisão cautelar quando presentes os requisitos previstos nos art. 312 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, tem-se que a “[...] ostentação de bons predicados (como residência fixa, primariedade e emprego lícito) pelo agente não autoriza, por si só, a revogação da prisão preventiva se presentes os requisitos que a autorizam”. (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4004497-19.2018.8.24.0000, de Ibirama, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 20-03-2018).

Igualmente, não merece acolhimento o pleito de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

Isso porque, de acordo com os autos, restou devidamente demonstrada a necessidade da medida extrema, tornando-se descabida a aplicação da benesse legal.

Acerca do assunto, já decidiu esta Câmara no *Habeas Corpus* n. 4008551-62.2017.8.24.0000, de Herval D’Oeste, de Relatoria do Desembargador Getúlio Corrêa, julgado em 16-5-2017:

HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - PRÁTICA, EM TESE, DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 129, §9º, 147, “CAPUT” E 213, § 1º, DO CP, C/C LEI N. 11.340/06. REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA PREENCHIDOS [...] FIXAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP - INSUFICIÊNCIA, NO CASO. “Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos” (STJ, Min. Jorge Mussi). ORDEM CONHECIDA E DENEGADA (grifou-se).

Salienta-se, ainda, que a decretação da prisão preventiva, quando devidamente fundamentada em relação aos requisitos previstos nos art. 312 e 313 do Código de Processo Penal não configura afronta aos princípios constitucionais da presunção da inocência, não-culpabilidade, e do devido processo legal. A Constituição Federal prevê expressamente a possibilidade de prisão “[...] por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente [...]” (art. 5º, inc. LXI).

No que tange ao pedido de concessão da prisão domiciliar, sob o argumento de que a genitora do Paciente é idosa, possui distúrbios psicológicos e é hipossuficiente, melhor sorte não assiste à defesa.

Isso porque, de acordo com o art. 318-A, do Código de Processo Penal, para fazer jus à substituição, o delito não pode ter sido praticado com violência ou grave ameaça:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente;

No caso, o Paciente foi denunciado por homicídio e roubo, não preenchendo os requisitos legais.

Acerca do assunto, decidiu recentemente a Quinta Câmara Criminal desta Corte no *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4008210-65.2019.8.24.0000, de Joinville, de Relatoria do Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza, julgado em 25-04-2019:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, INC. II, DO CÓDIGO PENAL). CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. PROGNÓSE DA PENA EM CASO DE EVENTUAL CONDENAÇÃO, COM POSSÍVEL FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. MATÉRIA QUE DEMANDA ANÁLISE APROFUNDADA DAS PROVAS, INCABÍVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. DECISUM FUNDAMENTADO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. HIPÓTESE DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DEVIDAMENTE OBSERVADA. ELEMENTOS DOS AUTOS QUE DÃO CONTA DA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO E PERICULOSIDADE DA CONDUTA. PACIENTE QUE, EM TESE, APÓS EMPREGO DE DISSIMULAÇÃO, LEVA A VÍTIMA A LOCAL ERMO PARA QUE OS COMPARSAS SUPOSTAMENTE EMPREGUEM VIOLÊNCIA A FIM DE SUBTRAIR O VEÍCULO DA VÍTIMA. MODUS OPERANDI QUE EVIDENCIA A PERICULOSIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. ELEMENTOS SÓLIDOS E INDÍCIOS CONSISTENTES DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PREDICADOS FAVORÁVEIS QUE POR SI SÓ NÃO SERVEM PARA EVITAR O CÁRCERE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECENTE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO QUE INCLUIU O ART. 318-A NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL PREVISTA NO INCISO I, DA NORMA ESPECÍFICA. PRISÃO DOMICILIAR QUE NÃO SE APLICA AOS CRIMES PRATICADOS COM APARENTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA CONTRA PESSOA. ADEMAIS, INDICATIVOS DE NEGLIGÊNCIA DA PACIENTE EM RELAÇÃO À SUA PROLE. ORDEM DENEGADA. (grifou-se)

Além disso, em que pese os documentos trazidos pela defesa comprovarem que o Paciente colaborava com as despesas de sua mãe, não demonstram sua dependência financeira.

Infere-se, que a genitora do Paciente já teve deferida aposentadoria por invalidez, cabendo por meios judiciais fazer cumprir a decisão, o que também impossibilita a concessão da benesse.

Ademais, os exames, laudos e relatórios acostados aos autos sobre o estado de saúde de Marili são datados de anos anteriores, ou seja, não atestam sua atual necessidade de acompanhamento diário do filho.

Assim, não tendo sido demonstrada a efetiva imprescindibilidade da soltura do Paciente aos

cuidados de sua genitora, bem como em razão da gravidade concreta dos delitos a ele imputado, entende-se como inviável, no caso, a concessão da prisão domiciliar.

Quanto ao pleito de revogação da prisão cautelar do Paciente, especialmente em razão da crise atual causada pelo vírus “Sars-coV-2 (COVID-19)”, asseverando que o Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí pode ser um grande foco de contágio, em razão da superlotação. Novamente, sem razão o Impetrante.

Observa-se da decisão proferida na origem a inexistência de flagrante constrangimento ilegal ou nulidade, uma vez que o Magistrado de Primeiro Grau indeferiu o pedido de concessão de liberdade provisória com base em elementos concretos constantes dos autos, e na ausência de preenchimento dos requisitos previstos na Recomendação n. 62, do Conselho Nacional de Justiça.

É fato público e notório que a pandemia causada pelo Coronavírus (Covid-19) vem culminando na adoção de inúmeras medidas por parte dos agentes políticos e das autoridades de saúde, com o objetivo de conter sua disseminação.

Foi então que a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Ministério da Saúde emitiram relatórios categorizando os denominados “grupos suscetíveis ou vulneráveis ao contágio”, compostos por idosos, diabéticos, hipertensos, portadores de insuficiência renal crônica, de patologias respiratórias crônicas ou cardiovasculares, levando-se em consideração a taxa de letalidade da doença nesses indivíduos (informações extraídas do endereço eletrônico: <https://coronavirus.saude.gov.br/>, acesso em 27/03/2020).

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, editou a Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020, que dispõe sobre: “medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”, com a finalidade de “reduzir os riscos epidemiológicos de transmissão do vírus e preservar a saúde de agentes públicos, pessoas privadas de liberdade e visitantes, evitando-se contaminações de grande escala que possam sobrecarregar o sistema público de saúde”.

No que tange, especificamente à situação dos autos, em que o Paciente encontra-se segregado cautelarmente, dispõe a mencionada Recomendação:

[...] Art. 4º. Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I - a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes

praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;II - a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias; (grifou-se).

Da leitura do artigo supratranscrito, infere-se que o ato visa priorizar uma categoria específica de pessoas, classificadas como “grupo de risco”, quando da reavaliação das prisões provisórias, além daqueles reeducandos que tenham cometido delito sem emprego de violência e grave ameaça ou que estejam segregados há mais de 90 (noventa) dias.

Além disso, tenciona proteger aqueles que se encontram cumprindo pena em estabelecimentos prisionais superlotados, que não possuam equipe de saúde lotada em seu interior, que estejam sob ordem de interdição com cautelares determinadas por órgão de jurisdição internacional ou que disponham de precárias instalações que possam favorecer a disseminação do vírus.

No caso em tela, o Paciente não se enquadra nas hipóteses previstas na Recomendação, pois, embora a prisão tenha ultrapassado o lapso temporal de 90 (noventa) dias, vislumbra-se que foi denunciado pela prática de delito cometido mediante emprego de violência contra pessoa (homicídio qualificado e roubo) e não possui idade avançada ou qualquer enfermidade para ser considerado “susceptível” ao contágio.

Aliás, consoante bem salientou o Ministro Rogério Schietti Cruz, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 567.408/RJ, “A crise do novo coronavírus deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de libertação de presos, mas, ineludivelmente, não é um passe livre para a liberação de todos, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a não desproteger a coletividade contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados na norma penal.” (grifou-se).

A propósito, não se revela adequado conceder liberdade provisória sem a realização de uma rígida análise do caso concreto e suas peculiaridades, sob pena de se esvaziar o conteúdo da norma processual penal que disciplina o cabimento de prisão preventiva, e, em consequência deixar a sociedade à mercê da criminalidade.

No tocante ao Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí em que o Paciente encontra-se segregado, vislumbra-se que, inexistem informações de que o referido estabelecimento não dispõe de equipe de saúde lotada em seu interior ou notícia de incidência do vírus no local.

Com efeito, o Poder Público vem adotando diversas ações objetivando a proteção da saúde da população carcerária, tais como a restrição ao direito de visitas ao preso, a prorrogação ou antecipação de outras benesses da execução penal, dentre outras.

Nesse norte, o decreto nº 515, de 17 de março 2020, do Governo do Estado de Santa Catarina, que declara situação de emergência em todo território catarinense, estabeleceu em seu art. 5º, a suspensão de visitas sociais e íntimas aos reeducandos nas unidades prisionais do Estado, limitando o ingresso nestes locais às pessoas indispensáveis ao seu funcionamento.

Considerando que a vedação do ingresso de pessoas nas Unidades Prisionais visa proteger, de modo eficiente, a integridade física dos reeducandos, seria ilógico permitir que estes fossem colocados em liberdade, com fundamento na pandemia, sobretudo se inexistente qualquer informação sobre eventual disseminação do vírus no interior do ergástulo, consoante mencionado alhures.

Tal medida seria inclusive arriscada, pois nada assegura que o reeducando irá cumprir a ordem de recolhimento domiciliar e os protocolos de higienização recomendados pela Organização Mundial de Saúde, os quais devem ser observados nas unidades prisionais, nos termos do art. 9º, inciso III, da Recomendação do CNJ.

Por essas razões, a ordem do presente remédio constitucional deve ser denegada.

Por fim, cumpre ressaltar que a situação poderá ser reavaliada a qualquer tempo, caso ocorra modificação no quadro apresentado pelo estabelecimento prisional, como, a título de exemplo, a comprovação de eventual disseminação do vírus no interior do ergástulo, que saia do controle de vigilância estatal e sanitária, a ser melhor aferida pelo Juízo de primeiro grau, que detém melhores condições para avaliar a situação do Sistema Prisional em que o Paciente encontra-se segregado.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e denegar a ordem.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0002984-26.2019.0008, de Blumenau

Relator: Desembargador Getúlio Corrêa

APELAÇÕES CRIMINAIS – DELITOS DE VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE, REGISTRO NÃO AUTORIZADO DA INTIMIDADE SEXUAL, PRODUÇÃO/FOTOGRAFIA DE CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO ADOLESCENTE E POSSE/ARMAZENAGEM DE FOTOGRAFIA COM CENA PORNOGRÁFICA DE ADOLESCENTE (CP, ARTS. 215 E 216-B E ECA, ARTS. 240 E 241-B) – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA – INSURGÊNCIAS DAS PARTES.

RECLAMO DEFENSIVO.

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS (CRIMES DOS ARTS. 215 E 216-A DO CP) – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – RÉU QUE, NA CONDIÇÃO DE FOTÓGRAFO PROFISSIONAL, LUDIBRIA AS OFENDIDAS COM PROMESSAS DE CARREIRA DE MODELO E PRÁTICA ATO LIBIDINOSO COM ESTAS, ALÉM DE FOTOGRAFAR E FILMAR AS PRÁTICAS DELITUOSAS – PALAVRAS DAS OFENDIDAS HARMÔNICAS E SEGURAS ACERCA DO “MODUS OPERANDI”, CORROBORADAS PELOS TESTEMUNHOS DOS POLICIAIS QUE ATUARAM NA INVESTIGAÇÃO – CONDENAÇÃO MANTIDA.

“Em crimes contra a liberdade sexual, praticados à clandestinidade, a palavra da vítima, sobretudo quando amparada pela prova testemunhal, reveste-se de maior valia em relação ao relato do réu proferido em juízo, a quem compete desconstituir a autoria a ele imputada” (STF, Min. Luiz Fux).

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos [...]” (STF, Min. Celso de Mello).

DOSIMETRIA – PLEITO GENÉRICO DE REAVALIAÇÃO DA APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - RESSALVA DO RELATOR - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA - ADEMAIS, REPRIMENDA FIXADA DE ACORDO COM O PREVISTO NO TIPO PENAL - PLEITO NÃO CONHECIDO – AFASTAMENTO DE OFÍCIO, CONTUDO, DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME RELACIONADAS ÀS VÍTIMAS T. DE S. E C.L.D. (ART. 215) – TOQUES E MASTURBAÇÃO FEITAS PELO ACUSADO NAS VÍTIMAS – PRÁTICAS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO – REDUÇÃO DA PENA QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA.

RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

IRRESIGNAÇÃO QUANTO À ABSOLVIÇÃO DO RÉU ACERCA DOS CRIMES PRATICADOS, EM TESE, CONTRA A OFENDIDA O. – VÍTIMA OUVIDA APENAS NA FASE POLICIAL – AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS A CONFIGURAR A PRÁTICA DELITUOSA – DÚVIDA QUE

DEVE BENEFICIAR O ACUSADO.

“Vige em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado pode livremente apreciar as provas, adotá-las ou recusá-las mediante convicção motivada. Contudo, há proibição expressa de fundamentação exclusiva nos elementos do inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Inteligência do art. 155 do Código de Processo Penal” (STJ, Min. Gilson Dipp).

PLEITO DE CONDENAÇÃO DO RÉU PELOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 240 E 241-D, DO ECA (VÍTIMA V. DE A. S.) – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O RÉU TENHA FOTOGRAFADO, FILMADO OU REGISTRADO, POR QUALQUER MEIO, CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA (OU MESMO EXIBIÇÃO DE ÓRGÃOS GENITAIS) ENVOLVENDO ADOLESCENTE – VÍTIMA QUE, INCLUSIVE, NEGA TER SIDO FOTOGRAFADA SEM AS VESTES - SENTENÇA MANTIDA.

“A presunção de inocência, princípio cardinal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional” (STF, Minª Rosa Weber).

RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002984-26.2019.8.24.0008, da comarca de Blumenau 1ª Vara Criminal em que é Apte/Apdo J.C.H. E. e Apdo/Apdo Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente e, nessa extensão, desprover o recurso defensivo e, de ofício, reduzir a pena base relacionada aos crimes do art. 215 do CP praticados contra as vítimas T. de S. e C.L.D. Ainda, por votação unânime, conhecer do recurso Ministerial e, por maioria de votos, dar-lhe parcial provimento, vencido no ponto o Excelentíssimo Senhor Desembargador Getúlio Corrêa que negava provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ernani Guetten de Almeida e Leopoldo Augusto Brüggemann.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo.

Funcionou como representante do Ministério Público a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Jayne Abdala Bandeira

Florianópolis, 28 de janeiro de 2020.

Desembargador Getúlio Corrêa
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra J.C.H.E. (58 anos na época dos fatos) pela prática, em tese, dos crimes de violação sexual mediante fraude, registro não autorizado da intimidade sexual, produção/fotografia de cena pornográfica envolvendo adolescente e posse/armazenagem de fotografia com cena pornográfica de adolescente (CP, arts. 215 e 216-B e ECA, arts. 240 e 241-B), em razão dos fatos assim narrados:

“O denunciado J.C.H.E é proprietário do estúdio fotográfico [...], nesta cidade e comarca, local em que exercia a função de fotógrafo. E assim, entre os meses de setembro de 2018 a março de 2019, com a intenção de satisfazer sua lascívia, J. criou um site (acesso em [...]) em que oferecia cadastramento para jovens modelos, consistente em ensaio fotográfico gratuito para avaliação, confecção de portfólio e seleção para trabalhos, divulgando-o, inclusive, perante o SINE - Sistema Nacional de Emprego - e a rede social LinkedIn. As sessões de fotografias eram agendadas via whatsapp ou e-mail após as ofendidas se inscreverem no site da empresa e, nos dias e horários pactuados, quando elas, todas jovens e adolescentes mulheres na faixa dos 17 a 24 anos, aportavam até o aludido estúdio, o denunciado informava a imprescindibilidade de as fotografar nuas, bem como de tocar em seus seios e genitália com a suposta finalidade de as deixar mais à vontade, desinibidas para as falsas futuras sessões fotográficas. E assim, por exclusiva razão profissional, essas asserções eram aceitas pelas vítimas.

Contudo, registre-se que o cadastramento de modelos não existia, tratando-se tudo, na verdade, de uma fraude com a intenção de satisfazer a lascívia de J.

Nessas condições, o denunciado perpetrou os delitos a seguir narrados.

FATO 1

Em 28 de setembro de 2018, valendo-se de sua profissão de fotógrafo, no endereço acima mencionado, em horário a ser apurado durante a persecução penal, o denunciado J satisfez sua lascívia às custas de N.S.S (Termo de depoimento de fls. 48/51, documentos apreendidos, fls. 69/70), ao praticar em detrimento dela atos libidinosos diversos da conjunção carnal, quais sejam, carícias nos seios e genitália. Tudo isso, mediante fraude, tendo em conta que a ofendida era candidata a uma falsa oportunidade de trabalho, na qual J. dizia ser imprescindível a confecção de fotografias nuas e os toques em seu corpo, especialmente naquelas regiões, para a sua desenvoltura.

FATO 2

No dia 11 de outubro de 2018, por volta das 10 horas da manhã, a vítima A de C de G se deslocou até a empresa [...] para a sessão fotográfica, a fim de participar de uma suposta seletiva como modelo. Na ocasião, no momento da assinatura dos termos “de responsabilidade” e de “ciência de procedimentos”, J. a comunicou que faria parte do procedimento de avaliação a sua nudez.

Assim, enquanto a vítima posava nua para o denunciado, este satisfez a sua lascívia, uma vez que perpetrou com ela atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em apalpar o corpo de A, em especial os seus seios e o órgão genital, tudo fraudulentamente, ao passo em que alegava que tal procedimento visava deixá-la mais à vontade para a sessão fotográfica.

FATO 3

Em 11 de outubro de 2018, a vítima J.T. se dirigiu até o referido estúdio fotográfica para a sessão acertada com o denunciado. Foi assim que, mediante fraude, em modus operandi idêntico aos demais, J praticou atos

libidinosos diversos da conjunção carnal, tudo para satisfazer a sua lascívia, ao apalpar os seios e manipular a vagina de J.T..

FATO 4

No mês de dezembro de 2018, A X da S se deslocou até o aludido estúdio para a falsa seletiva de modelos no dia e horário agendados por J, datas essas a serem apurados ao longo da instrução processual, ocasião na qual assinou termo de responsabilidade e lhe foi informado acerca da essencialidade da nudez ao processo avaliativo. Por meio dessa fraude, o denunciado satisfaz a sua lascívia às custas de A, com ela praticando atos libidinosos diversos da conjunção carnal, ao acariciar os seios e a região da genitália dela.

FATO 5

No dia 14 de janeiro de 2019, por volta das 19h30min, nas dependências do estúdio fotográfico [...], o denunciado tentou praticar contra a vítima A S e S atos libidinosos, uma vez que, durante o suposto procedimento de avaliação para a atividade de modelo, fraudulentamente, comunicou que, para conquistar a suposta vaga como modelo, seria necessário vislumbrá-la nua e apalpar o seu corpo, tudo, certamente, para satisfazer a sua lascívia.

Porém, por sorte, tendo em vista que a ofendida detém experiência neste ofício, desconfiou de J e decidiu abandonar o local, não se consumando, assim, o delito por circunstâncias alheias à vontade do agente.

FATO 6

No dia 15 de janeiro de 2019, em horário a ser apurado ao longo da instrução processual, o denunciado satisfaz a sua lascívia às custas de T de S, ao praticar com ela atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em carícias os seus seios, bem como manipulação de clitóris e introdução de seus dedos na genitália dela, conforme o modo fraudulento narrado alhures.

Além disso, J filmou, sem o consentimento da ofendida, ato libidinoso de caráter íntimo e privado, pois, muito embora T detivesse conhecimento das fotografias, não autorizou que fosse gravada a sessão, até porque não esperava que seria submetida à prática de atos libidinosos.

FATO 7

Nos dias 25 de janeiro, 9 de fevereiro e 4 de março de 2019, em horários a serem elucidados ao longo da persecução penal, nas dependências do estúdio fotográfico [...], o denunciado satisfaz a sua lascívia às custas de C L D, ao praticar com ela atos libidinosos diversos da conjunção carnal consistentes em carícias nos seus seios, bem como manipulação de clitóris e introdução de seus dedos no interior do órgão genital dela, mediante a fraude supra narrada.

Como se isso não bastasse, J filmou, sem o consentimento da vítima, o aludido ato libidinoso, porquanto, ainda que C detivesse conhecimento das fotografias, não autorizou que fosse gravada a sessão, até porque não esperava que seria submetida à prática dos indigitados atos.

FATO 8

No mesmo local e com modus operandi idêntico, no dia 21 de fevereiro de 2019, às 10 horas, o denunciado J praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra a vítima O M da S S - adolescente nascida em 20/3/2001 - certamente para satisfazer sua lascívia. Na ocasião, utilizando-se da fraude acima explanada, O aceitou se despír e permanecer nua para ser observada, ocasião em que o denunciado acariciou seus seios e vagina.

Ainda, nessas condições, J fotografou a adolescente em cena pornográfica e armazenou essas fotografias em seus aparelhos eletrônicos, os quais foram apreendidos no ato do cumprimento do mandado de busca e apreensão, esse deferido nos autos n. 0013225-93.2018.8.24.0008.10

FATO 9

Entre os meses de fevereiro e março de 2019, por três vezes, a ofendida V de A S - adolescente nascida em 23/11/2001 - esteve no [...] também para a suposta seletiva como modelo.

Durante o processo, nas duas primeiras oportunidade, J declarou que a vítima deveria se despir, tendo ela acatado. E foram nessas condições que, fraudulentamente, satisfaz a sua lascívia ao perpetrar com ela atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Outrossim, nessas duas ocasiões, o denunciado fotografou a adolescente em cena pornográfica e, inclusive, armazenou essas imagens em seus aparelhos eletrônicos, os quais foram apreendidos no ato do cumprimento do mandado de busca e apreensão, o qual foi deferido nos autos n. 0013225-93.2018.8.24.0008.12.

A terceira sessão, por sua vez, restou interrompida, porquanto a Polícia Civil cumpriu o mandado de prisão preventiva, expedido nos referidos autos, em detrimento de J.” (fls. 118-122).

A pedido da autoridade policial, decretou-se a prisão preventiva do denunciado nos autos n. 0013225-93.2018.8.24.0008 (apensos).

A defesa de J.C.H.E impetrou *habeas corpus*, com liminar indeferida e ordem denegada (HC n. 4007780-16.2019.8.24.0000, deste relator, j. 02.04.2019 - fls. 128-138 dos autos apensos).

O Ministério Público pugnou pela extinção da punibilidade do réu em relação às vítimas J.A.F e S.E.H, pela decadência do direito de representação, pleito este acolhido às fls. 126-127.

Recebida a denúncia em 11.04.2019 (fl. 125), o acusado foi citado e ofertou resposta escrita, por intermédio de defensora constituída (fls. 139-141).

Após a instrução do feito, as partes apresentaram alegações finais (fls. 311-331 e 346-362), sobrevindo sentença prolatada pela Magistrada Bruna Luiza Hoffmann, donde se extrai da parte dispositiva:

“Ante o exposto, julga-se procedente, em parte, o pedido formulado na denúncia, para:

III. 1) Absolver o réu, J C H E, da prática do crime previsto no art. 215 do CP, em relação à vítima O M da S S, nos termos do art. 386, VII, do CPP;

III. 2) Absolver o réu, J C H E, da prática dos crimes previstos no art. 240 e art. 241-B do ECA, nos termos do art. 386, III, do CPP;

III. 3) Condenar o réu, J C H E, pela prática dos crimes previstos no art. 215 e no art. 216-B, na forma do art. 69, do CP, à pena de 15 (quinze) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 1 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, em regime inicialmente fechado, e 22 (vinte e dois) dias-multa, cada qual no valor de um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Considerando que permanecem presentes os pressupostos que levaram à decretação da prisão preventiva, mantém-se a segregação cautelar do acusado.

Custas pelo réu, uma vez que o acusado não é hipossuficiente, conforme renda mensal informada no termo de audiência (fls. 298-300), tendo inclusive constituído defensoras” (fls. 363-411).

Insatisfeitas, as partes apelaram.

J.C.H.E sustentou, em suas razões: **a)** absolvição por insuficiência de provas; **b)** adequação da reprimenda imposta (fls. 438-455).

Já o Ministério Público alegou estarem provadas a materialidade e autoria acerca dos fatos 8 e 9 da denúncia (vítima O.M da S.S.), devendo o acusado ser responsabilizado pelos crimes lá imputados (fls. 481-489).

Contrarrazões às fls. 497-517 e 522-529.

Em 23.08.2019 os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, por parecer da Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire, manifestou-se pelo parcial conhecimento¹ e desprovimento do apelo defensivo e conhecimento e provimento do recurso ministerial (fls. 539-559).

Os autos retornaram conclusos em 29.08.2019 (fl. 560).

VOTO

1. Presentes os pressupostos legais, o recurso do réu é conhecido parcialmente e desprovido e o recurso do Ministério Público é conhecido provido, com a ressalva do relator que o desprovia. De ofício, é, reduzida a pena base relacionada aos crimes do art. 215 do CP praticados contra as vítimas T. de S. e C.L.D.

2. O réu foi condenado pela prática, em tese, dos crimes de violação sexual mediante fraude e registro não autorizado da intimidade sexual, assim tipificados no CP:

“Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

D. S., testemunha, disse que presidiu o inquérito policial que apurou os fatos narrados na denúncia; uma jovem registrou boletim de ocorrência informando que foi atraída para realizar ensaio fotográfico para futuros trabalhos, como modelo, para lojas de roupas; segundo relatos dela, quando chegou ao estúdio o fotógrafo pediu que a jovem se despisse; durante a realização das fotografias ele praticou atos libidinosos que a deixaram constrangida; ela relatou que ele começou tocando seu ombro, depois os seios e em seguida seu órgão genital; a cada ato o fotógrafo repetia que aquilo fazia parte do ensaio, servia para tirá-la da zona de conforto, e que quando virasse profissional os demais fotógrafos fariam isso também, sustentando a necessidade dos atos para o ensaio; com o registro desta jovem realizaram buscas pelo nome do fotógrafo e do estúdio; localizaram um registro antigo, dos anos de 2013 ou 2014, acerca de um fato similar; descobriram que ele foi condenado por registro de cenas de nudez envolvendo uma adolescente e estava em liberdade provisória; nesta situação ele usou a mesma forma de agir, atraindo uma adolescente para um ensaio fotográfico, registrou as cenas de nudez e guardou as fotografias; aprofundaram as investigações e conseguiram elementos para representar pleiteando busca no estúdio do fotógrafo; obtiveram a ordem

¹ Não conhecer do pedido de readequação da pena, por afronta ao princípio da dialeticidade recursal.

judicial de busca e apreensão e lograram êxito em localizar diversos elementos que confirmavam os atos ilícitos praticados pelo acusado; quando chegaram ao estúdio do acusado, para cumprir o mandado, havia uma adolescente lá, desacompanhada de representante legal; havia indícios também de que essa adolescente tinha trocado de roupas dentro do estúdio, porque algumas vestes estavam pelo chão; indagaram ao acusado se havia mais algum equipamento de armazenamento de imagens, tais como, pendrive ou HD externo, ele negou; quando estava saindo do estúdio viu um casaco, aproximou-se e encontrou dentro dele um HD externo; indagou ao acusado porque havia negado a existência deste aparelho e ele respondeu 'ai está tudo o que vocês estão procurando' e depois ficou em silêncio; extraíram os dados do HD apreendido e constataram que o acusado escondeu câmeras por todo o estúdio, inclusive no lugar em que as modelos se despiam; ali estavam imagens inclusive das condutas do acusado; ele filmava tudo o que acontecia no estúdio; constataram a contumácia da conduta e o mesmo modus operandi; ele atraía jovens, entre 18 e 20 anos, às vezes adolescentes, e as fazia se despirem; depois da primeira condenação ele começou a pedir que as jovens fizessem um termo de consentimento por escrito, no sentido de que ela poderia sofrer atos libidinosos e que se quisesse poderia pedir para interromper o ato; depois que as jovens se despiam, ele chegava geralmente por trás da moça, começava a passar as mãos pelos ombros, encostava em um seio, depois no outro, e em seguida encostava na área genital dela; dependendo da situação ele avançava para a prática de atos libidinosos mais invasivos usando as mãos; a moça achava que ter que se despir fazia parte do ensaio; a qualidade das imagens das filmagens deixava evidente que não seriam utilizadas para publicidade de lojas, que supostamente eram clientes dele; questionou ao acusado acerca do retorno financeiro destes trabalhos fotográficos, ele citou o nome de duas empresas; entrou em contato com estas empresas e os representantes afirmaram que ele havia feito contatos por telefone ou e-mail, mas nada formalizado; além disso, eram empresas de vestuário, não as interessavam imagens de modelos despidas, e menos ainda praticando atos libidinosos; perguntou se o acusado havia obtido algum retorno financeiro com o estúdio fotográfico e ele respondeu que não, que o mantinha apenas porque gostava de tirar fotografias; nas imagens é possível verificar o evidente constrangimento das moças com os atos libidinosos praticados pelo acusado durante os ensaios; elas não conseguiam esboçar reação e o acusado a todo o momento afirmava que aquilo era necessário e que com o tempo a moça se acostumaria; em relação aos atos mais invasivos, em um dos vídeos aparece o acusado masturbando uma das jovens; ele a faz andar na direção dele, ergue a perna da moça, que fica apoiada em sua coxa, e pratica este ato; as imagens, aliadas às fichas de cadastro e aquele termo de compromisso ou adesão, corroboravam o relato apresentado pelas vítimas; foi muito difícil falar com algumas das vítimas, elas estavam muito constrangidas porque foram ao estúdio acreditando que iriam fazer um ensaio fotográfico, jamais imaginando que iam sofrer ofensa a sua dignidade sexual; vítimas deste tipo de delito normalmente se dão conta do abuso que sofreram somente depois, em casa, e diante do constrangimento omitem os fatos inclusive da família; algumas foram à delegacia e conseguiram fazer o levantamento; acredita que apuraram cerca de quinze vítimas; os ensaios fotográficos eram anunciados num site e também em uma página do Facebook; acha que ele marcava as datas dos ensaios pelas redes sociais; ele possuía parâmetros de avaliação das modelos, as classificava entre reprovadas, aprovadas e com um parâmetro intermediário, que indicava a necessidade de retorno da modelo para realizar o ensaio novamente; o que chamou atenção foi que normalmente ele atribuía a nota intermediária para que elas retornassem ao estúdio, para que ele pudesse praticar os atos novamente; a maioria das moças não retornava; algumas das moças se negavam a tirar as roupas e iam embora, mas não sabe precisar o número; como ele ia praticando os atos de forma sutil e progressiva as moças ficava sem reação; algumas poucas moças retornaram, mas porque ele, na primeira vez, apenas pediu para que a moça se despisse, na segunda oportunidade ele então praticou os atos mais invasivos; algumas jovens tinham conhecimento de que estavam sendo filmadas, mas certamente não sabiam de todas as câmeras espalhadas pelo estúdio (audiovisual de fls. 262-264).

L. A. E., testemunha, disse: é policial civil; exerce a função de investigador; participou das investigações dos fatos narrados na denúncia; duas vítimas registraram boletins de ocorrência relatando os mesmos fatos; ele

atraía mulheres para um estúdio fotográfico e fazia uma entrevista, na qual pedia para as moças se despirem; ele explicava que em desfiles haveria equipes de maquiagem e que as pessoas tocariam nelas e ele queria ver como elas se saíam neste contexto; ele gravava a entrevista e apalpava as meninas; ele passava a mão nos seios, nas nádegas, no órgão genital e nas coxas das moças; depois da entrevista ele levava a moça para uma sala, na parte de trás do estúdio, onde realizava as fotos; durante as fotografias, em alguns casos, além de apalpar as moças, ele também as masturbava; diante dos relatos das vítimas, pleitearam e obtiveram ordem judicial de busca e apreensão no estúdio e na residência do acusado, também representaram pela prisão preventiva; referidas diligências resultaram na apreensão de diversos materiais; além da atividade de fotógrafo o acusado era também coordenador do curso de informática do CEDUP; o principal material apreendido foi um HD externo que estava dentro do paletó do acusado, sob uma cadeira, no estúdio; neste HD foi encontrada a maior parte das mídias, vídeos e imagens das moças; como havia muitas mídias se ativeram àquelas mais recentes e que se encontravam dentro do prazo de prescrição dos ilícitos; os vídeos e imagens coincidem exatamente com os fatos relatados pelas vítimas; ele usava sempre o mesmo modus operandi já relatado; ele fazia a entrevista com as vítimas despidas, as apalpava e em seguida realizava o ensaio fotográfico; ele às vezes realizava o ensaio fotográfico em outro dia, mas sempre gravava e tirava fotos; para algumas vítimas ele informou que as estava filmando, mas outras relataram que não tinham conhecimento das câmeras; uma das frases que ele repetia para justificar os atos era isso é para te tirar da zona de conforto, para ver como você reage ; esta frase ele usou com várias vítimas; sabe que as duas primeiras vítimas que registraram boletim de ocorrência tinham o mesmo primeiro nome, que era C , as demais não recorda os nomes; acha que foram mais de dez meninas identificadas como vítimas; quando realizaram a busca e apreensão e a prisão do acusado no estúdio, havia uma adolescente realizando o ensaio fotográfico desacompanhada de representante legal; acha que o nome desta adolescente é V; O, também adolescente, fez o ensaio em outro dia; pelas imagens contataram que algumas moças interromperam os ensaios; não identificaram todas as vítimas porque alguns vídeos e imagens estavam criptografados, mas em relação a todas as vítimas que prestaram depoimento localizaram vídeos e imagens no HD apreendido no estúdio do acusado; constataram imagens das adolescentes vestidas ou de roupa íntima, mas não despidas; pode afirmar que estas imagens eram sensuais (audiovisual de fls. 262-264).

A de C de G, vítima, disse: na época em que os fatos ocorreram havia acabado de se mudar para a cidade de Blumenau e estava procurando emprego; viu anúncio nos sites da CATHO e da INFOJOBS, que anunciam vagas, e para uma das vagas destes sites enviou um e-mail candidatando-se para a vaga; o anúncio era para trabalhos como modelo, para fazer fotos e catálogos; o acusado retornou o contato através do e-mail pessoal dele e pediu para que levasse três trajes diferentes no dia marcado para o ensaio; ele informou que no dia agendado ele faria uma entrevista e explicaria como iria proceder; marcou o ensaio por mensagem; o local combinado era um estúdio bem montado; ele comentou que dividia o local com a irmã que era advogada; havia uma antessala e ao lado o estúdio fotográfico; não havia atendente; depois de uma meia hora que estava lá chegou uma outra moça; depois soube que ele praticou os mesmos atos com ela; ele ficou explicando como os trabalhos funcionavam, sobre as lojas que ele atendia por mais de uma hora; ele também falou que iria fazer fotos seminua, mas com respeito e enrolou muito; quando a outra moça chegou ele fez com que se conhecessem e depois foi intercalando as fotos, primeiro com uma, depois com a outra; viram as fotos uma da outra; ele informou que teriam que conviver com várias pessoas dentro dos estúdios de fotografia; isso era normal e deviam se acostumar em trocar as roupas na frente de outras pessoas; despiu a roupa; ele fez vídeos e fotos sensuais; ele fez isso com a outra moça também, mas em momento distinto do seu; o ensaio da outra moça foi mais rápido e ela foi embora; em seguida ele fez outras fotos da declarante; enquanto ele fazia as fotos ele a tocou muitas vezes; dizia que era um procedimento normal, que deveria adaptar-se e que estavam procurando meninas desinibidas, que não tivessem vergonha de ser tocadas; ele tocou em seus seios e em seu órgão genital e falava que a declarante teria que se acostumar para perder a vergonha; trocou de roupa na frente da outra moça e ela na sua presença, mas as fotos foram feitas separadamente; o nome

da moça é J.; foi ao e estúdio apenas neste dia, não retornou; não conhece as demais vítimas, mas soube que os mesmos fatos ocorreram com outras meninas pelo jornal; depois que os fatos ocorreram retornou para Rio dos Cedros-SC porque ficou muito mal com o que aconteceu; depois de decorrido um mês registrou a ocorrência na delegacia e soube por meio das redes sociais que no mês de abril o acusado foi preso; ao se despedir o acusado propôs que retornasse para outras fotos prometendo encontrar trabalho para a declarante; o ensaio durou muito tempo, chegou ao estúdio por volta das dez e meia e saiu já passava do meio dia; ele falou que fez vídeos e fotos dos ensaios, mas pediu para ver e ele não mostrou e nem encaminhou as fotos para a declarante; durante as fotos íntimas ele passou as mãos pelo corpo da declarante muitas vezes; ele não cobrou pelo ensaio; o acusado entregou um termo para a declarante assinar; neste termo constava que as fotos não seriam divulgadas e também que se a declarante aceitasse o trabalho ele apagaria as imagens; ele prometeu conseguir trabalhos para a declarante; as fotografias foram feitas separadas, não viu o ensaio da outra moça, nem ela o seu (audiovisual de fl. 297).

NSS, vítima, disse: encontrou o acusado no 28 de setembro de 2018, conforme descrito na denúncia, mas também por outras vezes; tomou conhecimento acerca da oportunidade de trabalho através do site OLX e também do site do SINE; o cargo anunciado era para auxiliar de fotografia; os contatos foram feitos diretamente com o acusado; a primeira vez foi ao estúdio do acusado, mas não realizou o ensaio fotográfico porque seu namorado na época não permitiu; a proposta de trabalho feita pelo acusado era para o cargo de auxiliar de fotografia, mas ele afirmou que deveria também servir como manequim para ele realizar testes antes de tirar fotos das modelos; além disso auxiliaria nos eventos e nos ensaios; naquela época não aceitou a proposta porque tinha que tirar a roupa; ele explicou que realizaria fotos sensuais; não aceitou também pelo fato de ele ter dito que faria vídeos e não entendeu a necessidade disso; tinha vinte e um anos na época; mantinha contato com o acusado porque estava a procura de trabalho; encontrou o acusado seis meses depois deste primeiro encontro relatado; encontrou o acusado outras duas vezes; na segunda vez fez uma entrevista e não aceitou o trabalho; fez o ensaio fotográfico na última vez que esteve no estúdio do acusado; levou uma câmera fotográfica porque ele prometeu que a ensinaria a tirar fotografias; inclusive neste dia que realizou o ensaio ele disse que uma modelo viria para também fazer o ensaio, mas não apareceu ninguém; acreditou no acusado porque não tinha experiência na área e era um profissional que estava falando; antes do ensaio ele trancou a porta; ele sentou na mesa de frente para a declarante e pediu para tirar a roupa; determinou que sentasse em uma cadeira meio deitada; ele afirmou que a declarante não poderia ter vergonha porque perderia a vaga, já que havia várias meninas interessadas; na época precisava de dinheiro e aceitou fazer o que ele determinou; nesta entrevista ele não informou em nenhum momento que estava filmando; os policiais a informaram que o acusado havia filmado tudo; enquanto ainda estava nua ele também falou que teria que assinar um contrato; ficou por um bom tempo sentada na cadeira, sem as roupas; não tem ideia de quanto tempo ficou sem roupa; no final ele pediu para encostar em uma parede que ele faria fotos; enquanto estava ali sentada passaram várias coisas pela sua cabeça, mas precisava de dinheiro; ficou bastante constrangida; em seguida ele a mandou colocar as roupas para tirar fotos no estúdio; foram até o estúdio e tirou fotos usando roupas íntimas; cada vez que trocava de roupas ele pedia para tirá-las devagar para ele tirar fotos; o acusado pedia para trocar as roupas na frente dele; sabia que havia um banheiro no local porque na primeira vez que esteve ali precisou ir; a maioria das meninas não sabia da existência deste banheiro porque não era muito visível; questionou a ele porque não poderia trocar as roupas no banheiro e ele afirmava que deveria ser desinibida senão não conseguiria a vaga; como a declarante não sabia andar de salto alto ele falou que ensinaria; num dos momentos que estava sem roupas ele pediu para colocar sapatos de salto e começar a andar; neste momento, cada vez que passava pelo acusado ele a tocava, passando a mão por seus seios e nádegas; questionou o acusado por várias vezes porque ele estava procedendo daquela maneira e ele afirmava que se não permitisse não conseguiria a vaga; ele argumentava que isso seria natural depois e a declarante pensava que poderia ser verdade; ele afirmava que se não fosse mais natural e desinibida não conseguiria a vaga várias vezes; por isso, apesar de estar muito constrangida,

tentou parecer que estava tudo bem; andou pelo estúdio várias vezes e ele a tocava; depois de um tempo ele tirou várias fotos e a fez fazer várias poses que dizia serem sensuais; em determinado momento ele falou que precisava encostar em seu órgão genital e tirar foto para ver como ficava seu rosto; viu esta foto em seguida e seu rosto demonstrava muito constrangimento; depois foi novamente ver todas as fotos; quando ele tirou a foto ele demorou mais no toque em seu órgão genital, mas por várias vezes ele apalpou o corpo da declarante; ele não fez carícias, mas durante algumas fotografias ele pediu para a declarante se tocar para parecer sensual nas fotos; ele queria que a declarante se masturbasse, mas não conseguiu, estava muito envergonhada; outro dia voltou lá para receber o valor que ele prometeu que pagaria, viu as fotos e falou que não queria mais o trabalho; ele prometeu e pagou o valor de cem reais pelas fotos que fez; saiu bem mal do ensaio fotográfico; ficou sentada no ponto de ônibus muito tempo; sentiu-se suja e achou que era culpada pelo que tinha acontecido; atos mais invasivos não ocorreram porque impediu afirmando que não havia motivo para aquilo; no dia no ensaio, quando chegou havia uma menina de Pomerode-SC lá, mas, para a sorte dela, ela desistiu; não fez fotografias na presença de outras pessoas além do acusado; foi lá para ser fotógrafa, mas ele afirmou que teria que ser manequim dele até porque poderia aparecer algum trabalho como modelo e poderia receber valores extras; na primeira conversa ele não falou que teria que desfilas de salto alto e despida; fotos sensuais são feitas sem roupas ou de roupas íntimas, mas os toques pelo corpo não estavam previstos (audiovisual de fls. 298-230).

V de A S, vítima, disse: conheceu o acusado em seu estúdio fotográfico; pesquisou no Google algumas empresas que contratam modelos e apareceu o contato do réu; enviou um e-mail para o acusado; ele retornou o contato afirmando que a declarante não poderia fazer o ensaio fotográfico porque era menor na época; ainda tem dezessete anos; ele agendou uma entrevista; foi até o estúdio do réu acompanhada pela mesma pessoa que a está acompanhando neste ato; depois da entrevista foi ainda duas ou três vezes no estúdio do réu; o acusado pediu que apresentasse uma autorização de seus pais para realizar o ensaio fotográfico; a autorização demorou um pouco para chegar porque seus pais moram na Bahia; quando a autorização chegou, marcaram o ensaio; na entrevista o acusado pediu que agisse de forma sensual e que poderia se sentir segura em sua presença; pediu, também, que a declarante fosse desinibida; falou que não aceitaria fazer fotos sem roupas, seus pais não autorizariam; ele falou que as fotos seriam feitas com roupas normais e também roupas íntimas e de biquíni; nestas condições fez três ensaios fotográficos; não fez fotos nuas, mas o acusado determinou que a declarante trocasse de roupa em sua frente para não ter vergonha, ele afirmava que isso era necessário porque no mundo das modelos isso era normal; o acusado falava e mostrava que as câmeras estavam viradas, mas não sabe acerca de câmeras escondidas; o acusado não tocou em suas partes íntimas, mas durante a entrevista ele passou a mão em seu corpo, ele dizia que era para ver se precisava modificar alguma coisa; ele não tocou em seu seio nem na sua genitália; as fotos com menos roupa foram de lingerie e biquíni, não ficou com partes íntimas à mostra; quando ele pediu para ser sexy nas fotos na verdade ele falou que deveria estar excitada; ele falava trabalhe seu psicológico, pense em algo que te excite ; trocou de roupas na frente do acusado apenas uma vez e neste momento ele fingia que estava olhando as câmeras; viu as fotos; ele marcou um dia específico para mostrar as fotos para a declarante; o acusado sempre insistia para fazer mais fotos; ele informou que as fotos ficariam armazenadas em um pendrive e que não poderia expor as fotos; estava no estúdio do acusado quando os policiais chegaram; neste dia não fez as fotos em razão da chegada dos policiais; fez três ensaios fotográficos; o acusado a tocou apenas na entrevista, estes toques foram na barriga para ver se tinha gorduras localizadas (audiovisual de fls. 298-300).

J T, vítima, disse: estava precisando de emprego; abriu o site do LinkedIn e mandou currículo pra várias contas; no dia seguinte, J respondeu pelo Whatsapp pedindo para que fizesse um cadastro em um site; fez o cadastro no site e ele lhe pediu que fosse na semana seguinte; acabaram adiando para outra data; acredita que o réu teria dito que era R\$ 170,00 (cento e setenta reais) a hora; ele afirmou também que fotografava para várias marcas famosas; pediu para que levasse 3 peças de roupa, como biquínis, lingerie, vestidos, salto alto e saias; no dia combinado, foi sozinha e encontrou outra moça no estúdio, que também faria o teste;

não sabe o nome dessa moça e nada sobre ela; o teste dessa outra moça era de nudes e o seu era de biquíni/lingerie; J. pediu que ambas tirassem as roupas; fizeram o teste juntas; ele disse que fazendo o teste juntas se sentiriam mais confortáveis; nunca fez outro teste de fotografia antes; parecia estar tudo certo; ele teria dito que sua irmã era advogada, que estava tudo dentro da lei e que as fotos não seriam divulgadas em nenhum site; ele dizia que aquilo era só um ensaio, que as fotos seriam apagadas e tinham que se sentir à vontade perto dele; “o réu encostava na gente; ele fazia assim (gestos nos seios); encostava embaixo (gestos na genitália) e em todo lugar; mandava virar de costas, de frente uma para a outra; pedia para sentar na mesa e abrir as pernas; ambas estavam completamente nuas; foi para casa e pesquisou se um fotógrafo poderia encostar, já que não tinha noção nenhuma; viu que não podia; mandou uma mensagem para ele dizendo que não iria mais lá, já que ele tinha marcado um retorno; mandou mensagem perguntando por que ele tinha feito isso, por que ele tinha encostado e por que só tinha ele no estúdio; o réu desviou o assunto e disse que tinha uma equipe toda por trás disso; no dia do teste elas não estavam, mas que no dia do ensaio essas pessoas estariam; não lembra se esse teste foi filmado, mas acha que não; o réu teria dito que a declarante era ruim de passarela; tinham que ir andando na direção do acusado e parar, ele encostava as mãos nos seios; encostava em outras partes também; dizia, como pretexto para os toques, que a declarante não estava se desenvolvendo, se sentindo a vontade e que não estava fazendo carão para a câmera; quando foi embora a outra menina ficou lá; assinou um termo dizendo que as fotos seriam apenas para ensaio e que seriam apagadas no mesmo dia; quando chegou em casa, mandou mensagem para ele pedindo que apagasse as fotos; não sabe se ele apagou ou não; não fez reconhecimento por fotos na delegacia; todas as peças de roupa que levou foram usadas no teste; os R\$ 170,00 mencionados não se referiam ao ensaio realizado no estúdio; era para a profissão; esse valor ele pagaria à declarante quando ela fizesse o trabalho na qual ele fosse chamado para fotografar; esses trabalhos poderiam ocorrer em outros lugares, como ambientes externos; no dia do teste não recebeu nada já que era apenas um teste; quando recebeu a proposta de trabalho, o réu não fez menção de que o teste seria sem roupas, mas na hora, para melhorar a sua desenvoltura, ele pediu que tirasse; ele também fez toques na vagina; não sabe quantos toques foram ao total, mas foram vários; cada vez que desfilava, ele tocava; no momento das fotos, o réu também encostava dizendo para fazerem carão; todos os toques foram quando a declarante estava sem roupas; (audiovisual, fls 262-264).

A X da S, vítima, disse: ficou sabendo da proposta de trabalho pela internet; não se recorda o nome do site; mandou cadastro para vários sites; J mandou mensagem pelo Whatsapp e por e-mail; tratava diretamente com o réu; ele pediu que a depoente levasse roupas, como biquíni, lingerie, uma peça de roupa normal, uma peça de roupa casual; não disse como seriam as fotos; o réu teria dito que primeiro faria uma avaliação do perfil, para saber se a declarante poderia ser modelo; as algumas fotos seriam com roupas íntimas para ver a postura e se teria o perfil adequado para ser chamada depois; não falou sobre fotos nuas; no decorrer do ensaio, ele disse que se a declarante quisesse, poderia ir tirando as roupas; disse que não faria isso e então ele começou a tocar; passou a mão nos seios e “embaixo”; começou a ficar com nojo porque ele tem uma cara horrorosa; pensou o que eu estou fazendo aqui e quis se retirar; não sabe quando tempo ficou no estúdio; J. teria dito que depois da avaliação do perfil da declarante, viriam outras modelos; ele encostaria algumas vezes para ver se a declarante ficaria nervosa, já que posteriormente ela teria contato físico com as outras modelos; estavam somente os dois no estúdio; primeiro ele fez as fotos e ao final, quando ele começou a encostar, a declarante se retirou; primeiro foram feitas fotos de roupa, depois de biquíni e posteriormente de lingerie; não foram feitas fotos nuas; ele sugeriu que fotografasse nua, mas não quis; os toques foram feitos no momento em que estava de roupas íntimas; ele primeiro apalpou assim (gestos nos seios) e depois foi direto na vagina; saiu de perto e ele pediu desculpas; disse que queria ver como a declarante se comportaria e que era um procedimento das modelos; ficou com nojo; não queria mais fazer as fotos e ficar na sala; J teria dito tudo bem; a declarante pediu que ele jogasse as fotos fora, pois percebeu que ele era um psicopata; o acusado teria segurado um pouco a porta e quando disse que seu namorado estava aguardando no lado de fora, ele soltou; no estúdio tinha um banheiro para fazer as trocas de roupa; o réu não disse se teriam

câmeras monitorando o local; não sabe se tinham mais câmeras além da que ele estava usando; não sabe dizer se os toques nos seios foram feitos por dentro ou cima da lingerie; o toque na vagina também ocorreu e logo após disso que se retirou; acredita que a aproximação do réu foi pelo fato que a declarante se trocou de roupa próxima a ele; (audiovisual, fls. 262-264).

A S e S, vítima, disse: já trabalhou como modelo freelancer antes; já participou de algumas seleções, mas não é agenciada; estava precisando de dinheiro e queria a oportunidade para colocar no currículo; digitou modelo, vaga, Blumenau no site do SINE e apareceu esta vaga; entrou no site do acusado e colocou o endereço no Google para ver o endereço; percebeu que já havia passado por ali e não era um lugar estranho; no site do réu tinha um formulário para preencher e tinham perguntas, como dados pessoais, medidas e qual o tipo de foto a modelo estaria disposta a fazer; acredita que marcou as opções foto de biquíni e foto de roupa normal; não marcou a opção nu, pois não se sentiria confortável; o acusado entrou em contato por whatsapp e marcou uma entrevista; J. sempre se referia a nós, como equipe [...]; só depois descobriu que a equipe era somente o acusado; questionou ao réu se sua mãe poderia acompanhá-la; J teria respondido que o estúdio era pequeno, que a entrevista era entre o fotógrafo e a modelo e que a sua mãe poderia ficar em um lugar perto do estúdio; achou um pouco estranho; no dia marcado não conseguiu ir; o acusado mandou mensagem a semana inteira pedindo confirmação e que se acontecesse alguma coisa era pra avisá-lo; remarcou nova data e foi sozinha; acredita que o réu tenha pedido para levar três peças de roupas, como lingerie roupa normal e uma roupa esportiva; no momento das conversas por whatsapp, olhou a foto de perfil do acusado e o reconheceu como sendo o coordenador da escola em que estudava; como o conhecia, achou que não teria problema algum; no dia das fotos o réu a recebeu muito bem e foi muito receptivo; ele explicou como seria e trouxe uma pilha de papeis, um contrato, para assinar; disse que durante a sessão de fotos ele pediria para que tirasse a roupa, mas que não seria assédio; provavelmente passaria a mão para ver como a declarante reagiria diante das câmeras, o que chamou sua atenção, já que nenhuma agência havia lhe pedido para tirar a roupa antes; o réu afirmou que pediria para que fizesse algumas posições e que se a declarante fizesse, seria uma boa modelo, já que uma modelo tira suas roupas na frente de várias pessoas e não sei o que, e não sei o que; mostrou papeis que diziam ser direito de imagem; afirmou ainda que após as fotos serem tiradas, ele as apagaria na sua frente; pediu para a declarante assinar; não assinou nenhum já que queria ler antes; explicou os procedimentos e falou que antes de tudo a declarante tinha que tirar a roupa; passaria a mão, pediria para fazer poses e que a tocaria na frente das câmeras; viu que tinha uma câmera posicionada mais acima, num armário, mas acho que ele apenas tinha colocado o equipamento ali; não sabe se essa câmera estava filmando ou não, mas ela estava posicionada em sua direção; quando se deu conta da situação, falou que não queria, pois estava assustada e iria embora; pegou suas coisas e foi embora o mais rápido possível; ao chegar lá embaixo, viu que a porta do prédio estava trancada; estava ao telefone com sua mãe e contou a situação; voltou ao estúdio e pediu para J abrir a porta de saída do prédio; pediu um uber e voltou para casa; fez questão de guardar a situação apenas para si e sua mãe; pensou que pudesse ter sido apenas algo da sua cabeça ou que pudesse ter interpretado errado; até que dois meses atrás recebeu a notícia, já que ele era coordenador da sua antiga escola; percebeu que tinham várias vítimas, inclusive uma menor; se sentiu culpada, pois se tivesse falado antes, não teria chegado até esse ponto; no dia do ensaio chegou entre 19h30min e 20h00min; J. que a buscou no térreo do prédio; é um prédio comercial; o acusado não lhe tocou em nenhum momento; ele fez a proposta e a declarante não aceitou; ficou com muito medo do réu fazer o que tinha dito que poderia fazer, já que achou as propostas bem invasivas; (audiovisual, fls. 262-264).

C L D, vítima, disse: estava procurando emprego e ficou sabendo por meio de um site; enviou o currículo, recebeu e-mail e J. entrou em contato por Whatsapp; o acusado agendou uma data para o primeiro ensaio; no dia das fotos, o réu explicou os termos e pediu para que a declarante tirasse a roupa, já que ele utilizava um programa para verificar as medidas do corpo das modelos; ele disse que colocaria uma câmera para observar a declarante; estava sozinha no dia do ensaio; acredita que depois desse ele marcou mais 3 ensaios

fotográficos; durante a sessão de fotos, o réu alegava que ele teria que arrumar a roupa da modelo e a declarante tinha que se acostumar com aquilo, como etiqueta da calcinha; para trocar de roupa, tinha que ser também na frente do acusado, já que a carreira exigia que a modelo trocasse de roupa na frente de qualquer pessoa; no primeiro ensaio ele não tocou na declarante; voltou para saber o resultado do ensaio; o réu disse que a declarante não atingiu a nota necessária, mas que tinha tirado 6,4; assim, ele ofereceu um curso com dois ensaios, com um curso de passarela; mais tarde, seria feito um terceiro ensaio para ver como ocorreria; durante esse curso de passarela, todas as vezes que a declarante deveria parar de andar, o réu colocava a mão ou nos seios ou na vagina; durante o ensaio fotográfico, o réu pedia para que a declarante olhasse para ele como se quisesse seduzi-lo; no final do ensaio, ele disse que tocaria nos seios e na vagina da declarante para ver a sua expressão quando alguém lhe tocasse; as fotos seriam apenas do rosto; J. disse à declarante tinha que fazer isso para ver como a modelo reagiria; tentava ir para trás, já que estava se sentindo desconfortável, mas tinha parede; dizia não, não consigo; o acusado tocou nos seios e na vagina; J. não fez nenhuma outra proposta de relação sexual; ele teria dito que em todos os ensaios a declarante teria que fazer fotos nuas; no primeiro ensaio o réu lhe pediu para que levasse roupas, como vestidos, saias e blusas, 2 lingerie ou baby doll e 2 biquínis; nos outros ensaios ele teria dito que só a lingerie era suficiente; as fotos do primeiro ensaio não seriam enviadas, já que era apenas um teste para ver o desempenho; depois da seleção ele faria um novo book e essas fotos seriam de biquíni; essas fotos ele enviaria para os clientes; não lembra qual o nome do site; pesquisou para se cadastrar como modelo; só depois que o réu enviou o link que teve acesso ao site do acusado; antes do primeiro ensaio a declarante fez uma espécie de entrevista com o réu; ele teria dito que o ideal seria que a declarante ficasse nua; a declarante aceitou as condições, já que ele disse que não seriam tiradas fotos de seus órgãos genitais e que após o ensaio lhe mostraria as fotos e estas seriam deletadas; após a sessão, o réu lhe mostrou as fotos e tinham algumas que aparecia os órgãos genitais; o acusado não apagou nenhuma foto na sua frente; as trocas de roupas eram feitas na frente do réu; ele dizia que a declarante tinha que se trocar na frente dele; não sabia que estava sendo filmada; a câmera aparente no estúdio, o acusado dizia que era para luz; foram vários toques nos seios e estes foram diretamente na pele, sem roupa nenhuma; na vagina também foram vários toques e todos sem nenhuma roupa; ele dizia que os desfiles tinham que ser sem roupa; no dia do suposto treinamento, no momento das fotos, o réu começou a masturbá-la e começou a colocar um pouco do dedo na sua vagina; ficou assustada e foi um pouco para trás (audiovisual, fls. 262-264).

T de S, vítima, disse: viu um anúncio de J em um site de emprego (não lembra o nome do site); entrou em contato com ele; o réu explicou como seria, disse o local, mandou e-mail e Whatsapp; não viu mais ninguém além do acusado; o réu lhe pediu que levasse algumas roupas, vestido, biquíni e lingerie; ele disse à declarante que ela não poderia levar ninguém; combinou com a declarante que teria nu artístico; no dia das fotos, fez uma entrevista de trinta minutos em uma sala separada; como já tinha feito outros trabalhos como modelo quando mais nova, não lhe pareceu nada demais e ele aparentava estar tranquilo; perguntou se o réu trabalhava com menores de idade, já que era nu artístico; o réu teria dito que era sério; não passou nenhuma desconfiança; na sala ao lado, ele lhe pediu que tirasse as roupas para avaliar o seu corpo; o acusado pegava bastante em seu cabelo, que na época era comprido; após os fatos cortou seu cabelo; além do cabelo, o acusado tocou nos seus seios e na sua vagina; dizia que a declarante não estava excitada e a pedia para se esfregar em uma parede, abrir suas pernas e ficar de ponta cabeça olhando para ele; o réu pedia para que a declarante seduzisse ele; estava perturbada, pois parecia ter algo ali, como outra câmera; não tem certeza do que era, já que tinham muitas tralhas no local; o acusado colocava a sua mão na sua vagina e dizia, vou tentar te excitar; preciso que tu que fique mais excitada e que tu me excite; colocava a câmera perto de seu rosto e fazia os toques; falava ainda que a declarante não estava excitada o suficiente e que precisava se soltar; começou a passar mal; era um ambiente muito quente; pediu para ir ao banheiro e o réu não deixou; pediu para parar, já que estava cansada, e ele não deixou; pelo fato do réu não deixá-la ir ao banheiro, começou a ficar

insegura; não sabia se o acusado tinha alguma coisa escondida, como uma arma, mas acha que ele poderia fazer alguma coisa; o réu pediu para que a declarante retornasse outro dia, já que tinha interrompido; ficou com medo e não voltou mais, não atendeu as chamadas do réu e nem respondeu o Whatsapp; não sabe se ele gravou o ensaio; ficou com medo de que as fotos do dia do ensaio vazassem; esse seria o único motivo pelo qual voltaria no estúdio; durante a entrevista a declarante concordou em ficar nua, mas J. não lhe disse que faria toques; as trocas de roupa ocorriam na frente do acusado; pediu para tirar a sua roupa em um local próprio e sozinha, mas o acusado pedia para que trocasse em sua frente, que ele tiraria a roupa e bem devagar; houve relutância por parte do acusado quando disse que não queria mais fazer o ensaio; foram entre 8 e 10 toques nos seios/mamilos; foram vários toques na vagina e com masturbação (audiovisual, fls. 262-264).

J A F, testemunha, disse: tem conhecimento dos fatos narrados na denúncia; conheceu o acusado através de sites de modelos; combinou o acusado de fazer as fotos no estúdio dele; não recorda o nome do site, mas fez um cadastro e recebeu um e-mail do acusado; combinou a data do ensaio fotográfico diretamente com o réu por mensagem; ele pediu que levasse ao ensaio uma lingerie, um biquíni e um vestido; imaginou que seriam tiradas fotos sensuais em razão da lingerie, mas só ficou sabendo que teria que fazer fotos nuas na hora do ensaio; no momento do ensaio não havia mais ninguém no estúdio, apenas a depoente e o acusado; inicialmente ele fez uma entrevista e pediu para a depoente assinar um termo; ele explicou que teria que se acostumar com alguém passando a mão em seu corpo e, por isso, ele teria que passar as mãos pelo corpo da depoente, para ir se acostumando; o acusado também afirmou que meninas que fizeram os ensaios fotográficos com ele e eram grandes modelos tinham passado pelo mesmo procedimento; na sala do escritório de advocacia onde fizeram a entrevista o acusado pediu para a depoente tirar as roupas e encostar em uma parede; pediu, ainda, para ir se abaixando e fazendo poses; neste momento ele afirmou que estava fotografando e precisava tirar as fotos de diversos ângulos neste momento ele perguntou se poderia tocar em seis seios; ficou ressabiada mas permitiu; em seguida ele foi apalpando seu corpo e suas partes íntimas; ele justificou a necessidade dos toques dizendo que quando a depoente fosse modelo, as meninas iam colocar as roupas e iriam tocar seu corpo, por isso os toques eram para já ir se acostumando a isso; ele tocou seus seios e seu órgão genital; não houve toques mais invasivos, mas dava para ver que ele tocava profundo; neste momento estava sem roupas; na delegacia soube da existência das outras vítimas; a entrevista e estas fotos duraram menos de uma hora; o acusado enviou mensagem pedindo para a depoente retornar ao estúdio para ver as fotos e fazer um novo ensaio, mas recusou porque ficou desconfiada; achou que iria ficar sem roupas e o acusado ia fazer as fotografias, mas não sabia que ele iria tocar em seu corpo; no momento houve seu consentimento para os toques porque ele ia apalpando a depoente e falando vou tocar nos seus seios e apertava, vou tocar na sua vagina e tocava (audiovisual de fls. 262-264).

F P N, testemunha, disse: soube dos fatos através do delegado; é proprietária de uma loja localizada nas proximidades do estúdio fotográfico do acusado; ele a procurou e propôs uma parceria; a depoente fornecia roupas de sua loja para ele usar nas modelos e as fotografias que ele fizesse a depoente poderia usar em suas redes sociais para publicidade; acha que este primeiro contato do acusado ocorreu no mês de novembro ou dezembro do ano de 2017; não recorda ao certo o mês porque manteve contato com o acusado apenas duas vezes, uma no dia em que ele ofereceu a parceria e outra no dia em que ele entregou as fotos; antes do primeiro contato nem sabia que o estúdio fotográfico existia; as fotos eram de apenas uma menina; ele levou a menina na loja; num primeiro momento achou que a moça tinha corpo de menina, não de mulher e não tinha muito a ver com a proposta da loja, mas, mesmo assim, emprestou as roupas; não recorda o nome da moça; não sabe se ele tinha parceria com outras lojas ou empresas; acha que sua loja fica no mesmo lado da rua que o estúdio do acusado; não via a movimentação da rua porque ficava na parte de trás de sua loja; não conversou com a moça; ela apenas provou as roupas e era bem tímida; o acusado mostrou um portfólio para a depoente, mas não sabe para quem ele fez aquelas fotos; não perguntou a idade da modelo, apenas viu que ela era uma menina; postou apenas uma foto na rede social Instagram; fez uma limpeza nas fotos

da referida rede social pouco antes de saber dos fatos e excluiu esta fotografia (audiovisual de fls. 298-300).

J M D, testemunha de defesa, disse: é professor de educação física; conhece o réu do trabalho; atuavam juntos no CEDUP; J. era coordenador do curso de informática e não ministrava aulas; como profissional sempre foi muito correto; não tinha contato fora do trabalho; não recebeu nenhuma reclamação dos alunos sobre o acusado; sabia que J era fotógrafo, mas não sabia o que fotografava; não teve acesso a nenhum tipo de trabalho do réu; (audiovisual, fls. 262-264).

O da S S, testemunha de defesa, disse: é diretor do CEDUP; se conhecem do ambiente de trabalho; como professor sempre foi muito profissional; nunca soube de nenhuma reclamação com relação ao réu, mesmo depois de noticiado na imprensa; não tem convivência com J. fora do trabalho; (audiovisual, fls. 262-264).

D P C, testemunha de defesa, disse: atualmente exerce a função de assessora de direção; conhece J. desde quando ele entrou na escola para atuar como professor; nunca chegou ao seu conhecimento nenhum tipo de reclamação referente ao comportamento do réu; o acusado sempre foi muito comprometido com seu trabalho; não tinha convivência com J fora do ambiente de trabalho; atualmente, o réu atuava como coordenador do curso de informática; nunca deu aula particular na escola; (audiovisual, fls. 262-264).

W R P, testemunha de defesa, disse: não trabalha mais no CEDUP; mas conhece o réu da escola; nunca recebeu nenhum tipo de reclamação em relação ao acusado; não tinha nenhum tipo de contato com J fora da escola; sabia que réu atuava como fotógrafo; não sabia que tipo de fotografia ele tirava; (audiovisual, fls. 262-264).

N T dos S P, testemunha de defesa, disse: conhece J do ambiente de trabalho; ambos trabalhavam no CEDUP; o réu era coordenador do curso de informática e atuava diretamente com adolescentes; extremamente profissional e sempre cumpriu com todas as suas obrigações; depois que os fatos vieram a público, nunca se escutou nenhuma reclamação; nunca escutou nenhum comentário pejorativo em relação ao acusado; não conhece o estúdio fotográfico, mas sabia que ele tinha; nunca mostrou nenhuma foto que envolvesse mulheres, apenas paisagens; ouviu falar que ele trabalhava como fotógrafo de modelos; (audiovisual, fls. 262-264).

J C H E, acusado, disse: antes de ser preso trabalhava no CEDUP há mais de oito anos, com períodos de afastamento; tinha também a atividade em seu estúdio; trabalha com mídia digital há algum tempo; tem a empresa de informática desde o ano de 1995; há dois anos trabalhava como coordenador dos cursos de TI do CEDUP, antes ministrava aulas, para os adolescentes inclusive; no estúdio tinha um projeto de um livro de poses; planejava uma nova exposição fotográfica e queria um staff de modelos para empresas que precisassem de modelos fotográficos; fez anúncios do processo de seleção de modelos através do site do SINE e de um site próprio que mantém; esse site tem fotografias de modelos e exposição de fotos que fez no SENAI no ano de 2015; as modelos entravam em contato geralmente através do whatsapp, pedia que elas preenchessem um cadastro no site e marcava uma data para entrevista com as candidatas; esta entrevista durava cerca de quarenta e cinco minutos e nela informava os perfis desejados; no site havia uma lista com treze critérios que as modelos deviam preencher, inclusive o perfil erótico e sensual; era combinado previamente; havia formulários que as modelos preenchiam; explicava todo o procedimento previamente às modelos; elas tinham plena ciência do que seria feito e inclusive escreviam de próprio punho a concordância no dia da entrevista, antes de qualquer tipo de avaliação ou mesmo do processo de verificação da postura, como por exemplo, desembaraço para trocar de roupas; na entrevista explicava, às vezes, que se a moça apresentava desconforto em estar nua ela deveria avaliar se estava disposta a isso; não tinha a intenção de incentivar as moças a fazer nada que não estivessem dispostas a fazer; tentava deixar as modelos tranquilas, afirmando que não tinha nenhuma intenção de assediá-las sexualmente; deixava isso bem claro; os vídeos são bem claros, mas a ideia era observar se elas se incomodavam ou não se alguma parte fosse tocada; apalpava as vítimas para confirmar se elas se incomodavam ou não com os toques; se a moça apresentasse alguma

aversão e como elas assinavam os termos de ciência, cessava os toques; no início da entrevista deixava claro que ocorreriam toques nas partes íntimas; sempre perguntou se haveria algum problema nos toques; o perfil de modelo que estava procurando era de moças que não se incomodassem com eventuais toques durante as trocas de roupa; como as primeiras fotos eram de nudez, pedia para que elas tirassem a roupa ali para avaliar; quer deixar bem claro que não tinha qualquer intenção de assédio ou de ter relação sexual com as modelos; elas tinham ciência de que todo o processo de retirada das roupas e todos os demais procedimentos que executava estavam sendo filmados; filmava com câmeras expostas, inclusive conduzia a câmera para outras posições na frente delas; os ensaios normalmente eram individuais, mas acha que em uma oportunidade houve um ensaio em dupla; depois desta primeira avaliação, algumas moças retornavam, outras não; elas tinham ciência que iria tocar as partes íntimas, mas não acariciar; os termos a que se refere são os que estão no processo e eram previamente assinados; os toques se deviam a necessidade de eventualmente, nos trabalhos, ser preciso ajeitar o sutiã ou a calcinha da modelo; não lembra se masturbou alguma modelo para que ela ficasse excitada, mas no retorno de uma das modelos pediu que ela se masturbasse para mostrar-se desinibida; ela aceitou, nada foi forçado; as fotos e vídeos que estão no processo estavam armazenados em um HD; os policiais pegaram um pendrive onde estavam os ensaios mais recentes; o HD estava dentro de um casaco; como havia muitas fotos de modelos neste HD não o entregou à polícia porque ficou receoso que as fotos viessem a público; o delegado encontrou o HD, mas mostrou a ele como fazer para acessar as imagens; de toda forma nunca se opôs a entregar materiais; na entrevista deixava claro às modelos que em ensaios fotográficos de roupa de praia, roupa íntima e em foto nuas poderia existir a necessidade do toque nas partes íntimas para correção de poses; não percebeu constrangimento nas modelos; a única moça que se sentiu incomodada com os toques levou consigo os termos, e pediu para apagar todas as fotografias; fez o que ela solicitou; não é verdade que agiu de forma fraudulenta porque realmente tinha alguns clientes que queriam as fotos, mas precisava das modelos para executar os trabalhos; por isso contesta a afirmação de que as fotografias eram para satisfação da lascívia, sua real intenção era fazer avaliação da desenvoltura das modelos para posar nuas ou quanto ao toque em seu corpo, para que não prejudicasse eventual sessão fotográfica; antes de executar qualquer atividade a modelo assinava o documento de ciência do que seria feito; este termo constava inclusive que se a moça quisesse, por alguma razão, encerrar a avaliação ou o ensaio não precisaria pagar nenhum valor; além do termo de ciência, assinado previamente, havia um outro termo que a modelo assinava ao final da sessão; neste termo final estava escrito que não haveria nenhum tipo de publicidade das fotos, a não ser que houvesse consenso expresso da modelo. Além disso constava que todo o processo tinha sido feito da forma acordada no início; se a modelo não assinasse o termo inicial não realizava o ensaio; em relação à menor quer esclarecer que o procedimento foi totalmente diferente, não houve nenhum contato físico com a modelo e não houve filmagem; além disso as fotos foram feitas com ela totalmente vestida, com lingerie, biquíni e roupa normal; inclusive a menor estava no estúdio no dia de sua prisão e ela estava totalmente vestida (audiovisual de fls. 298-300).

2.2 Dos crimes de violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP)

O crime de violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP) consiste em ‘ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.’

Sobre o tipo esclarece Rogério Greco:

‘Para que sejam levadas a efeito as condutas previstas no tipo, isto é, para que o agente tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém, deverá se valer da fraude ou outro meio que impeça ou dificulte manifestação de vontade da vítima. A fraude, portanto, é um dos meios utilizados pelo agente para que tenha sucesso na prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. É o chamado estelionato sexual. A fraude faz com que o consentimento da vítima seja viciado, pois que se tivesse conhecimento, efetivamente, da realidade não cederia aos apelos do agente. Por meio da fraude, o agente induz ou mantém

a vítima em erro, fazendo com que tenha um conhecimento equivocado da realidade’.

As declarações das vítimas A de C G, J T, A X da S, A S e S, T de S, C L D, V de A S e N S S, os depoimentos dos agentes de segurança pública e as fotografias e filmagens contidas nas mídias arquivadas em Cartório comprovam a prática dos crimes e sua autoria.

Com efeito, extrai-se do conjunto probatório que o réu, J C H E, anunciou, em diversos sites de agência de emprego como SINE, CATHO, LinkedIn e INFOJOBS, além de sites de comércio eletrônico como OLX, redes sociais e no próprio site do acusado, um processo de seleção de modelos sob o pretexto de formar um staff para empresas que necessitassem de modelos fotográficas. Foi dessa forma que o acusado angariou um grande número de mulheres, jovens e adolescentes, para ensaios fotográficos.

As vítimas entravam em contato com o réu, normalmente por meio de email e WhatsApp, e este pedia que preenchessem um cadastro em seu site. Em seguida, agendava uma entrevista com as candidatas em seu estúdio fotográfico. Nesse estúdio, o réu as convencia, em algum momento e por meio de argumentos diversos, que deveriam ficar nuas. Algumas tinham ciência que estavam sendo também filmadas, outras não. Conforme depoimento dos agentes de segurança pública, no local existiam diversas câmeras escondidas.

Ainda, durante as entrevistas e ensaios, consoante os relatos das vítimas em juízo, o réu praticava com elas atos libidinosos, como será demonstrado a seguir.

A ofendida A de C de G narrou, em síntese, que na época do fatos havia recém se mudado para Blumenau-SC e que procurava emprego. Após ver os anúncios do acusado e este a retornar, marcaram um dia para o ensaio. Durante o ensaio fotográfico, se despiu e o acusado fez vídeos e fotos sensuais. Narrou que enquanto o réu fazia as fotos ele a tocou muitas vezes. Afirmava que era um procedimento normal e que a declarante deveria adaptar-se. Estava procurando meninas desinibidas, que não tivessem vergonha de serem tocadas. A ofendida disse, ainda, que o réu tocou em seus seios e em seu órgão genital e falava que deveria se acostumar com isso para perder a vergonha.

J T, por sua vez, afirmou que estava precisando de emprego e, ao mandar currículo para diversas contas, foi respondida pelo acusado. Ele disse que seu teste seria de biquíni e lingerie. Afirmou, também, que no dia do teste encontrou outra moça no estúdio do acusado, o ensaio dela seria nua. Em um determinado momento, o réu pediu que ambas tirassem as roupas. Fizeram o teste juntas, pois, segundo o réu, se sentiriam mais confortáveis. A declarante disse que nunca havia feito um teste de fotografia antes e ‘parecia estar tudo certo’. Quanto aos atos libidinosos, disse “o réu encostava na gente . A declarante demonstra os toques por meio de gestos nos seios e na genitália. Disse ainda que o acusado as mandava virar de costas, de frente uma para a outra, e pedia para sentarem na mesa e abrir as pernas. A ofendida disse que posteriormente, em casa, pesquisou e viu que fotógrafo não poderia encostar na modelo. Afirmou que perguntou ao réu por que ele tinha feito isso, por que ele tinha encostado e por que só tinha ele no estúdio ; o réu desviou o assunto e disse que tinha uma equipe toda por trás disso. Segundo a ofendida, réu disse que a declarante era ruim de passarela e tinham que desfilarem na direção do acusado e parar, momento em que ele encostava as mãos nos seios e em outras partes do corpo. Ele também fez vários toques em seu genitália, cada vez que desfilava, ele tocava , e que todos esses toques ocorreram quando a declarante estava sem roupas. Como pretexto para os toques, ele dizia que a declarante não estava se desenvolvendo, se sentindo à vontade e que não estava fazendo carão para a câmera . O réu não havia mencionado que o teste seria sem roupas, mas na hora, para melhorar a sua desenvoltura, ele pediu que se despisse.

A X da S narrou que ao entrar em contato com o réu e agendar o ensaio, este pediu que a depoente levasse biquíni, lingerie, uma peça de roupa normal e uma peça de roupa casual. Ele não disse como seriam as fotos. Avisou que algumas fotos seriam com roupas íntimas para ver a postura da declarante e se teria o perfil adequado. O réu não falou sobre fotos nuas, mas no decorrer do ensaio, ele disse que se a declarante quisesse, poderia ir tirando as roupas. A declarante disse que não faria isso e então ele começou a lhe tocar.

Segundo a ofendida, o réu passou a mão em seus seios e “embaixo”. A declarante disse que passou a ficar enojada. Pensou o que eu estou fazendo aqui? e se retirou. Durante o ensaio, o acusado disse que encostaria algumas vezes para ver se a declarante ficaria nervosa, já que posteriormente ela teria contato físico com as outras modelos. Estavam apenas a declarante e o réu no estúdio. Não fez fotos nuas, apesar de ele ter sugerido. Os toques foram feitos no momento em que estava de roupas íntimas. Consoante a ofendida, o réu primeiro apalpou assim (a declarante mostra com gestos nos seios) e depois foi direto na vagina. A ofendida saiu de perto e o réu pediu desculpas dizendo que queria ver como a declarante se comportaria e que era um procedimento das modelos.

T de S afirmou que viu um anúncio do acusado em um site de emprego e entrou em contato com ele. O réu lhe pediu que levasse algumas roupas como vestido, biquíni e lingerie e disse à declarante que não poderia levar ninguém. Ele combinou com a declarante que teria nu artístico. Já tinha feito outros trabalhos como modelo quando mais nova e não lhe pareceu nada demais. Na sala ao lado o réu lhe pediu que tirasse as roupas para avaliar o seu corpo. O acusado pegava bastante em seu cabelo, que na época era comprido. Após os fatos o cortou. O acusado tocou em seus seios e vagina. Dizia que a declarante não estava excitada e a pedia para se esfregar em uma parede, abrir suas pernas e ficar de ponta cabeça olhando para ele. O réu pedia para que a declarante seduzisse ele. O acusado colocava a mão na sua vagina e dizia, vou tentar te excitar; preciso que tu que fique mais excitada e que tu me excite Ele colocava a câmera perto de seu rosto e fazia os toques. Falava ainda que a declarante não estava excitada o suficiente e que precisava se soltar. Durante a entrevista a declarante concordou em ficar nua, mas ele não lhe disse que faria toques. As trocas de roupa ocorriam na frente do acusado; pediu para tirar a sua roupa em um local próprio e sozinha, mas o acusado pedia para que trocasse em sua frente. Houve relutância por parte do acusado quando disse que não queria mais fazer o ensaio. A ofendida estima que foram entre 8 e 10 toques nos seios/mamilos. Foram vários toques na vagina e foi masturbada.

C L D narrou que estava à procura de emprego e ficou sabendo da seleção de modelos. O acusado entrou em contato e agendaram uma data para o ensaio. No dia marcado, o réu explicou o procedimento e pediu para que a declarante se despisse, já que ele utilizava um programa para verificar as medidas do corpo das modelos e que colocaria uma câmera para observar a declarante. Durante a sessão de fotos, o réu alegava que ele teria que arrumar a roupa da modelo, como etiqueta da calcinha, e que a declarante teria que se acostumar com aquilo. A declarante disse ainda que precisava trocar de roupa na frente do réu, uma vez que a carreira exigia que a modelo trocasse de roupa na frente de qualquer pessoa. Segundo a ofendida, no primeiro ensaio ele não tocou na declarante e voltou uma segunda vez para saber o resultado do ensaio. Nessa oportunidade o réu disse que a declarante não havia atingido a nota necessária e ofereceu um curso com dois ensaios, com um curso de passarela. Mais tarde, seria feito um terceiro ensaio para ver como ocorreria. A declarante afirmou que depois do primeiro ensaio, que não houve toque, foram mais três ensaios. Durante o curso de passarela, todas as vezes que a declarante deveria parar de andar, o réu colocava a mão ou nos seios ou na vagina. Durante o ensaio fotográfico, o réu pedia para que a declarante olhasse para ele como se quisesse seduzi-lo. No final do ensaio, ele disse que tocaria nos seios e na vagina da declarante para ver a sua expressão quando alguém lhe tocasse. O réu disse que em todos os ensaios a declarante teria que fazer fotos nuas. Informou ainda que foram vários toques nos seios e diretamente na pele, assim como em sua genitália. Ele dizia que os desfiles tinham que ser sem roupa e no dia do suposto treinamento, no momento das fotos, o réu começou a masturbá-la com o dedo. Por meio de filmagens contidas nas mídias arquivadas em Cartório é possível verificar que o réu praticou atos libidinosos com a vítima em pelo menos três oportunidades distintas, o que corrobora o relato da vítima em juízo e também perante a autoridade policial.

V de A S afirmou que entrou em contato com o acusado por conta da seleção de modelos e ele retornou o contato afirmando que a declarante não poderia fazer o ensaio fotográfico porque era menor de idade. Mas o réu agendou uma entrevista e a declarante foi até o estúdio fotográfico do réu acompanhada de um

responsável. Após obter autorização de seus pais, que moravam no Estado da Bahia, marcaram o ensaio. O acusado pediu que agisse de forma sensual e que poderia se sentir segura em sua presença. Pediu que fosse desinibida. Não fez fotos nuas, mas o acusado determinou que a declarante trocasse de roupa em sua frente e afirmava que isso era necessário, porque no mundo das modelos era normal. O acusado não tocou em suas partes íntimas, mas durante a entrevista ele passou a mão em seu corpo e dizia que era para ver se precisava modificar alguma coisa. O réu disse que deveria estar excitada. Ele falava trabalhe seu psicológico, pense em algo que te excite. Ainda, deixou claro que o toque ocorreu apenas durante a entrevista inicial.

Apesar do relato da ofendida no sentido de que o réu teria passado a mão em seu corpo, o que poderia caracterizar, em tese, ato libidinoso, de suas declarações perante a Autoridade Policial (fls. 53-55) fica claro que o ato não chegou a se consumar. Esta relatou que o réu 'deu a minha própria blusa para eu colocar na frente do meu seio, mesmo eu já estando nua, pois ele começou a tocar em meu corpo dizendo que ele tinha que corrigir minha postura já que era a minha primeira entrevista'. Questionada sobre a região do corpo em que teria sido tocada, a ofendida respondeu que foi no ombro. Disse que antes de o acusado lhe tocar ele pediu se poderia tocá-la, tendo a ofendida respondido que não, e então ele apenas a tocou no ombro dizendo que precisava corrigir sua postura.

A S e S asseverou que já tinha experiência como modelo e participou de algumas seleções. Afirmou que estava precisando de dinheiro e localizou essa seleção de modelos no site do SINE. Ao preencher o formulário no site do réu marcou as opções foto de biquíni e foto de roupa normal. Havia também a opção nu, que não marcou. O acusado entrou em contato e agendaram uma entrevista. Ao questionar o acusado se sua mãe poderia acompanhá-la, este disse que o estúdio era pequeno, que a entrevista era entre o fotógrafo e a modelo e que a sua mãe poderia ficar em um lugar perto do estúdio. Durante as conversas, olhou a foto de perfil do acusado no WhatsApp e o reconheceu como sendo o coordenador da escola em que estudava. Afirmou que no dia das fotos o réu explicou como seria. Ele disse que durante a sessão de fotos pediria para que tirasse a roupa, mas que não seria assédio. Ele disse também que provavelmente passaria a mão para ver como a declarante reagiria diante das câmeras. Segundo a ofendida, isso chamou sua atenção já que nenhuma agência havia lhe pedido para tirar as vestes. Ele pediria também que fizesse algumas posições e que se a declarante fizesse, seria uma boa modelo. Explicou os procedimentos e disse que antes de tudo a declarante tinha que se despir. Disse também que passaria a mão, pediria para fazer poses e que lhe tocaria na frente das câmeras. A declarante viu que tinha uma câmera posicionada mais acima, num armário. Não sabe se essa câmera estava filmando ou não, mas estava em sua direção. Ao ler os termos propostos pelo réu, falou que não queria pois estava assustada e que iria embora. Pegou suas coisas e foi embora o mais rápido possível. Ao chegar no térreo viu que a porta do prédio estava trancada, então voltou ao estúdio e pediu para o acusado abrir a porta de saída. A ofendida pensou que pudesse ter sido apenas algo da sua cabeça ou que pudesse ter interpretado errado. Posteriormente, no entanto, soube que havia várias vítimas. O acusado não lhe tocou em nenhum momento. Ele fez a proposta e a declarante não aceitou, pois a achou invasiva.

Por fim, com relação à vítima N S S, apesar do mesmo modus operandi, a vítima entrou em contato com o réu em razão de uma suposta vaga de auxiliar servir como manequim para ele realizar testes antes de tirar fotos das modelos. Explicou que realizaria fotos sensuais e vídeos. A ofendida não aceitou a proposta em um primeiro momento porque não entendeu a necessidade disso. Posteriormente, acabou aceitando o ensaio fotográfico e levou uma câmera porque o réu prometeu que a ensinaria a tirar fotografias. Nesse dia, o réu sentou na mesa de frente para a declarante e pediu para que a vítima tirasse a roupa. Ele determinou que sentasse em uma cadeira um pouco deitada e disse que a declarante não poderia ter vergonha porque perderia a vaga, pois havia várias meninas interessadas. A declarante asseverou que estava necessitada financeiramente e aceitou a determinação. Enquanto ainda estava nua o réu disse que teria que assinar um contrato. Ao final, o réu lhe pediu para encostar em uma parede para tirar fotos. Em seguida o acusado a mandou colocar as roupas para tirar fotos no estúdio usando roupas íntimas. Segundo a vítima, cada vez que trocava de roupas o réu pedia para tirá-las devagar para que ele tirasse fotos. O acusado pedia para trocar

as roupas na frente dele e a declarante sabia que havia um banheiro no local. Ao questioná-lo, ele afirmava que deveria ser desinibida senão não conseguiria a vaga. O réu quis ensiná-la a andar de salto e quando estava despida ele pediu para que colocasse salto e passasse a desfilhar. Nesse momento, cada vez que passava pelo acusado ele a tocava, passando a mão por seus seios e nádegas. Questionou o acusado por várias vezes porque ele estava procedendo daquela maneira e ele afirmava que se não permitisse não conseguiria a vaga. Ele argumentava que isso seria natural depois e a declarante pensava que poderia ser verdade. Ele afirmava que se não fosse mais natural e desinibida não conseguiria a vaga várias vezes. Por isso, apesar de estar muito constrangida, tentou parecer que estava tudo bem. Depois de um tempo ele tirou várias fotos e a fez fazer várias poses que dizia serem sensuais. Em determinado momento o réu disse que precisava encostar em seu órgão genital e tirar fotos para ver como ficava seu rosto. Nessas vezes ele demorava mais no toque. Não houveram atos mais invasivos porque impediu afirmando que não havia motivo para aquilo. Na primeira conversa o réu não disse que teria que desfilhar de salto ato e despida.

Desse modo, o conjunto probatório amealhado demonstra que o réu praticou atos libidinosos com as vítimas A de C G, J T, A X da S, T de S, C L D, V de A S, A S e S e N S S, mediante fraude. Com efeito, o réu induziu as vítimas em erro ao agir sob o pretexto de que faria uma seleção de modelos fotográficas para futura contratação por empresas e, no caso de N, que se tratava de uma seleção para a função de auxiliar de fotografia. Após conseguir, mediante essa fraude, viciar o consentimento das vítimas, praticou com elas atos libidinosos, consistentes em tocá-las no seios, genitália e nádegas, por diversas vezes, e em alguns casos até mesmo masturbá-las.

Frise-se, ainda, que para obter a confiança e consentimento das vítimas o réu se valeu também do fato de ser professor e coordenador de curso no Centro de Educação Profissional (CEDUP) e do fato de sua irmã ser advogada, chegando a mencionar às ofendidas que o escritório da irmã funcionava na antessala em que ocorriam as entrevistas iniciais. O acusado solicitava, ainda, que as vítimas assinassem um termo de responsabilidade para dar aparência de profissionalismo aos seus atos. Outrossim, o réu se aproveitou da necessidade financeira e inexperiência da maioria das vítimas. Todas essas circunstâncias impediram a livre manifestação de vontade das ofendidas.

Quanto às vítimas V e A, o crime não consumou por circunstâncias alheias à vontade do acusado. V, em sua entrevista inicial com o acusado, não permitiu que este tocasse seu corpo, tendo o réu encostado apenas em seu ombro. A, por outro lado, por ter experiência como modelo, estranhou o fato de ter que se despir, e após ter conhecimento dos termos propostos pelo réu, ficou assustada. Disse ao acusado que não aceitaria e saiu o mais depressa possível do local. Desse modo, com relação a ambas, o réu deve ser condenado pelo crime de violação sexual mediante fraude, na forma tentada (art. 215 c/c art. 14, II, ambos do CP).

De outro lado, no que diz respeito à imputação em face da ofendida O, verifica-se que não há provas suficientes para a condenação. A vítima não prestou declarações em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e não existem fotografias ou filmagens que demonstrem que o réu praticou atos libidinosos com a ofendida. Assim, o réu deve ser absolvido desse crime com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

Não prospera a tese defensiva de atipicidade dos fatos em razão do consentimento das ofendidas. Conforme demonstrado acima, o consentimento das vítimas ocorreu de forma viciada, vez que foram levadas a acreditar que os atos praticados pelo réu faziam parte do procedimento para a realização do ensaio fotográfico.

Pelo mesmo motivo, ficam afastados os argumentos do réu de que os atos tinham finalidade estritamente profissional e que tudo foi feito de forma consentida. Aliás, após já ter sido condenado pelos crimes previstos nos arts. 240 e 241-B da Lei 8.069/90 (fl. 306), o réu passou a fazer com que as vítimas assinassem termos de responsabilidade e de ciência de procedimentos, conforme afirmou o Delegado David em seu depoimento. Esses termos, intuitivamente, tinham por finalidade fazer com que o réu se eximisse de eventual responsabilização penal.

Ainda, quanto à alegação do acusado de que não visava satisfazer sua lascívia, cabe registrar que para a configuração do crime não é necessária a presença de elemento subjetivo específico, como a finalidade lasciva, bastando a presença de dolo.

Diante de todo o exposto, o réu, J C H E, deve ser condenado pela prática do crime previsto no art. 215 do CP, por oito vezes, duas delas na forma tentada, nos termos do art. 14, II, do CP.

2.3 Do crime de registro não autorizado da intimidade sexual

O crime (art. 216-B do CP) consiste em “produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes”.

As declarações das vítimas C L D e T de S, os depoimentos dos agentes de segurança pública e as fotografias e filmagens contidas nas mídias arquivadas em Cartório comprovam a prática dos crimes e sua autoria.

Com efeito, conforme relato de C. em juízo, esta fez quatro ensaios fotográficos e em todos eles ficou nua, a pedido do réu. Durante três desses ensaios o réu praticou os atos libidinosos consistes em tocar nos seus seios e genitália, tendo também manipulado seu órgão genital. Asseverou, contudo, que não tinha conhecimento de que estava sendo filmada. Por meio das mídias arquivadas em Cartório verifica-se que o acusado filmou a vítima em cenas de nudez e também os atos libidinosos praticados por ele, com ela, por quatro vezes.

T, por sua vez, afirmou que o acusado lhe pediu para que tirasse suas vestes. Aduziu, ainda, que durante o ensaio realizado, o réu lhe tocou por diversas vezes em seus seios e genitália, e manipulou seu órgão genital. Em suas declarações em juízo T disse não ter conhecimento se o réu havia filmado o ensaio. Disse também que estava perturbada, pois parecia ter “algo ali”, como outra câmera. Ou seja, das declarações da ofendida fica claro que esta não autorizou qualquer filmagem sua. Também por meio das mídias apreendidas, é possível constatar que o réu filmou a vítima em cenas de nudez, e os atos libidinosos, praticados por ele com ela.

Portanto, constata-se que o réu filmou as ofendidas C e T em cenas de nudez e ato libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização das participantes.

Desse modo, aplicando-se o instituto da emendatio libelli (art. 383 do CPP), altera-se a capitulação dos fatos contida na denúncia, para reconhecer que crime foi praticado pelo réu, por quatro vezes em face da vítima C, e por uma vez contra a vítima T.

Assim, o réu, J C H E, deve ser condenado pelo crimes de registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B do CP) contra a ofendida C, por quatro vezes, e contra a vítima T, em uma oportunidade.

2.4 Dos crimes previstos no art. 240 e no art. 241-B da Lei 8.069/90

Prevê o art. 240 do ECA: “produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente”.

O art. 241-B do ECA, por sua vez, estabelece: “adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”.

Os dois tipos penais possuem os mesmos elementos normativos “cena de sexo explícito ou pornográfica”. Sobre referidos elementos, Guilherme de Souza Nucci explica:

‘Os termos utilizados em lei necessitam de valoração cultural, não se cuidando de expressões de conteúdo meramente descritivo. Cena pornográfica é a situação de libidinagem ou devassidão, com ou sem contato físico. Cena de sexo explícito é a que envolve relações sexuais aparentes e visíveis.’

O conjunto probatório demonstra que as vítimas O e V eram adolescentes na época em que os fatos ocorreram. Entretanto, V relatou em juízo que não aceitou tirar fotos sem roupas durante o ensaio fotográfico que realizou com o acusado. A vítima O, por sua vez, não prestou declarações em juízo. As mídias arquivadas em Cartório não contêm fotografias ou filmagens de cenas de sexo explícito ou pornográfica com as adolescentes.

Portanto, não restou comprovado que o acusado fotografou, filmou, registrou, adquiriu, possuiu ou armazenou, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo as adolescentes.

Assim, o réu deve ser absolvido da prática dos delitos previstos nos artigos 240 e 241-B do ECA, nos termos do art. 386, III, CPP” (fls. 366-400).

4. Recurso do réu

4.1. Segundo o apelante, não foram produzidas provas suficientes para a condenação, devendo, portanto, ser absolvido.

Ocorre que, conforme se denota da sentença anteriormente transcrita, houve farta prova da materialidade e autoria dos ilícitos penais.

Houve apreensão de fotografias e filmagens das vítimas feitas pelo acusado (mídias arquivadas em cartório), sendo que cópias de algumas fotos foram anexadas às fls. 106-110 dos autos, tratando-se das vítimas N.S.S., A.X da S e A de C de G.

Em tais imagens, percebe-se claramente o réu apalpando os seios e vaginas das ofendidas. Nos vídeos acostados às fls. 568-569 dos autos, igualmente se nota as investidas do acusado contra as vítimas, não havendo margem para dúvidas.

Ainda quanto à autoria, as ofendidas prestaram declarações coerentes, seguras e harmônicas, descrevendo com minúcias as manobras do acusado do acusado para lograr êxito na consecução dos crimes. Invariavelmente, este utilizava a desculpa de que as “futuras modelos” deveriam acostumar-se com cenas de nudez e, ainda, com toques nos órgãos genitais, pois isso seria medida corriqueira naquele ramo.

Os relatos foram corroborados pelas autoridades policiais que participaram da investigação e da medida cautelar de busca e apreensão, inexistindo qualquer dúvida a isentar a responsabilização criminal do réu.

Como bem destacado pela Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire:

“Com efeito, o modus operandi empregado pelo Réu foi muito similar com relação a todas as Vítimas. Isso porque atraiu todas as Ofendidas com ofertas de emprego e, com o falso pretexto de que precisavam “se soltar” para seguir a carreira de modelo, com elas praticou diversos atos libidinosos para satisfazer a sua

bestial lascívia, fotografou a intimidade alheia sem autorização, inclusive com adolescentes, e armazenou fotografias pornográficas de adolescentes.

[...].

Conquanto o Apelante tenha manifestado o consentimento das Vítimas, não há dúvidas de que todas foram ludibriadas e não reagiram de forma diversa, tanto por medo, quanto por acreditarem que de fato a entrevista com o Réu poderia ser uma oportunidade de trabalho, uma vez que a oferta de emprego foi anunciada por J. em diversos endereços eletrônicos utilizados para esse fim.

Ressalte-se, ainda, que os atos libidinosos perpetrados mediante fraude pelo Réu foram minuciosamente detalhados por parte de diversas Ofendidas.

De igual forma, as filmagens, fotografias e o armazenamento de imagens foram constatados pelos Policiais, haja vista a existência de câmeras escondidas no estúdio fotográfico do Apelante, e pela apreensão de um dispositivo com imagens de algumas das Vítimas.” (fls. 554-555).

O plano do acusado, de fato, foi ardiloso. Para obter a confiança das vítimas, o réu pedia para que estas assinassem um “termo de responsabilidade – processo seletivo de modelo fotográfico” e um “termo de ciência de procedimentos”. Consta do “termo de responsabilidade”, entre outros:

“[...] as fotos produzidas serão utilizadas apenas para avaliação dos requisitos do processo seletivo; as fotos não serão apresentadas durante a sessão sendo as mesmas apresentadas à modelo em nova data após a avaliação; após apresentação das fotos à modelo, as mesmas serão eliminadas, ressalvada a solicitação expressa da modelo; [...] a visualização e análise das fotos serão feitas unicamente e exclusivamente pelo fotógrafo da [...] sendo garantida a não apresentação das mesmas sem expresse consentimento da Modelo [...]” (fl. 40).

Os aludidos documentos foram assinados por todas as vítimas (à exceção de A. S e S., que não aceitou a “oferta” do réu) como se observa no quadro abaixo (nome da vítima e folha respectiva dos autos):

“A de C de G – fls . 7 e 8

A X da S – fl. 40;

V de A S – fl. 57

J T – fls. 63-64

T de S – fls. 67-68

N S S – fls. 69-70

C L D – fls. 75-76”

Cabe destacar que em casos de crimes sexuais, os quais geralmente são praticados sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima ganha especial relevância, principalmente quando corroborada pelos demais elementos probatórios.

É esse o entendimento dos Tribunais de Superposição:

“Em crimes contra a liberdade sexual, praticados à clandestinidade, a palavra da vítima, sobretudo quando amparada pela prova testemunhal, reveste-se de maior valia em relação ao relato do réu proferido em juízo, a quem compete desconstituir a autoria a ele imputada” (STF, AI n. 855942 AgR, Min. Luiz Fux, j. 28.05.2013).

“[...] Contudo, como é cediço, em crimes sexuais, praticados normalmente na clandestinidade, portanto, sem testemunhas, deve ser dado relevante valor à palavra da vítima [...]” (STJ, HC 389.716/SP, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 06.06.2017).

Desta Câmara Criminal, ainda:

“[...] é inegável que nos crimes sexuais, não raro perpetrados na clandestinidade, as declarações da vítima têm importância fundamental no que tange à respectiva comprovação, desde que seus esclarecimentos sejam harmônicos e coerentes, não exurgindo do contexto probante indicativo concreto a pôr em dúvida seus relatos” (ACrim n. 0042678-53.2012.8.24.0038, Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, 18.07.2017).

A respeito do valor probante do depoimento dos policiais, colhe-se da jurisprudência do STF e do STJ, respectivamente:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos [...]” (HC n. 73.518, Min. Celso de Mello, j. 26.03.1996).

“Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, situação da espécie, constituindo-se, assim, elemento apto a respaldar as condenações” (STJ, HC n. 206282, Min. Nefi Cordeiro, j. 12.05.2015).

“Segundo entendimento reiterado desta Corte os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade” (STJ, HC n. 408.808, Min. Ribeiro Dantas, j. 03.10.2017).

Seguindo o entendimento das Cortes Superiores, esta Câmara Criminal já decidiu:

“[...] Nesse quadro, releva anotar que, sem notícias de que algum fato as tornem suspeitas, as palavras dos agentes policiais, quando uníssonas e em consonância com o restante do acervo probatório, servem ao julgador como forte elementos de convicção” (ACrim. n. 0047681-29.2015.8.24.0023, Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 08.10.2019).

É mantida, portanto, a condenação.

4.2. A insurgência defensiva quanto à dosimetria da pena será analisada ao final do voto.

5. Apelação do Ministério Público

Sustentou o Promotor de Justiça Thiago Ferla que *“subsistem provas bastantes, produzidas durante a instrução processual, para alicerçar a condenação do recorrido pelo cometimento do crime de violação sexual mediante fraude contra a ofendida O. (fato 8)”* (fl. 483).

Tocante à absolvição pelos crimes previstos na Lei n. 8.069/90, pontuou que deve ser observada a redação do art. 241-E, parte final, para fins de condenação pelos fatos 8 e 9 da denúncia.

5.1. Quantos aos crimes que teriam sido praticados em face da ofendida O.M da S.S. (fato 8), deu-se a absolvição por insuficiência de provas, porque *“a vítima não prestou declarações em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e não existem fotografias ou filmagens que demonstrem que o réu praticou atos libidinosos com a ofendida”* (sentença - fl. 397).

Com efeito, registrou-se no termo de audiência de fl. 298 o seguinte: *“Diante do fato de que a vítima O. não foi intimada, mudou de endereço e também não compareceu espontaneamente, o Ministério Público desistiu de sua oitiva.”*

Pois bem. De acordo com o art. 156 do CPP, *“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”*. Sobre o dispositivo, Fernando da Costa Tourinho Filho pondera que é *“um imperativo que a lei estabelece em função do próprio interesse daquele a quem é imposto”* (Processo Penal – volume III. Saraiva. São Paulo, 2011, p. 267).

Prossegue Nucci:

“Deve-se compreender o ônus da prova como a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados, de forma que, não o fazendo, sofre a ‘sanção processual’, consistente em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato” (Provas no Processo Penal – o valor da confissão como meio de prova no processo penal. RT. 2ª ed. São Paulo, 2011, p. 26).

No caso concreto, com a devida venia da douta maioria que deu provimento ao recurso, a acusação não logrou êxito em demonstrar, na instrução processual, as imputações feitas ao réu referentes ao fato 8 da denúncia, sendo imprestável, para fins de prova, apenas o depoimento da vítima em sede policial – inclusive porque não corroborado por outros elementos probatórios.

Havendo incertezas, elas deverão beneficiar o acusado, conforme o princípio do *in dubio pro reo*. Do STJ sobre o tema, leia-se:

“Vige em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado pode livremente apreciar as provas, adotá-las ou recusá-las mediante convicção motivada. Contudo, há proibição expressa de fundamentação exclusiva nos elementos do inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Inteligência do art. 155 do Código de Processo Penal” (STJ, HC n. 230.922, Min. Gilson Dipp, j. 26.06.2012 – grifou-se).

No mesmo sentido, desta Câmara Criminal: ACrim n. 2014.049736-1, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 20.04.2015; ACrim n. 2014.016788-4, Des. Moacyr de Moraes Filho, j. 21.10.2014 e ACrim n. 2014.054356-5, Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 09.12.2014.

Assim, não havendo certeza acerca da autoria delitiva no que se refere ao fato 8 da denúncia, a absolvição por insuficiência probatória, nos termos do art. 386, VII, do CPP, é medida que se impõe.

5.2. A respeito do fato 9 (vítima V de A S, nascida em 23.11.2001), requereu o Ministério Público a incidência do art. 241-E do ECA para ver configurada a conduta típica lá descrita. Eis o dispositivo legal:

“Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão ‘cena de sexo explícito ou pornográfica’ compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.” (grifou-se).

Sobre a vítima O., já se reconheceu a absolvição por deficiência probatória, conforme tópico anterior. Quanto à adolescente V., apesar do esforço do órgão ministerial, a questão é de simples resolução. Como dito pela Magistrada na sentença, não houve exibição de órgãos genitais por parte de V. A mesma “relatou em juízo que não aceitou tirar fotos sem roupas durante o ensaio fotográfico que realizou com o acusado.” (fl. 399). As fotos anexadas pelo Ministério Público às fls. 490-496, inclusive, corroboram tal assertiva (as vítimas estão de lingerie e biquíni).

Dessa forma, “não restou comprovado que o acusado fotografou, filmou, registrou, adquiriu, possuiu ou armazenou, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo as adolescentes” (sentença, fls. 399-400).

Por tais razões, mantém-se incólume a sentença objurgada.

6. Dosimetria

De início consigno que deixo de efetuar a dosimetria do recurso do Ministério Público porque restei vencido votando pelo seu desprovimento, tendo a maioria, acolhido o recurso com a abertura da divergência realizada pelo eminente Desembargador Ernani Guetten de Almeida, que fará a dosimetria vencedora.

O acusado requereu de forma genérica a redução da pena privativa de liberdade imposta na sentença.

No ponto, a Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, por ferimento ao princípio da dialeticidade.

No entender deste Relator, o princípio da dialeticidade recursal, no processo penal, deve ser mitigado, em observância ao princípio maior da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), já que o acusado não pode ser prejudicado por eventual simplicidade do que foi arguido por seu defensor.

Ademais, “*o efeito devolutivo dos recursos no processo penal sofre certa mitigação em face do princípio da reformatio in melius*”, logo é possível que a situação do acusado seja melhorada (e, portanto, previamente analisada) “*ainda que tal matéria não tenha sido expressamente impugnada pela defesa*” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. JusPodivm. 3. Ed. Salvador, 2015, p. 1628-1629). Dessa forma, porque eventual ausência de tipicidade poderia implicar a concessão de *habeas corpus* de ofício, não há motivo para deixar de conhecer do recurso.

No entanto, no entender dos membros desta Câmara Criminal, o pedido genérico e despido de qualquer fundamentação nas razões do recurso não é admissível. A propósito:

“PEDIDO SUBSIDIÁRIO NÃO CONHECIDO, POIS INCOERENTE COM AS ESPECIFICIDADES DO CASO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. DEVOUÇÃO DA MATÉRIA AO TRIBUNAL PRESSUPÕE A EXPOSIÇÃO DE RAZÕES PERTINENTES PELA DEFESA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA DE ADEQUAÇÃO A SER PROCEDIDA, AINDA QUE DE OFÍCIO. REPRIMENDA FIXADA CONFORME PARÂMETROS LEGAIS. DOSIMETRIA IRRETOCÁVEL” (ACrim n. 0000025-64.2015.8.24.0027, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 08.05.2018).

Por isso, este Relator consigna a ressalva. Desde já, aplica-se a tese adotada pelo órgão julgador e deixa-se de conhecer do recurso neste ponto.

De qualquer forma, não há ilegalidade manifesta na dosimetria. Isso porque a exasperação das penas dos delitos em análise ocorreu em razão de previsão expressa no próprio texto legal. Veja-se:

Crime previsto no art. 215 do CP vítima A de C

Circunstâncias judiciais

Quanto à dosimetria trifásica, em fundamentação à aplicação das penas, na primeira fase, observo que os antecedentes não prejudicam o(a) denunciado(a) (fls. 305/307). Aliás, ressalto que, para configurar tal circunstância judicial, não são considerados meros processos em andamento, condenações sujeitas a recurso, inquéritos policiais ou registros de aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, nos termos da Súmula 444 do STJ. Da mesma forma, não há motivo para a exasperação da reprimenda fundada na culpabilidade. Os autos não fornecem elementos seguros em relação à personalidade, conduta social, bem como sobre o comportamento da vítima. Os motivos e circunstâncias não são especialmente reprováveis. Por outro lado, as consequências do crime apresentaram relevo negativo. A vítima residia na cidade de Rio dos Cedros/SC, e veio para esta cidade em busca de melhores oportunidades profissionais. Após os fatos, diante do constrangimento causado pela conduta do réu, a ofendida não conseguiu permanecer em Blumenau, retornando para a cidade origem. Assim, aumenta-se a pena base em 1/6, ficando a pena em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Agravantes e atenuantes

Não há agravantes ou atenuantes.

Causas de aumento e diminuição de pena

Não existem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Torna-se definitiva a pena do réu em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Crime previsto no art. 215 do CP vítima J T

Circunstâncias judiciais

Quanto à dosimetria trifásica, em fundamentação à aplicação das penas, na primeira fase, observo que os antecedentes não prejudicam o(a) denunciado(a) (fls. 305/307). Aliás, ressalto que, para configurar tal circunstância judicial, não são considerados meros processos em andamento, condenações sujeitas a recurso, inquéritos policiais ou registros de aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, nos termos da Súmula 444 do STJ. Da mesma forma, não há motivo para a exasperação da reprimenda fundada na culpabilidade. Os autos não fornecem elementos seguros em relação à personalidade, conduta social, bem como sobre o comportamento da vítima. Os motivos, consequências e circunstâncias não são especialmente reprováveis. Na espécie, não se verifica circunstância judicial que justifique o estabelecimento da pena base acima do mínimo legal. Por isso, fixa-se a pena base em 2 (dois) anos de reclusão.

Agravantes e atenuantes

Não há agravantes ou atenuantes.

Causas de aumento e diminuição de pena

Não existem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Torna-se definitiva a pena do réu em 2 (dois) anos de reclusão.

Crime previsto no art. 215 do CP vítima A X da S

Circunstâncias judiciais

Não se vislumbra circunstância judicial que justifique o estabelecimento da pena base acima do mínimo legal. Por isso, fixa-se a pena base em 2 (dois) anos de reclusão.

Agravantes e atenuantes

Não há agravantes ou atenuantes.

Causas de aumento e diminuição de pena

Não existem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Torna-se definitiva a pena do réu em 2 (dois) anos de reclusão.

Crime previsto no art. 215 do CP vítima T de S

Circunstâncias judiciais

Quanto à dosimetria trifásica, em fundamentação à aplicação das penas, na primeira fase, observo que os antecedentes não prejudicam o(a) denunciado(a) (fls. 305/307). Aliás, ressalto que, para configurar tal circunstância judicial, não são considerados meros processos em andamento, condenações sujeitas a recurso, inquéritos policiais ou registros de aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, nos termos da Súmula 444 do STJ. Da mesma forma, não há motivo para a exasperação da reprimenda fundada na culpabilidade. Os autos não fornecem elementos seguros em relação à personalidade, conduta social, bem como sobre o comportamento da vítima. Os motivos não são especialmente reprováveis. Por outro lado, as circunstâncias e consequências do crime devem ser valoradas negativamente. Em juízo, a ofendida afirmou que o acusado realizou vários toques em seu corpo e órgãos genitais e, ainda, a masturbou, demonstrando maior reprovabilidade das circunstâncias em que o crime foi praticado. Além disso, a ofendida relatou que na época dos fatos possuía longos cabelos. Disse que durante o ensaio fotográfico, enquanto o acusado praticava os atos libidinosos já descritos, pegou diversas vezes em seu cabelo. Segundo a vítima, essa circunstância lhe causou tanta repulsa, que cortou os cabelos bem curtos, denotando a maior gravidade das consequências do crime. Por isso, aumenta-se a pena base em 1/6 para cada circunstância negativa (4 meses para cada uma), ficando a pena em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Agravantes e atenuantes

Não há agravantes ou atenuantes.

Causas de aumento e diminuição de pena

Não existem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Torna-se definitiva a pena do réu em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Crime previsto no art. 215 do CP vítima C L D

Circunstâncias judiciais

Quanto à dosimetria trifásica, em fundamentação à aplicação das penas, na primeira fase, observo que os antecedentes não prejudicam o(a) denunciado(a) (fls. 305/307). Aliás, ressalto que, para configurar tal circunstância judicial, não são considerados meros processos em andamento, condenações sujeitas a recurso, inquéritos policiais ou registros de aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, nos termos da Súmula 444 do STJ. Da mesma forma, não há motivo para a exasperação da reprimenda fundada na culpabilidade. Os autos não fornecem elementos seguros em relação à personalidade, conduta social, bem como sobre o comportamento da vítima. Os motivos e consequências não são especialmente reprováveis. Por outro lado, as circunstâncias do crime devem ser valoradas negativamente. Em juízo, a vítima relatou que, além dos vários toques em seu corpo, o acusado também manipulou seu órgão genital, executando movimentos de masturbação, o que demonstra maior reprovabilidade nas circunstâncias em que o crime foi praticado. Por isso, aumenta-se a pena base em 1/6 acima do mínimo legal, ficando em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Agravantes e atenuantes

Não há agravantes ou atenuantes.

Causas de aumento e diminuição de pena

Não existem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Torna-se definitiva a pena do réu em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Continuidade delitiva - vítima C L D

Conforme fundamentação exposta, o réu praticou o crime de violação sexual mediante fraude em face da vítima C. por três vezes, devendo os subsequentes serem havidos como continuação do primeiro, haja vista a semelhança entre as circunstâncias de tempo, local e modo de execução. Portanto, deve-se aplicar a regra do crime continuado (art. 71, caput, do CP).

Considerando a existência de três crimes, aumenta-se a pena de um dos delitos, porque idênticas, em 1/5, o que resulta em anos 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão.

Torna-se definitiva a pena do réu para estes crimes em 2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão.

Crime previsto no art. 215 do CP vítima N S S

Circunstâncias judiciais

Quanto à dosimetria trifásica, em fundamentação à aplicação das penas, na primeira fase, observo que os antecedentes não prejudicam o(a) denunciado(a) (fls. 305/307). Aliás, ressalto que, para configurar tal circunstância judicial, não são considerados meros processos em andamento, condenações sujeitas a recurso, inquéritos policiais ou registros de aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, nos termos da Súmula 444 do STJ. Da mesma forma, não há motivo para a exasperação da reprimenda fundada na culpabilidade. Os autos não fornecem elementos seguros em relação à personalidade, conduta social, bem como sobre o comportamento da vítima. Os motivos, consequências e circunstâncias não são especialmente reprováveis. Portanto, não se observa circunstância judicial que justifique o estabelecimento da pena base acima do mínimo legal. Por isso, fixa-se a pena base em 2 (dois) anos de reclusão.

Agravantes e atenuantes

Não há agravantes ou atenuantes.

Causas de aumento e diminuição de pena

Não existem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Torna-se definitiva a pena do réu em 2 (dois) anos de reclusão.

Crime previsto no art. 215 do CP vítima V de A S

Circunstâncias judiciais

Quanto à dosimetria trifásica, em fundamentação à aplicação das penas, na primeira fase, observo que os antecedentes não prejudicam o(a) denunciado(a) (fls. 305/307). Aliás, ressalto que, para configurar tal circunstância judicial, não são considerados meros processos em andamento, condenações sujeitas a recurso, inquéritos policiais ou registros de aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, nos termos da Súmula 444 do STJ. Da mesma forma, não há motivo para a exasperação da reprimenda fundada na culpabilidade. Os autos não fornecem elementos seguros em relação à personalidade, conduta social, bem como sobre o comportamento da vítima. Os motivos, consequências e circunstâncias não são

especialmente reprováveis. Portanto, não se observa circunstância judicial que justifique o estabelecimento da pena base acima do mínimo legal. Por isso, fixa-se a pena em 2 (dois) anos de reclusão.

Agravantes e atenuantes

Não há agravantes ou atenuantes.

Causas de aumento e diminuição de pena

Não existem causas de aumento de pena.

Está presente a causa de diminuição de pena decorrente da tentativa (art. 14, II, do CP). Segundo a vítima, o acusado não tocou em suas partes íntimas, mas passou a mão pelo seu corpo, o crime ficou a poucos atos de se consumar. Assim, a diminuição deve ser de 1/3 (um terço), ficando a pena em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

Torna-se definitiva a pena do réu em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

Crime previsto no art. 215 do CP vítima A S e S

Circunstâncias judiciais

Quanto à dosimetria trifásica, em fundamentação à aplicação das penas, na primeira fase, observo que os antecedentes não prejudicam o(a) denunciado(a) (fls. 305/307). Aliás, ressalto que, para configurar tal circunstância judicial, não são considerados meros processos em andamento, condenações sujeitas a recurso, inquéritos policiais ou registros de aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, nos termos da Súmula 444 do STJ. Da mesma forma, não há motivo para a exasperação da reprimenda fundada na culpabilidade. Os autos não fornecem elementos seguros em relação à personalidade, conduta social, bem como sobre o comportamento da vítima. Os motivos, consequências e circunstâncias não são especialmente reprováveis. Portanto, não se observa circunstância judicial que justifique o estabelecimento da pena base acima do mínimo legal. Por isso, fixa-se a pena em 2 (dois) anos de reclusão.

Agravantes e atenuantes

Não há agravantes ou atenuantes.

Causas de aumento e diminuição de pena

Não existem causas de aumento de pena.

Está presente a causa de diminuição de pena decorrente da tentativa (art. 14, II, do CP). Considerando que a ofendida, ao ouvir os atos que o réu poderia praticar durante o ensaio fotográfico, assustou-se e saiu do estúdio ainda no início da entrevista, sem tirar suas roupas ou fazer fotografias, o crime ficou longe da consumação. Assim, a diminuição é de 2/3 (dois terços), ficando em 8 (oito) meses de reclusão.

Torna-se definitiva a pena do réu em 8 (oito) meses de reclusão.

Crime previsto no art. 216-B do CP vítima T de S

Circunstâncias judiciais

Quanto à dosimetria trifásica, em fundamentação à aplicação das penas, na primeira fase, observo que os antecedentes não prejudicam o(a) denunciado(a) (fls. 305/307). Aliás, ressalto que, para configurar tal circunstância judicial, não são considerados meros processos em andamento, condenações sujeitas a recurso, inquéritos policiais ou registros de aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, nos termos da Súmula 444 do STJ. Da mesma forma, não há motivo para a exasperação da reprimenda fundada na culpabilidade. Os autos não fornecem elementos seguros em relação à personalidade, conduta social, bem como sobre o comportamento da vítima. Os motivos, consequências e circunstâncias não são

especialmente reprováveis. Portanto, não se observa circunstância judicial que justifique o estabelecimento da pena base acima do mínimo legal. Por isso, fixa-se a pena em 6 (seis) meses de detenção, e 10 (dez) dias-multa.

Agravantes e atenuantes

Não há agravantes ou atenuantes.

Causas de aumento e diminuição de pena

Não existem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Torna-se definitiva a pena do réu em 6 (seis) meses de detenção, e 10 (dez) dias-multa.

Crime previsto no art. 216-B do CP vítima C L D

Circunstâncias judiciais

Quanto à dosimetria trifásica, em fundamentação à aplicação das penas, na primeira fase, observo que os antecedentes não prejudicam o(a) denunciado(a) (fls. 305/307). Aliás, ressalto que, para configurar tal circunstância judicial, não são considerados meros processos em andamento, condenações sujeitas a recurso, inquéritos policiais ou registros de aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, nos termos da Súmula 444 do STJ. Da mesma forma, não há motivo para a exasperação da reprimenda fundada na culpabilidade. Os autos não fornecem elementos seguros em relação à personalidade, conduta social, bem como sobre o comportamento da vítima. Os motivos, consequências e circunstâncias não são especialmente reprováveis. Portanto, não se observa circunstância judicial que justifique o estabelecimento da pena base acima do mínimo legal. Por isso, fixa-se a pena em 6 (seis) meses de detenção, e 10 (dez) dias-multa.

Agravantes e atenuantes

Não há agravantes ou atenuantes.

Causas de aumento e diminuição de pena

Não existem causas de aumento ou de diminuição da pena.

Torna-se definitiva a pena do réu em 6 (seis) meses de detenção, e 10 (dez) dias-multa.

Continuidade delitiva - vítima C L D

Conforme fundamentação exposta, o réu praticou o crime de registro não autorizado da intimidade sexual em face da vítima C. por quatro vezes, devendo os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, haja vista a semelhança entre as circunstâncias de tempo, local e modo de execução. Portanto, deve-se aplicar a regra do crime continuado (art. 71, caput, do CP). Considerando a existência de quatro crimes, aumenta-se a pena de um dos delitos, porque idênticas, em 1/47, o que resulta em 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção, e 12 (doze) dias-multa.

Torna-se definitiva a pena do réu para estes crimes em 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção, e 12 (doze) dias-multa.

Concurso de crimes - Concurso material entre todos os crimes de violação sexual mediante fraude (um em continuidade delitiva) e os dois crimes de registro não autorizado da intimidade sexual (um em continuidade delitiva)

A defesa pleiteou o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes do art. 215 do CP. Para que o crime continuado reste configurado, necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: pluralidade de condutas, pluralidade de crimes da mesma espécie, mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, além de outras circunstâncias semelhantes.

Entretanto, na espécie, o requisito temporal não se faz presente. As vítimas estiveram no estúdio do réu em oportunidades diferentes. Não há qualquer elemento nos autos que indique que as vítimas fizeram os ensaios fotográficos no mesmo mês ou em intervalos de trinta dias.

O Superior Tribunal de Justiça entende que ‘o art. 71, caput, do Código Penal não delimita o intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva. Esta Corte não admite, porém, a incidência do instituto quando as condutas criminosas foram cometidas em lapso superior a trinta dias’.

Assim, aplica-se o concurso material entre todos os crimes de violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP) e os dois crimes de registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B do CP).

Havendo concurso material, as penas devem ser somadas, resultando na pena final de 15 (quinze) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, 1 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, e 22 (vinte e dois) dias-multa, cada qual no valor de um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato (Considerando as possibilidades financeiras do acusado – fl. 299).

6.1. Há se fazer apenas uma modificação, de ofício, nas penas bases do crime do art. 215 do CP relacionadas às vítimas T. de S. e C.L.D. Houve aumento pelas circunstâncias do crime, tendo o Magistrado feito o incremento por conta de “vários toques” no corpo e órgãos genitais das mencionadas vítimas, além do fato de que o réu as masturbou.

Ocorre que tais nuances são inerentes ao tipo penal violado e, por isso, não autorizam a exasperação da pena base, de modo que a pena final referente à vítima T de S para o art. 215 do CP é reduzida para 02 anos e 04 meses de reclusão e a referente à vítima C.L.D., já considerando a continuidade delitiva, é minorada para 02 anos, 04 meses e 24 dias de reclusão (art. 215 do CP).

Diante do concurso material realizado nos autos, a pena total imposta ao réu é modificada, de ofício, para 15 anos e 24 dias de reclusão e 01 ano, 01 mês e 15 dias de detenção e 22 dias-multa, estes no mínimo legal.

6.2. Outra ressalva a ser feita, mas sem efeitos modificativos, é sobre os maus antecedentes, os quais não foram sopesados na dosimetria.

Extrai-se da certidão de antecedentes criminais de fls. 306-307 uma condenação do réu nos autos n. 0009778-44.2011.8.24.0008 à pena de 04 anos e 08 meses de reclusão, no regime semiaberto, por infração ao art. 240, do ECA. Os fatos são anteriores aos discutidos neste feito, mas o trânsito em julgado da condenação para a defesa deu-se somente em junho de 2019 (conforme consulta realizada por este relator ao SAJ/SG em 09.01.2020).

Haveria, pois, de ser incrementada a pena base a título de maus antecedentes, já que “plenamente viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela, seja utilizada como circunstância judicial negativa (HC 410.047/PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. Em 3-5-2018, DJe 10-5-2018)” (TJSC, Apelação Criminal n. 0001234-88.2013.8.24.0043, de Mondai, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. 29-10-2019).

De toda sorte, sem a irrisignação do órgão ministerial a respeito, inviável alterar a pena em prejuízo do réu.

6.3. O regime inicial de cumprimento de pena deve ser mantido no fechado (CP, art. 33, § 2º, “a”, do CP), sendo que o tempo de prisão provisória não altera o regime inicial (art. 387, § 2º, do CPP).

6.4. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão do *sursis*, porquanto o réu não preenche os requisitos previstos nos arts. 44 e 77, ambos do CP, respectivamente.

6.5. Por fim, registra-se que a prisão preventiva do apelante foi decretada a fim de resguardar a ordem pública (fls. 54-58 dos autos n. 0013225-93.2018.8.24.0008), cujos fundamentos foram convalidados quando da prolação da sentença.

Apesar das alterações promovidas pela Lei n. 12.403/11, que objetivaram tornar o encarceramento preventivo uma hipótese excepcional, não há impedimento para o decreto da prisão cautelar fundada na garantia da ordem pública se a hipótese assim exigir.

No caso, o apelante está preso desde a época dos fatos e não há nos autos qualquer elemento a sinalizar alteração dos motivos que devidamente ensejaram a segregação. Logo, a prisão preventiva deve ser mantida, conforme dispõem os arts. 312 e 313 do CPP.

A propósito, essa é a orientação das Cortes de Sobreposição: “*Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que, permanecendo os fundamentos da prisão cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Precedentes*” (STF, RHC n. 117802, Min. Ricardo Lewandowski, j. 10.06.2014).

7. À vista do exposto, vota-se pelo parcial conhecimento e, nessa extensão, pelo desprovimento dos recursos e, de ofício, pela redução da pena base relacionada aos crimes do art. 215 do CP praticados contra as vítimas T. de S. e C.L.D., mantendo-se a prisão preventiva pelos mesmos fundamentos da sentença.

Agravo de execução Penal n. 0000455-55.2020.8.24.0022, de Curitiba

Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE EM PRIMEIRO GRAU DEIXOU DE CUMPRIR DETERMINAÇÃO EXARADA NO JULGAMENTO DO HC N. 513642/SC PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INSURGÊNCIA DA DEFESA.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PLEITO DE CONCESSÃO DE TRABALHO EXTERNO. TEMA QUE NÃO FOI OBJETO DA DECISÃO ATACADA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. ADEMAIS, APENADO QUE RECENTEMENTE FOI AGRACIADO COM A AUTORIZAÇÃO DE TRABALHO EXTERNO E PRISÃO DOMICILIAR.

MÉRITO. POSTULADA A FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO (ABERTO). PRETENSÃO QUE RESTA, POR ORA, PREJUDICADA, ANTE AS NECESSÁRIAS MODIFICAÇÕES, DE OFÍCIO, NA DECISÃO OBJURGADA QUE PODERÃO IMPLICAR EM RESGATE MENOS GRAVOSO. REEDUCANDO QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS - PEC 1: PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE (EM REGIME ABERTO) E PEC 2: PENA CORPORAL SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS (OBJETO DO HC N. 513642/SC - STJ). DECISÃO LIMINAR EM *HABEAS CORPUS* QUE SUSPENDEU (EM 06.06.2019) A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ALTERNATIVA ATÉ O JULGAMENTO DE MÉRITO DO *WRIT* (QUE SE DEU EM 11.03.2020). CONTUDO, MESMO COM A REFERIDA SUSPENSÃO, O JUÍZO DE ORIGEM PROCEDEU (EM 29.10.19) A CONVERSÃO TÁCITA DA REFERIDA PENA RESTRITIVA EM PRIVATIVA DE LIBERDADE, COM A SUPERVENIENTE SOMA DAS CONDENAÇÕES E FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO). JULGAMENTO DE MÉRITO DO MENCIONADO *HABEAS CORPUS* QUE CONCEDEU A ORDEM PARA SE REALIZAR A SUBSTITUIÇÃO DE UMA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO (PEC 2). DETERMINAÇÃO, NO ENTANTO, QUE DEIXOU DE SER ATENDIDA PELA MAGISTRADA FRENTE A PRETÉRITA CONVERSÃO E UNIFICAÇÃO. IMPERIOSA RETIFICAÇÃO DO *DECISUM*, A FIM DE SE DETERMINAR, DE OFÍCIO, O INTEGRAL CUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA PELO STJ NO HC N. 513642/SC, COM A CONSEQUENTE REAPRECIÇÃO DA COMPATIBILIDADE DO RESGATE SIMULTÂNEO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO (PEC 2) E PRIVATIVA DE LIBERDADE (REGIME ABERTO - PEC 1). PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE.

“1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se pela possibilidade de cumprimento simultâneo de pena privativa de liberdade em regime aberto com as reprimendas restritivas de direitos fixadas em condenação superveniente, desde que haja compatibilidade no cumprimento das sanções, ou seja, caso a nova pena arbitrada também tenha sido convertida em restritiva de direitos, ou, se privativa de liberdade, que o regime fixado seja o aberto, com possibilidade de cumprimento da pena substitutiva” (STJ - AgRg no AgRg no HC 545.924/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 28.04.2020).

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PREJUDICADO. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, AO JUÍZO DE ORIGEM PARA CUMPRIMENTO DO JULGAMENTO PROFERIDO PELO STJ NO HC N. 513642/SC, E CONSEQUENTE REAPRECIÇÃO DO CABIMENTO DO RESGATE SIMULTÂNEO DAS PENAS RESTRITIVAS E PRIVATIVA DE LIBERDADE (EM REGIME ABERTO).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 000455-55.2020.8.24.0022, da comarca de Curitiba Varas Regionais de Execução Penal em que é Agravante Claudinei Ribeiro da Silva e Agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso, e julgar prejudicado, determinando-se, de ofício, que juízo de origem cumpra integralmente a decisão proferida no julgamento do HC n. 513642/SC pelo STJ (fls. 157/160), com a conseguinte reapreciação da possibilidade do resgate simultâneo entre o PEC n. 0007831-75.2019.8.24.0039 (restritivas de direitos) e PEC n. 0003155-94.2013.8.24.0039 (privativa de liberdade - regime aberto).

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Getúlio Corrêa, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann e Júlio César M. Ferreira de Melo. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Rui Arno Richter.

Florianópolis, 27 de outubro de 2020.

Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em execução interposto por **Claudenir Ribeiro da Silva**, inconformado com decisão do Juízo da Vara Regional de Execução Penal da comarca de Curitiba que deixou de dar cumprimento ao acórdão proferido no HC n. 513.642/SC pelo STJ (alteração de uma das penas restritivas de direito por multa), ante a pretérita conversão das penas restritivas em privativa de liberdade, soma de penas e alteração de regime para o semiaberto - fls. 42/43 (fl. 164 - PEC n. 0003155-94.2013.8.24.0039).

Irresignado, o apenado sustenta ter sido surpreendido com a decisão de fl. 164, a qual afronta o princípio constitucional disposto no art. 5º, LVII, da CF “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, motivo pelo qual almeja a fixação de regime prisional mais brando. Ressalta, ainda, o cumprimento dos requisitos subjetivos “aptidão, disciplina e responsabilidade” para a concessão do trabalho externo (fls. 7/9).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 14/16) e exarado o despacho de manutenção da decisão agravada (fl. 17), os autos ascenderam a esta Corte, perante a qual a Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em manifestação da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, manifestou-se pela “concessão de habeas corpus de ofício a fim de determinar o cumprimento da decisão do STJ, com observância do regime originariamente imposto ao apenado no que toca ao cumprimento da pena privativa de liberdade, ficando prejudicada a análise do recurso” (fls. 23/25).

É o relatório.

VOTO

Pertinente ao juízo de admissibilidade, conhece-se do recurso somente em parte.

Isso porque, apesar de a defesa alegar o preenchimento dos requisitos subjetivos de “aptidão, disciplina e responsabilidade” para a concessão do trabalho externo (fl. 8), constata-se que a decisão profligada sequer apreciou a questão (fl. 164), de modo que se torna inadmissível sua análise neste momento processual, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido *vide* Agravo de Execução Penal n. 0000004-57.2020.8.24.0013, de São José do Cedro, rel. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 16.04.2020:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE FALTA GRAVE, EM FACE DO COMETIMENTO DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO, DETERMINANDO A REGRESSÃO DE REGIME. RECURSO DA DEFESA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. SÚMULA 526 DO STJ. DECISÃO MANTIDA NO PONTO. PRETENDIDO O RETORNO AO REGIME ABERTO, SOB O ARGUMENTO DE QUE A LOCALIZAÇÃO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL IMPEDIRIA A REALIZAÇÃO DE SUA ATIVIDADE LABORAL EM COMÉRCIO DE SUA PROPRIEDADE, SITUADO EM COMARCA DIVERSA. **PEDIDO DE TRABALHO EXTERNO NÃO FORMULADO NO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO.** APENADO RECOLHIDO NA UNIDADE PRISIONAL AVANÇADA DE SÃO JOSÉ DO CEDRO. ESTABELECIMENTO PRISIONAL QUE CONTA COM ALA APROPRIADA AO CUMPRIMENTO DE PENA NA MODALIDADE SEMIABERTA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 56. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

Ademais, em consulta ao referido PEC n. 0003155-94.2013.8.24.0039, vislumbrou-se, de ofício, que recentemente em 15.10.2020, foi autorizado o trabalho externo ao agravante, bem como a prisão domiciliar (fls. 203/206).

Superado o juízo de prelibação, e por não ter sido levantadas preliminares, passa-se à análise propriamente dita do recurso.

O presente agravo em execução tem como objeto a fixação de regime menos gravoso. *In casu*, a decisão profligada deixou de dar cumprimento ao acórdão proferido no HC n. 513.642/SC pelo STJ (alteração de uma das penas restritivas de direito por multa), ante a pretérita conversão das penas restritivas em privativa de liberdade, soma de penas e alteração de regime para o semiaberto - fls. 42/43 (fl. 164 - PEC n. 0003155-94.2013.8.24.0039).

Contudo, a pretensão resta, por ora, prejudicada, ante as necessárias modificações - de ofício, na decisão objurgada (fl. 164) que poderão implicar em resgate menos gravoso.

Volvendo-se ao caso concreto, nota-se que o apenado **Claudenir Ribeiro da Silva** cumpre

pena total de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática de crime comum e hediondo (art. 155, §4º, II, e art. 121, §1º, ambos do Código Penal – fl. 42), com início do resgate das penas em 11.05.2020 (fls. 60/62). Retira-se das mencionadas condenações:

PEC 1: Ação Penal n. 039.09.021619-7 - PEC n. 0003155- 94.2013.8.24.0039 -pena de **04 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto**, como incurso nas sanções do **artigo 121**, § 1º, *in fine*, c/c artigo 65, inciso III, alínea “d”, ambos do Código Penal, conforme sentença condenatória **transitada em julgado em 25 de março de 2013 (fl. 15)**.

PEC 2: Ação Penal n. 0015592-07.2012.8.24.0039 e PEC n. 0007831-75.2019.8.24.0039 - pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, **em regime aberto, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa**, por infração ao artigo 155, § 4º, inciso II, c/c artigo 71, ambos do Código Penal, **sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos** - transitado em julgado em 19 de julho de 2019.

Com relação ao PEC 2 (autos n. 0015592-07.2012.8.24.0039/ PEC n. 0007831-75.2019.8.24.0039 (fls. 24/56), contra o acórdão/apelação a defesa interpôs HC n. 513642/SC junto ao STJ, ocasião em que foi deferida a liminar em 06.06.2019 para: **“suspender a execução provisória das reprimendas restritivas de direitos impostas ao paciente até o julgamento final do presente writ”**.

Contudo, mesmo com a suspensão liminar da execução provisória das restritivas, sobreveio: 1) a certificação do trânsito em julgado para a defesa em 28.06.19 e para acusação em 19.06.19 do PEC 2; 2) a conversão tácita das restritivas de direito em privativa de liberdade (PEC 2); 3) a soma das penas privativas de liberdade dos referidos PECs (1 e 2); 4) a fixação do regime semiaberto (fls. 42/43 – em 29.10.2019):

Cuida-se de incidente de pena instaurado visando a soma de penas impostas ao sentenciado CLAUDENIR RIBEIRO DA SILVA.

O executado foi condenado à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 18 (dezoito) dias-multa, por infração ao artigo 155, § 4º, inciso II, c/c artigo 71, ambos do Código Penal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, conforme decreto condenatório transitado em julgado em 19 de julho de 2019 (Ação Penal n. 0015592-07.2012.8.24.0039 PEC n. 0007831-75.2019.8.24.0039).

Foi, ainda, condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, como incurso nas sanções do artigo 121, § 1º, *in fine*, c/c artigo 65, inciso III, alínea “d”, ambos do Código Penal, conforme sentença condenatória transitada em julgado em 25 de março de 2013 (Ação Penal n. 039.09.021619-7 - PEC n. 0003155- 94.2013.8.24.0039).

Instado a se manifestar, o Doutor Promotor de Justiça pugnou pelo processamento do somatório das penas para fixação do regime semiaberto de cumprimento da pena (fls. 63/64).

Sucintamente relatado.

DECIDO.

Compulsando os autos, verifico que razão assiste ao nobre representante do Ministério Público, eis que,

tendo sofrido o sentenciado condenações em processos distintos, há que se proceder à soma das penas para a fixação do regime de execução das mesmas, nos termos do art. 111, da Lei n. 7.210/84.

Vale ressaltar que se trata de incidente de competência do Juízo da execução penal, conforme art. 66, inciso III, “a”, da Lei de Execução Penal.

Verifica-se que, uma vez somada as condenações, estas resultam na totalidade de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Destarte, considerando o quantum total das reprimendas, fixo o regime semiaberto para início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal.

Oportuno dizer que a pena de multa deverá ser executada nos autos da respectiva Ação Penal, consoante artigo 381 do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina.

Por todo o exposto, nos termos do art. 111, da Lei de Execução Penal, PROCEDO A SOMA das penas impostas ao sentenciado CLAUDENIR RIBEIRO DA SILVA para fixar a pena a ser resgatada em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, em razão do quantum total da reprimenda. Procedam-se as anotações e comunicações devidas e cumpram-se com as demais diligências de lei. Traslade-se cópia da presente decisão ao PEC Principal de n. 0003155-94.2013.8.24.0039 e, após, arquite-se o presente PEC. Expeça-se mandado de prisão. Por fim, remetam-se os presentes autos à Vara Regional de Execução Penal da Comarca de Curitiba, com as homenagens e baixas de estilo. Intime-se. Cumpra-se

Após, em 11.03.2020, o mérito do HC n. 513642/SC foi julgado pelo STJ, ocasião em que foi concedida a ordem, a fim de “*substituir uma das penas restritivas de direitos por multa, cujo valor deve ser definido pelo Juízo da execução*” (fls. 157/160).

Assim, ante a comunicação ao juízo da execução acerca do julgamento de mérito do HC n. 513642/SC pelo STJ, sobreveio a decisão profligada em 01.09.2020, *verbis* (fl. 164):

Vistos, etc.

Sobreveio aos autos acórdão proferido no *Habeas Corpus* n. 513.642-SC, no qual a condenação imposta na ação penal n. 0015592-07.2012.8.24.0039 foi modificada para alterar uma das penas restritivas de direito por multa (fls. 157/160).

No entanto, como se vê da decisão de soma de penas de fls. 42/43, as penas substitutivas impostas na referida ação penal foram convertidas em privativa de liberdade e somadas com a pena fixada na ação penal n. 039.09.021619-7, em 29/10/2019, ou seja, antes mesmo do acórdão proferido pelo e. Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, considerando a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade e a impossibilidade de resgate simultâneo da pena privativa de liberdade com as restritivas de direito, mantenho a decisão de fls. 42/43 e deixo de dar cumprimento ao acórdão de fls. 157/159.

Prossiga-se na execução regular das penas impostas. Intime-se. Cumpra-se. Comarca de Curitiba, 01 de setembro de 2020.

Como se vê, a decisão supramencionada merece ser reformada.

Isso porque, ao tempo da prolação da conversão, soma de penas e fixação de regime mais gravoso, encontra-se em vigor a liminar do HC n. 513642/SC que havia suspenso a execução provisória das penas restritivas. E, além disso, não se vislumbra no caso dos autos qualquer incompatibilidade para o resgate simultâneo entre os PECs 1 e 2, porquanto o primeiro se trata de resgate no regime aberto, ao passo que o segundo se trata de cumprimento de penas restritivas de direitos.

Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça **firmou-se pela possibilidade de cumprimento simultâneo de pena privativa de liberdade em regime aberto com as reprimendas restritivas de direitos fixadas em condenação superveniente, desde que haja compatibilidade no cumprimento das sanções, ou seja, caso a nova pena arbitrada também tenha sido convertida em restritiva de direitos, ou, se privativa de liberdade, que o regime fixado seja o aberto, com possibilidade de cumprimento da pena substitutiva**” (STJ - AgRg no AgRg no HC 545.924/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 28.04.2020).

Logo, torna-se imperioso o cumprimento pelo juízo de origem da decisão proferida pelo STJ no HC n. 513642/SC (fls. 157/160), com a conseguinte reapreciação da compatibilidade do resgate simultâneo da pena restritiva de direito com a privativa de liberdade em regime aberto (PEC 1 e 2).

No mesmo sentido, manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça em parecer de lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, que se utiliza como reforço as razões de decidir (fls. 23/25):

Os autos, salvo flagrante equívoco desta Procuradoria de Justiça, retratam situação inusitada, onde seria permitido dizer que o recorrente atirou no que viu e acertou o que não viu.

É que nos autos da ação penal 0015592-07.2012.8.24.0039 o ora recorrente, com o provimento parcial do recurso que interpôs contra a decisão de primeiro grau, foi condenado ao cumprimento da pena de 3 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 18 dias multa, pela prática do delito previsto no artigo 155, § 4º, II, c/c o artigo 71, ambos do Código Penal, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Na oportunidade foi determinado que o Juízo do primeiro grau, após o esgotamento dos recursos cabíveis, adotasse as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena.

E foi o que se verificou às fls. 42/43 dos autos de execução 0003155-94.2013.8.24.0039, onde o juízo de execução, em 29 de outubro de 2019, observando a existência de sentenças transitadas em julgado nas ações penais n. 0015592-07.2012.8.24.0039 e n. 039.09.021619-7, procedeu a soma das penas privativas de liberdade e, com essa soma atingindo 7 anos e 4 meses, readequou o regime de cumprimento para o semiaberto.

Seguiram-se vários pedidos de progressão de regime até que em 11 de março do corrente ano o STJ, ao proceder o julgamento do HC 513.642-SC, houve por conceder a ordem a fim de substituir uma das penas restritivas de direito por multa. Isso, ressalta-se, refere-se à pena imposta na ação penal 0015592-07.2012.8.24.0039.

Já o juízo de execução, em 01 de setembro do corrente ano, ao tomar conhecimento da decisão do STJ, observou que pela decisão de fls. 42-43 alhures referida, as penas substitutivas, restritivas de direito,

foram convertidas em privativa de liberdade e somadas à pena fixada na ação penal 039.09.021619-7, isso em 29 de outubro de 2019, ou seja, antes mesmo do acórdão proferido pela Corte Superior, razão pela qual, não deu cumprimento ao julgado.

O que não foi observado, entretanto, e isso desde 06 de junho de 2019, inclusive pela defesa do ora recorrente, foi a vigência da liminar concedida pelo STJ no HC 513.642-SC, que suspendia a execução provisória das reprimendas restritivas de direitos impostas ao paciente até o julgamento final do writ.

E se suspensão estava a execução, já não se vê apropriada a reconversão das penas restritivas em privativa de liberdade, o que, acredita-se, bastaria, se não ao acolhimento do recurso, à concessão de *habeas corpus* de ofício para dar cumprimento à decisão do Tribunal Superior.

Não fosse isso, haveria de se dizer que o apenado, condenado à pena privativa de liberdade em regime aberto, sofreu nova condenação cuja pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

A princípio, não obstante procedida a soma das penas privativas de liberdade para a fixação do regime semiaberto, **não se vê escancarada a incompatibilidade no resgate da pena privativa de liberdade, porque fixado o regime aberto, com as penas restritivas de direito. Afinal, como já decidido por esta Corte, “[...] a execução de sanção corporal em regime aberto é compatível com o cumprimento de pena restritiva de direitos.** Isso porque, segundo as regras do regime aberto, ‘[o] condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga’ (§ 1.º, do art 36, do Código Penal). Ora, se o próprio dispositivo prevê que o apenado exerça outra atividade autorizada, e que o recolhimento do executando ocorre durante o período noturno e nos dias de folga, não há nenhum óbice para que as condições da substituição da pena [...]” (STJ, Mina. Laurita Vaz). RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0003596-84.2017.8.24.0023, da Capital, rel. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 28-08-2017).

Ante o exposto, manifesta-se esta Procuradoria de Justiça pela concessão de *habeas corpus* de ofício a fim de determinar o cumprimento da decisão do STJ, com observância do regime originariamente imposto ao apenado no que toca ao cumprimento da pena privativa de liberdade, ficando prejudicada a análise do recurso.

No mais, acerca da compatibilidade do resgate simultâneo entre as penas restritivas de direito (PEC 2) e a privativa de liberdade em regime aberto (PEC 1), já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

1) AgRg no AgRg no HC 545.924/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 28.04.2020:

AGRAVOREGIMENTALNOHABEASCORPUS.EXECUÇÃO PENAL.PACIENTEQUE CUMPRIA PENA EM REGIME ABERTO. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO A PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. UNIFICAÇÃO. SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS CONVERTIDAS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se pela possibilidade de cumprimento

simultâneo de pena privativa de liberdade em regime aberto com as reprimendas restritivas de direitos fixadas em condenação superveniente, desde que haja compatibilidade no cumprimento das sanções, ou seja, caso a nova pena arbitrada também tenha sido convertida em restritiva de direitos, ou, se privativa de liberdade, que o regime fixado seja o aberto, com possibilidade de cumprimento da pena substitutiva.

2. No caso, o paciente já se encontrava cumprindo pena em regime aberto, que foi convertida em sanções restritivas de direitos, quando sobreveio nova condenação também em regime aberto, em que a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos. O Tribunal a quo entendeu não ser possível o cumprimento simultâneo das duas reprimendas, baseando-se na premissa equivocada de que seria “incompatível com o cumprimento de pena em regime fechado”, o que não corresponde à realidade dos autos, eis que a unificação se deu em regime semiaberto.

3. Verifica-se, portanto, a existência de constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita, com a concessão da ordem de ofício a fim de que seja autorizado ao sentenciado o cumprimento simultâneo das penas restritivas de direitos com a reprimenda corporal a ser cumprida em regime aberto.

4. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do *habeas corpus*, por se afigurar manifestamente incabível, e concedeu a ordem de ofício.

5. Agravo regimental desprovido.

E esta Corte:

1) Agravo de Execução Penal n. 0003596-84.2017.8.24.0023, da Capital, rel. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 28.08.2017:

RECURSO DE AGRAVO - SOMA DE PENAS E REGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL (ABERTO PARA O SEMIABERTO) - INSURGÊNCIA DA DEFESA. NULIDADE POR VÍCIO NA INTIMAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA - MATÉRIA NÃO AFETA À EXECUÇÃO PENAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 66 DA LEP - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, NO PONTO. INTIMAÇÃO EDITALÍCIA NO PEC E CONSEQUENTE CONVERSÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE, COM REGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL - DEFEITO NA INTIMAÇÃO - AGRAVANTE COM ENDEREÇO CERTO E QUE CUMPRE FIELMENTE AS CONDIÇÕES DO REGIME ABERTO - MANIFESTO PREJUÍZO - NULIDADE CONFIGURADA. **POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE (REGIME ABERTO) E DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.** “[...] a execução de sanção corporal em regime aberto é compatível com o cumprimento de pena restritiva de direitos. Isso porque, segundo as regras do regime aberto, ‘[o] condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga’ (§ 1.º, do art 36, do Código Penal). Ora, se o próprio dispositivo prevê que o apenado exerça outra atividade autorizada, e que o recolhimento do executando ocorre durante o período noturno e nos dias de folga, não há nenhum óbice para que as condições da substituição da pena [...]” (STJ, MIna. Laurita Vaz). RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

2) Recurso de Agravo n. 2015.050901-6, de Chapecó, rel. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 15.09.2015:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - REEDUCANDO QUE CUMPRIA PENA EM REGIME ABERTO - SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO COM APLICAÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - CONVERSÃO DA SANÇÃO ALTERNATIVA PARA PRIVATIVA DE LIBERDADE E UNIFICAÇÃO DE PENAS - REGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO DIANTE DO RESULTADO DO SOMATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - COMPATIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA EM REGIME ABERTO COM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - REGRAS DO REGIME MAIS BRANDO QUE NÃO CONSTITUEM ÓBICE AO RESGATE SIMULTÂNEO DAS SANÇÕES - PRECEDENTES DO STJ - RECURSO PROVIDO.

Por essas razões, determina-se, de ofício, ao juízo da execução o integral cumprimento do julgamento proferido pelo STJ no HC n. 513642/SC (fls. 157/160), com a conseguinte reapreciação do resgate simultâneo entre o PEC n. 0007831-75.2019.8.24.0039 (restritiva de direito) e PEC n. 0003155-94.2013.8.24.0039 (privativa de liberdade - regime aberto), restando prejudicado o recurso.

Dispositivo

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer parcialmente do recurso e julgar-lhe prejudicado, determinando-se, de ofício, que juízo de origem cumpra integralmente a decisão proferida no julgamento do HC n. 513642/SC pelo STJ (fls. 157/160), com a conseguinte reapreciação da possibilidade do resgate simultâneo entre o PEC n. 0007831-75.2019.8.24.0039 (restritivas de direitos) e PEC n. 0003155-94.2013.8.24.0039 (privativa de liberdade - regime aberto).

Comunique-se, com urgência, o Juízo de origem.

Este é o voto.

Agravo de Execução Penal Nº 0000616-03.2020.8.24.0075/SC

Relator: Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

AGRAVANTE: CYRO MATHIAS DO NASCIMENTO (AGRAVANTE)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVADO)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO INTERPOSTO PELO APENADO CONTRA DECISÃO QUE HOMOLOGOU PAD, RECONHECEU FALTA GRAVE CONSISTENTE EM TENTATIVA DE FUGA (ART. 50, INC. II, DA LEP) E APLICOU SANÇÕES. PLEITOS DE AFASTAMENTO DA FALTA E, SUBSIDIARIAMENTE, A DESCLASSIFICAÇÃO PARA INFRAÇÃO DE NATUREZA MÉDIA SOB A ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE DA EQUIPARAÇÃO ENTRE FALTAS CONSUMADAS E TENTADAS NO QUE TANGE ÀS CONSEQUÊNCIAS DO SEU COMETIMENTO. TESE INSUBSISTENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

- A adoção de tratamento diferenciado entre os fatos consumado e tentado configura essencialmente escolha legislativa. E, em termos de falta disciplinar no âmbito da execução penal, o legislador dispôs expressamente no parágrafo único do art. 49 da LEP que “pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada”. Para além disso, no que couber, o art. 57 da mesma lei previu que “na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”. E, no âmbito da falta grave, a consideração desses parâmetros cabe justamente por ocasião da decretação da perda dos dias remidos, consoante previsão do art. 127 da LEP, procedimento estritamente observado pelo Juízo a quo. Manifestamente insubsistente, pois, a aventada ofensa ao princípio da proporcionalidade, já que a circunstância de o apenado não ter logrado consumir a fuga foi devidamente considerada na eleição da fração de perda dos dias remidos.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2020.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo interposto pelo apenado Cyro Mathias do Nascimento em face de decisão de fls. 120-123 dos autos da execução penal n. 0004520-65.2019.8.24.0075 (evento 84 dos autos migrados ao sistema Eproc), que homologou o PAD n.º 40/2020 e reconheceu a prática de falta grave pelo recorrente, consistente em tentativa de fuga (art. 50, inc. II, da LEP), mantendo o regime fechado e decretando a perda de 1/6 dos dias remidos, bem como a alteração da data-base para 2-4-2020.

Por seu recurso, a defesa postula, em síntese, o afastamento da falta grave ou, subsidiariamente, a desclassificação desta para infração disciplinar de natureza média, sob o fundamento de desproporcionalidade da equiparação entre faltas consumadas e tentadas (evento 2 dos autos recursais de primeiro grau).

Ofertadas as contrarrazões (evento 11 dos autos recursais do primeiro grau), o Juízo a quo manteve a decisão recorrida (evento 13 dos mesmos autos).

Distribuído o recurso nesta Corte, vieram os autos a este gabinete conclusos para julgamento, após a prolação de parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça, no sentido do conhecimento e desprovemento (evento 9 destes autos).

VOTO

Passo ao exame da matéria devolvida a conhecimento desta Câmara.

Como relatado, por seu recurso, pretende o apenado a reforma da decisão que homologou o PAD, confirmou a falta grave e aplicou as respectivas sanções. Para tanto, sustenta a desproporcionalidade da equiparação entre faltas tentadas e consumadas no que tange às consequências de seu cometimento pelo apenado. Com base nisso, requer o afastamento da infração ou, subsidiariamente, a desclassificação para falta de natureza média.

O recurso deve ser conhecido e desprovido.

Segundo a Lei de Execuções Penais, o poder disciplinar na execução da pena privativa de liberdade é exercido pelo Diretor do estabelecimento prisional (art. 47, LEP), de modo que a ele cumpre apurar a conduta faltosa do apenado, mediante a instauração de procedimento administrativo (art. 59, LEP).

Ao enfrentar esse tema e interpretar tais dispositivos do ordenamento infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos (REsp 1378557/RS), assentou que a instauração do PAD é imprescindível e que, no bojo desse procedimento, deverá ser plenamente garantido o direito de defesa do detento (art. 5º, inc. LV, CF). O julgado deu lugar à súmula n.º. 533 do STJ:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. 1. RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE. IMPRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO.1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por

advogado constituído ou defensor público nomeado.2. Recurso especial não provido. (REsp 1378557/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 21/03/2014)

Para além disso, examinando os fundamentos determinantes desse julgamento, verifica-se ter restado assentado também que o exercício do poder disciplinar pela autoridade administrativa abrange: a) a apuração do fato; b) a subsunção dele à norma (definindo-se a natureza da infração); c) e, ato seguinte, a aplicação das sanções disciplinares. Nesse contexto, ademais, foi expressamente reconhecido que ao Juiz da Execução Penal cabe: a) no caso de infração de natureza grave, aplicar sanções que a lei prevê como de sua privativa competência (art. 48, par. único, LEP); e b) realizar o inafastável controle de legalidade da atuação administrativa (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV).

Ademais, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento sob o rito dos recursos com repercussão geral (RExt n. 972.598/RS), apreciou o tema 941, fixando a seguinte tese: “A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena”. Nos fundamentos desse julgamento, igualmente é reforçado o entendimento de que o procedimento administrativo poderá sempre ser revisto na esfera judiciária para exame da legalidade do ato.

Nesse ponto, reputo importante destacar que não vejo incompatibilidade ou oposição entre tais entendimentos no que tange à competência para reconhecimento da falta disciplinar. Note-se: nem o posicionamento do STJ torna o Juízo um mero homologador da decisão administrativa, nem o entendimento firmado pelo STF torna letra morta a disposição legal que atribui à autoridade prisional processar, reconhecer e classificar a falta disciplinar cometida.

Tanto isso é verdade que o próprio STJ, muito antes da recente decisão do STF, já afirmava a ausência de vinculação do Juízo da Execução à decisão do Conselho Disciplinar no que tange ao reconhecimento da falta disciplinar (vide AgRg no REsp 1813064/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2019 ou HC n. 381.237/MG, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, SEXTA TURMA, DJe de 23/3/2017).

O cerne da tese firmada pelo STF, é preciso atentar, consiste na afirmação de inexistência de nulidade quando, ausente o PAD, o Juízo promova audiência de justificação. Tal disposição, é evidente, não altera a legislação infraconstitucional e, portanto, não torna regra a não realização de PAD na instância administrativa, tampouco reputa inútil a decisão administrativa. De modo semelhante, o STJ, ao assentar a imprescindibilidade da instauração de PAD pelo Diretor do estabelecimento prisional, não nega o inafastável controle de legalidade da atuação administrativa pela autoridade judiciária, tampouco a competência do Juiz de decidir sobre incidentes da execução (art. 66, inc. III, alínea f, da LEP) ou de zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 66, inc. VI, da LEP).

Oportuno ressaltar, ainda, que na fundamentação de ambos os julgamentos há a afirmação de que, ao Juízo da Execução Penal, cabe sempre revisar a legalidade do ato, prevalecendo obviamente a decisão judicial sobre a administrativa.

Não há dúvidas, portanto, de que ao Poder Judiciário cabe sempre a última palavra quanto à legalidade do ato. E isso, é importante frisar, não significa um exame restrito aos aspectos formais da etapa administrativa, afinal, no exercício do controle de legalidade, resguarda-se a observância e repele-se a infringência às normas legais, e não às normas legais que digam respeito à forma dos atos.

E este vem sendo exatamente o posicionamento adotado por este Relator há algum tempo: em suma, por ocasião do controle de legalidade judicial, em se constatando a necessidade de intervenção para afastar vícios e resguardar direitos, é possível ao Juiz da Execução rever a decisão administrativa, inclusive para afastar ou para reconhecer a falta grave, ou para alterar classificação se for o caso, não estando, portanto, vinculado à decisão da autoridade administrativa.

Parto desse entendimento, portanto, quanto ao exercício do poder disciplinar no âmbito da execução penal, porém entendo que a decisão recorrida, no ponto relativo ao reconhecimento e à classificação da falta, deve ser confirmada.

No caso em comento, é atribuída ao reeducando a prática de tentativa de fuga (conduta descrita no art. 50, inc. II, da LEP), assim narrada nos autos do procedimento administrativo:

[...] Referidos reeducandos utilizaram uma corda confeccionada com roupas trançadas para escalar as paredes do pátio e arrancaram uma barra de ferro do gradeado superior do teto, fugindo pelo referido buraco.

Ao visualizarem os reeducandos, os Agentes Penitenciários conseguiram recapturar os reeducandos Mateus Mendes Antunes, Cristian Ferreira de Araujo, Cyro Mathias dos Nascimento, que já tinham pulado do telhado e estavam correndo para pular o muro que fica localizado nos fundos da Unidade.

Oportuno o registro de que dois reeducandos conseguiram fugir e um deles foi capturado ainda no telhado.

O PAD n.º 40/2020 (evento 66 dos autos do PEC migrados ao Eproc) se apresenta muito bem processado e instruído. Para além disso, foi promovida audiência de justificação judicial. Em ambas as oportunidades, o apenado confessou a prática infracional.

Em prosseguimento, a decisão recorrida reconheceu a falta, manteve o apenado no regime fechado, alterou a data-base para o dia da infração e, no que tange à decretação de perda dos dias remidos, assim dispôs:

No tocante à perda dos dias remidos, verifica-se que o art. 127 da LEP permite ao juiz revogar em até 1/3 do tempo remido, observando-se o disposto no art. 57 do mesmo diploma legal. Ademais, o referido artigo prescreve que, na aplicação das sanções disciplinares, serão levados em conta a natureza, o motivo, as circunstâncias e as consequências do fato praticado, bem como a pessoa do faltoso.

A simples regressão de regime em um caso tão grave como a situação aqui debatida, de fato, pode gerar uma sensação de impunidade, pois evidencia que ele não quer se submeter à aplicação da lei penal. Todavia, considerando que o apenado não chegou a transpor os muros do estabelecimento prisional, mostra-se cabível a decretação de 1/6 (um sexto) dos dias remidos, montante que se mostra proporcional e razoável para a prevenção e coibição de futuras condutas semelhantes.

Desse modo, mostra-se manifestamente insubsistente a aventada ofensa ao princípio da proporcionalidade, já que a circunstância de o apenado não ter logrado consumir a fuga foi devidamente considerada na eleição da fração de perda dos dias remidos.

Oportuno salientar que a adoção de tratamento diferenciado entre os fatos consumado e tentado configura essencialmente escolha legislativa. E, em termos de falta disciplinar no âmbito da execução penal, o legislador dispôs expressamente no parágrafo único do art. 49 da LEP que “pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada”. Para além disso, no que couber, o art. 57 da mesma lei prevê que “na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”. E, no âmbito da falta grave, a consideração desses parâmetros cabe justamente por ocasião da decretação da perda dos dias remidos, consoante previsão do art. 127, procedimento estritamente observado pelo Juízo a quo.

Irretocável, assim, a decisão recorrida.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0012035-70.2015.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Desembargador José Everaldo Silva

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO DE RAÇA E COR (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). DECISÃO CONDENATÓRIA.

PRELIMINAR. ALEGADA A ILICITUDE DA PROVA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA SEM O CONHECIMENTO DE UM DOS INTERLOCUTORES. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. MATÉRIA ANALISADA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. PROVA LÍCITA. EIVA AFASTADA.

MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS, NARRANDO A PRÁTICA DELITIVA. COMPROVAÇÃO DE QUE O QUERELADO PROFERIU EXPRESSÃO INJURIOSA E COM CONTEÚDO DISCRIMINATÓRIO INERENTE A COR DA PELE. DOLO DEMONSTRADO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PLEITO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO DEVIDAMENTE MOTIVADO. MANUTENÇÃO.

PLEITO DE MODIFICAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO CONSISTENTE EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE POR LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA MODALIDADE ESTABELECIDA. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO PARA ESCOLHER SANÇÃO QUE MELHOR SE ADEQUA AO CASO CONCRETO. EVENTUAL LIMITAÇÃO DO APENADO A SER ANALISADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO.

PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. POSTULADA MINORAÇÃO EM FUNÇÃO DA PARCA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA RÉ. INVIABILIDADE. ARBITRAMENTO REALIZADO DENTRO DOS DITAMES LEGALMENTE ESTABELECIDOS E NO MÍNIMO LEGAL.

PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. BENESSE CONCEDIDA PELO JUÍZO A QUO.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0012035-70.2015.8.24.0018, da comarca de Cahpecó 1ª Vara Criminal em que é Apelante Terezinha Moura e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento em sessão presencial por videoconferência, nos termos dos arts. 236, § 3º, 937, § 4º, 193, 196 e 217 do CPC c/c art. 3º do CPP, e do Ato Regimental n.1 de 19 de março de

2020, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, sem voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Sidney Eloy Dalabrida e Zanini Fornerolli.

Funcionou como membro do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 5 de novembro de 2020.

Desembargador José Everaldo Silva
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Chapecó, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Terezinha Moura, dando-a como incurso nas sanções do art. 140, § 3º, e art. 147, ambos do Código Penal, porque, conforme descreve a exordial acusatória:

1. Injúria racial

No dia 12 de agosto de 2015, por volta das 18h30min, na rua Vitório Franceschi, nº 93-D, bairro Parque das Palmeiras, em Chapecó, a denunciada Terezinha Moura, de forma livre e voluntária, conhecedora da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com manifesto animus injuriandi, ofendeu o honra subjetiva da vítima Ilson dos Santos, propalando as seguintes palavras: “nego sujo”, “fedido” e “nego traste”, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro. Registre-se que ao proferir as palavras injuriosas a denunciada utilizou-se de elementos referentes à cor da vítima.

2. Ameaça

Ainda, nas mesmas circunstâncias de local e tempo do fato acima, a denunciada Terezinha Moura, agindo em flagrante demonstração de ofensa à liberdade pessoal do ofendido Ilson dos Santos, ameaçou-o, por meio de palavras, de causar-lhe mal injusto e grave, ao afirmar que “desço aí [no local onde a vítima estava] e te dou uma surra” (sic).

Assim agindo, incorreu a denunciada Terezinha Moura nas condutas previstas no artigo 140, § 3º, do Código Penal e artigo 147, *caput*, do Código Penal (na forma do artigo 69 do mesmo diploma normativo) [...] (fls. 105-106).

Regularmente processado o feito, a autoridade judiciária julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na denúncia e: a) absolveu Terezinha Moura da acusação de infração ao art. 147 do Código Penal, forte no art. 386, III, do Código de Processo Penal; e b) condenou Terezinha Moura à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no mínimo valor legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no montante de 1 (um) salário mínimo, por infração ao disposto no art. 140, § 3º, do Código Penal (fls. 179-180).

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, Terezinha Moura apelou e requereu, preliminarmente, a concessão do benefício da justiça gratuita e o reconhecimento da ilicitude da gravação de fl. 104, ao argumento de que fora obtida por meio ilícito. No mérito, sustentou não ter praticado qualquer delito, pretendendo ser absolvida. Sucessivamente, requereu a fixação da pena base no mínimo legal; a modificação da pena restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade por limitação de fim de semana; e a diminuição do valor da prestação pecuniária (fls. 189-204).

Contra-arrazoado (fls. 209-223 e 232), os autos ascenderam a esta superior instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto (fls. 235-242).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Terezinha Moura contra a decisão da autoridade judiciária que a condenou à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no mínimo valor legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no montante de 1 (um) salário mínimo, por infração ao disposto no art. 140, § 3º, do Código Penal.

Ab initio, a defesa argui a ilicitude da gravação de fl. 104, ao argumento de que fora obtida por meio ilícito, porquanto realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento prévio do outro.

Razão não lhe assiste.

A matéria em debate já fora inclusive submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal que, em sede de Repercussão Geral, afastou a ilegalidade das provas obtidas nestas condições.

Assim restou ementado o aludido julgamento:

ACÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RTJ VOL-00220-01 PP-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194 - grifou-se).

Por oportuno, colhe-se excerto do julgamento da Apelação Criminal n. 0001363-79.2012.8.24.0059, de São Carlos, rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, realizado

em 13-02-2020, no qual consignou que: “*Tal entendimento decorre do fato de que a gravação ambiental, realizada por um dos interlocutores, não se confunde com a interceptação telefônica, a qual deve ser autorizada por decisão judicial, uma vez que se trata de comunicação alheia, acessada por sujeito estranho à relação.*”

Assim, embora a gravação possa ser tida por clandestina, não pode ser caracterizada como ilícita, razão pela qual seu uso como prova processual é plenamente viável”.

Assim, rejeita-se a preambular invoca e passa-se à análise do *meritum causae*.

Neste ponto, as razões de insurgência da defesa residem, fundamentalmente, na alegação de que inexistem provas suficientes a amparar um decreto condenatório, ao argumento de que a recorrente não praticou qualquer delito. Sucessivamente, requereu a fixação da pena-base no mínimo legal; a modificação da pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade por limitação de fim de semana; e a diminuição do valor da prestação pecuniária. Ademais, requereu a concessão do benefício da justiça gratuita.

Analisando os autos, verifica-se que a materialidade e autoria delitivas restaram plenamente evidenciadas pelo boletim de ocorrência (fls. 2-3), termo de representação (fl. 8) e pela prova oral coligida.

De início, extrai-se das palavras do ofendido, Ilson dos Santos, ouvido em ambas as oportunidades procedimentais:

Na sede policial: [...] QUE, então se deparou com a Sra. Terezinha Moura, a qual passou a proferir diversas injurias e ameaças como: “nego sujo”, “nego traste”, “tua mulher é uma vaca e tua família uma tropa de jaguara”, “filho da puta”, “não vai falar nada?”, “desço aí e te dou uma surra” [...] (fls. 4-5).

Em juízo: que possui desavença há bastante tempo com Terezinha Moura, devido a uma obra feita por ela que acabou ultrapassando os limites de seu terreno. Aduziu que por diversas vezes tentou resolver de forma pacífica, não logrando êxito. Que no dia dos fatos a acusada lhe injuriou com as palavras descritas na denúncia; que neste dia a testemunha Alserio estava presente. Aduziu que Terezinha proferiu palavras de forma a denegrir a sua imagem, dignidade, chamando-o de “nego sujo”; “filho da puta”; “jaguara”; “safado”; “desço ai te dar uma surra”(mídia de fls. 176-177, conforme contrarrazões de fls. 215-216).

No mesmo sentido, os depoimentos da testemunha ocular, Alsério Ernesto Canam:

Fase policial: [...] Que então o depoente foi até aos fundos e presenciou a Sra. Terezinha Moura apalpar inúmeras ofensas e ameaças ao Sr. Ilson e sua família como “nego sujo”, “tua mulher é uma vaca”, “seu filho da puta”, “imundícia”; “tropa de jaguara”, “eu desço aí e te dou uma surra”[...] (fl. 13).

Em juízo: que foi até a casa da vítima para pegar uma ferramenta; que quando estava dentro da casa escutou uma discussão nos fundos do terreno, onde a vítima estava; que ouviu a Terezinha desferindo palavreados contra a vítima; que ela dizia “nego sujo”, “ tua família é um bando de jaguara”, entre outros palavreados

que ofendem a dignidade da vítima, todos visando a ofensa racial; [...] que entraram para dentro da casa e fecharam a porta; que percebeu que a situação poderia piorar (mídia de fls. 176-177, conforme contrarrazões de fl. 216).

As testemunhas arroladas pela defesa foram meramente abonatórias, porquanto nada presenciaram acerca dos fatos em testilha, limitando-se a relatarem acerca da boa conduta social da ré.

Ao seu turno, a ré Terezinha de Moura foi ouvida em juízo (mídia de fls. 176-177), oportunidade em que negou as acusações que lhe são irrogadas, sustentando que jamais ofendeu a honra da vítima Ilson.

Desse modo, por mais que a apelante refute a autoria que lhe foi imputada, as provas constantes no caderno processual demonstram o contrário.

De fato, vislumbra-se claramente que a apelante ofendeu à vítima, utilizando elementos referentes à sua cor, incorrendo no tipo penal de injúria qualificada, descrito no art. 140, § 3º, do Código Penal, que assim dispõe:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro

[...]

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem [...]

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Sobre a matéria, leciona Guilherme de Souza Nucci:

O racismo é uma forma de pensamento que teoriza a respeito da existência de seres humanos divididos em “raças”, em face de suas características somáticas, bem como conforme sua ascendência comum. A partir dessa separação, apregoa a superioridade de uns sobre os outros, em atitude autenticamente preconceituosa e discriminatória. [...] Raça é termo infeliz e ambíguo para a utilização com relação a seres humanos, pois pode representar desde um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos, como também um conjunto de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Quer dizer, ainda, meramente, uma classe ou categoria de pessoas (Código Penal Comentado. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 858-860).

Ademais, a versão apresentada pela apelante não encontra amparo em nenhuma das provas coligidas aos autos.

No mais, é cediço que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (art. 156 do Código de Processo Penal), tendo a defesa se limitado a sustentar a sua negativa, não produzindo qualquer prova contundente apta a desconstituir o conjunto probatório harmônico dos autos.

Acrescente-se ainda que, nos crimes contra a honra, por sua própria natureza, longe do olhar de possíveis testemunhas, a prova para a condenação nem sempre é exuberante. Ao contrário, na maioria das vezes, a convicção do julgador advém do cotejo dos vários elementos probatórios trazidos ao processo, especialmente pelas palavras das vítimas.

De acordo com o art. 155 do CPP, vige em nosso sistema legal o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o magistrado aprecia as provas livremente, confrontando-as e dando maior valor àquelas que possuem credibilidade.

Dessa forma, de acordo com tal princípio, a rigor, não existem critérios rígidos de valoração das provas, podendo o magistrado livremente optar por qualquer uma delas, pois:

[...] tudo depende das circunstâncias do caso, como aliás sempre acontece, quando se focaliza a livre convicção. Se os indícios e elementos circunstanciais do factum probandum foram tais que gerem convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, pode o juiz invocar um ou outro desses elementos, para fundamentar, completamente, a sua decisão. Notadamente quando os fatos apurados no inquérito se entrosam, como dados circunstanciais, à prova colhida na fase judicial da instrução [...] (MARQUES, Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997, p. 160, v.1).

Assim, tendo em vista a ampla comprovação da materialidade e a autoria do crime praticado e consolidada a versão dos fatos pelo conjunto probatório dos autos, a manutenção da condenação da recorrente é medida que se impõe.

Além disso, é de notável clareza que a recorrente praticou o crime de injúria qualificada em desfavor da vítima, agindo com dolo e de forma discriminatória ao se referir a ela como “nego sujo”.

A respeito, extrai-se dos julgados desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A HONRA. INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO DE RAÇA E COR. [...] NO MÉRITO, PLEITO ABSOLUTÓRIO SOB O ARGUMENTO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DO DELITO E RESPECTIVA AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. VÍTIMA E TESTEMUNHAS PRESENCIAIS QUE CONFIRMAM TER O RÉU OFENDIDO AQUELA EM SUA HONRA SUBJETIVA, VALENDO-SE DE EXPRESSÕES REFERENTES A ELEMENTOS DE RAÇA E COR. CONJUNTO PROBATÓRIO SÓLIDO PARA A PROLAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

[...] 4. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelas declarações firmes e coerentes da vítima e de testemunhas presenciais, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação (Apelação Criminal n. 2011.026563-1, de Videira, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 30-04-2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A HONRA. INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO

DE RAÇA E COR (CP, ART. 140, § 3.º). OFENSA PROFERIDA POR PROFESSORA CONTRA ALUNO AFRO-DESCENDENTE. IMPROCEDÊNCIA DA QUEIXA-CRIME.

RECURSO DO QUERELANTE. ALMEJADA A CONDENAÇÃO DA QUERELADA. AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS. PALAVRA DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS SOMADAS ÀS DECLARAÇÕES DA PRÓPRIA QUERELADA QUE COMPROVAM QUE ESTA PROFERIU EXPRESSÃO INJURIOSA E COM CONTEÚDO DISCRIMINATÓRIO CONTRA O QUERELADO. NÍTIDA INTENÇÃO DE HUMILHÁ-LO DIANTE DOS DEMAIS COLEGAS DE CLASSE. DOLO DEMONSTRADO. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2008.077094-3, da Capital, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 13-04-2010).

Concernente à dosimetria, a defesa pretende a diminuição da pena base para o mínimo legal, a fim de que seja afastada a valoração negativa dada à culpabilidade e aos motivos do crime.

Contudo, razão novamente não lhe assiste.

Extrai-se da sentença de fls. 176-177:

[...] No que tange às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade da ré, como grau de reprovabilidade de sua conduta, justifica maior reprovabilidade, pois além da injúria racial, proferiu ofensas a familiares da vítima e outras expressões depreciativas; [...]

Os motivos do crime foram um desentendimento relacionado a direito de vizinhança, o que torna mais reprovável a conduta, pois a ré deveria ter resolvido suas diferenças com a vítima de forma civilizada e se necessário por via judicial.

Nesse contexto, vislumbra-se que o Juiz *a quo* fixou a pena base acima do mínimo legal, pois a culpabilidade despontou maior grau de reprovabilidade, tendo em vista que a vítima estendeu suas ofensas aos familiares da vítima, bem como os motivos do crime merecem maior censura, pois são oriundos de desentendimento pretérito aos fatos que poderia ter sido resolvido por outros meios entre as partes, inclusive via judicial.

A propósito, como bem anotado nas contrarrazões ministeriais:

Isso porque, valendo-se de seu sentimento pessoal de preconceito referente à raça e à cor da vítima, a recorrente injuriou Ilson dos Santos, inclusive na presença da testemunha Alserio Ernesto Canam, conforme extrai-se do depoimentos colacionados aos autos e que aqui deixase de transcrever para se evitar repetição desnecessária.

Outrossim, conforme se infere na r. sentença prolatada, o M.M. Juiz *a quo* analisou a culpabilidade da ré, considerada desfavorável, uma vez que, além da injúria racial, Terezinha também proferiu ofensas a familiares da vítima e outras expressões depreciativas.

Já o motivo do crime foi decorrente de animosidade anterior relacionado ao direito de vizinhança, o torna mais repugnante a conduta da apelante, incompatível com vários princípios disposto na Constituição da República, uma vez que, como bem pontuou o Magistrado, havia outros meios legais para ela resolver o conflito existente, inclusive podendo-se valer da seara judicial.

Como bem lembra Guilherme de Souza Nucci: “*todo crime tem um motivo, que pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante. A avaliação disso faz com que o juiz exaspere ou diminua a pena*”.

Dessa forma, verifica-se que o Magistrado a quo empregou mais de uma circunstância desfavorável à ré, justificando, portanto, o aumento da pena-base do crime em apreço, em atendimento, também, ao princípio da individualização da pena (fls. 218-219).

Outrossim, sempre salutar lembrar que este relator acompanha o entendimento de que a pena base deve ser fixada de acordo com o caso em concreto e com a discricionariedade do sentenciante, devendo este, contudo, analisar os moduladores dispostos no art. 59 do Código Penal e fundamentá-los:

Não se pode esquecer que os moduladores do art. 59 do CP, todos, constituem apenas — como afirmava Salgado Martins — uma diretriz, traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delincente. Os elementos constantes no art. 59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

Ademais, explica Cezar Roberto Bitencourt, a forma que o aplicador da pena deve analisar as circunstâncias do crime:

4.6 As circunstâncias

As circunstâncias referidas no art. 59 não se confundem 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 (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 346).

Dessa forma, de acordo com o princípio do livre convencimento, o Magistrado de primeiro grau corretamente fundamentou a fixação da pena base acima do mínimo legal.

Desse modo, inexistindo qualquer incremento que se revele exacerbado e desmedido ou, ainda, despropositado por ausência de fundamentação idônea - bem pelo contrário -, mantém-se inalterado o aumento procedido pelo juízo *a quo* na primeira fase.

Também não merece provimento o pleito de modificação da pena de prestação de serviços à comunidade por limitação de fim de semana.

Isto porque tal escolha não compete ao apenado, mas ao juiz sentenciante, este que, diante da análise dos fatos que lhe são apresentados, deve escolher, dentre as possibilidades elencadas no rol taxativo estabelecido pelo art. 43 do Código Penal, aquela que mais se adequa ao caso concreto.

A propósito, colhe-se dos julgados deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299, “CAPUT”, DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO. INCONFORMISMO DA DEFESA. [...] PEDIDO SUBSIDIÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MULTA, NOS TERMOS DO ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL, OU POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM PATAMAR MÍNIMO. INVIABILIDADE. FACULDADE DO JUÍZO. REPRIMENDA MAIS CONDIZENTE COM A REALIDADE DOS AUTOS. TIPO PENAL QUE PREVÊ A FIXAÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CUMULATIVAMENTE COM MULTA. REJEIÇÃO. “A substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade” (HC 313.675/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 1º-12-2015). RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0005274-78.2014.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 22-11-2018).

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/03). SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DO ACUSADO. [...] ABSOLVIÇÃO. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS CONSISTENTES NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR DUAS PECUNIÁRIAS OU MULTA. INDEFERIMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. ESCOLHA ADEQUADA QUE ATENDE AO CARÁTER PUNITIVO E RESSOCIALIZADOR. [...] RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000125-37.2015.8.24.0021, de Cunha Porã, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 17-05-2018).

De outro viés, caso se verifique a inviabilidade do cumprimento da sanção de prestação de serviços à comunidade por ocasião da execução da pena imposta, compete ao juízo da execução a sua adequação às condições pessoais do apenado.

Da mesma forma, não merece acolhimento o pedido de minoração da prestação pecuniária fixada em 1 (um) salário mínimo, haja vista o disposto no § 1º do art. 45 do Código Penal que estabelece que a prestação pecuniária deve ser arbitrada em valor “*não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos*”.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO (CP, ART. 171, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. PROVAS DA MATERIALIDADE, DA AUTORIA E DO DOLO. PALAVRAS DA VÍTIMA. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHA. INFORMANTE. DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUTODEFESA INVEROSSÍMIL. 2. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SALÁRIO MÍNIMO. [...]

2. Não é possível estabelecer a medida de prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade em valor inferior ao do salário mínimo. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0010772-03.2015.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 3-3-2020).

Dessarte, tem-se que falta interesse de agir à defesa que postula a concessão do benefício da gratuidade judiciária, haja vista tal benesse ter sido concedida no despacho de fls. 142-145.

Outrossim, ao prolatar a sentença, a autoridade judiciária isentou a apelante do pagamento das custas processuais: “*por ter deferido o benefício da justiça gratuita*” (fl. 177).

Ante o exposto, o recurso é parcialmente conhecido e desprovido.

O conteúdo do presente acórdão, nos termos do § 2º do art. 201 do Código de Processo Penal, deverá ser comunicado pelo juízo de origem.

Este é o voto.

Agravo de Execução Penal n. 0000898-18.2020.8.24.0018

Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE SAÍDA TEMPORÁRIA.

PLEITO QUE VISA À CONCESSÃO DA BENESSE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO SATISFEITO (ART. 123, I, DA LEP). REEDUCANDO QUE PRATICOU FALTA GRAVE (ART. 52, *CAPUT*, DA LEP), DURANTE O GOZO DE SAÍDA TEMPORÁRIA, HÁ MENOS DE UM ANO. COMPORTAMENTO QUE EVIDENCIA A FALTA DE RESPONSABILIDADE E COMPROMISSO COM A EXECUÇÃO DA PENA. ATESTADO DE BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO RECENTE E PARECER FAVORÁVEL DA COMISSÃO TÉCNICA DE CLASSIFICAÇÃO QUE SE REVELAM INSUFICIENTES AO DEFERIMENTO DO INSTITUTO. *DECISUM* PRESERVADO.

“Em se tratando de pedido de pleito de saída temporária, o mero atestado de bom comportamento carcerário não é suficiente para satisfazer o requisito subjetivo elencado no art. 123, I, da LEP, devendo o apenado apresentar sensatez, responsabilidade e discernimento da finalidade do cárcere, mostrado aptidão para permanecer em sociedade sem vigilância” (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0000789-04.2020.8.24.0018, Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. em 10/9/2020).

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0000898-18.2020.8.24.0018, da comarca de Chapecó (3ª Vara Criminal) em que é Agravante Joel Macedo e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

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

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Zanini Fornerolli. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 29 de outubro de 2020.

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo interposto por Joel Macedo, inconformado com a decisão prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Chapecó que, nos autos n. 0008911-26.2008.8.24.0018, indeferiu o pedido de saída temporária ante o não preenchimento do requisito subjetivo (fls. 1143-1145 do PEC).

No arrazoado, a defesa busca a reforma da decisão agravada para conferir ao apenado o direito às saídas temporárias, uma vez que preenchidos os requisitos legais (fls. 1-8).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 39-41), e mantida a decisão agravada (fl. 42), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do reclamo (fls. 53-56).

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

O pedido de concessão da saída temporária, contudo, não merece prosperar.

O Magistrado *a quo* indeferiu o pleito defensivo porque ausente o requisito subjetivo necessário à concessão da benesse, conforme fundamentação que se extrai:

[...] o conjunto fático demonstra que o(a) apenado(a), no dia 31.12.2019, praticou e foi punido(a) pela prática de falta de natureza grave, consoante demonstra a decisão de pp. 968-972, e ingressará no regime semiaberto somente no dia 02.09.2020.

Por sua vez, ainda que a consequência da dita falta grave seja, via de regra, a regressão de regime, nota-se que o tempo transcorrido entre a referida conduta e a presente data é insuficiente para aferir o quesito comportamental, a considerar, no caso, o curto lapso temporal e a substancial quantia de pena restante.

[...]

Ademais, o apenado registra a quebra do benefício da saída temporária durante o resgate penal, consoante pp. 940-955.

Durante muito tempo, este subscritor relutou em contemplar novamente com a saída temporária presos com o comportamento acima transcrito, pois há uma nítida quebra de confiança na relação preso-juiz.

Todavia, nos anos mais recentes o referido entendimento foi se tornando cada vez mais isolado, de modo que o E. TJSC, hoje, para a maioria dos casos, utiliza marcos temporais para avaliar o restabelecimento do requisito subjetivo do preso à benesse de saída temporária.

[...]

Dessa maneira, para garantir a segurança jurídica e evitar recursos que sabidamente serão reformadores, opto por me curvar ao entendimento majoritário e julgo que estará preenchido o requisito subjetivo necessário à saída temporária após 1 (um) ano e 1 (um) dia do cometimento da falta grave, isto se não sobrevier outra.

Consigno, apenas, meu entendimento pessoal no qual o preso que descumpra saída temporária não mais poderia receber idêntico benefício. Também, será preciso, sempre, analisar caso a caso.

Assim, diante das recentes condutas praticadas, verifica-se que o(a) reeducando(a) ainda não assimilou o caráter educativo da sanção penal, o que demonstra sua falta de senso de responsabilidade para o retorno ao convívio social, embora possua bom comportamento carcerário atestado pela Unidade Prisional (fls. 1143-1145 do PEC).

Estabelece o art. 122 da Lei de Execução Penal:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I – visita à família;

II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

Para a concessão da saída temporária, além do cumprimento do requisito temporal, deve ficar demonstrado o comportamento adequado do reeducando e a compatibilidade da benesse com os objetivos da reprimenda, nos termos do art. 123 da referida norma legal:

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I – comportamento adequado;

II – cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III – compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Sobre o benefício, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

[...] não constitui um direito absoluto do preso, mas estrita faculdade outorgada ao magistrado, exigente de componentes subjetivos a serem aferidos pelo juiz, não deve ser concedido indiscriminadamente, possibilitando uma inusitada oportunidade de fuga livre para condenados com larga pena a cumprir, principalmente quando foi autor de crime ou crimes de maior gravidade. Não deve ser concedido o benefício também, por falta de requisito subjetivo, àquele que já se evadiu, se revela arredo ao cumprimento da pena e aos objetivos desta, é portador de comportamento inadequado, teve incidentes de faltas graves, etc” (*Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984*. 12. ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 123 – grifou-se).

Na hipótese, não obstante o preenchimento do requisito objetivo e o atestado de bom comportamento carcerário, com manifestação favorável da Comissão Técnica de Classificação (fls. 1131-1137 do PEC), o histórico carcerário do apenado registra falta grave (art. 52, *caput*, da LEP) há

menos de 1 (um) ano, ocorrida em 31/12/2019, enquanto gozava do benefício da saída temporária (fls. 940-955 e 968-972 do PEC), circunstância que demonstra a não satisfação do pressuposto subjetivo.

Assim, na medida em que o mérito também constitui elemento fundamental para aferição da viabilidade do benefício e, tendo sido constatado o comportamento insatisfatório do agravante, postura que ineludivelmente revela a falta de responsabilidade e compromisso com a execução da pena, inviável a concessão da benesse.

Não fosse isso, infere-se que Joel Macedo encontra-se inserido há pouco mais de 1 (um) mês no regime intermediário de cumprimento da pena, concedido em 2/9/2020 (fls. 1168-1171 do PEC).

Portanto, ainda não é possível reconhecer a capacidade de autodisciplina do agravante ao retorno do convívio social sem vigilância direta.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE SAÍDA TEMPORÁRIA, ANTE O NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. ALEGAÇÃO DE JÁ TER O APENADO RESGATADO MAIS DE 1/6 (UM SEXTO) DA PENA E ULTRAPASSADO LAPSO SUPERIOR A 01 (UM) ANO DA ÚLTIMA FALTA GRAVE. DESCABIMENTO. BOM COMPORTAMENTO ATESTADO PELA AUTORIDADE DO ERGÁSTULO PENAL QUE DEVE SER MITIGADO EM FACE DAS FALTAS (GRAVES E MÉDIAS) PRATICADAS PELO REEDUCANDO ENTRE 13.12.2016 E 06.07.2019, DENTRE ELAS A FUGA DO SISTEMA PRISIONAL EM DECORRÊNCIA DE SAÍDA TEMPORÁRIA. REEDUCANDO QUE NÃO ASSIMILOU OS DITAMES DA EXECUÇÃO PENAL. REQUISITO SUBJETIVO NÃO CUMPRIDO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Agravamento de Execução Penal n. 0000167-22.2020.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, em j. 31/3/2020).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - SAÍDA TEMPORÁRIA - INDEFERIMENTO - RECURSO DEFENSIVO - BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO ATESTADO PELO ERGÁSTULO PENAL QUE DEVE SER MITIGADO EM FACE DO HISTÓRICO DESFAVORÁVEL DO APENADO - REEDUCANDO QUE NÃO CUMPRIU O REQUISITO SUBJETIVO PARA TER DIREITO AO BENEFÍCIO, UMA VEZ QUE ANTERIORMENTE, QUANDO AGRACIADO COM A MESMA BENESSE, COMETEU NOVO CRIME DOLOSO - MAGISTRADO A QUO ENFÁTICO AO CONSIGNAR NAQUELA OPORTUNIDADE QUE O DESCUMPRIMENTO DE QUALQUER CONDIÇÃO IMPLICARIA QUEBRA DE CONFIANÇA E DEMONSTRAÇÃO DE DESAPEGO AO RETORNO PROGRESSIVO AO CONVÍVIO SOCIAL - ADEMAIS, COMETIMENTO DE FALTAS LEVE E MÉDIA EM PASSADO PRÓXIMO - NECESSIDADE DE MAIS TEMPO PARA ANÁLISE DE EVENTUAL COMPREENSÃO DO CARÁTER RESSOCIALIZADOR DA PENA - DECISÃO QUE NÃO MERECE REPAROS.

I – Por mais que não se possa ter a falta grave (cometimento de novo crime doloso) como empecilho eterno à concessão de novas saídas temporárias, é certo que o cometimento de tal conduta acarreta quebra de confiança e demonstra o desapego ao retorno progressivo ao convívio social, de modo que a avaliação acerca do comportamento do apenado (LEP, art. 123, I) deve observar prazo mais razoável que o hodierno.

II – Em se tratando de pedido de pleito de saída temporária, o mero atestado de bom comportamento carcerário não é suficiente para satisfazer o requisito subjetivo elencado no art. 123, I, da LEP, devendo o

apenado apresentar sensatez, responsabilidade e discernimento da finalidade do cárcere, mostrado aptidão para permanecer em sociedade sem vigilância.

RECURSO DESPROVIDO (Agravo de Execução Penal n. 0000789-04.2020.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. em 10/9/2020).

Registra-se, outrossim, que a defesa manejou novo pedido para a concessão da benesse ao juízo da execução, datado de 1º/10/2020, ainda sem análise.

Com efeito, mantém-se o indeferimento do pedido de saída temporária, por ausência de preenchimento do requisito subjetivo, nos termos do art. 123, I, da LEP.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Agravo de Execução Penal n. 0000628-46.2020.8.24.0033

Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PROGNÓSTICO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. RETIFICAÇÃO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO 2/5 (40%) EM VEZ DE 3/5 (60%) PARA PROGRESSÃO DE REGIME EM RELAÇÃO AO CRIME HEDIONDO. INDEFERIMENTO. INCONFORMISMO DO APENADO. LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). ALTERAÇÃO DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENA. LEI PENAL MAIS BENÉFICA. INOCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. HIPÓTESES DO INC. VII DO ART. 112 DA LEP. DECISÃO MANTIDA.

Ao tratar dos impactos do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) na Lei de Execução Penal, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu monocraticamente que, “[...] apesar da atecnia ao não deixar clara a situação do apenado reincidente por crime comum e condenado por delito hediondo, o legislador, em momento algum, exige que a reincidência mencionada no inciso VII seja específica, conforme argumentado pela Defesa” (HC n. 583.751/SP, Ministro Félix Fischer, j. 16-6-2020).

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0000628-46.2020.8.24.0033, da comarca de Itajaí Vara de Execuções Penais em que é Agravante Isionei Rosa e Agravado 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 por meio eletrônico, realizado no dia 16 de julho de 2020, teve a participação dos Exmos. Srs. Des. José Everaldo Silva e Des. Sidney Eloy Dalabrida. Funcionou, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Ernani Dutra.

Florianópolis, 17 de julho de 2020.

Alexandre d'Ivanenko
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo reeducando Isionei Rosa, inconformado com a decisão (pp. 833-834) proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da comarca de Itajaí, que, nos autos do PEP n. 0008670-46.2004.8.24.0033, indeferiu o pedido de retificação do atestado de penas a cumprir, objetivando a aplicação do percentual de 40% (2/5) ao invés de 60% (3/5) para progredir de regime em relação ao crime hediondo.

Em suma, argumentou o agravante que: [a] “conforme se observa nas certidões de antecedentes

criminais de fls. 790/798 o apenado não é reincidente específico em crime hediondo ou equiparado, assim, a fração para progressão de regime deveria ser de 2/5, conforme novidade legislativa introduzida pelo art. 112, V, da Lei nº 7.210/84, razão pela qual se postulou ao juízo a retificação da previsão de benefícios”; [b] “o juízo não entendeu desta forma, fundamentando que a nova Lei nº 13.964/19, que alterou o art. 112, Lei nº 7.210/84, revogando as disposições do art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90, não tratou de forma diferente a questão da progressão de regime em relação aos condenados por crime hediondo ou equiparado, permanecendo a fração de 2/5 para os condenados primários e 3/5 para os condenados reincidentes”; [c] “a leitura apressada do art. 112, V, da Lei nº 7.210/84, pode levar a conclusão equivocada de que tal previsão teria aplicação apenas aos condenados por crime hediondo ou equiparado quando primários”; [d] “como o inciso VII prevê expressamente que a fração de 3/5, ou o cumprimento de 60%, será o necessário para progressão de regime em caso de condenação pela prática de crime hediondo ou equiparado quando reincidente em crime desta natureza, a única interpretação viável para o inciso V é de que a primariedade ali exigida não seria a genérica, mas a específica em crime hediondo ou equiparado”; [e] “tendo em vista que o apenado não é primário, poderia ser afastada a hipótese elencada no inciso V do art. 112 da Lei nº 7.210/84 para progressão de regime. Porém, qual seria a fração necessária para obtenção deste benefício, uma vez que o art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90, fora expressamente revogado pela Lei nº 13.964/19?”; [f] “a única resposta plausível é de que para progressão de regime nesse caso, incidirá o art. 112, V, da Lei nº 7.210/84, pois o apenado é primário em crime hediondo ou equiparado. Logo, o percentual de cumprimento de 40% da pena seria o suficiente para progressão de regime”.

Arrematou requerendo o provimento do recurso, “para que seja reformada a decisão agravada, aplicando ao crime hediondo a fração de 2/5 para progressão de regime, nos termos do art. 112, V, da Lei nº 7.210/84” (pp. 1-13).

Com as contrarrazões (pp. 19-24), e mantida a decisão impugnada por seus fundamentos em atenção ao preconizado no art. 589 do Código de Processo Penal (p. 27), os autos formados por instrumento ascenderam a este Tribunal.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do recurso (pp. 35-38).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso há de ser conhecido.

Colhe-se dos autos do processo de execução penal que o agravante **Isionei Rosa**, condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 37 anos, 6 meses e 23 dias de reclusão, obteve comutação de 1 ano, 4 meses e 13 dias, de tal modo que o total passou a ser 36 anos, 2 meses e 10 dias de reclusão, sendo 18 anos e 8 meses referentes à prática de crime hediondo e 17 anos, 6 meses e 10 dias pela prática de crimes comuns.

A controvérsia instaurada pelo reeducando, assistido pela Defensoria Pública, trata da decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da comarca de Itajaí que indeferiu o seguinte pedido formulado na origem: “*requer seja expedido atestado de penas atualizado com a data prevista para concessão do livramento condicional e a aplicação da fração de 2/5 para progressão de regime em relação à condenação pela prática de crime hediondo, nos termos do art. 112, V, da Lei nº 7.210/84, retificando-se a previsão de benefícios de fls. 816/818*”.

Entende a Defensoria Pública que a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) passou a prever o percentual de 60% (3/5) apenas para os reincidentes específicos em crime hediondo ou equiparado, sendo o lapso de 40% (2/5) aplicável aos primários, bem como reincidentes não específicos.

Razão não lhe assiste, adiante-se.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que, a despeito da inicial primariedade do agravante, a reincidência em crime doloso posteriormente reconhecida incide sobre a totalidade das penas em execução para fins de concessão de benefícios legalmente previstos.

É que, a reincidência, como se sabe, é condição de caráter pessoal e, uma vez reconhecida, enseja ao juízo da execução penal a readequação da pena, sem que isso implique violação à coisa julgada e ao *non reformatio in pejus*, sobretudo considerando que não acarreta agravamento da pena e tampouco a modificação do regime inicial, mas sim individualização da pena, que na esfera de competência do juízo da execução cuida de institutos outros (progressão de regime, livramento condicional, etc.), que se relacionam diretamente com as condições pessoais do condenado, as quais não estão restritas ao conteúdo do título condenatório.

Nesse sentido está consolidada a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO. RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA SOBRE A TOTALIDADE DAS PENAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é firme em assinalar que a reincidência é circunstância de caráter pessoal que pode ser reconhecida na fase da execução penal e estende-se sobre a totalidade das penas somadas para efeito de cálculo dos benefícios.
2. Certamente, não cabe ao Juízo da Execução rever a sentença a cumprir, sob pena de violar a coisa julgada. Contudo, quando houver registro de condenação definitiva por mais de um crime, em processos distintos, é de sua competência, no momento da aplicação do art. 111 da LEP, com fins exclusivos de examinar benefícios do sistema progressivo, averiguar a natureza dos delitos (comum, hediondo ou outros a ele equiparados) e a circunstância pessoal do reeducando (primariedade ou reincidência), dados que interferem, tão somente, na individualização da execução penal.
3. Como o agravado registra pluralidade de condenações, a condição de reincidente passou a reger a execução como um todo. Exige-se daquele que viola reiteradamente o ordenamento jurídico o cumprimento de condições mais rigorosas antes de se atenuarem os rigores da pena aplicada.
4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1824437/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 26-11-2019, DJe 29-11-2019).

E também:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *WRIT* DENEGADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, pois está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.
2. A jurisprudência dessa Corte Superior é firme no sentido de que, se houver novas condenações no curso da execução penal, a reincidência do acusado deve ser reconhecida no momento da unificação das penas, repercutindo na concessão dos benefícios executórios.
3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 502.834/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 6-8-2019, DJe 12-8-2019).

Melhor sintetizando, enfatize-se: “*não importa, portanto, que o Apenado tenha sido considerado primário na condenação anterior, tendo em vista que a análise das circunstâncias pessoais (reincidência ou primariedade) é de competência do juízo da execução no momento do deferimento, ou não, dos benefícios*” (AgRg no HC 498.546/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, j. em 30-5-2019, DJe 11-6-2019).

No mesmo diapasão é a compreensão desta Câmara Criminal:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - SOMA DAS PENAS - RÉU QUE CONTA COM TRÊS CONDENAÇÕES, SENDO CONSIDERADO PRIMÁRIO EM DOIS DOS AUTOS E REINCIDENTE NA ÚLTIMA CONDENAÇÃO - IMPOSIÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/5 PARA PROGRESSÃO DE REGIME RELATIVO AOS CRIMES HEDIONDOS - RECURSO DO APENADO. PLEITO DE UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/5 PARA O ALCANCE DA PROGRESSÃO DE REGIME NO DELITO HEDIONDO EM QUE É CONSIDERADO PRIMÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - EFEITOS DA REINCIDÊNCIA QUE NÃO PODEM SER FRACIONADOS APÓS A HOMOLOGAÇÃO DA SOMA DAS PENAS - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS. A condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas (STJ, HC 307.889/RS, rel. Min. Félix Fischer, j. em 01.09.2015). (Agravo de Execução Penal n. 0002566-47.2019.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 22-8-2019).

A par dessa premissa, outra deve ser fixada. Essa talvez mais importante para a solução do caso concreto. Apesar da controvérsia instaurada e dos acalorados debates a respeito das inovações e impactos do chamado “Pacote Anticrime” (Lei n. 13.964/2019) na Lei de Execução Penal, com especial atenção ao art. 112, inc. VII, e na Lei n. 8.072/1990, que revogou o § 2º do art. 2º, importante

destacar que permanece válida a compreensão no sentido de que o sentenciado reincidente deve cumprir 60% (antigo 3/5) e não 40% (2/5), uma vez que o inciso VII do art. 112 da Lei de Execução Penal trata tanto da reincidência específica como da genérica.

Nesse aspecto, convém registrar que, caso o legislador realmente tivesse a intenção em se referir apenas à reincidência específica para fins de progressão de regime, tal qual previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal, por óbvio que assim faria expressamente, conforme sucedeu, por exemplo, com o art. 44, § 3º, do Código Penal, oportunidade em que consta de maneira expressa a disposição “*prática do mesmo crime*”.

Não por outra razão, Renato Brasileiro de Lima defende que quando a lei deseja se referir à reincidência específica o faz de maneira expressa no texto legal:

Referindo-se o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, ao cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, sem fazer qualquer ressalva quanto à espécie de reincidência, conclui-se que o legislador se refere à reincidência genérica do art. 63 do Código Penal. Afinal, quando a lei deseja se referir à reincidência específica, o faz de maneira expressa. A propósito, basta ver o exemplo do art. 83, inciso V, do CP, aí incluído por força da Lei n. 8.072/90, que expressamente faz menção aos condenados reincidentes específicos em crime de natureza hedionda e equiparada. Na mesma linha, ao tratar da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o art. 44, § 3º, in fine, do CP, faz menção expressa à reincidência operada em virtude da prática do mesmo crime. Destarte, diante do silêncio da Lei – o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90 refere-se genericamente à reincidência – não é dado ao intérprete incluir requisitos diversos, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Logo, se alguém cometer crime hediondo ou equiparado, depois de já ter sido condenado irrecorrivelmente por outro crime, hediondo ou não, nos últimos cinco anos, poderá progredir apenas depois de cumprir 3/5 (três quintos) da pena no regime anterior (Legislação Criminal Especial Comentada: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 256)

Ao que tudo indica, sem encerrar o debate nem firmar posição definitiva a esse respeito, o legislador não imprimiu a melhor técnica redacional ao redigir as modificação que pretendeu realizar no art. 112 da Lei de Execução Penal.

A propósito é a posição lançada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Félix Fischer, ao decidir monocraticamente, no HC 583751/SP, muito recentemente, em 16-6-2020, a saber:

[...] consigne-se que, apesar da ausência da melhor técnica na elaboração da nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, é de ser mantido o entendimento, adotado pelo Magistrado de primeiro grau e expressamente previsto no antigo § 2º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, revogado pela Lei nº 13.964/19, segundo o qual ao condenado por crime hediondo que seja reincidente, lastreada esta condição em prévia condenação definitiva por delito de qualquer natureza, ou seja, comum ou hediondo, exige-se o cumprimento de 3/5 (três quintos) ou 60% (sessenta por cento) da pena para que contemple o requisito objetivo adstrito à progressão de regime prisional.

Eis a redação do novel art. 112 da Lei de Execução Penal nos pontos que guardam relação com a tese ora em discussão, quais sejam, seus incisos V e VII:

‘Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

(
V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

(...);

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado.’

Em linha com o quanto bem fundamentado pelo MM. Juiz, busca-se a solução da celeuma na interpretação lógica e literal dos dispositivos legais, bem como na evolução histórico-evolutiva da legislação em debate.

Com efeito, apesar da atecnia ao não deixar clara a situação do apenado reincidente por crime comum e condenado por delito hediondo, o legislador, em momento algum, exige que a reincidência mencionada no inciso VII seja específica, conforme argumentado pela Defesa.

Por outro lado, deixa claro que a porcentagem colacionada no inciso V destina-se tão somente ao apenado primário, o que, por certo, não é a situação do agravante.

Destarte, socorrendo-se ao espírito da Lei nº 13.964/19, divulgada sob o nome de “Pacote Anticrime” e pautada por um maior rigor em diversos segmentos de política criminal, dentre estes a progressão de regime prisional, não há admitir-se a interpretação almejada pelo agravante, remanescendo, conseqüentemente, o entendimento pela exigência de cumprimento da porcentagem maior em se tratando de condenado por crime hediondo que seja reincidente, independentemente da natureza do delito ou conjunto de delitos que sustentem tal condição.

Ademais, quer parecer, ao menos num primeiro momento, a adoção da interpretação no sentido de que a reincidência referida pelo legislador teria sido “específica” tende a gerar um conflito insolúvel no próprio sistema progressivo estabelecido na legislação criminal.

Não fosse suficiente, não parece que a própria literalidade das expressões – “reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado” e “reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte” – tornam, por si só, a reincidência em específica, sobretudo porque ambas expressões podem, sem prejuízo, serem entendidas para referir-se ao condenado que se tornou reincidente por praticar crime hediondo ou equiparado ou com resultado morte.

Corroborando essa posição, tem-se o seguinte julgado:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE RECONHECEU A INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO DE 3/5, NO TOCANTE À PROGRESSÃO DE REGIME. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. AVENTADA OCORRÊNCIA DE REINCIDÊNCIA GENÉRICA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/5. NÃO ACOLHIMENTO. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CRIME COMUM (TRÁFICO PRIVILEGIADO) E POSTERIOR CONDENAÇÃO POR CRIMES HEDIONDOS. **AGRAVANTE DA**

REINCIDÊNCIA RECONHECIDA NA SENTENÇA. IRRELEVÂNCIA SE A REINCIDÊNCIA É ESPECÍFICA OU GENÉRICA. PRECEDENTES. ADEMAIS, ARGUMENTOS EM RELAÇÃO À LEI N. 13.964/2019 QUE NÃO PROSPERAM. ANÁLISE DO ART. 112, VII, DA LEP. DECISUM INALTERADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Execução Penal n. 0000196-66.2020.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 7-5-2020).

Desse modo, conquanto primário ao tempo da condenação pela prática do crime hediondo, a reincidência reconhecida pelo Juízo da execução penal ao tempo da soma de penas decorrente de posterior condenação por crime comum faz repercutir seus efeitos sobre a totalidade das penas, inclusive retroagindo para atingir condenações anteriores.

Com isso, mesmo com o advento da Lei n. 13.964/2019, exige-se do sentenciado, reconhecida a reincidência seja ela específica ou geral, no caso de crime hediondo ou equiparado, o cumprimento de 60% (3/5) da pena para progredir de regime.

Sendo assim, nenhum equívoco há na decisão recorrida, de tal sorte que o prognóstico materializado no atestado de penas a cumprir deve ser mantido inalterado.

Conclusão

Pelo exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0002129-06.2015.8.24.0067, de São Miguel do Oeste

Relator: Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. EXPOR À VENDA PRODUTOS COM PRAZOS DE VALIDADE VENCIDOS E EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES DE APRESENTAÇÃO (LEI N. 8.137, ART. 7º, IX, C/C LEI N. 8.078, ART. 18, § 6º, I E II). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO.

PRELIMINAR SUSCITADA PELA DEFESA EM CONTRARRAZÕES. AVENTADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA EM RAZÃO DA NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA COMPROVAR A IMPROPRIEDADE DAS MERCADORIAS PARA O CONSUMO. DESCABIMENTO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO E PRODUTOS CUJAS IRREGULARIDADES PODEM SER VERIFICADAS ATRAVÉS DE SIMPLES CONSTATAÇÃO VISUAL. PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. TEMA PACIFICADO EM JULGAMENTO DE IRDR POR ESTE TRIBUNAL. PREFACIAL AFASTADA.

MÉRITO. ALMEJADA CONDENAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARGUIDO QUE A NARRATIVA DO ACUSADO DE QUE OS PRODUTOS NÃO ESTAVAM À VENDA NÃO FOI COMPROVADA E QUE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA É INAPLICÁVEL NA HIPÓTESE. ACOLHIMENTO. ACUSADO PROPRIETÁRIO E ADMINISTRADOR DE MERCADO QUE EXPÕS À VENDA PRODUTOS ALIMENTÍCIOS DIVERSOS COM PRAZOS DE VALIDADE EXPIRADOS, BEM COMO FRANGO CONGELADO EM TEMPERATURA INADEQUADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME COMPROVADAS PELO AUTO DE INTIMAÇÃO DA FORÇA TAREFA QUE REALIZOU A INSPEÇÃO NO ESTABELECIMENTO E PELOS DEPOIMENTOS DOS FISCALS EM JUÍZO. ALEGAÇÃO DO RÉU DE QUE OS PRODUTOS ESTAVAM SEPARADOS PARA SEREM TROCADOS PELO FORNECEDOR CORROBORADA APENAS POR SEU FILHO, QUE FOI OUVIDO NA CONDIÇÃO DE INFORMANTE. MÉDICA VETERINÁRIA DA CIDASC QUE, POR OUTRO LADO, AFIRMOU QUE, NA OCASIÃO DA VISTORIA, O RÉU DISSE TER DEIXADO OS PRODUTOS VENCIDOS EXPOSTOS À VENDA APENAS POR FALTA DE ATENÇÃO. PALAVRA DA FISCAL DOTADA DE FÉ PÚBLICA, POR SER SERVIDORA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ DA TESTEMUNHA OU INTENÇÃO DE PREJUDICAR O ACUSADO. ADEMAIS, PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE NÃO PODE SER APLICADO AO CASO. CRIME QUE TUTELA, ALÉM DAS RELAÇÕES DE CONSUMO, A SAÚDE PÚBLICA. RÉU QUE OSTENTA CONDENAÇÃO PRETÉRITA. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA E REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO ACUSADO NÃO OBSERVADOS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002129-06.2015.8.24.0067, da comarca de São Miguel do Oeste Vara Criminal em que é/são Apelante(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado(s) Volnei Berli.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe

provimento para condenar o réu à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 c/c art. 18, § 6º, I e II, da Lei n. 8.078/1990.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Cesar Schweitzer.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Doutor Marcílio de Novaes Costa.

Florianópolis, 22 de outubro de 2020.

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga
Presidente e Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Volnei Berti, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 c/c art. 18, § 6º, I e II, da Lei 8.078/1990, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória (fls. 50-52):

Em 25 de junho de 2014, no período matutino, fiscais da Vigilância Sanitária de São Miguel do Oeste em conjunto com a CIDASC, o Ministério da Agricultura e o Conselho de Medicina Veterinária, constataram que o denunciado Volnei Berti, na qualidade de sócio e administrador de fato do estabelecimento comercial denominado “Açougue e Mercado Berti Ltda - ME”, localizado na Rua Almirante Tamandaré, 1053, centro de São Miguel do Oeste, expunha à venda e mantinha em depósito, também para venda, no interior do mencionado estabelecimento comercial 1,930 kg de carne bovina, 0,712 kg de costela suína defumada, 7,220 kg de bacon, 250 gr de requeijão, marca Mondaí, 510 gr de iogurte, marca Batavo, cujo prazo de validade havia expirado, e 35,318 kg de carne de frango armazenados em temperatura inadequada (não congelados).

Saliente-se que, por apresentarem prazo de validade expirado e por estarem acondicionados em temperatura inadequada, os referidos produtos eram impróprios ao consumo humano (Auto de Intimação n. 036227 – fl. 6).

Recebida a denúncia (fls. 54-55) e encerrada a instrução processual, sobreveio sentença (fls. 159-163), na qual foi julgada improcedente a pretensão Ministerial, para absolver o réu da imputação, pela aplicação do princípio da insignificância, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação (fls. 169-186), no qual pleiteou a condenação do acusado, nos termos da inicial acusatória, porquanto a conduta imputada constitui “crime formal, de perigo abstrato onde o risco à saúde é presumido pela lei, de sorte que se torna desnecessária a existência de exame pericial indicando a efetiva nocividade do produto” (fl. 174).

Sustentou que “para a consumação do delito basta que os produtos estejam vencidos ou em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, tal qual no caso em tela, em que além dos produtos vencidos, os fiscais sanitários encontraram vários produtos acondicionados em temperatura inadequada” (fl. 175).

Aventou, ainda, que não seria possível a aplicação do princípio da insignificância ao caso porque o bem jurídico tutelado é a saúde pública, portanto, mesmo que houvesse apenas um produto impróprio ao consumo, expô-lo à venda não poderia ser considerado uma conduta inofensiva.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 192-202.

Lavrado parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor Doutor Ernani Dutra, o qual se manifestou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 211-216).

Em 5-8-2019 determinou-se a suspensão do julgamento, até a conclusão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 4009173-78.2016.8.24.0000 (fls. 222-223), e, em 23-9-2020, retornaram os autos conclusos para julgamento (fl. 224).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

1 Preliminar

Preambularmente, a defesa arguiu, em suas contrarrazões, “a falta de justa causa para a persecução penal, pois, inexistente perícia nos autos para determinar que os produtos encontrados no mercado eram impróprios para consumo” (fl. 193).

No entanto, em recente julgamento de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, este Tribunal assentou que os crimes consistentes em ter em depósito ou expor à venda produtos com o prazo de validade vencido ou em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação (Lei n. 8.137/1990, art. 7º, IX, c/c Lei n. 8.078/1990, art. 18, § 6º, I e II, parte final) – exatamente como o delito praticado no presente caso – prescindem da realização de perícia técnica nas mercadorias apreendidas para a comprovação da materialidade delitiva, pois tais irregularidades podem ser verificadas através de simples constatação visual e porque, por serem crimes formais e de perigo abstrato, não exigem demonstração da existência de lesão ou dano.

A mencionada decisão restou assim ementada:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. DIVERGÊNCIA DE POSICIONAMENTOS NO ÂMBITO DESTA CORTE ACERCA DA NECESSIDADE OU NÃO DE PERÍCIA TÉCNICA PARA COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO TIPIFICADO NO

ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. TESE JURÍDICA FIRMADA: “O CRIME TIPIFICADO NO ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/1990 PRESCINDE DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL PARA A CONSTATAÇÃO DA MATERIALIDADE QUANDO O PRODUTO ESTIVER FORA DO PRAZO DE VALIDADE (ART. 18, § 6º, I, DA LEI N. 8.078/1990) OU EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES DE FABRICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO OU APRESENTAÇÃO (ART. 18, § 6º, II, ÚLTIMA PARTE, DA LEI N. 8.078/1990).” (TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 4009173-78.2016.8.24.0000, de Armazém, rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Seção Criminal, j. 13-05-2020, grifou-se).

Logo, afasta-se a prefacial aventada.

2 Mérito

O Ministério Público, por seu turno, almeja a condenação do acusado pela prática do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 c/c art. 18, § 6º, I e II, do Código de Defesa do Consumidor, em síntese, porque seria prescindível a realização de perícia para a configuração do crime em questão e porque o princípio da insignificância não seria aplicável a condutas que ofendem a saúde pública.

Adianta-se que razão lhe assiste, senão vejamos.

O apelado foi absolvido pelo Magistrado *a quo* sob os seguintes fundamentos (fls. 160-162, grifou-se):

Em que pese ao esforço empreendido pelo Ministério Público, entendo que a parte ré merece ser absolvida da acusação lhe imputada por atipicidade da conduta narrada na denúncia.

Ocorre que se trata de fato de bagatela, não justificando a intervenção estatal para aplicação de penalidade, por conta do prejuízo mínimo, autorizando a aplicação do princípio da insignificância.

Embora se trate de crime de perigo abstrato, **a conduta da acusada não trouxe nenhum dano efetivo à saúde humana e a quantia de produtos apreendidos com prazo de validade expirada é de ser considerada pequena, assim como a quantidade de frangos apreendida**, considerando-se a grande rotatividade de vendas de frangos assados naquele estabelecimento.

É notório nesta cidade que a parte acusada comercializava a venda de frangos assados aos sábados, aos domingos e aos feriados, cuja rotatividade diária, certamente, ultrapassava o número da apreensão, e nenhum relato de dano à saúde foi noticiado pela comunidade.

Desta sorte, não há como se afastar a conclusão de que o caso não deveria ter passado da esfera administrativa, sem invadir o âmbito penal, sob pena de lesão ao princípio da proporcionalidade.

[...].

Respeito o entendimento daqueles que pensam que os crimes contra as relações de consumo não podem ser encarados como insignificantes. Porém, entendo que **algumas unidades de queijo, requeijão, além de poucos quilos de carne bovina e linguiças suína e de frango (que seria assados) não possuem o potencial de trazer riscos à saúde pública a ponto de tratar do fato na esfera penal.**

Destaca-se que em todo o mercado, por mais pequeno que seja, certamente é estocado grande quantidade de alimentos, sendo que apenas os produtos supracitados foram encontrados pela Vigilância Sanitária de forma irregular.

Por tais motivos, a improcedência do pedido afigura-se como um imperativo lógico, pela inexpressiva ofensividade do fato e irrelevância social que merecesse a intervenção do Direito Penal, esta que é a *ultima ratio* no sistema punitivo.

De início, deve-se ressaltar que, como apontado pelo Ministério Público em seu apelo, consoante reconhecido pelo próprio Juiz sentenciante e conforme já mencionado no item anterior, o crime do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 é de perigo abstrato e, assim sendo, não é necessária a comprovação de dano efetivo à saúde humana para sua configuração.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO. EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA IMPRÓPRIA AO CONSUMO (ART. 7º, INCISO IX, C/C ART. 12, INCISO III, AMBOS DA LEI N. 8.137/90). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSTENTADA A PRESCINDIBILIDADE DE EXAME PERICIAL. ACOLHIMENTO. NORMA PENAL EM BRANCO QUE ENCONTRA COMPLEMENTAÇÃO NO ARTIGO 18, § 6º, INCISOS I, II, E III, DA LEI N. 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). NÃO OBSERVÂNCIA DAS NORMAS REGULAMENTARES QUE FAZ PRESUMIR A IMPROPRIEDADE PARA O CONSUMO. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. MATERIALIDADE DELITIVA QUE PODE SER ATESTADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. AUTORIA IGUALMENTE CONFIGURADA. RÉUS QUE EXPÕE A VENDA PRODUTOS COM O PRAZO DE VALIDADE VENCIDO E EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES DE FABRICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E APRESENTAÇÃO VIGENTES. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. [...] **1. O delito tipificado no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 é classificado como formal, uma vez que “não depende da ocorrência de efetivo prejuízo ao consumidor, havendo qualquer lesão à sua saúde ou integridade física”, e de perigo abstrato, pois “há potencialidade de dano para o consumidor, presumida no tipo”** (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. vol. 1. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 537/538). [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0000257-65.2016.8.24.0084, de Descanso, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 23-08-2018, grifou-se).

Ademais, no presente caso, a materialidade e a autoria do crime estão comprovadas pelo auto de intimação de fls. 6-7; pelo contrato social do Açougue e Mercado Berti Ltda de fls. 17-19, que atesta que o réu é sócio e administrador do estabelecimento inspecionado; e pela prova oral produzida nos autos, conforme se demonstrará.

No auto de intimação de fl. 6 consta que, em vistoria realizada no Açougue e Mercado Berti Ltda, em 25-6-2014, foram apreendidos, para inutilização, 1,930 kg de carne bovina, 712 g de costela suína defumada, 7,220 kg de bacon e 250 g de requeijão 510 g de iogurte, todos com prazo de validade vencido, além de 35,318 kg de frango que estavam acondicionados em temperatura

inadequada. Registrou-se, ainda, no mesmo documento, que a atividade de assar carnes no mercado ficaria interdita, pois o local não possuía autorização sanitária para tanto.

Tais informações, além de não terem sido contestadas, foram confirmadas, em juízo, pelos fiscais que participaram da operação.

Nesse sentido, o testigo Aloisio Jungbluth, em audiência (mídia de fl. 114), relatou que participou da fiscalização conjunta promovida no estabelecimento do réu e confirmou que lá foram apreendidos **produtos com prazo de validade vencido e frango acondicionado em temperatura inadequada**, além de que o certificado de inspeção do mercado havia expirado. Comentou também que verificaram que o acusado fazia manipulação de carne de frango. Atestou que sua assinatura constava no auto de intimação e ratificou seu depoimento extrajudicial. Explicou que médicos veterinários acompanhavam as vistorias e examinavam a qualidade das carnes.

No mesmo norte, a testemunha Miriam Adriana Brüggemann Boeno, ouvida por carta precatória (mídia de fl. 125), afirmou que participou da vistoria ao Mercado Berti e narrou que, no local, foram recolhidos 250 g de requeijão cremoso, 510 g de iogurte, 712 g de costela suína defumada, 1,93 kg de carne bovina congelada e 7,22 kg de bacon, por estarem com **prazo de validade vencido**. Acrescentou que o acusado não tinha serviço de inspeção municipal e não tinha descrito no alvará atividade de processamento de carne, apesar de assar frangos aos finais de semana. Pontuou, também, que havia no estabelecimento 35,318 kg de frango congelado **acondicionados em temperatura inadequada**, o que foi atestado, na ocasião, pelo médico veterinário Fabio Marcon, que acompanhava a inspeção. Relatou que o próprio acusado Volnei assinou o auto de intimação e reclamou aos fiscais que nunca lhe havia sido solicitado um alvará diferenciado para assar os frangos, apesar de sempre ter buscado manter sua situação regular junto à prefeitura. Quanto aos produtos vencidos, **a depoente comentou que o réu teria justificado que foi uma mera falta de atenção**.

Igualmente, a testemunha Neuza Ritter, sob o crivo do contraditório (mídia de fl. 133), relatou que participou da vistoria como fiscal da vigilância sanitária e afirmou que foram apreendidos produtos lácteos e carnes, por **não estarem acondicionados em temperatura adequada**, além de se recordar de que o estabelecimento foi interdito porque o local em que assavam carnes não era aseado e que o proprietário não possuía autorização para processar os alimentos de origem animal à época.

As testemunhas Jandira Martins, Ademir Galina e Enio Fontoura, informaram, perante a Autoridade Judicial (mídia de fl. 133), tão somente que eram clientes do mercado e que nunca viram produtos impróprios para o consumo no local. Explicaram que o mercado era um empreendimento familiar, no qual trabalhavam o réu, sua esposa e seu filho e afirmaram que o acusado assava carnes para vender todos os dias, especialmente aos finais de semana.

O informante Maykon Júnior Berti, filho do acusado Volnei, por sua vez, aventou, na etapa judicial (mídia de fl. 133), que estava presente quando ocorreu a vistoria ao Mercado Berti e asseverou que os produtos apreendidos estavam armazenados em um local ao qual os clientes não

tinham acesso, para serem posteriormente trocados pelos fornecedores. Relatou que os frangos estavam em um *freezer* desligado justamente para descongelarem e serem assados no dia seguinte.

Da mesma forma, o acusado Volnei Berti, interrogado judicialmente (mídia de fl. 133), alegou que os produtos vencidos apreendidos estavam guardados em um *freezer* inacessível ao público para que, quando seu fornecedor fosse ao estabelecimento, realizasse a troca das mercadorias. Quanto aos frangos descongelados, afirmou que a intenção era temperá-los para serem assados no dia seguinte, além de que também estariam em um ambiente nos fundos do mercado, ao qual os clientes não tinham acesso. Explicou que os fiscais não oportunizaram ao réu que esclarecesse tais circunstâncias no dia da vistoria. Narrou que seu estabelecimento foi interditado por não ter autorização para assar carnes e que precisou regularizar seu alvará na prefeitura e colocar divisórias no ambiente em que temperava os frangos para poder voltar a funcionar.

Observe-se, contudo, que somente o informante Maykon, que não prestou compromisso de dizer a verdade, confirmou a versão do acusado de que os produtos recolhidos não estariam expostos à venda.

A testemunha Miriam relatou, por outro lado, que o réu não apresentou qualquer justificativa a respeito dos produtos vencidos quando estes foram apreendidos durante a fiscalização, a não ser o fato de que teriam ficado expostos à venda por simples falta de atenção.

Com efeito, deve-se destacar que, além de ter se comprometido a dizer a verdade em juízo, a mencionada testemunha é médica veterinária da CIDASC (fls. 6 e 11), isto é, é servidora pública do estado e, como se sabe, a palavra dos agentes estatais é dotada de fé pública, de modo que o depoimento da fiscal Miriam não pode ser desconsiderado, uma vez que não se comprovou e sequer se aventou que estivesse imbuída de má-fé a fim de prejudicar o acusado (nesse sentido: TJSC, Apelação Criminal n. 0005557-67.2015.8.24.0011, de Brusque, rel. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 04-06-2020; TJSC, Apelação Criminal n. 0005953-39.2015.8.24.0045, de Palhoça, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 12-12-2019).

Ademais, ainda que o réu realmente tivesse deixado os frangos em baixa temperatura para descongelá-los e assá-los no dia seguinte, verificou-se que o estabelecimento sequer tinha alvará para o processamento das carnes.

Pontue-se que o suposto desconhecimento do acusado quanto à necessidade de autorização específica para vender as carnes assadas não constitui erro de proibição, pois o réu, como comerciante de gêneros alimentícios há anos, tinha o dever de estar a par das normas que regulamentam a atividade, a qual sabidamente possui rígidas exigências sanitárias, razão pela qual denota-se estar presente também o dolo do apelado em praticar a conduta ilícita.

A propósito:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. TEREM DEPÓSITO PARA A VENDA MERCADORIA IMPRÓPRIA AO CONSUMO (LEI 8.137/1990, ART. 7º, IX). SENTENÇA CONDENATÓRIA (CPP, ART. 386, II). RECURSO DA DEFESA. ALEGADA NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL PARA A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. MERCADORIA IMPRÓPRIA AO CONSUMO (LEI 8.137/1990, ART. 7º, IX). NORMA PENAL EM BRANCO. CONCEITO EXTRAÍDO DO ART. 18, § 6º, I e II, DA LEI 8.078/1990. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA PERICIAL. MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA PELOS DOCUMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS E PROVA TESTEMUNHAL. PRODUTOS VENCIDOS, COM EMBALAGEM ROMPIDA E FRACIONADOS IRREGULARMENTE. CONDENAÇÃO IMPERATIVA. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. **DOLO EVIDENCIADO. APELANTE PROPRIETÁRIO DO MERCADO HÁ MAIS DE QUATORZE ANOS. DEVER DE CONHECIMENTO DAS NORMAS APLICÁVEIS AO DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE.** [...] SENTENÇA MANTIDA. [...] - O elemento subjetivo do tipo (dolo) do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990, consiste na vontade livre e consciente de manter em depósito para a venda produtos em condições impróprias ao consumo. Presente o dolo, não incide a forma culposa. [...] Recurso conhecido e não provido. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.012745-4, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 23-07-2013, grifou-se).

Estão devidamente evidenciadas, portanto, a materialidade do crime, a autoria delitiva e o dolo do acusado.

Outrossim, no que se refere à tipicidade material da conduta, de fato, como bem ressaltado pela acusação, é impossível o reconhecimento da bagatela neste caso.

O princípio da insignificância encontra fundamento em valores de política criminal, objetivando diminuir a intervenção do Direito Penal em situações de ofensa mínima à ordem social.

Acerca da matéria, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

O princípio da insignificância é vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restringir a qualificação de condutas que se traduzam em ínfima lesão ao bem jurídico nele (tipo penal) albergado. Tal forma de interpretação insere-se num quadro de válida medida de política criminal, visando, para além da descarcerização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve ocupar-se apenas das infrações tidas por socialmente mais graves.

Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar esse princípio da tolerância, que, se bem aplicado, não chega a estimular a ideia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade do princípio da insignificância, **é imprescindível que aplicação se dê de maneira criteriosa, contribuindo sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público.** (STF, HC 104787/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, j. 26-10-2010, grifou-se).

Ademais, tem-se que “a aplicação do princípio deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo

à prática de pequenos delitos” (STF, HC 145880 AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 11-9-2017).

Ainda, convém destacar o esclarecimento pontuado por Cleber Masson:

São quatro os requisitos objetivos exigidos pelo princípio da insignificância: (a) mínima ofensividade da conduta; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica. Estes vetores encontram-se consolidados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...]. Tais requisitos são muito próximos entre si. O Supremo Tribunal Federal não faz distinção entre eles. E, na verdade, é impossível diferenciá-los. A explicação para esse fenômeno é simples.

Mais do que um princípio, a insignificância penal é um fator de política criminal. Portanto, é necessário conferir ampla flexibilidade ao operador do Direito para aplicá-lo, ou então para negá-lo, sempre levando em conta as peculiaridades do caso concreto. É imprescindível analisar o contexto em que a conduta foi praticada para, ao final, concluir se é oportuna (ou não) a incidência do tipo penal. Este é o motivo pelo qual a jurisprudência muitas vezes apresenta resultados diversos para casos aparentemente semelhantes.

No âmbito dos delitos patrimoniais, é fácil notar, o reduzido valor do objeto material não se revela como o único parâmetro para a configuração da criminalidade de bagatela.

Os requisitos subjetivos não dizem respeito ao fato. Ao contrário, relacionam-se ao agente e à vítima do fato descrito em lei como crime ou contravenção penal. Vejamos: Condições pessoais do agente [...] e condições da vítima. [...] (Direito penal esquematizado: parte especial - vol 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 29-32, grifou-se).

In casu, não se mostra possível afirmar que a ofensividade da conduta é mínima ou que é reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento do réu.

Em primeiro lugar, porque, além de terem sido apreendidos diversos itens com prazo de validade expirado e 35 kg de carne de frango mal acondicionados – quantidades estas que, deve-se dizer, não são exíguas –, os bens jurídicos tutelados, na presente hipótese, não são apenas as relações de consumo, mas a própria saúde pública, porquanto, se não tivessem sido recolhidas as mercadorias pelos fiscais, sua venda teria potencial de afetar a saúde do consumidor, motivo pelo qual não está configurada a mínima ofensividade da conduta.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO (ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO. SUSTENTADA A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. APELANTE QUE EXPÕS À VENDA CERCA DE 75KG (SENTENTA E CINCO QUILOS) DE DERIVADOS DE CARNE EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO, ALÉM DE PRODUTO COM VALIDADE VENCIDA. DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES

DE FABRICAÇÃO, DISTRIBUIÇÃO OU APRESENTAÇÃO. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NOS CASOS DO ART. 18, § 6º, INCISOS I E II, PARTE FINAL, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTA CÂMARA CRIMINAL. DOLO EVIDENCIADO. **POSTULADO DA BAGATELA INAPLICÁVEL. OBJETO JURÍDICO DE CARÁTER METAINDIVIDUAL.** DE QUALQUER MODO, QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DE PRODUTOS. DELITO CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO IMPERATIVA. [...] RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001578-65.2011.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 11-10-2016, grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (ART. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA. [...] **PRODUTOS COM VALIDADE VENCIDA** DESNECESSIDADE DE PERÍCIA - CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. **PLEITO PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - BEM JURÍDICO TUTELADO QUE É A SAÚDE PÚBLICA** - SENTENÇA MANTIDA. [...] RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.042449-2, de Tangará, rel. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 26-08-2014, grifou-se).

Ademais, o acusado apresenta uma condenação pretérita em sua certidão de antecedentes criminais, pela prática do crime de corrupção passiva (fl. 151). Dessa forma, não se pode considerar reduzida a reprovabilidade de seu comportamento.

Dessarte, acolhe-se a pretensão Ministerial para condenar o apelado pela prática do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 c/c art. 18, § 6º, I e II, do CDC.

Consequentemente, deve ser realizada, agora, a dosimetria da pena do réu.

Em análise às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade do acusado é normal à espécie; o réu ostenta uma condenação pretérita cujo trânsito em julgado ocorreu em 18-11-2014, caracterizadora, portanto, de maus antecedentes (fl. 151); não há como aferir sua conduta social ou personalidade; os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal e não há que se falar em comportamento da vítima.

Logo, em razão da existência de uma única circunstância desfavorável, aumenta-se a pena-base na fração de 1/6, o que resulta em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção.

Na segunda fase da dosimetria, não há agravantes ou atenuantes que possam incidir na pena, motivo pelo qual deve-se manter inalterada.

Na etapa derradeira, não se vislumbram causas de aumento ou de diminuição aplicáveis aos caso, motivo pelo qual a pena definitiva do acusado fica determinada em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção.**

Diante do *quantum* da pena corporal e porque uma única circunstância judicial foi considerada desfavorável, fixa-se o **regime aberto** para início de cumprimento da reprimenda, consoante o art. 33, § 2º, “c”, e § 3º, do CP.

Esclarece-se que, no presente caso, a aplicação exclusiva da pena de multa não se mostra suficiente, pois, compulsando-se os autos n. 0001726-13.2010.8.24.0067, referentes à condenação anterior do acusado, verifica-se que esta se deu pela prática do crime de corrupção passiva, justamente quando o réu buscava se eximir de ser fiscalizado pela CIDASC, em uma ocasião em que transportava 150 kg de carne bovina no interior de seu veículo, o que demonstra seu despreço pela instituição responsável por inspecionar o adequado armazenamento e comercialização dos produtos de origem animal, relacionando-se, assim, com os fatos ora apurados.

Pela mesma razão, deixa-se de substituir a reprimenda corporal, tendo em vista que não está preenchido o requisito do art. 44, III, do CP.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para condenar o réu à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, pela prática do crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 c/c art. 18, § 6º, I e II, da Lei n. 8.078/1990.

Este é o voto.

Recurso Em Sentido Estrito n. 0000585-18.2012.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz

Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. IMPEDIÇÃO DE DIFICULTAR A REGENERAÇÃO NATURAL DE FLORESTAS E DEMAIS FORMAS DE VEGETAÇÃO E PROMOVER CONSTRUÇÃO EM SOLO NÃO EDIFICÁVEL OU NO SEU ENTORNO (ARTIGOS 48 E 64 DA LEI N. 9.605/98). SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE REFORMA DO DECISUM. POSSIBILIDADE. DELITO PERMANENTE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA QUE NÃO CONDIZ COMO MARCA DA CESSÃO DA PERMANÊNCIA PARA EFEITO DO COMPUTO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PROVAS ROBUSTAS NOS AUTOS A INDICAR QUE O BEM JURÍDICO TUTELADO É VIOLADO DE FORMA CONTÍNUA E DURADOURA. CONSUMAÇÃO RENOVADA. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO REFORMADA. CONTRARRAZÕES. CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES AMBIENTAIS. NÃO CONHECIMENTO. QUESTÃO QUE DEVE SER ANALISADA PRIMEIRO PELO JUÍZO A QUO SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA NÃO OBRIGATÓRIA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito n. 0000585-18.2012.8.24.0057, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz 2ª Vara em que é Recorrente Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Recorrido Soraia Susane Sonalio Busato.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a decisão que declarou extinta a punibilidade de Soraia Susane Sonalio Busato e determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Antônio Zoldan da Veiga, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer.

Participou da sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 27 de agosto de 2020

Luiz Neri Oliveira de Souza
Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de Santo Amaro da Imperatriz, o representante do Ministério Público ofereceu

denúncia contra **Soraia Susane Sonalio Busato**, dando-a como incurso nas sanções dos artigos 64 e 48, ambos da Lei nº 9.605/98, em concurso material, conforme os seguintes fatos descritos na inicial acusatória, *in verbis* (fls. 1/3).

“Em data incerta, mas no início do ano de 2012, na Estrada Geral Rio da Prata, município de Anitápolis, a denunciada Soraia Susane Sonalio Busato promoveu a construção de uma casa de madeira, com 66m2, a uma distância de 10 (dez) metros das margens do Rio da Prata, solo este não edificável, por se tratar de área de preservação permanente, sem autorização da autoridade competente, impedindo a regeneração natural da vegetação.”

Encerrada a instrução, a Magistrada *a quo* proferiu sentença, extinguindo a punibilidade da acusada, nos seguintes termos (fls. 201):

“Aos crimes narrados na inicial comina-se pena máxima de um ano de detenção, a revelar que o prazo prescricional no caso é de 4 (quatro) anos, a teor do que dispõe o art. 109, inc. V, do Código Penal.

Os fatos ocorreram no início de 2012, a denúncia foi recebida em 04/07/2012 (fl. 18) e o feito ainda não conta como sentença publicada. Dessa forma, forçoso reconhecer que o prazo prescricional foi atingido nesta oportunidade entre os termos interruptivos de prescrição.

Diante do exposto, declaro extinta a punibilidade de Soraia Susane Sonalio Busato pela prática dos delitos aqui examinados, conforme art. 107, IV, do Código Penal”.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito. Em razões recursais pugna pela reforma da decisão, no intuito de afastar o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva Estatal, pois entende *“que os crimes tipificados nos artigos 64 e 48 da Lei n. 9.605/98 tratam-se de infrações de natureza permanente”*. Por fim, com o provimento do recurso, requer o retorno nos autos ao Juízo *a quo* para prosseguimento da ação penal (fls. 205/210).

Apresentada as contrarrazões, a apelada se insurge pelo reconhecimento do princípio da consunção entre os delitos pela qual foi denunciada e na manutenção da sentença de extinção da punibilidade. Subsidiariamente, defende o recebimento da denúncia como marco da cessação da permanência, tudo no intuito de ver reconhecida a prescrição da pretensão punitiva. Por fim, requer o prequestionamento de todos os dispositivos citados (fls. 214/224).

Juízo de retratação ofertado às fls. 229/232.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Márcilio de Novaes Costa, manifestando-se pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pelo Ministério Público (fls. 249/251).

Este é o relatório.

VOTO

Preenchidos todos os requisitos exigidos para a admissibilidade do recurso, passa-se ao julgamento do seu mérito.

1. Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público visando a cassação da decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª. Vara da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz que extinguiu a punibilidade da recorrida Soraia Susane Sonalio Busato – a qual teria sido denunciada pela prática dos delitos tipificados nos artigos 64 e 48 ambos da Lei nº 9.605/98, em concurso material, sob o fundamento dos delitos terem sido alcançados pela prescrição da pretensão punitiva Estatal.

No arrazoado, sustenta o recorrente que não obstante o entendimento esposado pelo togado singular em fls. 201 e 229/232, entende se tratar de crimes de natureza permanente, dando-se a cessação das condutas somente quando interrompidas as atividades danosas ou mediante concessão de licença/autorização ambiental, e não quando do recebimento da denúncia como marco inicial para o cálculo do lapso prescricional justificado no *decisum*, ou seja, “A Recorrida, em seu interrogatório judicial, realizado no dia 29 de setembro de 2016, confirmou que a construção permanece no local e é por ela utilizada, demonstrando que, ao menos até referida data, houve a prorrogação do momento consumativo. Portanto, a manutenção da construção e seu uso contínuo renovam a ação danosa pioneira, constituindo conduta que acaba por perpetuar o dano, conferindo ao crime o caráter manifestamente permanente” (fl. 208).

Razão lhe assiste.

Com efeito, é sabido que os delitos ambientais são tidos como crimes permanentes, pois a sua consumação não se dá instantaneamente, mas sim com a violação de forma contínua e duradoura, protraindo-se no tempo e renovando-se a cada momento o delito, como no caso dos autos.

Dito isso, ao compulsar os autos, extrai-se que as condutas foram realizadas no ano de 2012, precisamente no dia 09.02.2012, conforme notícia de infração penal ambiental de fls. 6/10.

Posteriormente, no dia 15.05.2012, com a proposta de transação penal postulada pelo Ministério Público à fl. 2, consistente na recomposição do dano ambiental, com a demolição da edificação e comparecimento bimestral e obrigatório em Juízo, a apelada não o aceitou (fl. 21).

Assim, dando andamento a persecução penal, a denúncia foi recebida no dia 04.07.2012 (fl. 23), com a inquirição da acusada no dia 01.07.2013, a qual confirmou a construção da residência e que a mesma permanece no local sendo utilizada por ela (gravação audiovisual de fl. 140), com publicação da sentença de extinção da punibilidade no dia 04.07.2018 (fl. 202).

Com efeito, em uma análise superficial das datas acima descritas, até poder-se-ia dizer que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal, haja vista que a pena máxima cominada a cada um dos crimes é de 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal. Contudo, tal argumento está obstado, porquanto como dito acima, os crimes ambientais são tidos por permanentes.

Outro tanto, não há como aceitar o marco do recebimento da denúncia como prazo inicial da prescrição, porquanto como visto, a execução do delito ainda se estende no tempo, e não observo nos autos qualquer indício – ou marco que delimite com clareza -, de que os ilícitos tenham sido reparados, subtendendo-se que o bem jurídico tutelado ainda esta sendo violado de forma contínua.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES AMBIENTAIS. ART. 48 DA LEI N. 9.605/98. CRIME PERMANENTE. CONSUMAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS I - “O crime imputado ao agravante configura-se como crime permanente, pois, mesmo que o dano ambiental tenha se iniciado com a construção das edificações em dezembro de 2003, a conservação e a manutenção das construções na área de conservação ambiental impedem que a vegetação se regenere, prolongando-se assim os danos causados ao meio ambiente” (AgRg no REsp n. 1.133.632/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 10/10/2016). II - Partindo da premissa de que o delito em questão é considerado crime permanente, a alegação de prescrição da pretensão punitiva estatal deve ser afastada, uma vez que, nos termos do v. acórdão recorrido, a prática do delito se protraí no tempo e provoca a violação contínua e duradoura do bem jurídico tutelado, com a renovação a cada momento da consumação, de forma que a contagem do prazo prescricional só tem início com a cessação da permanência. III - O pleito relativo ao reconhecimento da atipicidade da conduta esbarra na necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência que não se coaduna com os estreitos limites do recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 312.502/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 01/08/2017) – Grifou-se.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. CRIME AMBIENTAL. LEI N. 9.605/1998. DESTRUIÇÃO DE VEGETAÇÃO PROTETORA DE MANGUE. **IMPEDIMENTO DE REGENERAÇÃO DAS FORMAS NATURAIS DE VEGETAÇÃO. DELITO PERMANENTE. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL.** COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. 1. O julgamento monocrático firmado em precedentes deste Tribunal obsta suposta violação do ordenamento jurídico pátrio (arts. 3o do CPP e 557, § 1o, do CPC). 2. A superveniente confirmação de decisum singular de relator pelo órgão colegiado supera eventual violação do art. 557 do Código de Processo Civil. 3. Ausência de prequestionamento (Súmula 211/STJ). 4. O delito previsto no art. 48 da Lei n. 9.605/1998 trata de crime permanente, cuja consumação se alonga no tempo em que o agente continuar impedindo a regeneração natural da vegetação afetada, sendo que o prazo prescricional se inicia somente com a cessação da permanência, nos termos do art. 111, III, do Código Penal. 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.297.833/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIO, Sexta Turma, DJe 27/5/2014) – Grifou-se.

“HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 1 ANO DE DETENÇÃO, POR INFRAÇÃO AO ART. 48 DA LEI 9.605/98. CRIME PERMANENTE. ATIVIDADE CRIMINOSA QUE SE PROLONGA NO TEMPO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A ocupação ou a degradação da área ocorreu, e continua ocorrendo ainda, impedindo e dificultando a sua regeneração natural, permanecendo o paciente em cometimento da infração penal, tal como entendeu o egrégio Tribunal a quo. Existência de crime permanente. 2. Ordem denegada.” (HC 125.959/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Rel.

p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 01/08/2011) – Grifou-se.

PENAL. CRIME AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO EM SOLO NÃO EDIFICÁVEL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANO À UNIDADE DE CONSERVAÇÃO IMPEDINDO REGENERAÇÃO DA VEGETAÇÃO. ABSORÇÃO DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que, construída casa em solo não edificável, isto é, a menos de 30 metros de curso d'água, em violação ao art. 64 da Lei n.o 9.605/98, restou constatado que a construção encontra-se no interior da Área de Proteção Ambiental de Anhatomirim, uma das denominadas Unidades de Conservação Federal (art. 40 da Lei Ambiental), tendo sido demonstrado, ainda, que referida construção vem impedindo a regeneração da floresta e demais formas de vegetação local (art. 48 da Lei 9.605/98). II. Além se ser responsável pela construção em solo não edificável (art. 64 da lei Ambiental), a manutenção da referida edificação ilegalmente construída ainda impede a regeneração da vegetação natural, conduta na qual incide no tipo penal inculcado no art. 48 da Lei n.o 9.605/98, que se trata de delito permanente e não pode ser absorvido pelo disposto no art. 64 da mesma lei, que é instantâneo. III. A manutenção de construção impedindo a regeneração da vegetação é um novo crime, diverso e autônomo em relação ao tipo do artigo 64 da Lei 9.605/98. IV. Vislumbra-se a existência de três condutas distintas, três ações autônomas de construir em solo não edificável (art. 64), em Unidade de Conservação Ambiental (art. 40), impedindo a regeneração natural da vegetação (art. 48), através das quais três crimes diferentes foram praticados. V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (REsp n. 1.125.374/SC, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 17/8/2011) – Grifou-se.

Não se destoa o jugado desta e. Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. CONSTRUÇÃO EM SOLO NÃO EDIFICÁVEL (ART. 64 DA LEI N. 9.605/1998). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. **PRELIMINAR. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. DECURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL QUE SE INICIA COM A EFETIVA REMOÇÃO DA ESTRUTURA DA ÁREA PROTEGIDA, O QUE NÃO OCORREU ATÉ O MOMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 111, INCISO III, DO CP. EIVA RECHAÇADA.** MÉRITO. PEDIDO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE DO DELITO E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS POR LAUDO PERICIAL E CONFISSÃO JUDICIAL DO RÉU. AGENTE QUE CONSTRUIU SUA RESIDÊNCIA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (MENOS DE 7 METROS DA MARGEM DE UM CURSO D'ÁGUA E NO INTERIOR DE MATA ATLÂNTICA), SEM LICENÇA AMBIENTAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR NOMEADO QUE ATUOU EM VÁRIOS ATOS DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. SENTENÇA OMISSA A ESSE RESPEITO. VERBA HONORÁRIA FIXADA, INCLUSIVE COM A COMPLEMENTAÇÃO DEVIDA PELA INTERPOSIÇÃO DO APELO (ART. 85, §11, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP), ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL. CONDENAÇÃO NO REGIME ABERTO. INTIMAÇÃO DO RÉU PARA DAR INÍCIO AO CUMPRIMENTO DA PENA SUBSTITUTIVA. PROVIDÊNCIA DETERMINADA DE OFÍCIO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000500-37.2009.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Rui Fortes, Terceira Câmara Criminal, j. 19-09-2017) – Grifou-se.

Ademais, filio-me ao entendimento exarado pelo ilustre Procurador de Justiça que: “ *Na hipótese dos autos, ao ser interrogada sob o crivo do contraditório, em 29 de setembro de 2016 (fl. 140), a recorrida confirmou a permanência da conduta criminosa, porquanto asseverou que a construção da sua residência em área de preservação permanente e sem a devida licença ambiental permanece edificada e é por ela utilizada, impedindo, assim, a regeneração natural da vegetação existente. Havendo a notícia, portanto, da permanência dos delitos em voga, pelo menos, até a data da solenidade de instrução e julgamento, não se pode falar em advento da prescrição do delito sob o aspecto da data do recebimento da denúncia, pois ainda se encontram em execução*”. (fls. 250/251).

Portanto, enquanto o imóvel de propriedade da acusada permanecer edificado em local de área de preservação permanente, sem autorização legal da autoridade competente, impedindo a regeneração natural da vegetação na área das margens do Rio da Prata, não se pode falar em advento da prescrição do delito, o qual se encontra ainda em perpetração.

Assim, diante do redigido, verifica-se que as razões de insurgência do Ministério Público devem prosperar, devendo a sentença de fl. 201 (por consequência a de 229/232, também), ser afastada, desconstituindo o decreto extintivo da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, retornando-se os autos à origem e dando-se continuidade ao feito.

2. Entrementes, no que tange ao pedido formulado em contrarrazões pela apelada no reconhecimento da consunção entre os crimes tipificados nos artigos 48 e 64 da Lei n. 9.605/98, cumpre esclarecer que não comporta conhecimento, visto que a questão ainda não foi enfrentada pelo juízo *a quo*, sob pena de incidir na supressão de instância.

3. Por fim, ainda em contrarrazões, a acusada prequestiona todos os dispositivos legais mencionados nas contrarrazões.

Todavia, o requisito do prequestionamento se satisfaz com a apreciação da matéria ventilada no recurso, de modo que é desnecessária a manifestação expressa do Órgão Julgador acerca do dispositivo legal indicado, em tese, como violado.

4. Ante o exposto, o voto é pelo provimento do recurso em sentido estrito para cassar a decisão que declarou extinta a punibilidade de Soraia Susane Sonalio Busato e determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito.

Este é o voto.

Recurso em Sentido Estrito Nº 0000161-56.2020.8.24.0069/SC

Relatora: Desembargadora Cíntia Beatriz da Silva Bittencout Schaeffer

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (RECORRENTE)

RECORRIDO: EDERSON MATOS ALEXANDRE (RECORRIDO)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME DE ROUBO TENTADO. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CUMULADA COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. RECURSO MINISTERIAL. ALEGADA EXISTÊNCIA DE PROVAS DE MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA, BEM COMO, NECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ACOLHIMENTO. SOLTURA PARA ACAUTELAR A SAÚDE DO RECORRIDO E SEU NÃO-CONTÁGIO À COVID-19. ARGUMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECOMENDAÇÃO N. 78/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE INSERIU ART. 5-A NA RECOMENDAÇÃO N. 62/2020. ORIENTAÇÕES DE COMBATE AOS RISCOS EPIDEMIOLÓGICOS QUE NÃO SE APLICAM AOS PRESOS POR CRIMES HEDIONDOS. ADEMAIS, UNIDADE PRISIONAL SEM REGISTRO DE NENHUM CASO SUSPEITO E ACUSADO JOVEM QUE NÃO DEMONSTROU PERTENCER AO GRUPO DE RISCO DA PANDEMIA. NECESSIDADE DO ENCARCERAMENTO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA DEMONSTRADA EM FATOS CONCRETOS. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. CRIME PRATICADO COM GRAVE AMEAÇA. RÉU QUE RESPONDE A OUTROS PROCESSOS POR DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. PROBABILIDADE CONCRETA DE QUE VOLTARÁ A DELINQUIR CASO SOLTO. RISCO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADO. PLEITO DE PRISÃO CAUTELAR PARA RESGUARDAR A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA NA INSTRUÇÃO JÁ QUE ATÉ O MOMENTO NENHUMA TESTEMUNHA FORA INQUIRIDA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA COLHIDO NA FASE INQUISITORIAL QUE INDICA AMEAÇA PROFERIDA PELO RECORRIDO. PRISÃO PREVENTIVA QUE SE AFIGURA NECESSÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para decretar a prisão preventiva do recorrido, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 19 de novembro de 2020.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina contra a decisão interlocutória que revogou a prisão preventiva decretada em desfavor de Ederson Matos Alexandre nos autos de n. 0001713-90.2019.8.24.0069.

Nas razões recursais (evento 1 do recurso), o Ministério Público busca a reforma da decisão interlocutória para que seja decretada a prisão preventiva do recorrido, argumentando que estão presentes os requisitos legais, principalmente a necessidade de garantia da ordem da pública e conveniência da instrução criminal.

Foi recebido o recurso (evento 37 do recurso) e foram apresentadas as contrarrazões (evento 41 do recurso). Após, mantida a decisão combatida (evento 42 do recurso), vieram remetidos os autos a essa egrégia Corte.

Lavrado parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Marcílio de Novaes Costa, que se manifestou pelo conhecimento e desprovemento do recurso (evento 8 deste feito).

VOTO

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina visando a decretação da prisão preventiva de Ederson Matos Alexandre, asseverando estarem preenchidos os requisitos necessários.

Em virtude de requerimento do Órgão Ministerial (evento 12 do recurso) e para proteger a ordem pública e a aplicação da lei penal, em 22 de novembro de 2019 o togado singular decretou a sua prisão preventiva por meio dos seguintes fundamentos (evento 14 do recurso):

[...]

Já atentando-se ao *periculum libertatis*, entendo que a medida se faz necessária como forma de proteger a ordem pública, tendo em vista a gravidade da conduta imputada na denúncia, o *modus operandi* empregado e as circunstâncias materiais que permearam a prática do crime, além do fato de que o acusado possui diversos registros policiais e ações penais em andamento (fls. 18/25), demonstrando que, solto, representa risco concreto de que permanecerá delinquindo.

[...]

Não fosse o bastante, tenho que a decretação da segregação mostra-se necessária também para assegurar a aplicação da lei penal, levando-se em consideração que o acusado encontra-se em local incerto e não sabido, sem qualquer endereço recente declinado nos autos, de modo que sequer foi possível localizá-lo ao longo das investigações policiais, o que igualmente autoriza o decreto preventivo.

[...]

Por sua vez, em 20 de março do corrente ano, em atenção ao que dispõe o art. 316, parágrafo único do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019, o Magistrado a quo revisou a necessidade de manutenção da prisão cautelar e revogou a prisão preventiva outrora decretada (evento 28 do recurso), com base nos seguintes argumentos:

[...]

No caso dos autos, entendo que a providência mais adequada é a soltura do acusado, com o objetivo de

resguardar a saúde pública, na tentativa de retardar a disseminação do COVID-19 (coronavírus), e buscando evitar graves danos à saúde dos detentos, servidores e terceirizados dos presídios.

Por outro lado, além das considerações acima realizadas, não mais vislumbro, na hipótese em apreço, a necessidade da manutenção da prisão preventiva decretada em desfavor do denunciado nas fls. 36/38.

Isso porque, a despeito de presentes prova da materialidade e indícios de autoria em face do recebimento da denúncia (fls. 36/38), não verifico mais, ao menos neste momento processual, a presença dos requisitos que antes autorizaram a segregação provisória, uma vez que a medida segregatória foi adotada para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal (fls. 36/38), esta que poderá ser resguardada por meio de outras medidas diversas da prisão preventiva, e aquela que, a meu sentir, se esvaiu pelo decurso do tempo.

No ponto, convém pontuar que o réu já foi citado (fl. 48), sendo nomeada defensora para atuar em sua defesa (fl. 51), de modo que, apesar de ser considerado grave o delito imputado na denúncia (tentativa de roubo), as medidas ora adotadas permitirão o prosseguimento do feito sem prejuízos ao processo e à lei penal. No mais, ressalta-se que o acusado é tecnicamente primário (fls. 18/25), condição esta que, embora subjetiva, é favorável e permite a sua soltura.

Sabe-se, ainda, que “desaparecendo no caso concreto os motivos que ensejaram a constrição preventiva do acusado, mesmo no caso dos crimes hediondos, deve o Magistrado revogar a prisão cautelar” (TJSC, Recurso Criminal n. 2005.003212-9, rel. Des. Torres Marques, Segunda Câmara Criminal).

DIANTE DO EXPOSTO, com fundamento no art. 316 do CPP e no art. 4º, inc. I, “b” e “c”, da Recomendação n. 62/2020 do CNJ, revogo a prisão preventiva decretada em desfavor de Ederson Matos Alexandre, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo e comunicação de eventual mudança de endereço ao juízo, impondo-o, de outra parte, enquanto medidas cautelares: a) proibição de aproximar-se do ofendido e de seus familiares, guardando uma distância mínima de 100 metros; b) proibição de contato com o ofendido e seus familiares, por qualquer meio de comunicação; c) comparecimento quinzenal em juízo, para assinar ficha de controle; d) atualizar o endereço nos autos imediatamente após sua saída do sistema prisional e sempre que houver mudança; e e) não deixar a comarca por mais de sete dias sem comunicar ao juízo; ciente o acusado de que o descumprimento de quaisquer dessas condições ensejará o restabelecimento da prisão.

Lavre-se o termo de compromisso e expeça-se o alvará de soltura, devendo o réu ser solto se por outro motivo não estiver preso.

[...]

O recorrente alega que a decisão não foi a mais acertada, asseverando estarem preenchidos os requisitos da prisão preventiva, porque ao contrário do que entendeu o Magistrado a quo, não há necessidade de soltura do Recorrido para acautelar-se sua saúde e não-contágio à Covid-19.

Além disso, aduz que o periculum libertatis restou demonstrado, sobretudo para garantia da ordem pública, em razão da maneira de execução do crime e da personalidade voltada à reiteração criminosa como se observa da certidão de antecedentes acostada ao feito.

Acrescentou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, porque, embora “apesar de o Requerido ser tecnicamente primário, possuir endereço nos autos e ter sido citado, o fato é que, caso permaneça em liberdade, poderá interferir na instrução processual, já que até o presente momento nenhuma testemunha fora inquirida nos lindes judiciais”.

Razão assiste ao representante do Parquet.

De início cumpre esclarecer que atualmente está em vigor a Recomendação 78/2020 do Conselho Nacional de Justiça, a qual inseriu o artigo 5-A na Recomendação 62/2020, para fazer constar que as orientações de combate aos riscos epidemiológicos lá contidas não se aplicam aos presos por crimes hediondos ou a estes equiparados, caso do Recorrido que foi denunciado pela suposta prática do crime de roubo tentado.

A saber:

Art. 5-A. As medidas previstas nos artigos 4º e 5º não se aplicam às pessoas condenadas por crimes previstos na Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa), na Lei nº 9.613/1998 (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.), por crimes hediondos ou por crimes de violência doméstica contra a mulher - grifei.

Não fosse o suficiente, o órgão acusatório apontou que o Recorrido estava recolhido no Presídio Regional de Araranguá, local seguro para evitar a proliferação da doença, não se tendo notícias de nenhum caso suspeito, nem mesmo monitorado no interior daquela unidade prisional.

Tampouco o Recorrido pertence ao grupo de risco da pandemia, porquanto é jovem e inexistente comprovação nos autos de possuir doenças respiratórias, cardíacas ou imunodepressoras.

Na mesma linha de raciocínio, entendo não ter sido demonstrado a existência de risco efetivo e concreto à saúde do Recorrente e, portanto, inviável concessão de sua liberdade baseado na Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

Por outro lado, verifico que a denúncia oferecida pelo Ministério Público em desfavor do recorrido imputa-lhe a prática do crime previsto no artigo art. 157, caput, c/c 14, inciso II, ambos do Código Penal, porquanto, segundo a denúncia (evento 11 do recurso):

No dia 10 de julho de 2019, por volta das 1h30min, na Avenida Getúlio Vargas, Sombrio/SC, o denunciado Ederson Matos Alexandre tentou mediante grave ameaça, subtrair, para si, coisa alheia móvel consistente em um celular, de propriedade de Paulo César Miguel. O crime não restou consumado por circunstâncias

alheias à vontade do denunciado, uma vez que a vítima negou-se, apesar da ameaça contra si perpetrada, a entregar o celular e solicitado ajuda.

Cediço que para a decretação da prisão preventiva é necessário o preenchimento dos requisitos estampados no artigo 312, do Código de Processo Penal, ou seja, além de boas provas da materialidade e indícios suficientes da autoria, é necessário que o agente represente risco à ordem pública, à ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal, se não vejamos:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Necessário observar ainda os critérios estabelecidos pelo art. 313, do Código de Processo Penal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Cumprido assinalar que o crime denunciado foi praticado mediante grave ameaça (tentativa de roubo) e a pena máxima é superior a 4 anos.

A materialidade e indícios de autoria restaram evidenciados por meio do boletim de ocorrência policial n. 0396925/2019-BO-00212.2019.0002363 (evento 4, inq 4, do recurso), dos termos de declaração (evento 4, inq 6 e 14, do recurso), do reconhecimento feito pela vítima (evento 4, inq 14, do recurso) e nas mídias de vídeo (evento 6 do recurso).

Da mesma forma, ao contrário do que decidiu o juízo singular, a garantia da ordem pública se afigura abalada com a liberdade do recorrido, pois demonstrada a real possibilidade de reiteração da empreitada criminosa.

Em que pese o Recorrente não ostentar condenação penal transitada em julgado, as diversas ocorrências registradas em seu desfavor pela suposta prática de crimes contra o patrimônio (evento 7 do recurso) robustecem a necessidade de se resguardar a ordem pública, evidentemente abalada pelas reiteradas condutas delituosas.

Acrescenta-se que “[...] o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva é decretada em razão da gravidade concreta da conduta delituosa, evidenciada pelo *modus operandi* com que o crime teria sido praticado. [...]” (STJ, RHC N. 73.616/MG, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 2-5-2017, DJe8-5-2017).

Como bem destacou o douto Procurador de Justiça, “A conduta imputada ao recorrido merece, certamente, especial atenção estatal, pois, em tese, valeu-se ele de grave ameaça no intento de subtrair para si patrimônio alheio” (evento 8 deste feito).

Portanto, tem-se que o modo de agir do Recorrente revela a gravidade concreta do delito, enquanto os antecedentes criminais denotam a sua periculosidade acentuada, tudo convergindo para a necessidade da prisão preventiva com vistas à garantia da ordem pública.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 157, § 2º, INC. II, DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90). CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. DECRETO CAUTELAR COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DEVIDAMENTE RESPEITADOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO EVIDENCIADA PELO *MODUS OPERANDI*. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. SUBTRAÇÃO DE PATRIMÔNIO ALHEIO EM CONCURSO DE AGENTES, INCLUSIVE ADOLESCENTE, E MEDIANTE VIOLÊNCIA FÍSICA (SOCOS) CONTRA A VÍTIMA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADEMAIS, PACIENTE QUE SE EVADIU DO LOCAL DO CRIME, ENSEJANDO, INCLUSIVE, PERSEGUIÇÃO POLICIAL. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA APTA A JUSTIFICAR A REVOGAÇÃO DO CÁRCERE. EXEGESE DO ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SEGREGAÇÃO MANTIDA. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO, AO MENOS POR ORA. EVENTUAIS PREDICADOS FAVORÁVEIS QUE NÃO OBSTAM, POR SI SÓ, A SEGREGAÇÃO PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4024613-12.2019.8.24.0000, de Videira, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 29-08-2019).

E desta magistrada:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO NA FORMA TENTADA [ART. 152, §2º, II C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP]. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA.

INSURGÊNCIA. FEITO QUE REÚNE BOAS PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA. NECESSIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADA EM FATOS CONCRETOS. RISCO À ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE REVELADA PELOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. PREDICADOS PESSOAIS QUE NÃO OBSTAM À SEGREGAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES QUE NÃO SE MOSTRA RECOMENDÁVEL NESTE MOMENTO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4029474-41.2019.8.24.0000, de Caçador, rel. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 24-10-2019).

Da mesma forma, razão assiste ao Recorrente ao afirmar que ao contrário do que sustenta o magistrado a quo, a prisão preventiva do Recorrido permanece sendo imprescindível para resguardar a conveniência da instrução criminal.

Isto porque, apesar de o Requerido ser tecnicamente primário, possuir endereço nos autos e ter sido citado, o fato é que, caso permaneça em liberdade, poderá interferir na instrução processual, já que até o presente momento nenhuma testemunha fora inquirida nos lindes judiciais.

Referida possibilidade está demonstrada, inclusive, no depoimento da vítima colhido na Delegacia de Polícia que informou ter interpelado o acusado após os fatos e ele lhe ameaçou dizendo “nem é bom tu tomar alguma providência porque eu volto” (evento 1, inq 5, da ação penal).

Logo, presentes fundamentos suficientes para determinar a segregação provisória do paciente, nos termos da jurisprudência deste Tribunal:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ETAPA EXTRAJUDICIAL DA PERSECUÇÃO PENAL (ART. 311 DO CPP). PRISÃO EM RAZÃO DE POSSÍVEL PRÁTICA DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). PENA DO DELITO EM TESE PRATICADO SUPERIOR A QUATRO ANOS. MATERIALIDADE E AUTORIA SATISFATORIAMENTE COMPROVADAS. PRESSUPOSTOS LEGAIS PREENCHIDOS. REQUISITOS. ORDEM PÚBLICA. PACIENTE QUE POSSUI AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO E QUE INDICAM, DE FORMA CONCRETA, RISCO DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE VÍNCULOS COM O DISTRITO DA CULPA. SITUAÇÃO QUE, SOMADA AO RISCO DE RECALCITRÂNCIA, INDICA A POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA. (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4024790-73.2019.8.24.0000, de Brusque, rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 29-08-2019).

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES E ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E COMPARSARIA (CÓDIGO PENAL, ARTS. 155, § 4º, IV, E 157, § 2º, I E II, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 13.654/2018). DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR INDEFERIMENTO DE PLEITO REVOGATÓRIO. INVOCADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSUBSTANCIADO NA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PROVIDÊNCIA EXTREMA. INOCORRÊNCIA. ELEMENTOS SÓLIDOS E INDÍCIOS CONSISTENTES DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI QUE DENOTA A PERICULOSIDADE DO

AGENTE. REGISTROS INFRACIONAIS E EXISTÊNCIA DE DUAS AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. NÍTIDO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DOS ARTS. 312, CAPUT, E 313, I, AMBOS DA LEI ADJETIVA PENAL. PREDICADOS SUBJETIVOS INSUFICIENTES PARA A ELISÃO DO CÁRCERE. CONCOMITANTE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. ALMEJADA PERMUTA DO COMANDO CONSTRITIVO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS (CPP, ART. 319). INVIABILIDADE. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA DA BENESSE NÃO EVIDENCIADAS. ORDEM DENEGADA. (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4031132-37.2018.8.24.0000, de Criciúma, rel. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. 22-11-2018).

Dessa forma, exsurge do caso concreto a necessidade de garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal, razão por que não há dúvidas acerca do preenchimento dos requisitos elencados no art. 312, do Código de Processo Penal.

Em relação às medidas cautelares diversas da prisão, afiguram-se ineficientes para o caso em tela.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para decretar a prisão preventiva do recorrido, nos termos da fundamentação.

PRIMEIRO GRAU

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL Nº 5090883-92.2020.8.24.0023/SC

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC) em face do Estado de Santa Catarina, em que requer:

b) concessão da TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA, INAUDITA ALTERA PARS, com fulcro no art. 300 do Código de Processo Civil, a fim de que seja imposta ao Estado de Santa Catarina obrigação de fazer consistente em:

b.1) Suspensão imediata dos efeitos do art. 9º, parágrafo único, do Decreto n. 1.003/2020, que ampliou a taxa de ocupação dos hotéis, mantendo os percentuais estabelecidos inicialmente pela Portaria n. 244/2020, tendo em vista a contrariedade da medida ao que foi recomendado pelo corpo técnico da Secretaria de Estado da Saúde;

b.2) Apresentação de um plano de ação, em 48 horas, para implementação no mesmo prazo, contemplando as medidas recomendadas pela equipe técnica da Secretária de Estado da Saúde no Parecer n. 017/2020 CIEVS/DIVE/SUV/SES/SC e nos Termos de Declaração que acompanham a inicial, em especial com a definição de maiores restrições de circulação de pessoas com a suspensão ou limitação de funcionamento de atividades não essenciais, abrangendo no mínimo prática de esportes coletivos, festas e eventos, bares, restaurantes, shoppings, transporte público, parques, praças e demais espaços públicos, etc., com duração por período mínimo de 15 dias;

b.3) Proibição de qualquer evento público ou aberto ao público alusivo às festividades de final de ano, inclusive em bares e restaurantes, devendo o Estado fiscalizar, fazer cessar a venda de ingressos e impedir que aconteçam;

b.4) Impedimento de qualquer nova liberação de atividades sem respaldo técnico, como exige o art. 3º, § 1º, da Lei n. 13.979/2020, e até que as Regiões de Saúde do Estado não estejam mais classificadas no risco potencial gravíssimo, conforme a Matriz de Risco Potencial do Estado;

b.5) Início, no prazo máximo de 15 dias, de campanha de mídia voltada ao esclarecimento da população sobre a situação da pandemia;

b.6) Apresentação, no prazo sugerido de 10 dias, de planejamento para o manejo de pacientes, regulação do acesso e eventual priorização em caso de saturação do sistema hospitalar, com organização das filas por acesso aos leitos, inclusive contemplando eventual ampliação de oferta por meio dos Hospitais Próprios e suspensão de procedimentos eletivos que exijam a reserva de leitos para serem executados, com exceção das urgências, emergências e procedimentos ditos tempo sensíveis;

b.7) apresentação, no prazo de 5 dias, de plano para a fiscalização dos estabelecimentos e atividades mencionados nestes pedidos, contemplando, no mínimo, a correlação entre o efetivo de pessoal e infraestrutura disponível e número de atividades a serem fiscalizadas, as datas programadas, e os procedimentos a serem adotados; (evento 2, p. 1-3)

Os autos vieram conclusos.

Decido, inaudita altera pars, porquanto o material cognitivo carreado aos autos é suficiente à formação do convencimento, além do que a proximidade dos eventos de fim de ano exige a imediata entrega da prestação jurisdicional, sem maiores delongas.

A Lei n. 7.347/1985 estipula que o magistrado poderá conceder liminarmente a medida reclamada, precedido ou não de justificação prévia, em decisão sujeita ao recurso de agravo de instrumento (art. 12).

Por sua vez, o Código de Processo Civil, em aplicação complementar (Lei n. 7.347/85, art. 19), estabelece que a concessão da tutela de urgência exige o preenchimento dos requisitos previstos no art. 300, caput, e § 3º, do CPC: a) probabilidade do direito; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; e c) reversibilidade dos efeitos da decisão.

No caso concreto, o MPSC sustenta que o Estado de Santa Catarina não vem cumprindo adequadamente com a obrigação constitucional de condução da política pública de saúde relacionada à pandemia de Covid-19, doença causada pelo Novo Coronavírus (Sars-Cov- 2).

Aduz que as análises e as recomendações técnicas emitidas pelo Centro de Operações e Emergências em Saúde (COES) não são consideradas pelo Estado de Santa Catarina na formulação das medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia.

Menciona que a pandemia tem provocado elevado número de óbitos, e que há comprometimento da capacidade de suporte das unidades de terapia intensiva dos hospitais, o que exige a adoção de medidas restritivas para a salvaguarda da saúde pública.

Com efeito, é fato público e notório que o Brasil e os demais Países enfrentam a “segunda onda” da pandemia de Covid-19, mais letal do que a primeira. Há um aumento exponencial do número de contaminados e elevação diária da quantidade de óbitos (Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-12-08/segunda-onda-de-covid-19-ja-causoumais-mortes-na-europa-do-que-a-primeira.html>>. Acesso em: 21 dez. 2020).

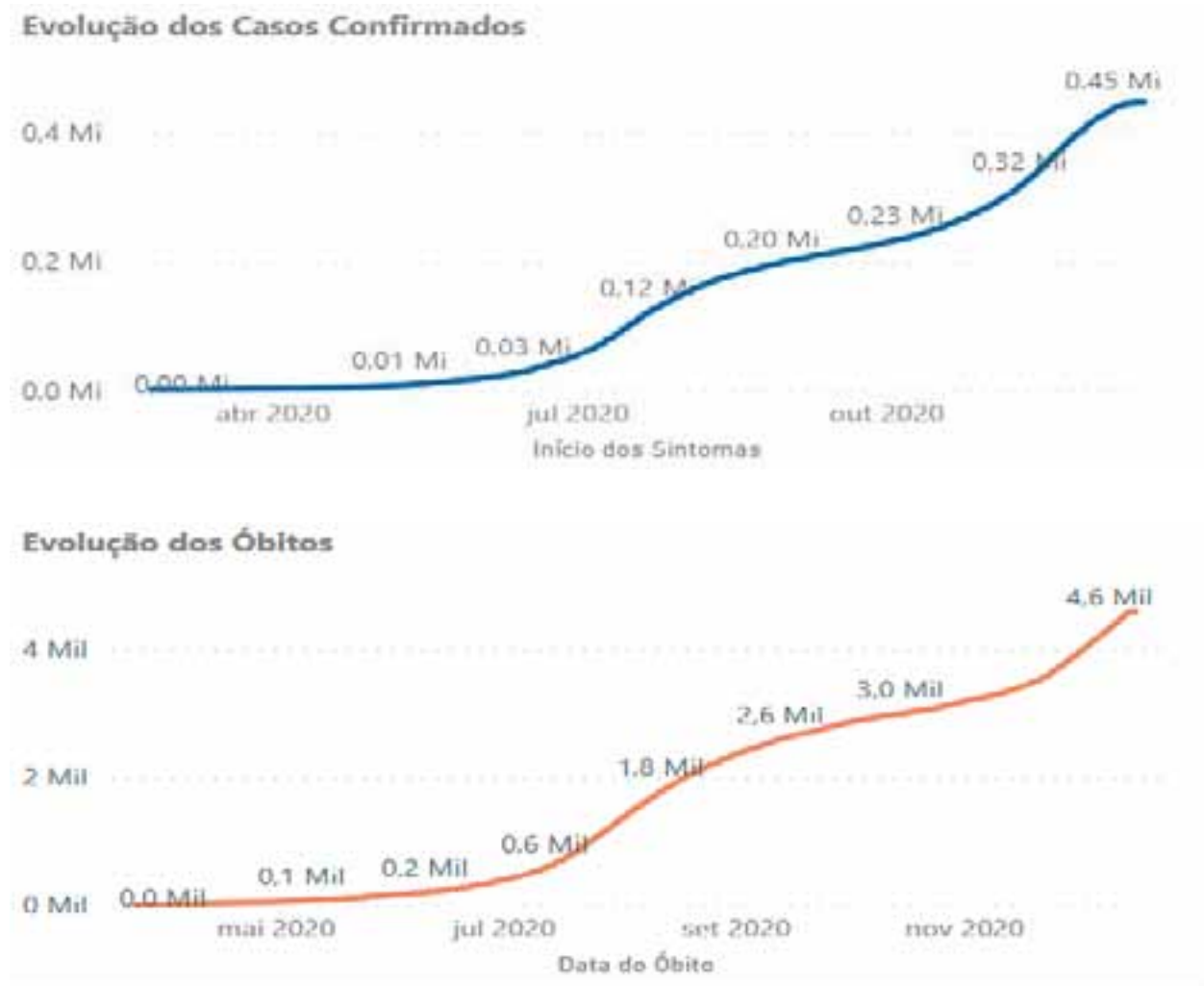
Conforme mostram os dados extraídos do site da Organização Mundial da Saúde (OMS), existiam, até a data de 19.12.2020, 74.299.042 casos confirmados de Covid-19 em 222 Países, com 1.699.982 mortes registradas (Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em: 19 dez. 2020).

Diante disso, a Alemanha determinou o fechamento do comércio e das escolas, no período de 16 de dezembro de 2020 até o dia 10 de janeiro de 2021. A Holanda decretou lockdown no

interregno de 14 de dezembro de 2020 a 19 de janeiro de 2021. A República Checa proibiu a abertura de restaurantes, hotéis e academias a partir do dia 18 de dezembro de 2020. Esses dados são mera exemplificação das medidas restritivas adotadas por alguns Países para a contenção da pandemia (Disponível em: <<https://exame.com/mundo/surto-de-casosde-coronavirus-faz-europa-decretar-novos-lockdowns/>>. Acesso em: 18 dez. 2020).

Não bastasse, há notícia de surgimento de uma nova versão (mutação) do novo coronavírus, singularidade que ensejou o fechamento de fronteiras e a imposição de restrições à circulação de pessoas provenientes do Reino Unido (Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2020/12/21/mutacao-da-covid-19-acende-novoalerta-as-vesperas-das-festas-de-fim-de-ano>>. Acesso em: 21 dez. 2020).

Em Santa Catarina, os gráficos extraídos do portal eletrônico “coronavirus.sc.gov.br” (Disponível em: <<https://www.coronavirus.sc.gov.br/gestao-da-saude>>. Acesso em: 19 dez. 2020), evidenciam que, a partir do mês de novembro do corrente ano, houve uma vertiginosa ascensão do número de casos confirmados e de óbitos:



Na mesma alheta, a análise comparativa dos boletins divulgados pelo Estado de Santa Catarina permite inferir que houve um avanço alarmante da pandemia. Em 31.10.2020, foram contabilizados 258.940 casos confirmados e 3.114 óbitos. Na data de 18.12.2020, foram registrados 453.322 casos e 4.652 óbitos.

É manifesto, portanto, que, entre 31.10.2020 a 18.12.2020, houve um aumento de 194.382 casos e 1.538 novas mortes em decorrência da doença, ou seja, nesse curto espaço de 48 dias foram registrados 42,87% de todos os casos e de 33,06% de todos os óbitos contabilizados desde o mês de fevereiro, quando os dados começaram a ser aferidos e divulgados pelo Estado de Santa Catarina.

Ainda, verifica-se que, das 16 regiões de saúde criadas pelo Estado de Santa Catarina, 15 estão classificadas como de risco epidemiológico gravíssimo, à exceção da regional de Xanxerê, que ainda permanece no risco grave (Disponível em: <<http://www.coronavirus.sc.gov.br/gestao-da-saude/>>. Acesso em: 21 dez. 2020). A tabela a seguir contempla uma síntese do número de regiões de saúde do Estado em cada nível de risco potencial para Covid-19 nas últimas semanas, de acordo com os informativos do COES adunados aos autos (evento 1/3):

Número de Regiões de Saúde Conforme Risco Potencial				
Data	Gravíssimo	Grave	Alto	Moderado
21.10.2020	-	6	10	-
26.10.2020	-	8	8	-
03.11.2020	1	11	4	-
11.11.2020	2	13	1	-
17.11.2020	3	13	-	-
24.11.2020	13	3	-	-
02.12.2020	15	1	-	-
09.12.2020	14	2	-	-
17.12.2020	15	1	-	-

Ademais, os dados publicados pelo Estado de Santa Catarina demonstram que há uma taxa de ocupação de 87,92% do total de leitos de UTI, com os seguintes índices por macrorregião: 85,66% na Grande Florianópolis; 81,71% na Foz do Rio Itajaí; 86,73% no Planalto Norte e Nordeste; 89,82% no Vale do Itajaí; 91,18% no Grande Oeste; 88,6% no Meio Oeste e Serra Catarinense; e 92,86% no Sul do Estado de Santa Catarina (Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTgwN2I4NTEtM2RhYi00OTYzLWJiMmYtOTRmNjBmZmM4Y2NjIiwidCI6ImExN2QwM2ZjLTRiYWVtNGI2OC1iZDY4LWUzOTYzYTJlYzRlNiJ9>> Acesso em: 18 dez. 2020).

Fácil de se concluir que o agravamento da pandemia no território catarinense produz efeitos nos sistemas público e privado de saúde, pois o aumento progressivo do número de casos confirmados pressiona a taxa de ocupação de leitos de UTIs, quase chegando ao ponto de colapso.

Esses fatos - aumento expressivo do número de casos confirmados, de óbitos e de taxa de ocupação dos leitos de UTIs - são incontestáveis, mormente porque extraídos das informações fornecidas pelo próprio Estado de Santa Catarina.

Doutro lado, observa-se que o Estado de Santa Catarina, para uma melhor gestão dos recursos humanos, materiais e científicos destinados à superação da pandemia, instituiu o COES, conforme consta na Portaria n. 179/2020, editada pelo Secretário da Saúde, em 12.3.2020, *in verbis*:

Art. 1º Instituir o Centro de Operações de Emergência em Saúde (COES), destinado a integrar as ações e serviços de saúde, com os seguintes objetivos:

I- Contribuir para a organização e o fortalecimento da Secretaria de Estado da Saúde por meio de ações integradas entre as áreas da saúde, de acordo com os conceitos de gestão de risco para emergências em saúde;

II- Identificar e mapear as áreas de risco e a população exposta;

III- Planejar, avaliar e coordenar as atividades em resposta às emergências em saúde no Estado de Santa Catarina;

IV- Estabelecer medidas baseadas na gestão de risco, a partir das linhas de ação para a redução de risco, manejo das emergências e recuperação no âmbito do SUS;

V- Elaborar planos de preparação e resposta do setor saúde, por tipologia da emergência,

A criação do COES foi ratificada pelo art. 3º do Decreto estadual n. 562/2020, de 17.4.2020, que declarou estado de calamidade pública para fins de enfrentamento da pandemia de Covid-19:

Art. 3º A Secretaria de Estado da Saúde (SES), por meio do Centro de Operações e Emergências em Saúde (COES), é o órgão central do Poder Executivo de coordenação técnica das ações necessárias ao enfrentamento de que trata o art. 1º deste Decreto.

Em seguida, o art. 8º-A, § 1º, do Decreto estadual n. 562/2020, com a redação dada pelo Decreto estadual n. 785/2020, delegou ao COES a incumbência de estabelecer as medidas de enfrentamento de acordo com a matriz de risco epidemiológico:

Art. 8º-A Para fins de enfrentamento da pandemia da COVID-19, fica assim estabelecida a matriz de risco epidemiológico-sanitário da SES:

I - risco moderado;

II - risco alto;

III - risco grave; e

IV - risco gravíssimo.

§ 1º O COES, por meio de portaria, estabelecerá as medidas de enfrentamento da COVID-19 conforme a classificação das regiões de saúde na matriz de risco epidemiológico-sanitário, de acordo com os incisos do caput deste artigo.

§ 2º A classificação de cada região de saúde na matriz de risco epidemiológico-sanitário será atualizada semanalmente por meio de ato do COES.

O COES, portanto, foi erigido pela Chefia do Poder Executivo estadual como órgão técnico de saúde incumbindo de realizar a “[...] coordenação técnica das ações necessárias ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”, conforme, aliás, foi reconhecido no OFÍCIO GAB/PGE 492/20, encaminhado ao Procurador-Geral de Justiça e que foi subscrito pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos e pelo Secretário de Estado da Saúde (evento 1/22).

Dessa mesma correspondência, retiram-se importantes elementos que evidenciam a importância das deliberações do COES, como órgão técnico-científico, para a estruturação das políticas públicas de combate à Covid-19:

1. Já há um fluxo de trabalho entre as diversas instâncias que atuam no enfrentamento à situação em saúde pública, tendo sido esclarecido que a decisão se dará pelo Gabinete de Gestão da Crise, a partir da orientação técnica do COES; [...];
 - a. que a implementação progressiva das medidas de distanciamento social é direcionada pelo COES, consistindo em equipe multidisciplinar apta a orientar as ações sanitárias e epidemiológicas empreendidas, em especial o impacto sobre a rede pública de saúde;
 - b. que o COES já se constitui como um comitê técnico de especialista em epidemiologia, infectologia, gestão de risco sanitário, regulação e serviços especiais, assistência hospitalar, segurança do paciente, etc. [...];
 - c. que a liberação gradual de atividades tem sido precedida de protocolos de medidas sanitárias a serem seguidas, o que tem ocorrido por meio da publicação de portarias do COES, às quais se tem conferido ampla publicidade; [...]; (evento 1/22, p. 18-19)

Ato contínuo, o Estado de Santa Catarina, com apoio nas deliberações do COES, estruturou um programa de descentralização e regionalização das ações de combate à Covid-19 fundamentado em uma matriz de avaliação do risco potencial regional conforme consta na Portaria n. 464/2020 da Secretaria de Estado da Saúde (SES).

Em pó, a Portaria SES n. 592/2020 estabeleceu “[...] os critérios de funcionamento das atividades de interesse regional e local, bem como as medidas de enfrentamento da COVID-19, de acordo com os níveis de risco da Avaliação do Risco Potencial Regional das regiões de saúde” (art. 1º). Nesse normativo, foram definidas as medidas restritivas às atividades sociais e econômicas, autorizadas pela Lei n. 13.979/2020, de acordo com os níveis de risco gravíssimo (vermelho), grave (laranja) alto (amarelo) e moderado (azul).

A propósito, conveniente destacar que a matriz de avaliação de risco potencial regional considera os seguintes critérios:

1. Gravidade (da situação): investimento em abertura de leitos clínicos e de UTI; 2. Urgência (da ação): ações de vigilância em saúde (investigação de suspeitos, testagem, isolamento); 3. Tendência (de piora): reorganização dos serviços e fluxos saúde; 4. Abrangência (territorial): intensificação de ações de isolamento social; 5. Impacto da COVID-19 na região (resultado da avaliação). Cada dimensão considera os seguintes indicadores: 1. Gravidade: a) taxa de ocupação de leitos de UTI SUS; 2. Urgência: a) Incidência (casos confirmados/população), b) Taxa de ocupação de leitos clínicos, c) Sensibilidade da vigilância (casos suspeitos/confirmados); 3. Tendência: a) Atividade (casos ativos/casos recuperados), b) Letalidade (óbitos/confirmados); 4. Abrangência: a) Casos ativos/centralidade, b) Velocidade de avanço (casos novos/casos na última semana); 5. Impacto: Resultado. (evento 6/2, p. 4 da ação civil pública n. 5057977-49.2020.8.24.0023)

E, desde então, a SES vinha gradualmente autorizando a retomada parcial das atividades sociais e econômicas, conforme a evolução dos níveis de risco da matriz de avaliação. Vide, a título exemplificativo, a Portaria n. 265/2020, que define critérios e autoriza a retomada dos eventos e competições esportivas do automobilismo e motociclismo, e a Portaria n. 744/2020, que autoriza e estabelece critérios para o funcionamento monitorado de casas noturnas, boates, pubs, casas de shows e afins.

Essa dinâmica estava alinhada à anterior deliberação proferida por este Juízo na Ação Civil Pública n. 5057977-49.2020.8.24.0023. Naquela actio, ajuizada pelo MPSC em face do Estado de Santa Catarina, assim foi determinado, na decisão concessiva da tutela provisória:

1. Isto posto, defiro parcialmente o pedido de tutela provisória deduzido nesta ação civil pública (CPC, art. 300 c/c Lei n. 7.347/1985, art. 12), para o fim de impor ao Estado de Santa Catarina as obrigações de: (i) alterar os instrumentos que compõem o programa de descentralização e regionalização das ações de combate à Covid-19, definindo expressamente quais são as ações de saúde que devem ser adotadas pelos entes políticos em cada um dos graus de risco que integram a Matriz de Avaliação do Risco Potencial Regional prevista no art. 1º, § 1º, II, da Portaria SES n. 464/2020; (ii) implementar diretamente as medidas sanitárias previstas na Lei n. 13.979/2020 no âmbito regional, de acordo com a Matriz de Avaliação de Risco Potencial Regional, e em conformidade com as recomendações dos órgãos técnicos estaduais e do COES, quando a região de saúde atingir o grau de risco potencial gravíssimo, independente da atuação dos Municípios.

A despeito desse regramento fundamentado na matriz de avaliação de risco, e, também, do quadro de agravamento da pandemia, conforme anteriormente demonstrado, os elementos probatórios trazidos aos autos pelo MPSC indicam que o Estado de Santa Catarina, na tarefa de condução da política pública de preservação da saúde, optou por desconsiderar as orientações técnicas emanadas no COES.

Segundo se extrai do Decreto estadual n. 1.003/2020, o Governador do Estado, mediante a justificativa de “[...] conferir segurança sanitárias aos serviços de hospedagem na temporada de verão, com vistas a garantir que os hotéis, pousadas, albergues e afins prestem os serviços observando todo o regramento sanitário e a coibir os serviços de hospedagem clandestinos”, autorizou esses estabelecimentos a funcionarem com 100% de sua capacidade (art. 9º, parágrafo único).

Em seguida, no dia 18 de dezembro, o Governador do Estado, desta vez fundamentado na necessidade de organizar as medidas de enfrentamento da pandemia de COVID-19 na temporada de verão, editou o Decreto estadual n. 1.027/2020, estabelecendo uma nova flexibilização das seguintes atividades sociais e econômicas:

[...]

III- casas noturnas: a) proibidas no nível gravíssimo; b) autorizadas com 20% de ocupação no nível grave; c) autorizadas com 50% de ocupação no nível alto; d) autorizadas com ocupação integral no nível moderado;

IV- cinemas e teatros: a) autorizados com 30% de ocupação no nível gravíssimo; b) autorizados com 50% de ocupação no nível grave; c) autorizados com 75% de ocupação no nível alto; d) autorizados com ocupação integral no nível moderado;

V- congressos, feiras e exposições: a) autorizados com 30% de ocupação no nível gravíssimo;

b) autorizados com 50% de ocupação no nível grave; c) autorizados com 75% de ocupação no nível alto; d) autorizados com ocupação integral no nível moderado;

VI- eventos e competições esportivas organizados pela iniciativa privada, por meio de entidades de administração esportiva ou pela FESPORTE: permitidos em todos os níveis de risco, observado o caput do art. 8º deste Decreto;

VII- eventos sociais: a) autorizados com 30% de ocupação no nível gravíssimo; b) autorizados com 50% de ocupação no nível grave; c) autorizados com 75% de ocupação no nível alto; d) autorizados com ocupação integral no nível moderado;

VIII- igrejas e templos religiosos: a) autorizados com 30% de ocupação no nível gravíssimo; b) autorizados com 50% de ocupação no nível grave; c) autorizados com 75% de ocupação no nível alto; d) autorizados com ocupação integral no nível moderado; IX – museus a) autorizados com 50% de ocupação no nível gravíssimo; b) autorizados com 75% de ocupação no nível grave; c) autorizados com ocupação integral nos níveis alto e moderado;

X – parques aquáticos e complexos de águas termais: a) autorizados com 50% de ocupação no nível gravíssimo; b) autorizados com 75% de ocupação no nível grave; c) autorizados com ocupação integral nos níveis alto e moderado; e

XI – transporte coletivo urbano municipal: a) 70% (setenta por cento) da capacidade do veículo no nível gravíssimo; e b) 100% (cem por cento) nos demais níveis de risco.

Todavia, essa flexibilização de restrições foi adotada pelo Governador do Estado ao alvedrio das deliberações do COES e vai de encontro às medidas sanitárias necessárias para a contenção da pandemia, conforme declarou a analista técnica em gestão e promoção de saúde e coordenadora do Centro de Informações Estratégicas em Vigilância em Saúde de Santa Catarina (CIEVS/SC), Fernanda Rosene Melo:

Atualmente estão muito preocupados com o cenário, não esperavam um pico tão cedo, especialmente no verão. A esperança que o vírus apresentasse uma sazonalidade igual ao vírus da gripe. Como aconteceu com

países da Europa. As medidas foram flexibilizadas e as pessoas estão cansadas de ficar em casa e o número de casos e óbitos estão muito altos. Na semana passada teve 91 casos em um dia. Existe uma preocupação muito grande e há um somatório de fatores que contribuem para o atual cenário. A última análise do modelo epidemiológico do Imperial College realizado no dia 10-12-2020 é de que o estado está no cenário 2 ou 3. Se continuar assim, a previsão é de quem em janeiro chegue a 1000 óbitos segundo o cenário 2 e 1300 no cenário 3.

[...]

O último parecer foi no início de dezembro, estritamente relacionado à saúde, no sentido de fazer novas restrições de movimentos de pessoas. Na visão de risco sanitário e evolução da pandemia, precisa ser feito para evitar o contágio e comunicação à população. Não tem conhecimento sobre campanha de mídia por parte do Governo. A declarante participa de poucas regiões. O fluxo geralmente passa pela Dra. Raquel.

Quanto a liberação dos hotéis e das praias, não houve consulta aos cievs nem parecer técnico nesse sentido. Não fazem parte dessas decisões do grupo gestor, entre os secretários e o Governador.

[...]

A liberação dos hotéis vai de encontro a tudo que consta do parecer e já citou. Implica em uma maior circulação de pessoas, o que, por si só, pode aumentar o risco de transmissão. Todos os estados tem transmissão comunitária ainda e promove assim uma circulação de vírus ainda maior.

Acredita que um parecer de hoje seria muito próximo ao do início de dezembro, precisa haver uma comunicação efetiva a população para a população não se descuidar. Desde o começo falam que precisa de mais comunicação. E também mais restrição nesse momento, limitação da movimentação de pessoas. Tem que ser no mínimo 15 dias, não é possível ver efeito com menos dias. Talvez com 30 dias para ver uma mudança de cenário maior. Acredita que utilizam a matriz de risco desde o início, ela deve ser uma ferramenta a ser levada em consideração.

[...]

Não tiveram retorno sobre o último parecer. A superintendente disse que encaminhou ao secretário, que deve ter levado ao comitê. Mas não sabe dizer se realmente ocorreu dessa forma. (Sic). (evento 1/12).

No mesmo sentido, enfatizou Fábio Gaudenzi de Faria, analista técnico em gestão e promoção de saúde e membro do COES:

[...] Em setembro e outubro, com grande quantidade de feriados, recomendou-se a redução das atividades não essenciais. O que não foi aceito. Há poucos dias foi emitida nova recomendação com o escopo de evitar a circulação de pessoas. As ferramentas parecem não estarem sendo usadas para as atividades de gestão. Os dados são sempre repassados, inclusive são públicos, mas parecem que não são utilizados. O que embasa os pareceres encaminhados à gestão são dados públicos. Houve níveis de ocupação de UTI que não aconteceram nem em julho e agosto. Também há uma aceleração do aumento do número de óbitos. A proporção de óbitos parece menor porque conseguem agora diagnosticar muito mais casos. Todo dia abrem vagas de UTI porque as pessoas estão morrendo. Também há um esgotamento dos profissionais de saúde. Muitos estão pedindo para sair, há uma dificuldade de contratação. Não dá para contratar pessoas que não são habilitadas a tratar de casos graves.

Na projeção para as próximas semanas percebe-se a necessidade de abertura de novos leitos. As restrições precisariam ter ocorrido há 30 dias. Mesmo com restrições há necessidade de leitos no momento. O vírus já circulou há 2 semanas. O primeiro passo é garantir a assistência das pessoas já contaminadas, inclusive

insumos, pois há relatos de que alguns já estão faltando. Não é abrir por abrir, precisa ter qualidade nos leitos a serem abertos. Há, paralelo a isso, que reduzir as atividades não essenciais. Deve haver um diálogo de todos os setores sobre isso. Soluções devem vir da área da saúde, mas também da área econômica.

[...]

Neste momento, precisa haver a restrição das atividades não essenciais. Não precisa ter lockdown, mas precisa haver redução das pessoas circulando. A recomendação é, portanto, aumento do número de leitos e a redução das atividades não essenciais.

O problema é que o decreto do toque de recolher atinge apenas uma parcela, não é suficiente. Além disso, é só uma recomendação, não tem fiscalização. Não se sabe como está sendo a efetividade disso. Esse decreto não foi uma recomendação do COES.

Alimentação, bares, restaurantes são atividades que tem mais probabilidade de disseminação do vírus. Recomenda-se que deveriam ser fechados inicialmente.

A abertura de 100% dos quartos de hotéis também não foi discutida pela área epidemiológica do COES. O objetivo é reduzir a clandestinidade, porém não parece ser uma justificativa adequada sem que haja fiscalização. O ideal seria combater o informal e não aumentar a capacidade do formal. Precisaria de um plano de ação para a fiscalização.

[...]

Nunca participaram de reuniões do grupo gestor. A superintendente participou poucas vezes. (Sic). (evento 1/13).

Assim também confirmou Eduardo Campos de Oliveira, analista técnico em gestão e promoção de saúde e integrante do COES:

[...] Acontece também de muitas decisões do Estado não terem passado pela equipe técnica. A ponte entre o gestor e a equipe técnica é a Superintendente Raquel, mas nem sempre o que ela leva é acatado. Apesar dos esforços dela, nem sempre o recomendado é posto em prática.

[...]

Eram feitas muitas reuniões, não necessariamente saía delas um documento formal. Mas recomendações eram levadas ao gestor, a exemplo do Parecer 008. As questões debatidas acerca da flexibilização e do relaxamento do controle eram levadas a Superintendente, mas nem sempre o que recomendavam era levado em conta. Isso aconteceu em várias oportunidades.

[...]

A história do futebol ter sido liberado foi um choque, não passou pelo COES. A liberação derrubou muitas argumentações que sustentavam a restrição de outros setores. Não houve avaliação sobre o estudo que o grupo todo já havia feito sobre o tema.

Desde o começo sempre foi dito que quando houvesse nova tendência de crescimento dos casos, as coisas seriam fechadas novamente.

O futebol recreativo também não teve recomendação no sentido da liberação. O mesmo com outros esportes, a exemplo do vôlei.

[...]

O declarante questiona como que a curva está em ascensão e o gestor diz que turistas podem vir para o Estado. A questão da liberação dos hotéis não foi levada ao COES. Ao contrário do que seria recomendado e daquilo que todos os outros países estão fazendo. As ações que deveriam ser tomadas no início com abertura gradual quando melhora e fechamento quando piora, identificando os pontos frágeis, não foram efetivadas. (Sic). (evento 1/14).

Para arrematar, vislumbra-se que a solicitação do Conselho Estadual de Saúde, materializada na Resolução n. 007/CES/2020, para que a SES “adote medidas necessárias para o isolamento e distanciamento social, haja vista o momento de vulnerabilidade crescente da população à Covid” (Disponível em: <<https://saude.sc.gov.br/index.php/documentos/informacoes-gerais/conselhos-e-comissoes/ces/resolucoes-ces/resolucoes-2020/17598-resolucao-007-2020/file>>. Acesso em: 22 dez. 2020), também foi ignorada.

Nota-se, assim, que a flexibilização das medidas sanitárias de cunho restritivo não tem motivação técnico-científico, sobretudo quando os critérios para a definição do nível de risco potencial de cada região permanecem inalterados e ocorre o agravamento da pandemia.

Esse aspecto - falta alinhamento da política de flexibilização às deliberações dos órgãos técnicos - inclusive foi reconhecido pela SES na nota de esclarecimento publicada na sua home page:

O Governo de Santa Catarina, por meio da Secretaria de Estado da Saúde, vem a público prestar esclarecimentos quanto às recentes medidas de regramento de atividades para a temporada de verão no Estado. Em primeiro lugar, cabe ressaltar que as entidades que integram o Centro de Operações de Emergências em Saúde (COES) sempre tiveram suas opiniões e indicações respeitadas pelas autoridades constituídas. Na quase integralidade dos momentos, houve um consentimento por parte dos gestores estaduais em relação aos encaminhamentos sugeridos.

Quanto ao Decreto nº 1027, que passa a valer a partir desta segunda-feira, a Secretaria de Estado da Saúde salienta que a medida levou em consideração uma variada gama de situações pelas quais passa Santa Catarina no momento. O início da temporada de verão levará à chegada de centenas de milhares de turistas em solo catarinense. Esse é uma realidade inexorável, para a qual não se pode fechar os olhos. Diante desse quadro, o Governo de Santa Catarina optou por realizar um regramento das atividades, tanto econômicas quanto de lazer, com o intuito de buscar um equilíbrio e privilegiar a legalidade e a segurança da população.

O longo período pandêmico tem gerado inquietações no seio da sociedade catarinense, que, em muitos casos, beiraram a desobediência civil. Ao mesmo tempo em que luta para garantir que todos os catarinenses tenham acesso a tratamento em caso de necessidade, por meio de uma ampliação expressiva dos leitos de UTI disponíveis, o Governo de Santa Catarina está atento ao sentimento dos catarinenses e à luta por um equilíbrio entre o enfrentamento da pandemia e o bem-estar sócio-econômico. (grifamos) (Disponível em: <<https://saude.sc.gov.br/index.php/noticias-geral/11893-nota-de-esclarecimento-15>>. Acesso em: 22 dez. 2020).

Nesse prisma, não pairam dúvidas de que a decisão de flexibilização das medidas restritivas não tem lastro em critérios científicos ou estudos conduzidos por órgãos técnicos. Simplesmente autoriza a retomada integral das atividades sociais e econômicas em qualquer cenário de gravidade, sem levar em consideração os potenciais riscos envolvidos em cada nível.

Sob outro enfoque, é consabido que a Constituição Federal não é uma mera carta de regramento da organização do Estado Democrático de Direito. Mais do que isso, a Constituição Federal, a par de inaugurar uma nova ordem jurídica, institui os valores básicos e os direitos fundamentais que devem ser assegurados, delimita as funções de administrar, legislar e julgar, e estabelece as limitações processuais. Em verdade, a Constituição Federal estabelece a supremacia da lei e fixa as limitações ao exercício do poder, ocupando, por isso, o centro do sistema jurídico (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 31 e 535).

Assim, o art. 196 da Constituição Federal, cujo texto é repetido pelo art. 153 da Constituição Estadual, quando afirma que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, consagra um direito fundamental derivado da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Segundo George Marmelstein, os direitos fundamentais “[...] possuem a natureza de norma constitucional. Eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada. Eles são (perdoem a tautologia) fundamentais porque são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis no jogo político” (Curso de direitos fundamentais. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 258).

A seu turno, o art. 178 da Constituição Federal consigna que “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”.

Nessas circunstâncias, compete ao Poder Público empreender ações para disponibilizar atendimento e tratamento de saúde e, também, atuar na prevenção da difusão de moléstias, tudo para propiciar o bem-estar da população. Trata-se de postulado constitucional voltado à prestações positivas para o resguardo do direito à vida e à integridade física.

Para Ingo Wolfgang Sarlet,

Com efeito, a despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade é, essencialmente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, precondição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do

ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível. (A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 344).

Para além disso, também constitui obrigação do Poder Público adotar ações e implementar medidas concretas para evitar que haja uma diminuição no grau de proteção já conferido a um direito fundamental.

É o que orienta o princípio constitucional da proibição do retrocesso social, assim sintetizado por Ingo Wolfgang Sarlet,

Assim, a proibição de retrocesso assume [...] feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica) quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana. (A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 462).

Na mesma direção, ensina José Joaquim Gomes Canotilho que “a liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 340).

Da interpretação do caso sub judice à luz do princípio da proibição do retrocesso, resulta claro que as restrições sanitárias já impostas somente podem ser abrandadas ou flexibilizadas se houver uma melhora significativa nas condições dos sistemas públicos de saúde, com o aumento das estruturas materiais e de recursos humanos, uma diminuição das taxas de contágio e de internação, ou se apresentada prova científica superveniente e contundente acerca da ineficácia das medidas até então implementadas. É o que José Joaquim Gomes Canotilho intitula de “esquemas alternativos ou compensatórios”, ou seja, medidas capazes de evitar a aniquilação do direito fundamental consagrado pelo ordenamento constitucional (Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 340).

É por isso que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do conjunto de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas em face da Medida Provisória n. 966/2020 – que dispunha sobre a responsabilização de agentes políticos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19 -, assentou a obrigatoriedade de as decisões do poder público observarem os standarts, normas e critérios científicos e técnicos. O Acórdão foi assim ementado:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE.

RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS À PANDEMIA DE COVID-19. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020.

DEFERIMENTO PARCIAL DA CAUTELAR.

1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória nº 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia.

2. Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei nº 13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”.

3. Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, a priori, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016.

4. Cautelar parcialmente deferida, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da 5. Confere-se, igualmente, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

6. Teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.421/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2020, DJE 12.11.2020).

Por conseguinte, o ato do Poder Executivo que implicar na diminuição dos níveis de tutela de um direito fundamental, por conflitar com o princípio constitucional da proibição do retrocesso, pode ser objeto de invalidação pelo Poder Judiciário sem que isso represente ofensa à regra da repartição de poderes (CF, art. 2º), uma vez que atenta contra à ordem constitucional.

Afinal, “[...] no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também - pelo menos em princípio e num certo sentido - um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também, o “governo das leis” (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades.” (A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 442).

É, também, o que, *mutatis mutandis*, ensina Marcelo Buzaglo Dantas:

De outro lado, tem-se defendido a possibilidade de o Judiciário intervir na esfera de decisões do Poder Legislativo, invalidando regras que, uma vez que editadas, afetem o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se da aplicação do chamado princípio da proibição do retrocesso, que teve origem em sede de tutela dos direitos sociais e, mais recentemente, vem sendo invocada nas questões envolvendo a proteção do meio ambiente. (Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 262).

Essa mesma *ratio* guiou a decisão proferida por este Juízo na Ação Civil Pública n. 5070043-61.2020.8.24.0023. Naquele feito, entendeu-se que havia uma significativa melhora na situação da pandemia, mas que, se houve piora, poderia ocorrer o retorno das restrições.

De todo o modo, nenhuma das hipóteses que justifica o afastamento do princípio da proibição do retrocesso se verifica presente. Não houve ampliação das redes pública e privada de atendimento à saúde; ao contrário, ocorreu a desativação de leitos de UTI para tratamento de pacientes com Covid-19. Ainda, na fase atual, há crescente aumento da taxa de contaminação e do número de óbitos. Além disso, as medidas restritivas de convívio social e do exercício de atividades econômicas se mostram como única ferramenta útil e eficiente para frear as taxas de contaminação, não existindo estudo científico infirmando a sua utilidade.

A propósito, a OMS propala que é possível se proteger da Covid-19 “tomando alguns cuidados simples, como distanciamento físico, uso de máscara, especialmente quando o distanciamento não pode ser mantido, mantendo os quartos bem ventilados, evitando multidões e contato próximo, limpando regularmente as mãos e tossindo em um cotovelo ou lenço de papel dobrado” (Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>>. Acesso em: 20 dez. 2020).

Dessa forma, impende reconhecer que a flexibilização das medidas restritivas que foram construídas pelos órgãos técnicos de saúde importa em ofensa ao princípio constitucional da proibição do retrocesso social, pois obsta a continuidade de uma ordem jurídica destinada à realização do direito fundamental à saúde.

Novamente, acentua Ingo Wolfgang Sarlet:

Que o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico nos parece, portanto, mais um dado elementar a ser levado em conta, que apenas reforça as demais dimensões exploradas neste estudo. (A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 469).

Não fosse o suficiente, a flexibilização das medidas restritivas sem que ocorra uma alteração positiva no cenário da pandemia também vulnera, por via reflexa, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Como adverte Ingo Wolfgang Sarlet, existe ínsito à dignidade da pessoa humana uma “[...] noção de mínimo existencial, compreendido, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos [...]” (A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 464).

Nessa esteira, como os hospitais das redes pública e privada não contam com uma estrutura adequada e suficiente para garantir o atendimento de um maior número de pacientes internados - em algumas regiões de saúde há menos de 10% de leitos de UTIs disponíveis e a SES não promoveu o efetivo aumento da capacidade de suporte dos nosocômios, apenas “

[...] luta para garantir que todos os catarinenses tenham acesso a tratamento em caso de necessidade”, conforme esclarecido na nota divulgada (Disponível em: <<https://saude.sc.gov.br/index.php/noticias-geral/11893-nota-de-esclarecimento-15>>. Acesso em: 22 dez. 2020) -, não remanesce dúvida de que o abrandamento das restrições sanitárias, neste momento em que a pandemia ganha força e velocidade, deixa a descoberto o direito à prestação mínima de saúde.

Isso porque “[...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 443).

Dito de outro modo, não cabe ao Estado de Santa Catarina dispor do direito à vida e à saúde de todos os cidadãos em prol de uma minoria de pessoas com inclinação hedonista e que não tem a mínima preocupação com o bem-estar social. Ou, como escreve Henderson Fürst, “temos, portanto, um novo instrumento de efetividade do direito fundamental à saúde: o distanciamento social. Qualquer tentativa de modificar tal medida antecipadamente ao critério científico de saúde pública estabelecido pela OMS será inconstitucional porque representará um retrocesso social”. (Vedação de retrocesso em situação de pandemi. GenJurídico.com.br, 1 abr. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/01/vedacao-de-retrocesso-pandemia/#_ftn2>. Acesso em: 22 dez. 2020_.

É por isso, que, nessa quadra de conflito entre a preocupação do Estado de Santa Catarina com a economia e a hospedagem clandestina e o direito à saúde dos jurisdicionados, “[...] importa optar sempre (pois esta será não a única, mas a melhor resposta hermenêutica) pela solução mais compatível com a dignidade da pessoa humana” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 465-466).

Diante disso, entende-se presente a probabilidade do direito invocado, porquanto há necessidade de intervenção judicial para fazer cessar o estado de coisas ilegal reinante na execução das ações de saúde de enfrentamento à pandemia de Covid-19, com o restabelecimento dos níveis de proteção à saúde de outrora.

O periculum in mora igualmente desponta evidente, pois a efetivação de uma política pública de saúde eficaz no combate à pandemia de Covid-19 tem caráter emergencial.

Além disso, há necessidade de imediato pronunciamento judicial antes do aumento da população flutuante no Estado, haja vista a ausência de capacidade de suporte dos sistemas público e privado de saúde para garantir tratamento adequado a todas as pessoas infectadas pelo Covid-19.

Não bastasse, somente a condução de uma política de saúde calcada em critérios técnico-científico tem potencial para assegurar o regular funcionamento dos sistemas públicos e suplementar, singularidade que também desvela a situação de urgência.

Finalmente, quanto às medidas necessárias para a fazer o estado de ilegalidade, entende-se prudente, com fundamento na regra da proporcionalidade, o retorno do regramento vigente antes da edição dos Decretos estaduais ns. 1.003/2020 e 1.027/2020.

De acordo com Jorge Miranda, a proporcionalidade em sentido estrito “equivale a justa medida. Implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos), de tal jeito que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido – nem mais, nem menos” (Manual de direito constitucional. Tomo IV: direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008).

Por consequência, deve o Estado de Santa Catarina ser compelido a revigorar o mesmo grau de proteção à saúde, restabelecendo as restrições sanitárias instituídas com base em critérios técnicos-científicos, da seguinte forma:

(i) limitar a hospedagem em hotéis, pousadas, albergues e afins de acordo com a Portaria SES n. 743/2020 e suas alterações posteriores;

(ii) autorizar o funcionamento de casas noturnas, boates, pubs, casas de shows e afins em conformidade com a Portaria SES n. 744/2020 e suas alterações posteriores;

(iii) autorizar o funcionamento dos cinemas e teatros em consonância com a Portaria SES n. 737/2020 e suas alterações posteriores; e

(iv) autorizar a realização de eventos sociais, segundo as disposições da Portaria SES n. 710/2020 e suas alterações posteriores.

Quanto às demais medidas requestadas pelo MPSC (itens b.2, b.5, b.6 e b.7 da petição do evento 2/1), carecem de viabilidade jurídica.

A Portaria SES n. 464/2020 instituiu “o Programa de Descentralização e Regionalização das Ações de Combate à COVID-19, que consiste em um conjunto de ferramentas digitais de análise de dados e de mecanismos jurídicos, para a tomada de decisão no sentido de flexibilizar ou restringir as atividades sociais e econômicas, de forma gradual, progressiva e regionalizada, embasada em critérios e dados epidemiológicos, a partir de um monitoramento constante da situação pandêmica regional, criando subsídios à decisão para o enfrentamento ao coronavírus (COVID-19), considerando as Regiões de Saúde do Estado de Santa Catarina”.

Com isso, resplandece que o Estado de Santa Catarina já conta com um plano de ação para o enfrentamento da pandemia, o que torna desnecessária a exigência de uma nova diretriz (item b.2).

A medida “de campanha de mídia voltada ao esclarecimento da população sobre a situação da pandemia” (item b.5) importa na geração de despesa pública adicional que, nesse momento, deve ser evitada, pena de agravamento das finanças do Estado de Santa Catarina.

Além disso, não ficou demonstrada a insuficiência da propaganda oficial até então veiculada.

Do mesmo modo, não se comprovou a ineficiência do Estado de Santa Catarina no manejo de pacientes e regulação do acesso. Também não existem indícios da ausência de um plano articulado do Estado de Santa Catarina para atuação em caso de saturação do sistema hospitalar (item b.6).

No que diz respeito à fiscalização dos estabelecimentos e atividades, o art. 33 do Decreto estadual n. 562/2020 investiu os policiais militares e civis como autoridades de saúde, incumbindo-lhes de fiscalizarem as medidas específicas de enfrentamento da pandemia.

Portanto, desnecessária a apresentação de plano para a fiscalização, pois já adotada providência administrativa para garantir a execução do poder de polícia (item b.7).

Finalmente, quanto ao requisito da reversibilidade estampado no § 3º do art. 300 do Código de Processo Civil, ensinava o Min. Teori Zavascki que “a reversibilidade diz com os fatos decorrentes do cumprimento da decisão e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as consequências fáticas decorrentes de seu cumprimento”. Assim, ainda que se trate de “provimento por natureza reversível, o dever de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu impõe que o juiz assegure meios para que a possibilidade de reversão ao status quo ante não apenas seja formal, mas que se mostre efetiva na realidade fática” (Antecipação da tutela. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103).

Disso resulta como certo que a não concessão da tutela provisória tem potencial para causar danos irreversíveis, maculando, de forma irreparável, o direito à saúde da população catarinense, enquanto que o ônus decorrente do cumprimento da medida não é capaz de afetar um bem jurídico de igual importância.

Destarte, a concessão da tutela provisória, em parte, é medida que se impõe.

1. Isto posto, defiro parcialmente o pedido de tutela provisória deduzido nesta ação civil pública (CPC, art. 300 c/c Lei n. 7.347/1985, art. 12), para o fim de impor ao Estado de Santa Catarina a obrigação de revigorar o grau anterior de proteção à saúde, da seguinte forma:

(i) limitar a hospedagem em hotéis, pousadas, albergues e afins de acordo com a Portaria SES n. 743/2020 e suas alterações posteriores;

(ii) definir o funcionamento de casas noturnas, boates, pubs, casas de shows e afins em conformidade com a Portaria SES n. 744/2020 e suas alterações posteriores;

(iii) estabelecer o funcionamento dos cinemas e teatros em consonância com a Portaria SES n. 737/2020 e suas alterações posteriores; e

(iv) delimitar a realização de eventos sociais, segundo as disposições da Portaria SES n. 710/2020 e suas alterações posteriores.

Fixo o prazo de 48 horas para o Estado de Santa Catarina editar o(s) normativo(s) específico(s) para o cumprimento da obrigação de restabelecimento das medidas restritivas, sob pena de multa pecuniária diária no valor de R\$ 10.000,00.

Consigno desde logo, para o caso de descumprimento da obrigação (CPC, art. 297 e 536), a possibilidade de direcionamento da astreinte à pessoa do Governador do Estado.

Alfim, com fundamento no art. 493 do CPC, ressalva-se a possibilidade de o Estado de Santa Catarina adotar nova política de flexibilização das medidas restritivas de atividades sociais e econômicas, desde que alicerçada em orientações técnicas emanadas do COES.

Expeçam-se imediatamente os mandados de intimação do Governador e do Procurador-Geral do Estado, com encaminhamento ao serviço de plantão para o imediato cumprimento.

2. Comunique-se à Corregedoria-Geral da Justiça, na forma do item “b” da Circular CGJ n. 153/2020.

3. Após, cite-se o Estado de Santa Catarina para oferecer contestação em 30 dias (CPC, art. 335, caput, c/c art. 183).

4. Em seguida, intime-se a parte autora para apresentar réplica no prazo legal (CPC, art. 351 c/c art. 180).

Intimem-se.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Autos nº 0300946-72.2016.8.24.0072

Ação: Ação Civil Pública/PROC

Autor: Atea - Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos

Réu: Município de Tijucas

SENTENÇA

ATEA - Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos ajuizou ação civil pública em face do Município de Tijucas. Alega, em suma, que o Município réu construiu uma praça denominada “Praça da Bíblia”, e que tal monumento afronta a laicidade do Estado, conforme previsto na Constituição Federal. Ao final, requereu a condenação do Município a retirar qualquer menção religiosa da “Praça da Bíblia”, bem como ao pagamento de R\$50.000,00 de indenização por danos morais coletivos em benefício do “Comitê Municipal de Liberdade de Crença e Cultura de Paz”, vinculado à Prefeitura de São Paulo – SP ou a outra entidade do gênero que o juízo entender conveniente.

Citado, o Município apresentou resposta, refutando as alegações tecidas na inicial (fls. 359/377).

Alegações finais pelo autor, às fls. 445/457.

O Município não apresentou razões finais.

Instado, o Ministério Público apresentou parecer às fls. 460-2, opinando pela procedência em parte do pedido, a fim de que seja removido o monumento, porém sem o ressarcimento do alegado dano moral coletivo.

Os autos vieram conclusos.

DECIDO.

Trata-se de ação civil pública ajuizada por ATEA – Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos em face do Município de Tijucas, em que a parte autora busca a retirada de qualquer menção religiosa da “Praça da Bíblia”, bem como a condenação do réu ao pagamento de danos morais coletivos. Sustenta a autora, em síntese, que a manutenção de um espaço denominado “Praça da Bíblia” infringe a natureza laica do Estado Brasileiro.

O princípio da laicidade do Estado está atualmente previsto na Constituição Federal, em seu art. 19, I; que diz:

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

A denominada laicidade estatal é um princípio que opera em duas direções: de um lado resguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado e, de outro, protege o Estado de influências indevidas oriundas da seara religiosa.

Adverte porém J.J.Gomes Canotilho que a laicidade não significa a adoção pelo Estado de uma perspectiva ateísta ou refratária à religiosidade, eis que a própria adoção do ateísmo - na sua doutrina negativista de Deus - é também uma crença religiosa, que do mesmo modo não deve ser privilegiada em detrimento de qualquer outra. A laicidade do Estado impõe que este se mantenha neutro em relação às diversas confissões religiosas, sendo-lhe portanto vedado tanto o favorecimento como o embaraço a qualquer delas.

De fato, a confusão ou mesmo uma forte conexão entre Estado e religião pode representar um meio de coerção - ainda que psicológico - sobre aqueles que não professam determinada crença, passando a mensagem de que seriam menos privilegiados ou até mesmo excluídos da comunidade.

Contudo, estabelecer uma neutralidade absoluta nesse sentido seria o mesmo que reconhecer a superioridade do princípio da laicidade em relação às demais garantias constitucionais - além de gerar certos problemas práticos.

Justamente por isso que alguns aspectos devem ser levados em consideração na presente decisão.

É inegável que nosso país foi colonizado e formado dentro de uma tradição cristã-católica, o que inevitavelmente leva a discussão para a questão da expressão cultural de nosso povo.

Ora, desde a Era Primitiva símbolos e sinais permeiam a vida da humanidade. Era através do uso dos símbolos - no caso, das inscrições rupestres - que os homens primatas demonstravam o modo em que viviam. É por meio de símbolos que uma instituição religiosa se diferencia da autora, sendo possível identificar seu semelhante no âmbito religioso mediante a apreciação de suas figuras, símbolos e registros documentais.

E, no Brasil, é incontestável que a presença de símbolos e referências religiosas do catolicismo está em toda parte: em nomes de cidades, estados e logradouros (Estado de São Paulo, Estado de Santa Catarina, Av.São João...), em monumentos (Imagem de Nossa Senhora dos Navegantes - em Navegantes/SC, o Cristo Redentor no Rio de Janeiro/RJ, nas Igrejas-Matrizes...), em feriados institucionalizados (Corpus Chisti, Páscoa, Natal...), etc.

Doutrinadores como Branco e Mendes defendem que o Estado pode sim conviver com esses símbolos, pois “não somente correspondem a valores que informam a sua história cultural, como remetem a bens encarecidos por parcela expressiva da sua população”.

Assim como para Nalini “a separação entre igreja e Estado não significa o banimento de toda a simbologia que integra o caráter brasileiro” e que há uma “profunda inserção de nossa cultura na chamada civilização cristã”.

Quanto ao aspecto prático da supressão de símbolos e referências religiosas encontradas por todo o país, bem observa o Des. relator Oscid de Lima no voto proferido no julgamento da 3008630-80.2013.8.26.0602, em 14/06/2016, pelo TJSP, que:

“O fato de alguém residir na Av.São João não o torna um cristão ou o obriga a mudar sua fé, porque o nome que ali é estampado é apenas uma expressão cultural que decorre da própria formação da nação.”

E continua:

“A prevalecer a tese sustentada pelo autor, pergunta-se como seria feita esta depuração religiosa cultural? Quantos milhares de ações civis públicas terão que ser propostas para afastar esta tradição cristã?”

De fato, não se pode admitir que o Estado estabeleça um tratamento privilegiado a determinação expressão religiosa – e nem mesmo à doutrina que defende a sua total ausência – mas há que se diferenciar tratamento especial de privilegiado.

Esclarece André Ramos Tavares que o primeiro diz respeito a determinadas circunstâncias fáticas ou jurídicas que exigem esse tipo de tratamento para compreensão do fenômeno, tal como o elemento cultural. Enquanto o privilégio consiste em uma motivação inescusável, sendo arbitrariamente concedido. Assim, não é possível o Estado conceder um tratamento totalmente uniforme quando outros elementos exigem uma incidente distinção. A igualdade religiosa não pode ser traduzida em uma relação matematicamente idêntica (homogênea) entre as organizações religiosas pelo Estado, o qual deve levar em consideração também os valores, a identidade e a história da unidade nacional. Isso porque os demais elementos valorativos, como a cultura, são também objeto de proteção por outras normas constitucionais .

Importante também considerar que o Brasil, não obstante a notória influência da Igreja Católica na formação da nossa cultura, é hoje uma sociedade pluralista em “termos religiosos”, convivendo no território nacional pessoas das mais variadas crenças (católicos, protestantes, budistas, espíritas, evangélicos...) com indivíduos que não professam credo algum, sendo bastante incomum atos violentos de intolerância religiosa ou mesmo de repressão estatal em razão de sua manifestação.

No Estado da Bahia, por exemplo, é muito comum se ir ao terreiro e à igreja. Brancos, negros, pobres e ricos acreditam e professam tanto os princípios católicos como os dos candomblé. Lá convivem pacificamente estátuas de Nossa Senhora e de Iemanjá. O sincretismo há muito estabelecido permitiu que manifestações religiosas africanas inclusive modificassem o próprio catolicismo, influenciando a forma de culto e misturando nomes e características de santos e deuses.

Diante dessas considerações e particularidades do nosso país, penso que não se justifica a interferência do Poder Judiciário nessa seara nos moldes pretendidos pela parte.

É certo que poderia ter agido melhor o Município de Tijuca conferindo ao monumento “Praça da Bíblia” uma denominação mais neutra e, digamos, holista, como “Praça da Contemplação” ou “Praça da Reflexão” ou até mesmo “Praça da Tolerância” (o que pode inclusive ser modificado “espontaneamente”), porém entendo que a retirada do monumento representativo da Bíblia não se justifica.

Além dos argumentos acima expostos, que reconhecem a relevância da herança cultural de nosso país, trago outros.

Hoje, passados 12 anos da lei que autorizou a criação do monumento, e 13 anos de sua construção (há que se destacar também que a demanda foi ajuizada depois de 7 anos da edificação do monumento), determinar-se a sua remoção representaria muito mais uma ofensa à comunidade cristã e aos habitantes da cidade – que aliás nunca se manifestaram publicamente avessos ao monumento.

Ademais, conquanto tenha havido despesa pública para a sua construção (cujo valor, ressaltado, não ficou demonstrado pela parte autora), certamente o foi de pequena monta, uma vez que não se trata de obra de grande porte, mas, ao contrário, é um monumento deveras singelo. E determinar-se a sua remoção e a edificação de outra em seu lugar geraria ainda mais custos para o Município – o que não se justifica.

Por fim, destaco a lição de Fernando Capez no sentido de que a retirada de símbolos religiosos já instalados, além de promover uma alteração de um fato jurídico já consolidado “em um país composto por uma quase totalidade de adeptos da fé cristã, agride sem necessidade os sentimentos de milhões de brasileiros” somente para satisfazer a vontade e a intolerância de um restrito grupo de pessoas. Logo, “cabe ao Estado e à sociedade em geral não encorajar manifestações de intolerância daqueles que se sintam ofendidos pela livre expressão da fé alheia”.

Ultrapassado este ponto, no que se refere ao dano moral coletivo, concluo que a manutenção do monumento não é capaz de causar dano (patrimonial e extrapatrimonial) à coletividade.

Sobre o dano moral coletivo, conceitua Carlos Alberto Bittar Filho:

“(…) O dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. 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. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)”. (disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dano-moral-coletivo-na-jurisprudencia-do-stj,47151.html>, acesso em 21.08.2018).

Por sua vez, o art. 6º da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dispositivo que enumera os direitos básicos do consumidor, dá margem a concepção dos danos morais coletivos ao prever no inciso VI “a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” e no VII “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Contudo a jurisprudência acerca do tema não se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Para Ministra Nanci Andrichi, “nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado”. Segundo a Ministra, “nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos”.

Por outro lado, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça se mantém resistente ao reconhecimento dessa modalidade de dano, a exemplo da decisão proferida nos autos do AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 277.516 - SP (2012/0274377-0), que é reiteradamente citada em acórdão da Turma:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE DE BINGO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS À COLETIVIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte já se manifestou no sentido de que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 10.02.2012). 2. A revisão do acórdão recorrido, a fim de perquirir se houve efetivo dano moral à coletividade, demandaria necessariamente reexame do material fático-probatório dos autos, providência inviável nesta Corte por incidência da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo Regimental do Ministério Público Federal desprovido.(STJ - AgRg no AREsp: 277516 SP 2012/0274377-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 23/04/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/05/2013).

Extrai-se do referido acórdão o seguinte trecho.

“4. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido:...Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral.5. Recurso especial não conhecido”. (REsp 821.891/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 12.05.2008).

Na hipótese em comento, observa-se idêntica situação, pois além de inexistir prova concreta acerca de eventual dano (patrimonial e extrapatrimonial), do ponto de vista dos cidadãos difusamente considerados, seria necessária a demonstração de que houve efetivo dano à coletividade.

Não se discute, como já apontado acima, que a referência à Bíblia não fosse exatamente necessária, contudo não se mostra viável a condenação em danos morais quando o autor não aponta qualquer dano em concreto, nem mesmo produz prova nesse sentido.

Não se nega a possibilidade de dano moral à coletividade. Entretanto, para que seja acolhida a pretensão indenizatória nos termos em que foi declinada, impunha-se ao autor que descrevesse e provasse eventual abalo, dor e sofrimento a que foram submetidos os cidadãos, ou ainda que tenham sido ofendidos, o que entendo não ser o caso relatado nos autos.

Aliás, não tendo havido transgressão do sistema normativo e legal, conforme conclusão deste Juízo, não há sequer lugar para se discutir o dever de indenizar.

Assim, consequência inexorável é o afastamento do pleito indenizatório veiculado na inicial desta ação da ação civil pública.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados na inicial e DECLARO EXTINTO o presente processo, com resolução do mérito, com fundamento no art. 487, inc. I, do CPC.

Sem custas e honorários, conforme art.18 da LACP.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, sanadas as questões de praxe, arquivem-se.

Tijucas (SC), 17 de abril de 2020.

Monike Silva Póvoas Nogueira
Juíza de Direito

AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Nº 0900183-67.2015.8.24.0036/SC

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: LIVIA MARQUES DA MOTTA

SENTENÇA

I- Trata-se de ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por seu Promotor de Justiça no exercício da Curadoria da Moralidade Administrativa, em face de LÍVIA MARQUES DA MOTTA (Delegada de Polícia), qualificada nos autos, objetivando a condenação da demandada por infringência ao disposto no artigo 11, inciso II, da Lei n. 8.429/1992, às sanções previstas no artigo 12, inciso III, da mesma Lei.

Com base no procedimento investigatório que embasa a inicial, e inclusive nos Autos da Ação Penal n. 0007240- 35.2013.8.24.0036, o autor aduz que a ré, Delegada de Polícia, deixou de praticar ato de ofício (lavratura de auto de prisão em flagrante), sem justificativa plausível e para unicamente satisfazer convicções pessoais e, talvez, institucionais, mas ao total arrepio da legislação de regência.

Conforme relata, no dia 3.5.2013, em decorrência de expedição de mandado de busca e apreensão, houve a prisão em flagrante de Jackson de Jesus Marques, o qual, juntamente com testemunhas, foi conduzido para a Delegacia de Polícia Civil da Comarca de Jaraguá do Sul, local de plantão para o atendimento da ocorrência.

Chegando no local, os policiais militares responsáveis pela prisão e pelo cumprimento do mandado de busca e apreensão passaram a explicar à ré as circunstância da ação policial, bem como o anterior monitoramento do conduzido, sendo que, ao tomar conhecimento da existência de mandado de busca e apreensão expedido pela Autoridade Judiciária de Guaramirim em favor da Polícia Militar, começou a externar a sua indignação e discordância com o ato, por entender que o pedido e o cumprimento de mandado de busca e apreensão não podem decorrer de pedido da Polícia Militar, sendo atribuição da Polícia Civil.

Assim, mesmo diante de evidente estado de flagrância do conduzido, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (apreensão de droga armazenada com a finalidade de venda, além de balança de precisão, e apresentação de dois usuários que haviam adquirido entorpecentes do conduzido), a Delegada de Polícia não lavrou o auto de prisão em flagrante.

Frisa o autor que a ré teria claramente declarado que não cumpriu e não pretendia cumprir mandados de prisão requeridos pela Polícia Militar. No mesmo norte, transcreveu depoimentos dos policiais envolvidos nos fatos, os quais declararam que foi expressamente pronunciado pela

ré que como o mandado foi requerido por autoridade incompetente, a medida seria ilícita, o que contaminaria todos os atos decorrentes.

Consequência da conduta da ré foi a instauração da Ação Penal n. 0007240-35.2013.8.24.0036, que resultou na sua condenação criminal pela prática do crime de prevaricação (artigo 319 do Código Penal).

No bojo da referida ação, embora a ré tenha tentado justificar a não lavratura do flagrante, sua obrigação legal de ofício, nos termos dos artigos 301 e 304 do Código de Processo Penal, as suas declarações eram totalmente isoladas e destoantes das demais provas coligidas, que vieram a confirmar o relatado.

Salienta que embora o Delegado de Polícia seja dotado de certa discricionariedade, que se resume à análise da presença dos requisitos para a lavratura do flagrante, a partir do momento em que situação evidentemente flagrancial é levada ao seu conhecimento, tem a obrigatoriedade de lavrar o respectivo auto, não podendo agir contra a lei.

Além de a conduta da ré configurar crime, igualmente consubstancia violação aos princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade, tendo em vista ter deixado de praticar ato ao qual estava legalmente obrigada (artigos 301 e 304 do CPP), motivada por razões de ordem estritamente pessoal (discordância do pedido e deferimento de mandado de busca e apreensão em favor da Polícia Militar).

Também sustenta a comprovação do dolo (genérico) na prática da conduta ímproba, pois mesmo presentes os requisitos para a prisão em flagrante, deixou, propositalmente, de lavrar o respectivo auto. Ademais, o elemento volitivo igualmente já teria sido comprovado no bojo da Ação Penal.

Além da condenação da ré, também requereu a expedição de ofício ao Juízo do Juizado Especial Criminal da Comarca para fornecimento de cópia de materiais probatórios gravados em CD que instruíram a Ação Penal.

Em despacho no Evento n. 35, foi determinada a notificação da ré para oferecimento de manifestação por escrito, nos termos do artigo 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992. No mesmo ato, foi determinada a expedição de ofício ao Juízo mencionado para fornecimento dos materiais probatórios indicados pelo Ministério Público.

Regularmente notificada (Evento n. 44, carta Precatória n. 612), a ré apresentou manifestação preliminar no Evento n. 47.

Em decisão no Evento n. 50, houve o afastamento da preliminar arguida e a petição inicial foi recebida, determinando-se a citação da ré. Além disso, determinou-se a expedição de ofício à Corregedoria Geral da Polícia Civil solicitando cópia de procedimento administrativo ao qual a ré teria sido submetida pelos fatos relatados na inicial.

Em resposta, a Corregedoria Geral da Polícia Civil informou que não houve procedimento instaurado (Evento n. 69).

O Estado de Santa Catarina, após notificação, manifestou-se nos autos indicando que se abstinha de contestar a ação, mas requereu a intimação de todos os demais atos processuais (Evento n. 71).

Citada (Evento n. 76), a ré apresentou contestação no Evento n. 77, reiterando a preliminar já rebatida quando do recebimento da inicial.

No mérito, aduz, inicialmente, competir ao Delegado de Polícia valorar as circunstâncias do caso que lhe é apresentado e, a partir de então, firmar a sua convicção sobre o caso, lavrando, ou não, o auto de prisão em flagrante, agindo como agente de proteção à ordem jurídica e dos próprios direitos fundamentais dos cidadãos, aludindo, inclusive, ao disposto no artigo 2º, § 6º, da Lei n. 12.830/2013. Logo, apenas lavrará o auto em prisão em flagrante quando, após crivo preliminar, identificar o “estado de flagrância”.

Salienta que as circunstâncias das prisões em questão são confusas, estando envolvidos 15 (quinze) policiais militares e 3 (três) detidos, sendo um deles menor, além de o mandado, que teria motivado a operação, estranhamente cumprido por militares, ter sido assinado apenas na Delegacia de Polícia.

Sustenta que a forma de cumprimento do mandado de busca e apreensão (utilização da “técnica policial normal” ao invés das disposições constantes no artigo 245 e seguintes do Código de Processo Penal) ocorreu à margem da lei, sem a leitura do seu teor para o responsável pela residência/destinatário, tendo havido simplesmente a invasão da residência pelos militares, os quais estavam encapuzados e renderam crianças e mulheres presentes.

Relata agressões perpetradas pelos policiais e o agir abusivo e desnecessários dos agentes, pois portavam mandado, razão pela qual “(...) tomou as precauções constitucionais e legais para o devido procedimento penal, e dentro de suas prerrogativas institucionais, ouviu os detidos e não se convenceu do flagrante delito” (Evento n. 77, fl. 11), instaurando inquérito policial para apurar a ação policial abusiva, além de inquérito policial para apuração da prática do crime de tráfico de drogas, pois os elementos que lhe foram apresentados eram frágeis e insuficientes para subsidiar a lavratura de auto de prisão em flagrante.

Mesmo tendo tomado todas as cautelas ao seu alcance, diante das arbitrariedades identificadas, a sua conduta foi interpretada, equivocadamente, como ato ímprobo.

Elenca pontualmente as ilegalidades e irregularidades que identificou na operação (Evento n. 77, fl. 12), e aponta os fundamentos do despacho motivado que emitiu para justificar a instauração de inquérito policial ao invés de cancelar a prisão em flagrante.

Além disso, frisa a vedação à prática de atos de polícia judiciária pela Polícia Militar, nos termos do Decreto Estadual n. 660/2007, havendo possível usurpação de competência da Polícia

Civil no caso, inclusive considerando que a Autoridade Policial Civil em nenhum momento foi previamente cientificada do cumprimento do mandado e da operação.

Tece considerações acerca da distinção das atividades das Polícias Militar e Civil, também constantes na Constituição Federal e Constituição Estadual e doutrina, além de sustentar que cancelar a operação acabaria por invalidar todos os atos praticados e subsequentes, pois se estaria diante de prova ilícita.

Defende que, com o seu agir, houve o cumprimento de todos os regramentos legais atinentes ao ato, tendo decidido, fundamentadamente, pela não lavratura do flagrante, porém não descuidou de dar prosseguimento à investigação, com a instauração de inquérito policial.

Na sequência, refuta a alegação de ter agido para satisfação de interesse pessoal, ideológico ou escuso, ou seja, indevidamente, ao passo que agiu dentro de suas prerrogativas funcionais e em reação a ilegalidades e irregularidades identificadas.

Afirma não haver provas da alegada “rixa” entre si e a Polícia Militar, nem na esfera penal e nem no inquérito civil, sendo afirmação destituída de qualquer fundamento.

Na mesma linha aduz que, para configuração do ato ímprobo que lhe é imputado, há necessidade da prova do dolo, ou seja, necessidade de evidenciação da consciência da conduta e intenção de prejudicar a administração pública ou o administrado.

Especificamente quanto à conduta constante no inciso II do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, indica consistir em deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício. Logo, o que fez não foi uma indevida e infundada recusa de lavratura do flagrante, mas sim um ato devidamente motivado, com indicação de todas as irregularidades identificadas no agir dos agentes da Polícia Militar, nada tendo a situação a ver com eventual “vingança” ou “rixa” com a mesma instituição.

Igualmente afirma não haver ofensa ao princípio da impessoalidade, devido a completa ausência de provas no sentido de que possuiria interesse pessoal na situação, tendo agido com base na Lei n. 12.830/2013 e no Decreto Estadual n. 660/2007, que expressamente vedaria a prática de atos de polícia judicial pela Polícia Militar.

Repisa a abertura de inquérito policial também em decorrência do abuso de autoridade identificado na operação, o que reforçaria a completa ausência de intenção em beneficiar os conduzidos, tendo agido dentro da mais estrita legalidade.

Além de sustentar a não configuração de ato ímprobo com o seu agir, subsidiariamente pretende que eventual condenação ocorra de forma razoável e proporcional, ao passo que a conduta que lhe é imputada não gerou nenhum prejuízo aos cofres públicos, além de não ter auferido vantagem pessoal ou patrimonial. Salieta que a dosimetria das penas pela prática de atos de improbidade deve ser balizada nos termos do artigo 12 da Lei n. 8.429/1992.

Em manifestação à contestação, o Ministério Público indicou a necessidade de o Estado

de Santa Catarina integrar o feito, em decorrência de sua anterior manifestação, salientou que a preliminar aventada em contestação já foi apreciada quando do recebimento da inicial e que os demais argumentos são atinentes ao mérito e somente podem ser apreciados após a regular instrução processual. Assim, requereu a produção de prova testemunhal e apresentou documento comprovando o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida nos Autos da Ação Penal n. 00072435.2013.8.24.0036 (Eventos ns. 82 e 83).

Em decisão lavrada no Evento n. 85, o feito foi saneado, com conseqüente designação de audiência de instrução e julgamento e com a determinação de inclusão do Estado de Santa Catarina como terceiro interessado no feito.

No decorrer da instrução processual, foi colhido o depoimento pessoal da ré, além da oitiva de 5 (cinco) testemunhas arroladas pela parte autora e outras 3 (três) arroladas pela parte ré (Eventos ns. 118, 129, 150 e 151, 194 e 195, 215 e 217).

Na seqüência, houve apresentação de alegações finais pelo autor (Evento n. 228) e pela ré (Eventos ns. 227, 229 e 234).

Por fim, antes da prolação da sentença, determinou-se novamente o envio de ofício à Corregedoria Geral da Polícia Civil solicitando informações acerca de eventual procedimento administrativo disciplinar instaurado em face da ré (Evento n. 252), advindo a notícia de que iria ser instaurado (Evento n. 255, Outros n. 2).

É o relato.

DECIDO.

II - Busca o Ministério Público o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa descrito no artigo 11, inciso II, da Lei 8.429/1992, atribuída à ré LÍVIA MARQUES DA MOTTA, porque, segundo alega, esta, na qualidade de Delegada de Polícia, deixou de praticar ato de ofício a que estava obrigada (lavratura de auto de prisão em flagrante), indevidamente e motivada unicamente por convicções de ordem pessoal e ao arrepio das disposições dos artigos 301 e 304 do Código de Processo Penal.

Registro, de início, que “O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida” (STJ, EDcl no AgRg nos EREsp 1483155/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/06/2016, DJe 03/08/2016), ou seja, desde que o magistrado analise o cerne da questão, e enfrente todos os argumentos capazes de influenciar, efetivamente, na conclusão do decisum, não precisará apreciar e rebater pontualmente todas as ilações apresentadas pelas partes (artigo 489, § 1º, inciso IV, do CPC).

E, “No tocante ao prequestionamento dos artigos de lei (...), é certo que o juiz não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, nem a citar, textualmente, os dispositivos a que se amoldam os fatos decididos, bastando a declinação de sua motivações fáticas, devendo elas conformar-se com as normas precipitadas do Estado, sem que precise, a cada passo, na sentença, decidir uma questão e mencionar o dispositivo de lei em que se assenta a decisão” (TJSC, Apelação Cível n. 2004.011665-9, de Concórdia, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 03-05-2007).

II.1. Independência das instâncias

Primeiramente, embora a questão já tenha sido abordada na decisão que recebeu a inicial, entendo pertinente, mais uma vez tecer breves considerações acerca da independência das instâncias civil, criminal e administrativa.

Compõe o Inquérito Civil Público n. 06.2014.00002648-8, que instrui a inicial, cópia da sentença penal condenatória proferida nos Autos n. 0007240-35.2013.8.24.0036 (036.13.007240-6), em que a ora ré restou condenada, definitivamente, pela prática do crime previsto no artigo 319 do Código Penal, sendo que a presente actio apenas foi ajuizada após o trânsito em julgado para a acusação (30.3.2015), advindo, logo na sequência, a definitividade da condenação também para a defesa (29.6.2015) (Evento n. 83).

A Lei n. 8.429/1992, que “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”, não obstante o conteúdo punitivo, é de natureza civil, consoante se infere do disposto no § 4º do artigo 37 da Constituição Federal.

A própria norma constitucional faz a ressalva relativamente à ação penal, deixando claro que, além de responder civilmente pelos atos de improbidade administrativa, o agente público também poderá ser responsabilizado criminalmente em ação própria, pela mesma conduta.

Em consonância com o texto constitucional, a Lei n. 8.429/1992 prevê expressamente em seu artigo 12 que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, o responsável pelo ato de improbidade administrativa também está sujeito às sanções especificadas nos incisos I, II e III, do citado dispositivo.

Ora, em face da natureza eminentemente civil da ação que visa apurar a prática de atos de improbidade administrativa por parte de agente público, a qual se constitui em instrumento de tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais (dentre os quais, defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa), definitivamente, não há como confundi-la, em seus objetivos, com a ação penal, que se destina a responsabilizar o infrator pela prática de fatos definidos como infrações penais no Código Penal e demais estatutos repressivos.

É evidente, portanto, a autonomia entre as esferas civil, penal e, inclusive administrativa, não havendo se falar em eventual inviabilidade de responsabilização/punição, individualmente, em cada uma das esferas em relação ao exato mesmo fato.

Sobre a independência entre as instâncias mencionadas, bem esclarece Emerson Garcia:

“Os atos ilícitos praticados pelo agente público podem acarretar a sua responsabilidade penal, civil e administrativa, sendo cada qual perquirida perante o órgão competente.

*Conforme fora visto, a Lei nº 8.429/92 é expressa ao dispor que as penalidades cominadas em seu art. 12 serão aplicadas ‘independentemente das sanções penais, civis e administrativas’. **Esse preceito, de natureza eminentemente material, visa a dirimir quaisquer dúvidas no sentido de que a aplicação de determinada sanção em uma seara não afasta as sanções passíveis de aplicação nas demais.***

Em razão disso, ainda que única seja a conduta, poderá o agente sofrer: uma sanção de natureza penal, desde que haja integral subsunção de seu ato a determinada norma incriminadora; uma sanção administrativa, em restando caracterizado algum ilícito desta natureza; e uma sanção civil, a qual apresenta natureza supletiva, podendo importar na complementação do ressarcimento dos danos causados ao Poder Público, etc.

No que concerne às sanções passíveis de aplicação ao ímprobo, a independência entre as instâncias se apresenta absoluta, mas é tão-somente relativa quanto à possibilidade de interpenetração dos efeitos da decisão proferida em uma seara nas demais”. Grifei.

E quanto a possibilidade de comunicação dos efeitos das decisões nas diversas esferas, detalha em nota de rodapé (n. 1062):

“O ressarcimento integral do dano, elencado entre as sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92, somente será possível de determinação até a recomposição do status quo. Atingido este limite em uma instância, não haverá que se falar em novo ressarcimento. No que concerne à sanção de perda da função, restando imutável a decisão que a aplicou, ela não mais poderá ser aplicada em outra instância, já que não se pode determinar a perda do que o ímprobo não mais possui” (Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 520-521).

Em complemento, colaciono também a doutrina de Wallace Paiva Martins Júnior a respeito da matéria:

*“A regra inserida no art. 12, caput, é a independência da instância da improbidade administrativa, perfilhando a orientação centrada no art. 1.525 do Código Civil, alimentada pela diversidade da natureza jurídica da improbidade administrativa, que se irradia sobre suas sanções. Outros diplomas legais também a reprimem com sanções diferenciadas e sob natureza jurídica distinta no âmbito administrativo, civil, eleitoral e penal. **As sanções de cada uma dessas instâncias podem ser aplicadas também cumulativamente com as da Lei Federal n. 8.429/92, sem receio de bis in idem, em face da diversidade da natureza jurídica e da independência da instância da improbidade administrativa regulada por essa lei. (...)** Da mesma maneira, deflui do art. 12 da Lei comentada a inexistência de via exclusiva ou privativa de sanções da improbidade administrativa, mesmo considerada a natureza do cargo ocupado pelo agente público. Ainda que algumas sanções sejam equivalentes, porém com natureza jurídica diferenciada, nos vários âmbitos de repressão à improbidade administrativa, todas*

podem ser aplicadas na via jurisdicional civil prevista na Lei Federal n. 8.429/92, qualquer que seja o agente público.

(...)

Por fim, não há se cogitar, em razão da natureza jurídica diferenciada, da subordinação entre uma ou outra instância. Nem mesmo a aposentadoria ou desligamento do servidor público inibe a aplicação da Lei Federal n. 8.429/92.

(...)

Nenhum problema existe na aplicação concomitante das sanções penais e das sanções da improbidade administrativa, manifestadas por juízos distintos, uma vez que têm natureza jurídica diversa, não havendo subordinação entre uma e outra instância. A multa pela prática dos crimes aqui referidos é de caráter penal, enquanto a Lei Federal n. 8.429/92 cogita de multa civil, revertida em favor da entidade lesada e cuja quantificação econômica é superior à multa penal. A perda da função pública é efeito secundário da condenação criminal. Na improbidade administrativa, diferentemente, ela é sanção principal. A sentença penal condenatória torna certa a obrigação de reparar o dano (art. 91, I, do CP) e acarreta perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido com a prática do fato criminoso em favor da União (art. 91, II, b, do CP). Quanto ao primeiro efeito, possibilita a execução da sentença penal condenatória, mas a Lei Federal n. 8.429/92 cogita de outras sanções cumulativamente aplicáveis, de modo que esse efeito permitirá a execução apartada do ressarcimento do dano, sem obstar a promoção da ação civil pública visando às outras sanções ou a todos os provimentos previstos. Quanto ao segundo, entende-se que prevalece a Lei especial (a Lei Federal n. 8.429/92) no tocante à perda e acréscimo patrimonial, legitimando a esfera civil, porque indica a pessoa jurídica em cujo favor reverterá o proveito, especificamente a pessoa jurídica lesada, que nem sempre pode ser a União Federal. A suspensão dos direitos políticos em razão de condenação criminal estabelece-se pelo prazo desta, enquanto a por ato de improbidade administrativa tem prazo que segue o prescrito no art. 12, que, não raro, é maior.

A absolvição na instância criminal, de regra, não projeta efeitos na esfera civil da improbidade administrativa, em razão da incomunicabilidade das instâncias, conforme se infere dos arts. 12 da Lei n. 8.429/92 e 1.525 do Código Civil, salvo as exceções do arts. 65 a 67 do Código de Processo Penal, ou seja, quando há prova da inexistência do fato ou da autoria. A jurisprudência observa que **‘não importa o fato de o agravante não haver sido condenado, quando da decretação da medida de indisponibilidade civil. Não há na lei nada que condicione esta à condenação criminal transitada em julgado, infirmando a existência de litispendência ou prejudicialidade’** (Probidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 292-297). Grifei.

Assim, embora a condenação criminal da ré não configure, automaticamente, também condenação na esfera cível, na seara da improbidade administrativa, o mesmo fato pode vir a configurar responsabilidades distintas, sem que com isso haja a ocorrência de bis in idem.

Apesar de não haver uma “condenação automática” na esfera cível quando existente sentença

penal condenatória definitiva, ainda mais quando prévia ao ajuizamento de ação civil pública para apuração da prática de ato ímprobo, “*A condenação criminal transitada em julgado torna certos os fatos para fins de ação de improbidade administrativa*” (TJSC, Apelação Cível n. 0900057-19.2015.8.24.0003, de Anita Garibaldi, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 12-12-2019).

Ou seja, nos termos do artigo 935 do Código Civil, “*A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal*”.

Inclusive, “*(...) diante da coisa julgada em relação à existência e às circunstâncias do fato imputado, compete ao juízo responsável por julgar a correspondente ação civil pública por ato de improbidade administrativa tão somente estabelecer as sanções aplicáveis ao caso concreto, eis que tida como incontroversa a conduta narrada. É o que se extrai da interpretação do art. 935 do Código Civil (...)*” (TJSC, Embargos de Declaração n. 0001310-54.2011.8.24.0085, de Coronel Freitas, rel. Des. Rodrigo Collaço, Terceira Câmara de Direito Público, j. 10-03-2020).

Acerca do assunto, colaciono também o seguinte precedente:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO CRIMINAL PELOS MESMOS FATOS. EXISTÊNCIA DO FATO, AUTORIA E MATERIALIDADE INSUSCETÍVEIS DE DISCUSSÃO. ÂMBITOS DE RESPONSABILIDADE DIFERENCIADOS. ENQUADRAMENTO DOS FATOS NA LEI N. 8.429/92. SANÇÕES. ATENUAÇÃO. DESCABIMENTO. **1. Havendo condenação criminal transitada em julgado pelo crime de concussão (art. 316 do Código Penal), pelos mesmos fatos narrados na inicial, descabe a rediscussão, neste juízo, quanto à existência do fato, a materialidade e a autoria, ainda que os âmbitos de responsabilidades criminal e cível administrativo sejam distintos. Exegese do art. 935 do Código Civil. Precedentes. 2. Suficientemente demonstrada a exigência, pelo Presidente da Câmara de Vereadores de Bom Jesus, de parte do salário pago à Secretária da Câmara. Prova testemunhal que corrobora a versão da vítima, de que os repasses eram efetuados, em sua maioria, em espécie e sem testemunhas. 3. Sanções arbitradas em consonância com a gravidade da conduta praticada pelo réu. Observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Impossibilidade de atenuação. APELO DESPROVIDO**” (Apelação Cível, Nº 70081628430, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 28-08-2019). Grifei.

Logo, a existência de condenação criminal definitiva prévia torna incontestada a ocorrência dos fatos lá apurados, não sendo mais possível a discussão sobre a sua ocorrência, ou não, no presente feito.

Apesar disso, ainda será imprescindível aferir se as condutas objetos da ação penal e do presente feito subsumem-se a alguma das modalidades de atos de improbidade administrativa previstas na Lei n. 8.429/1992.

II 2. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória

Pela prática do crime previsto no artigo 319 do Código Penal (Autos n. 0007240-35.2013.8.24.0036), pelos mesmos fatos objetos do presente feito, a ré restou condenada a 3 (três) meses de detenção e ao pagamento de 10 (dez) dias multa, sendo a pena corporal substituída por prestação pecuniária (quatro salários mínimos).

Para exigibilidade de cumprimento das reprimendas, foi iniciado o Processo de Execução Criminal n. 0005940- 96.2017.8.24.0036, no qual não houve o recolhimento de qualquer valor pela apenada e, posteriormente, foi reconhecida a extinção da sua punibilidade, diante da ocorrência da prescrição da pretensão executória.

Muito embora na esfera penal já não seja mais possível a exigibilidade do cumprimento das reprimendas lá impostas, é importante destacar que, tendo ocorrido o reconhecimento da prescrição da pretensão executória, apenas há reflexos nos efeitos primários da condenação, com extinção unicamente da pena, “*mantendo-se intocáveis todos os demais efeitos secundários da condenação, penais e extrapenais. Subsiste a condenação, ou seja, não se rescinde a sentença penal, que funciona como pressuposto da reincidência dentro do período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal. Por igual fundamento, a condenação caracteriza antecedente negativo e serve como título executivo no campo civil*” (MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120). Vol. 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019; p. 777, edição eletrônica). Grifei.

Assim, ainda que ocorrida a prescrição da pretensão executória, tal fato não afasta o reconhecimento incontestado dos fatos lá apurados e novamente em voga:

*”IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E RECEBIMENTO DE VERBAS INDEVIDAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DOS RÉUS. 1) **REDISCUSSÃO ACERCA DO ATO ÍMPROBO. DESCABIMENTO. CONDENAÇÃO NO ÂMBITO CRIMINAL. ULTERIOR RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PUNITIVA, COM BASE NA PENA EM CONCRETO, QUE NÃO IMPEDE QUE A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PRODUZA EFEITOS NA ESFERA CÍVEL. PRECEDENTES.** 2) SANCIONAMENTO. 2.1) DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS NA VIA ADMINISTRATIVA. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO RELATIVA À PERDA E AO RESSARCIMENTO DO MONTANTE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ENTE PÚBLICO. 2.2) SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS AFASTADA. OBSERVÂNCIA DOS SUBPRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO, DA NECESSIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 22, § 2º, DA LINDB. 3) JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE N. 870.947/SE) E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (TEMA N. 905). ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0900014-02.2015.8.24.0062, de São João Batista, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 16-06-2020).*

Portanto, mesmo diante da prescrição, subsiste o efeito do reconhecimento dos fatos na esfera criminal, nos termos do já mencionado artigo 935 do Código Civil.

II.3. Análise fática

Ainda que não caiba mais discussão acerca da ocorrência dos fatos apurados na Ação Penal n. 0007240-35.2013.8.24.0036, e igualmente objeto deste feito, conforme já elucidado, todas as provas produzidas no bojo do presente caderno processual serão devidamente apreciadas e valoradas.

É fato incontroverso nos autos que a Delegada de Polícia Lívia Marques da Motta, ora ré, no dia 3.5.2013, deixou de lavrar o auto de prisão em flagrante em face de Jackson de Jesus Marques, vulgo “Neninho”, pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, tendo instaurado, em sua substituição, inquérito policial para a investigação do mencionado crime.

Essa situação é relatada pelo autor e confirmada pela própria ré, em suas manifestações. Contudo, a Delegada de Polícia demandada discorda dos motivos contantes na inicial como ensejadores da não lavratura do flagrante, bem como da subsunção de suas atitudes a qualquer das disposições da Lei n. 8.429/1992, sustentando não ter praticado qualquer ato configurado como improbidade administrativa.

Segundo afirma o Ministério Público, a ré deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício a que estava obrigada (lavratura de auto de prisão em flagrante), de forma dolosa e por razão de ordem estritamente pessoal, consistente na sua discordância no requerimento e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela da Polícia Militar, por entender que tal agir configuraria usurpação das atribuições e competências da Polícia Civil.

Segundo documento emitido pela ré para justificar a não lavratura do auto de prisão em flagrante, foram identificadas as seguintes irregularidade/ilegalidades na conduta da Polícia Militar na data dos fatos, supostamente determinantes para a sua decisão e agir (Evento n. 17, Informações ns. 183 a 186):

“1. Determina o art. 245 do CPP, que inclusive está expresso no mandado de busca e apreensão, que os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador. Segundo o relato das pessoas que estavam na casa, em nenhum momento foi apresentado o instrumento de mandado de busca e apreensão, salvo na Delegacia de Polícia de Guaramirim.

2. Os policiais devem se identificar e indicar qual o objeto da diligência. No presente caso, havia policiais com toucas que tampavam o rosto e todos foram obrigados a deitar no chão e não olharem para o rosto dos policiais sob ameaça de receberem ‘tiro’.

3. A busca deve ser feita de forma que não moleste os moradores mais do que o indispensável para o êxito da diligência. Com a chegada da polícia militar, todas as pessoas que estavam na casa, apontadas ou não nas investigações, foram algemadas e colocadas para deitar no chão, permanecendo assim por quase uma hora, enquanto as buscas eram feitas. Entendo que essa medida não era indispensável ao êxito da diligência.

4. As pessoas foram algemadas antes mesmo de se iniciarem as buscas, inclusive um adolescente permaneceu algemado por quase cinco horas, violação gritante ao Estatuto da Criança e Adolescente

e à Súmula Vinculante nº 11. Entendo que primeiro se deveria encontrar a droga, dar voz de prisão e, sendo necessário, fazer uso das algemas.

5. A pretexto de servirem como testemunha no procedimento, pessoas que não tinham envolvimento com o tráfico foram também constrangidas a permanecer quase uma hora com o rosto no chão e algemadas por quase cinco horas.

6. Segundos relatos de todas as pessoas da casa, além de agressões físicas tiveram agressões psicológicas, que levaram o conduzido a se responsabilizar pela íntegra do material encontrado, entretanto confirma que parte da droga é sua.

7. Uma das envolvidas, que sofre com a iminência de destituição do poder familiar dos filhos, foi conduzida arbitrariamente à Delegacia. O próprio policial militar afirmou que não havia envolvimento dela com o tráfico de drogas, mas queria que a condução constasse para ajudar na destituição” (sic).

A conduta da ré motivou, inicialmente, a instauração do Procedimento de Investigação Criminal - PIC pelo Ministério Público (n. 06.2013.00005736-6), o qual subsidiou o oferecimento de denúncia e a deflagração da Ação Penal n. 000724035.2013.8.24.0036, resultando na sua condenação pela prática do crime previsto no artigo 319 do Código Penal (prevaricação), cujo trânsito em julgado ocorreu para o Ministério Público em 30.3.2015 e para a ré em 29.6.2015.

Destaca-se da fundamentação da referida sentença condenatória (Evento n. 15, Informações ns. 236 a 260):

“(...)

Verifica-se, de forma inquestionável, que o **real motivo** para que a denunciada não tenha lavrado o auto de prisão em flagrante consistiu na sua discordância em relação à possibilidade da polícia militar dar cumprimento a mandado de prisão, colocando assim questão de entendimento pessoal e, talvez, institucional, acima da questão legal e do próprio mister de sua função quando, ao constatar efetivo estado de flagrância do acusado na prática de tráfico de drogas, deixou de praticar ato de ofício. Por diversas vezes os testigos policiais transparecem este manifesto intuito da ré em deixar de praticar ato para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, interesse este que, diga-se de passagem, em nada alterava o estado de flagrância evidenciado na hipótese.

(...)

Da análise do acervo probatório, especialmente dos depoimentos já indicados, verifica-se que **a acusada deixou de lavrar o auto de prisão em flagrante para satisfazer seu sentimento pessoal de discordância em razão do fato da Polícia Militar ter requerido a expedição e cumprido mandado de busca apreensão emitido pela justiça da Comarca de Guaramirim, por entender que esta atribuição é exclusiva da Polícia Civil.**

(...)

Assim, por tudo o que já foi exposto e sem maiores digressões, a conduta da acusada Livia Marques

*da Motta amolda-se aos comandos normativos inscritos no art. 319 do Código Penal. A acusada, Delegada de Polícia lotada nesta Comarca à época dos fatos, **de forma consciente e deliberada, deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, incorrendo no referido tipo penal**". Grifei.*

Conforme consta no Evento n. 17, Informações ns. 176 e 177, o Comandante do 14º Batalhão da Polícia Militar de Guaramirim formulou pedido de busca e apreensão em face de Jackson de Jesus Marques e de Josecarla Carvalho de Oliveira, devido a suspeita da prática do crime de tráfico de drogas na residência objeto do pedido, dirigido ao Juízo da 2ª Vara da Comarca de Guaramirim, sendo que, após manifestação favorável do Ministério Público, o pleito foi deferido em 2.5.2013.

No dia 3.5.2013, após a expedição do mandado, os Policiais Militares do Setor de Inteligência da Polícia Militar (P2) Fernando de Lima Arruda e Luis Sérgio Schelepka estavam monitorando, mais uma vez, a residência dos suspeitos.

Conforme Relatórios de Diligências acostados aos autos (Evento n. 10, Evento n. 11, Informações ns. 119 a 133, Evento n. 27, Informações ns. 360 a 374), Josecarla Carvalho de Oliveira, vulgo "Manca", e Jackson de Jesus Marques, vulgo "Neninho", já vinham sendo monitorados, havendo indícios da traficância e monitoramento nos dias 14.4.2013 (BR-280), 22.4.2013 (BR-280) e 26.4.2013 (residência do "Neninho").

Em virtude disso, conforme consta no quarto Relatório de Diligência 005/A.I./2ª/14ºBPM/2013 (Evento n. 27, Informações ns. 369 a 374), *Após, confecção dos relatórios de monitoramento anteriores contendo fotos e filmagens da prática do tráfico por parte dos denunciados, foi solicitado Mandado de Busca e Apreensão junto ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, o qual foi deferido conforme Autos 026.13.001643-3 e expedido pelo Juiz de Direito Substituto Guy Estevão Berkenbrock na data de 02 de maio de 20103*

No dia 03 de maio de 2013 a guarnição de A.I. passou a monitorar o local no período da manhã, por voltada das 10h. Quando após algum tempo, foi flagrado chegando na casa dois masculinos em uma motocicleta, um deles foi até a casa e foi atendido por 'Neninho', que foi até os fundos da casa para buscar a droga, enquanto o usuário ficou em seu aguardo próximos às crianças que moram na residência. Como já constatado em monitoramentos anteriores, é comum essas crianças ficarem a todo momento circulando entre os usuários que chegam à casa. 'Neninho' retornou e entregou a droga para o usuário que em ato contínuo juntamente com o outro masculino deslocaram do local, sendo então acompanhados e abordados por viatura da Polícia Militar. Com os mesmos foi encontrado 01 'toco de crack' com peso aproximado de 1,8 gramas, o qual confirmaram terem comprado há alguns instantes na casa de 'Neninho'.

(...)

Mediante a situação de flagrante delito e em posse do Mandado de Busca e Apreensão expedido pelo juiz da Comarca de Guaramirim, as guarnições da A.I., Oficial Comandante da 2ª CIA, Sargento Externo e Rádio Patrulha da Polícia Militar, deslocaram até a casa onde encontravam-

se ‘Neninho’ e seus familiares. Foi lhe apresentado o Mandado de Busca e solicitado ao mesmo que apresentasse os tóxicos e material relacionados ao comércio ilícito de drogas. Mediante a negativa do mesmo iniciou-se as buscas, sendo encontrado em posse de ‘Neninho’ R\$ 743,30 em notas trocadas e moedas (dinheiro característico do tráfico) e 01 cheque do Banco do Brasil no valor de R\$ 72,87 em nome de Antares Estruturas Pré Fabricadas, no interior da residência foram encontrados alguns eletrônicos de procedência duvidosa. Na parte externa da casa foram encontradas 56 gramas de ‘crack’ (droga suficiente para confeccionar 224 pedras, geralmente comercializadas por R\$ 10,00 cada), escondidas numa horta no quintal nos fundos da casa (à cerca de 3 metros da porta de entrada dos fundos), em uma máquina de lavar roupas na lavanderia externa, e em uma bananeira. No mato, próximo a bananeira, foi encontrado uma balança de precisão e um prato de vidro com uma gilete, utilizados para pesar e fracionar a droga. Ao apresentar os entorpecentes encontrados a ‘Neninho’, o mesmo assumiu a propriedade e declarou que a droga destinava-se à venda” (sic). Grifei.

De acordo com o depoimento judicial de MÁRCIO ALBERTO FILLIPI (Eventos ns. 194 e 195), que comandou a operação e era, à época, Comandante da Companhia da Polícia Militar de Guaramirim, a residência na qual foi cumprido **o mandado de busca e apreensão vinha sendo observada há algum tempo, sendo que conseguiram junto ao Ministério Público e o Poder Judiciário a expedição do referido mandado. Não obstante, o mandado de busca e apreensão sequer foi necessário, tendo em vista que atuaram em situação de flagrante. No dia, filmaram a prática do tráfico de drogas, abordaram usuários, entraram na casa do traficante, onde localizaram drogas, balança de precisão, todas as características que são necessárias para configuração do crime de tráfico de drogas. Na sequência, tudo foi encaminhado para a Delegacia de Polícia, juntamente com uma cópia do mandado de busca e apreensão, que foi enviado somente para constar no processo, porque não se fez necessária a sua utilização, reiterando que a situação já era de flagrante.** O pedido do mandado foi para amparar a guarnição acaso não fosse localizada a droga na casa, mas repete que não foi necessária a sua utilização. **Quando a Delegada tomou conhecimento do mandado, interpretou-o como uma invasão de competência da Polícia Civil e simplesmente liberou todas as pessoas que foram presas em flagrante.** Era o comandante da operação e da Companhia da Polícia Militar de Guaramirim, mas não foi até a Delegacia de Polícia, sendo que os demais policiais foram fazer a entrega na Delegacia. Diz que não foi junto porque **“a situação de tráfico era tão clara” que imaginou que não haveria maiores desdobramentos.** Foram os demais policiais militares que lhe reportaram a situação ocorrida. Tomou conhecimento da situação no mesmo instante da sua ocorrência, pois os seus comandados ligaram e reportaram a situação. Imediatamente ligou para o magistrado da Comarca e informou os fatos, encaminhando todo o material ao Ministério Público, tanto que **2 (dois) dias depois foi expedido o mandado de prisão do suspeito da prática do tráfico de drogas.** Reafirma que estava comandando a operação, tanto **que ingressou na residência do suspeito juntamente com os demais policiais.** A ação e a prisão ocorreram em Guaramirim, mas o caso foi levado à Delegacia de Jaraguá do Sul, devido ao plantão, não tendo acompanhado os demais policiais porque tinha outros compromissos em Guaramirim. **Foram realizados cerca de 3 (três) ou 4 (quatro) relatórios antes da ação, o que indica que o suspeito vinha sendo monitorado há mais ou menos 1(um) mês.** Questionado sobre

quem formulou o pedido de busca e apreensão, esclareceu que apresentaram os relatórios para o juiz, que abriu vista para o Ministério Público e depois saiu a decisão. Nunca teve contato pessoal com a Delegada Lívia, mas apenas por intermédio da imprensa, pois **a situação gerou bastante repercussão. Diz que concedeu cerca de 10 (dez) entrevistas sobre o caso. O local da ação era um ponto de drogas muito conhecido na cidade de Guarimir, tendo a população toda se revoltado diante da liberação dos conduzidos.** Segundo os policiais militares que se dirigiram à Delegacia de Polícia, **o motivo de irritação da Delegada foi a apresentação do mandado de busca e apreensão, pois entendia que era ato privativo da Polícia Civil.** A iniciativa da investigação foi da Polícia Militar. A Polícia Civil normalmente participava das operações que a Polícia Militar realizava (referindo-se aos agentes das duas corporações de Guarimir), sendo que sempre tiveram um ótimo relacionamento. Na operação específica, não houve solicitação de participação da Polícia Civil porque, na época, a Polícia Civil de Guarimir possuía apenas 2 (dois) agentes, que mal conseguiam realizar o trabalho cartorário regular, sendo que não tinham tempo de participar das investigações realizadas pela Polícia Militar, mas em várias operações quando faziam intervenções em casas ou ações parecidas, eles eram convidados e participavam. Em regra, a Polícia Militar acabava investigando os fatos, mas na hora da apreensão muitas vezes a Polícia Civil estava envolvida, mas no fato específico isso não ocorreu. Havia, pelo que recorda, 5 (cinco) menores na casa que adentraram, sendo que os dois mais velhos, de aproximadamente 10 (dez) anos, já participavam da atividade do tráfico, o que foi comunicado ao Ministério Público e ao Conselho Tutelar, este que se fez presente no local. Sabiam que havia crianças na residência, mas não quantas. No dia, inclusive, a ação dos menores participando do tráfico foi filmada.

Nesse mesmo sentido foram suas declarações perante o Ministério Público no Procedimento de Investigação Criminal, oportunidade na qual também havia relatado que *“no dia 4.4.2013 a polícia militar conduziu à Delegacia de Polícia as pessoas de Vercedino (‘Velho’), ‘avó’, Graciela e Jackson por envolvimento com o tráfico de drogas; que naquela ocasião foi lavrado o flagrante somente com relação às pessoas de Vercedino e ‘Avó’, genitora de Jackson e Graciela; que continuaram a receber denúncias de que na mesma residência continuava sendo vendida droga; que então policiais militares da inteligência passaram a monitorar a residência, sendo que constataram que Jackson assumiu o ponto do tráfico no lugar de ‘Velho’; que, contudo, Jackson passou a guardar a droga fora de casa e a não mais permitir a chegada a sua residência de muitos usuários; (...) que então indagou Jackson sobre a droga, sendo que Jackson acabou confessando a propriedade desta; (...) que somente soube que o flagrante não foi lavrado quando o Tenente Veloso entrou em contato com o declarante via telefonema; que ouviu depois de seus policiais como tudo aconteceu; (...) que todos os que foram conduzidos à Delegacia de Polícia tinham envolvimento com tráfico; que o declarante entende que com relação a Jackson e Josecarla tinham indícios suficientes de autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas e com relação aos demais que estavam na casa, ao menos indícios suficientes de autoria e materialidade no tocante ao crime de associação para o tráfico; (...)”* (Eventos ns. 9, Informação n. 15, e 23, Informações ns. 459 e 460). Grifei.

Já o Policial Militar **FERNANDO DE LIMA ARRUDA**, agente que realizou o contato inicial com a ré na data dos fatos e descreveu-lhe a ação, relatou em Juízo (Eventos ns. 215 e 207) que

em datas anteriores pessoas da família do suspeito Jackson já haviam sido presas pela prática do tráfico de drogas, mas a prática criminosa continuava ocorrendo. Após alguns monitoramentos, flagraram que o modus operandi do crime havia mudado (escondiam droga no mato). **Fizeram relatórios dos monitoramentos, sendo que o Comando encaminhou-os ao Ministério Público, o que resultou na expedição de mandado de busca e apreensão.** Em regra, a Polícia Militar procura atuar nas situações de flagrante, mas em algumas situações isso não é possível. **Quando elaboram os relatórios, normalmente encaminham uma cópia para o Delegado de Polícia e outro para o Ministério Público, inclusive, no caso, acredita que foi procedido dessa forma.** No dia dos fatos, a intenção era a abordagem em flagrante, sendo que o mandado era apenas um resguardo. Na maior parte das vezes que encaminhavam as situações ao Delegado de Polícia, nenhum pedido de busca era formulado. A Delegada Livia atuava em outra Comarca (Jaraguá do Sul), motivo pelo qual os relatórios não foram encaminhados para ela. **Mesmo portando o mandado de busca, atuaram para lograr a prisão em flagrante.** Em monitoramento, **observaram que chegaram ao local 2 (dois) usuários, os quais foram filmados, saíram casa, foram abordados e surpreendidos com a droga, e confessaram a aquisição no local, o que evidenciou o flagrante.** Mesmo assim, antes da abordagem, ligou para o policial civil Fabio (Comarca de Guarimir), que também detinha conhecimento dos fatos, e o comunicou que iriam proceder o flagrante com o mandado de busca. Referido policial disse que não poderia acompanhar a diligência, pois estava em Massaranduba. **Procederam à prisão das pessoas que estavam na casa, tendo ocorrido tudo normalmente. Foram apreendidas drogas, usuários, ... tudo foi filmado.** A irmã “dele”, referindo-se ao suspeito Jackson, também foi conduzida à Delegacia de Polícia por expor as crianças ao tráfico (tudo ocorria em frente delas). **Na Delegacia de Polícia, foi recebido pela Delegada Livia, relatou a situação para ela e mencionou que, além da situação flagrancial, também possuíam mandado de busca e apreensão, tendo justificado o porquê do pedido judicial, momento no qual a ré se alterou e não tiveram mais um diálogo normal. A ré falou que estavam usurpando as funções da Polícia Civil, e que não iria aceitar isso.** Na sequência, após reiteração das explicações do pedido de busca e apreensão e de ter informado o acionamento de policial civil para acompanhar o ato, **a Delegada afirmou que não lavraria o flagrante, “porque isso aqui está irregular”, “a prisão é irregular”, e começou a procurar outras situações (procedimentais) para também justificar a não lavratura do flagrante. Inclusive, a ré afirmou que o emissor do mandado era juiz substituto e “não entende nada”, “e tem mais, ele manda lá no fórum e quem manda na delegacia sou eu”.** Quando percebeu que não adiantaria qualquer argumentação, se retirou da sala e ligou para o Oficial de Dia reportando a situação. A Delegada estava muito agitada/alterada, ia da sala para a cela, efetuou ligação, inclusive na qual disse **“eu não vou aceitar isso aqui; eu vou matar no peito, só quero que vocês estejam comigo; porque não vou aceitar a Polícia Militar fazendo isso”.** A Delegada foi até as celas, pegou o “Neninho” (suspeito da prática do tráfico) e levou para a sala dela, e começou a fazer perguntas para ele **induzindo-o a dizer que a droga não lhe pertencia,** sendo que “Neninho” confirmou que era sua, solicitando que apenas a sua família não fosse envolvida na situação. Após também indagou os demais conduzidos sobre suas participações e a forma da abordagem. Momentos depois, embora não fosse lavar o flagrante, a Delegada disse que iria colher o seu depoimento. **A Delegada liberou os usuários, sem ouvi-los,** tanto que teve que “*correr atrás*” deles para colheita de assinaturas e

finalizar os seus procedimentos. **Quando o seu depoimento começou a ser tomado, foi cortado pela Delegada, a qual disse que o que estava falando não interessava, que iria realizar perguntas objetivas para justificar que não iria lavrar o flagrante.** Argumentou que desejava explicar a situação, mas a Delegada disse que não se tratava de um depoimento, mas apenas de uma declaração informal. Em decorrência disso, como a declaração era informal, questionou se realmente precisaria se submeter a ela, respondendo a Delegada negativamente. Questionou novamente se o flagrante não seria lavrado, advindo novamente resposta negativa, razão pela qual requereu a emissão de termo dispensando de prestar depoimento, o que foi feito. Outros policiais militares, além do Oficial de Dia, presenciaram a situação. **Reiterou que quando a Delegada conversou com o suspeito “Neninho”, tentava induzi-lo a responder informações para justificar a não lavratura do flagrante, mas ele havia admitido que a droga lhe pertencia, em mais de uma oportunidade. Não fosse isso, os policiais militares possuíam relatórios e filmagens da traficância, mas a Delegada não quis ver nada do material.** Fora essa situação, nunca havia ocorrido nenhum problema com a Delegada, e também não havia qualquer rixa. Salienta que a Polícia Militar realiza um trabalho maravilhoso com o Delegado de Polícia da Comarca. Esclarece que antes da operação não contactou a Delegada Lívia, até porque nem detinha conhecimento que o flagrante lhe seria encaminhado, tendo em vista que a operação ocorreu em outra comarca (Guaramirim). **Esclarece ser procedimento padrão levar relatórios impressos e filmagens em CD para apresentar ao Delegado de Polícia em situações de flagrante, em que há monitoramentos anteriores, o que também foi feito no dia, mas a Delegada não quis ver.** Diz que nunca teve problemas na lavratura de flagrante com qualquer Delegado, mas também nunca havia ocorrido situação portanto mandado de busca e apreensão na condição em questão. **Esclarece que é a pessoa responsável pela impressão dos relatórios e gravação de CD, sendo que no dia, além desses documentos, também possuía em mãos cópia do mandado de busca e ficha de ocorrência impressa.**

No decorrer do PIC prestou declarações na mesma linha, e ainda esclareceu, em relação à abordagem na residência do suspeito, *que “munidos do mandado de busca, os policiais ingressaram na residência; que tal ingresso se deu como se fosse uma circunstância flagrancial - a técnica utilizada foi como se fosse uma situação flagrancial, ou seja, entrada dos policiais fardados e armados, rendendo as pessoas que lá se encontravam para garantir a segurança de todos; quando o ambiente foi dominado, o Tenente ainda mostrou o mandado e leu o mandado para os ali presentes; (...) que a Delegada se mostrou completamente transtornada e não quis em nenhum momento saber da situação de flagrância, apenas das supostas irregularidade existentes no mandado de busca e no seu cumprimento; que a Delegada sequer conversou com os usuários de drogas para tentar averiguar a situação; (...) que depois que a Delegada soube do mandado de busca, ficou completamente transtornada e passou a tratar os policiais militares de forma muito grosseira; (...) que tem convicção de que a Delegada somente está imputando esses supostos atos de abuso de autoridade para poder tentar justificar a não lavratura do flagrante”* (Eventos ns. 23, Informações 435 e 438, e 32, Informações ns. 193 a 196). Grifei.

A declaração emitida pela ré para a não oitiva do referido policial encontra-se encartada nos Eventos ns. 7, Informação 51, 17, Informação n. 182, e 27, Informação n. 293.

O Oficial de Dia, **CREMILSON NICÉLIO VELOSO**, acionado pelos policiais militares para comparecer à Delegacia de Polícia Civil e conversar com a Delegada ré, objetivando melhor esclarecer a atuação e operação, em virtude da negativa de lavratura do flagrante, narrou judicialmente (Evento n. 118) que conversou com a Delegada, expondo o seu entendimento da possibilidade de lavratura do flagrante, porém, após consultar colegas e acórdão, ela reiterou que não seria o caso de lavar o flagrante, porque **segundo o seu entendimento, não competiria à Polícia Militar cumprir mandados de busca e apreensão, além de outros fatores. Reiterou que, em conversa informal com a ré, esta indicou que um dos motivos da não lavratura do flagrante foi a forma de cumprimento do mandado (pela Polícia Militar).** Quando chegou ao local, a “*situação já estava um pouco acalorada*” e, de fato, a ré realizou alguns comentários no sentido de que o magistrado que emitiu a ordem de busca era substituto e não possuía o “*conhecimento do todo*”. **Não recorda se a ré apresentou outras razões para não lavratura do flagrante além do fato de o mandado de busca ter sido cumprido por policiais militares. Acredita que o motivo principal da não lavratura do flagrante tenha sido a questão do mandado de busca e apreensão, por ter sido cumprido pela Polícia Militar, e que não haveria validade para lavratura do flagrante. Tecnicamente, pelos elementos que lhe foram apresentados, independentemente do mandado de busca e apreensão, afirma que havia sim motivos para lavratura do auto de prisão em flagrante. Havia um trabalho prévio investigativo em relação ao destinatário do mandado de busca e apreensão, inclusive com acompanhamento da Autoridade Judicial de Guaramirim.** Pelo que recorda, a ação era para ter sido realizada conjuntamente entre a Polícia Militar e a Civil, mas, não lembra por quais razões naquela data a Polícia Civil não poderia acompanhar, e por isso a Polícia Militar foi sozinha. Quando chegou ao local, a Delegada estava tomando o depoimento de um dos conduzidos, porém, previamente, não havia ouvido os Policiais Militares. Não tem conhecimento de outra situação em que algum Delegado da Comarca tenha deixado de lavar o auto de prisão em flagrante nessa mesma circunstância. Após a conversa com a Delegada, orientou os policiais militares que estavam no local a finalizar os procedimentos, reduzindo a termo a situação para constar em seus relatórios, e que deixassem a situação a cargo da Polícia Civil, o que foi acatado, apesar da indignação dos policiais. **No momento em que conversou com a ré, ela ainda não havia formalizado os motivos da não lavratura do flagrante, tendo solicitado, então, que constasse ao final do procedimento tais razões.**

Extrajudicialmente, o mesmo agente ainda disse que “*os Policiais Militares informaram ao declarante que apesar de a autoria e materialidade apresentada à Delegada, esta se negava a efetuar a prisão em flagrante dos detidos, pois não admitia que a Polícia Militar cumprisse mandado de busca e apreensão e que isso era usurpação de função; (...) que depois de terminar a conversa com o suposto traficante preso, a delegada falou com o declarante dizendo que realmente não iria fazer aquele flagrante porque teria verificado algumas irregularidades naquela prisão, a começar pelo mandado de busca e apreensão cumprido pela Polícia Militar; que a Delegada disse que não admitia que a polícia militar cumprisse mandado de busca e apreensão e que por uma questão institucional não iria fazer o flagrante; que o declarante argumentou que o crime era permanente e que haviam diversos elementos de convicção que fundamentariam o flagrante, não havendo a necessidade do mandado de busca e apreensão; que a Delegada apontou outros pontos que julgava*

irregular, sendo que o declarante fez novas argumentações, porém a Delegada foi irredutível em sua posição, informando inclusive que estava com pressa e precisava sair; (...) que então posteriormente o soldado Arruda fez contato com o declarante e informou que foi chamado para prestar seu depoimento, porém a Delegada o dispensou em seguida; que o referido soldado lhe repassou que ao prestar o seu depoimento, a Delegada não queria constar o que lhe era falado, dizendo que não constaria no termo porque não seria importante e que a Delegada apenas queria constar no termo as informações que ela julgava pertinente; (...) que o declarante se dispôs a conceder entrevista por escrito, mas antes gostaria de saber a versão apresentada pela Delegada; que o repórter então lhe repassou alguns pontos da entrevista, inclusive lhe mostrando alguns trechos mais importantes daquela entrevista; que chamou a atenção do declarante um dos trechos no qual a Delegada dizia que o Juiz não poderia ter concedido mandado de busca e apreensão para a Polícia Militar e ao ser indagada pelo repórter do porque o Juiz teria concedido, ela disse que se tratava de um Juiz Substituto e por isso não sabia de nada; que o declarante esclarece que ficou bastante claro para todos que acompanharam aquela ocorrência que a Delegada Lívia apenas não fez o flagrante porque teria sido expedido mandado de busca e apreensão para a Polícia Militar cumprir e que quando percebeu que este não seria um motivo a justificar aquele ato, resolveu então criar outros óbices e empecilhos que pudessem justificar aquela não lavratura do flagrante; que o declarante ainda gostaria de esclarecer que tem conhecimento, por seus Policiais Militares, de que a Delegada Lívia deixa várias vezes de fazer os flagrante de prisões efetuadas pela Polícia Militar, inclusive, em algumas oportunidades sequer se desloca à Delegacia de Polícia para avaliar a situação (...)” (Eventos ns. 15, Informações 207 a 209, e 23, Informações 488 a 490). Grifei.

No dia seguinte à ocorrência, o referido Oficial emitiu o Extrato de Relatório de Ocorrência de Tráfico, dirigido ao Tenente Coronel Comandante do 14º Batalhão de Polícia Militar, descrevendo todo o ocorrido, merecendo destaque que para ingresso na residência utilizaram-se do procedimento SSRAU (surpresa, rapidez, ação vigorosa e unidade de comando), com posterior apresentação do mandado de busca e apreensão ao proprietário da residência, com colheita da assinatura de duas testemunhas. Além disso, ao conversar com a Delegada ré, esta **“informou que devido uma questão institucional não aceitaria que a Polícia Militar cumprisse mandado de busca e apreensão, informando ainda que de acordo com sua avaliação não faria a lavratura do auto de prisão em flagrante”** (Evento n. 7, Informações ns. 42 a 44). Grifei.

Os policiais militares **MARCOS MATEUS** e **JUCEMAR ANGELI** foram os responsáveis pela abordagem dos 2 (dois) usuários que adquiriram drogas na residência do suspeito Jackson na data dos fatos.

Referidos agentes, ao relatarem a abordagem em Juízo (Eventos ns. 215 e 217), descreveram como esta ocorreu, desde o acionamento, a localização dos usuários, a descoberta da droga, a indicação do local de aquisição e o deslocamento até a residência do suspeito da comercialização ilícita, coadunando com os relatos já consignados.

Além disso, ambos também estiveram presentes na Delegacia de Polícia Civil quando da negativa da lavratura do auto de prisão em flagrante, e igualmente descreveram que a situação

flagrancial não foi reconhecida em virtude do mandado de busca e apreensão requerido e cumprido pela Polícia Militar, por supostamente não terem competência para essa finalidade, relatando os motivos externados na mesma linha dos depoimentos anteriores.

Os referidos policiais descreveram, também, a posterior atitude do suspeito Jackson, que foi solto na data dos fatos, o qual abordou, dias depois, o policial militar Ricardo Nunes Barbosa, exibindo notícia jornalística sobre a situação, além de tê-lo ameaçado veladamente.

Nesse mesmo sentido foram os depoimentos prestados no PIC (Eventos ns. 9, Informações ns. 9 e 14, e 23, Informações ns. 448 a 449 e 455 a 457).

O policial militar **RICARDO NUNES BARBOSA**, que também participou da ação policial na casa de “Neninho”, apenas foi ouvido no bojo do PIC, e declarou (Eventos ns. 9, Informação n. 8, e 23, Informações ns. 444 a 446):

“(…) que posteriormente presenciou o Tenente Veloso conversar com a Delegada, quando esta falou ao Tenente que ela não iria lavrar o flagrante porque o mandado era ilegal, que teria sido concedido ilegalmente pelo Juiz e que a PM estava ‘usurpando’ a função da Polícia Civil; que o declarante, apesar de não entender muito sobre as questões legais do mandado, pode perceber que a Delegada começou a dizer que o juiz não poderia ter dado aquele mandado para a PM e que não havia testemunhas do ocorrido, quando então o soldado Matheus disse que as testemunhas estavam sentadas ali, mas a Delegada queria mais testemunhas; que ainda presenciou a Delegada conversando por telefone com uma outra pessoa, dizendo que tomou uma atitude e que não iria voltar atrás e que esta pessoa deveria apoiá-la até o final; (...) que então a Delegada liberou todo mundo e saiu da delegacia; que o declarante quer esclarecer que sempre foi tratado bem pelos Delegados e Policiais Civis na Delegacia, mas que desta vez, com a Delegada Livia, não foi bem tratado; que não conhecia a Delegada Livia antes dos fatos (...)”. Grifei.

Todos os policiais militares foram uníssimos em suas declarações, no sentido de que, embora estivessem portando mandado de busca e apreensão, o que pressupõe uma atuação anterior do Poder Judiciário concedendo a medida, e inclusive a avaliação da legitimidade do seu postulante, a situação flagrancial estava devidamente evidenciada, e que, apesar das afirmações de abuso de autoridade, estas inexistiram, tendo a abordagem ocorrido dentro da técnica policial regular em situações de flagrante e a atitude da ré sido motivada pela insurgência em relação ao mandado de busca e apreensão.

Arrolados pela defesa, foram ouvidos em Juízo os Policiais Civis **ERICSSON FELIPE SEBRENSKI LEAL (Evento n. 129)**, **RODRIGO GALHARDO RAMIRO (Evento n. 129)** e **MARCO ANTONIO DO CARMO (Eventos ns. 150 e 151)**.

Os três policiais não atuaram na ocorrência objeto dos autos, tendo apenas tomado parcial conhecimento da situação posteriormente, razão pela qual não foram capazes de auxiliar no esclarecimento da situação encartada. Contudo, o policial Ericsson Felipe Sebenski Leal disse ter tomado conhecimento de que a situação ocorreu devido ao cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, com discussões acerca da competência das corporações.

A ré, em seu depoimento judicial, procurou melhor esclarecer os motivos que a levaram a não lavrar o auto de prisão em flagrante (Evento n. 118). Relatou que saiu de sua residência, após ser acionada, para lavrar o procedimento, porém, quando chegou à Delegacia de Polícia, tomou conhecimento da ocorrência de várias irregularidades, que a fizeram concluir que “*algo não estava muito correto*”. Como primeiro ato, ouviu informalmente o Polícia Militar Arruda que conduziu todos ao local, o qual lhe apontou cada uma das pessoas que estavam na cela e por qual razão haviam sido conduzidas (o traficante, uma pessoa que estava na casa, uma mulher que o Conselho Tutelar objetivava destituir o poder familiar em relação aos filhos, e alguns usuários que haviam adentrado na casa). Na sequência, foram até sua sala, oportunidade na qual o mesmo policial lhe apresentou um relatório de investigação, que não continha um histórico investigativo, mas apenas imagens, sendo que não detinha conhecimento da investigação que originou o mandado de busca e apreensão e o seu cumprimento. Após, começou a ouvir os conduzidos que relataram ofensa aos seus direitos e garantias fundamentais (físicas, psicológicas, tempo muito longo decorrido entre a ação policial e o encaminhamento de todos à Delegacia de Polícia). Todas essas circunstâncias foram gerando dúvidas que levaram à conclusão de que “*aquilo ali não estava muito redondo*”, mas que haveria possibilidade de investigar o fato mediante a instauração de inquérito policial, o que ocorreu no mesmo dia. Comunicou aos Policiais Militares o seu entendimento e redigiu relatório com justificativas sobre a não lavratura do flagrante, o qual integrou o inquérito policial. Não tomou o depoimento formal dos Policiais Militares porque a “*Delegacia estava muito tumultuada*”, pois havia cerca de 15 (quinze) policiais no local, um pouco exaltados (sem entender a razão). Justificou que sempre lavrou os flagrantes que lhe foram apresentados pela Polícia Militar. Quando comunicou que não lavraria o flagrante, muitos Policiais Militares começaram a ir embora, motivo pelo qual não foi possível ouvi-los. Negou que não quis ouvir os militares, esclarecendo que também queria ouvir as pessoas que estavam na casa, sendo que, num dado momento, o próprio policial Arruda não quis mais prestar declarações, sendo, então, colhidas apenas as declarações dos conduzidos. **Além da droga, também foi apreendida balança de precisão e dinheiro (aproximadamente R\$ 700,00).** A ficha criminal dos conduzidos foi consultada, tanto que identificou que alguns familiares possuíam registro de ocorrências relacionadas ao tráfico de drogas, mas nem por isso, pelo “*direito garantista*”, entendeu que a situação flagrancial estava “*coerente*” no caso. **Negou que a questão da discussão institucional de a Polícia Militar, poder, ou não, cumprir mandados de busca e apreensão tenha sido um dos motivadores da não lavratura do auto de prisão em flagrante.** Questionada sobre ter declarado que o magistrado que emitiu a ordem de busca, por ser substituto, não sabia o que estava fazendo, negou a afirmação, e esclareceu que o que quis dizer foi que o magistrado não era o titular da Comarca. **Reiterou que a questão não foi institucional, tanto que quando a acionaram para atender o plantão, haviam lhe informado que a situação era decorrente do cumprimento de mandado de busca e apreensão requerido pelo 14º Batalhão da Polícia Militar, tendo se deslocado à Delegacia de Polícia, como faz em todas as vezes que é acionada. Disse que, mesmo que tenha as suas convicções pessoais, não poderia deixar de praticar os atos necessários, relacionados ao mandado de busca e apreensão, porque ele era decorrente de ordem judicial.** Pelo depoimento dos envolvidos, apurou-se que as pessoas foram algemadas, colocadas no chão, por horas até a droga ser encontrada, e em nenhum momento entraram em contato com a

Polícia Civil, para poder dar cumprimento, ou ao menos auxiliar no cumprimento, do mandado. Inclusive, se tivesse sido avisada da ordem, teria ido pessoalmente auxiliar. Havia um bom número de Policiais Civis que efetuavam o trabalho de campo, além de os delegados serem extremamente operacionais. **Reitera que não deixou de lavrar o auto de prisão em flagrante em decorrência de irregularidades na ordem e cumprimento do mandado de busca e apreensão, pois tratava-se de ordem judicial. Afirma que não encaminhou os conduzidos para realização do exame de corpo de delito pois lhe declararam que as agressões físicas perpetradas não deixaram vestígios e também pelo tempo decorrido entre a diligência e o conhecimento dos fatos, mas chegou a contatar o Instituto Geral de Perícias para verificar, ao menos, a possibilidade de aferição pericial da utilização de gás de pimenta, tendo sido respondido negativamente.**

Apesar dessas declarações, no PIC a ré apresentou versão dos fatos um pouco diversa (Eventos ns. 15, Informações ns. 220 a 223, e 23 Informações ns. 501 a 504):

*“que pelas 18h30min recebeu uma ligação de um Policial Civil de Guaramirim relatando que havia uma condução da Polícia Militar de várias pessoas para a Delegacia decorrente do cumprimento de um mandado de busca e apreensão com a apreensão de certa quantidade de drogas; que então orientou o referido policial e efetuar o registro daquela ocorrência e conduzir todos os envolvidos à DP de Jaraguá do Sul porque já estaria no horário do plantão; que a Polícia Militar então trouxe os envolvidos; que a declarante tinha se ausentado momentaneamente da Delegacia pois iria demorar cerca de uma hora até a chegada de todos; que não estava presente quando do conduzidos foram apresentados na Delegacia, sendo estes recebidos pelo Policial plantonista; que como tinha recebido a informação de que se tratava de uma busca e apreensão, a declarante imaginou que se trataria de busca e apreensão de um adolescente e que no momento da apreensão teria sido encontrada alguma droga; que para tirar a dúvida, ligou para os Delegados de Jaraguá do Sul perguntando se algum deles tinha requerido alguma busca e apreensão, sendo lhe informado negativamente; que achou estranho e ligou para Guaramirim perguntando se aos conduzidos eram maiores ou menores, tendo recebido a informação de que seria uma prisão decorrente de tráfico de drogas e que os autores eram maiores; questionou o policial acerca da existência de mandado de busca e apreensão e este informou que existia uma ordem judicial de busca e apreensão; que então orientou o policial a encaminhar todos os envolvidos para Jaraguá do Sul para realização do flagrante, mas **continuou estranhando a existência do mandado de busca e apreensão, pois não partira de nenhum delegado da região**; que como mora perto da Delegacia, pediu para os policiais lhe avisarem quando da chegada de todos; que comunicada, se dirigiu então à DP, tendo chegado minutos após a chegada dos envolvidos, tendo estes inclusive já sido colocados nas celas; que então foi para a cela para se informar da ocorrência; que nesse momento conversou com o policial Arruda que já lhe foi repassando as informações da ocorrência, revelando, inclusive, a participação de cada um; (...) que então quis saber como teria sido a prisão, se teria mandado, como foram as investigações, mas não quis fazer nada na frente dos conduzidos, razão pela qual convidou o policial Arruda para conversar no gabinete; que toda aquela conversa foi presenciada pelo Policial Civil Marcelo Pegoraro dos Santos; **que no gabinete o policial Arruda lhe apresentou um relatório de investigação impresso, um DVD contendo filagens e imagens da investigação e uma cópia do mandado de busca**; que informou que a droga teria sido apreendida a aproximadamente*

3 metros da casa, fora dela portanto e que a balança e outra parte da droga teria sido apreendido mais distante ainda, enterrada perto ou dentro de uma bananeira; que como lhe foi entregue uma cópia, pediu o original que lhe foi entregue; que verificou que não tinha no mandado a assinatura de testemunhas, tendo questionado o policial Arruda acerca deste fato sendo que o referido policial não soube apontar quem seria; que a declarante não foi informada, naquele momento sobre quem seriam exatamente as testemunhas; **que também observou que o mandado tinha sido requerido pelo 14º Batalhão de Polícia Militar, com sede em Jaraguá do Sul circunscrição também em Guarimir; que então percebeu que aquilo não estava correto e que seria usurpação de função por parte da Polícia Militar; que então pediu ao policial que se retirasse e passou a analisar o material apresentado, tendo concluído que tal prova era frágil; que nesse meio tempo também fez algumas ligações para os colegas de Jaraguá do Sul informando o ocorrido e perguntando a opinião deles acerca dos fatos, já indicando não estar propensa a não lavrar o flagrante; que ainda fez algumas consultas a jurisprudência e decidiu, enfim, não lavrar o flagrante;** que comunicou aos policiais militares aquela decisão, dizendo resumidamente o porque de não fazer o flagrante, mandando soltar todos e trazer para o corredor da Delegacia para que fossem colhidas suas declarações; que comunicou então ao policial Arruda que iria colher as declarações informais dos envolvidos para justificar a não lavratura do flagrante; que os Policiais Militares naturalmente não gostaram da decisão; que então foi procurada pelo Ten Veloso que ainda tentou convencer a declarante a rever seu posicionamento, mas a declarante já estava convicta da sua posição; que, depois de apontar as irregularidades ao Ten. Veloso, o policial Arruda, instruído (imagina), pelo Tenente, passou a colher as assinaturas das testemunhas; que a declarante acredita que o testemunho prestado por conduzidos algemados não é isento; que então ouviu informalmente os envolvidos, que ainda **repassaram outras situações de ilegalidade**, como não apresentação do mandado, algemar as pessoas antes mesmo de encontrar a droga, uso de spray de pimenta além de outros abusos praticados pelos policiais; que em relação ao policial Arruda, este chegou a sentar para prestar o depoimento, mas como a declarante queria colher apenas elementos para justificar a não lavratura e o policial queria que constasse os elementos da investigação que desse elementos para a lavratura da prisão, este policiais pediu então para ser dispensado da oitiva, o que de fato ocorreu; que (...) a declarante efetivamente não lavrou o flagrante, mas determinou a instauração do inquérito policial para a apuração dos fatos, como também para a apuração dos abusos relatados pelos conduzidos; que então foram todos liberados, conduzidos e policiais; **que a declarante esclarece que encontrou diversos abusos e ilegalidade no cumprimento daquele mandado, que somados ao fato de o requerente (Polícia Militar) não ter atribuição para postular tal medida, fez com que a declarante resolvesse não lavrar tal flagrante, pois a declarante acredita que pelo fato de o requerente não ter atribuição para requerer tal medida, o próprio mandado já seria ilícito e tal ilicitude se estenderia as provas dele originadas;** que a declarante fundamenta sua decisão no artigo 80 da Lei Complementar Estadual 453/2009, que dispõe que a declarante, como Delegada de Polícia, possui autonomia funcional e operacional no exercício exclusivo de duas atribuições constitucionais e legais; além disso também se fundamenta no Decreto Estadual 660 de 2007 o qual em seu artigo 4º veda a Polícia Militar a praticar quaisquer atos de Polícia Judiciária, dentre os quais, pedidos de mandado de busca e apreensão; também se fundamenta no Código de Processo Penal e na Constituição Federal (artigo 144) que atribui a autoridade policial a lavratura do flagrante; que gostaria de esclarecer que

o posicionamento da declarante foi apoiado pela Associação de Delegados de Polícia de Santa Catarina, gerando uma nota de apoio e desagravo à Delegada pelos fatos ocorridos conforme consta no documento que ora se pede a juntada; que não cumpriu e não pretende cumprir mandado de busca e apreensão requeridos pela Polícia Militar, pelo menos enquanto não mudar a legislação; que esclarece que mesmo se tratando de crime permanente, entendeu que a prova era por demais frágil para a lavratura” (sic). Grifei.

A mencionada Nota de Apoio e Desagravo foi consta nos Eventos ns. 15, Informação n. 225, e 23, Informação n. 506.

O depoimento extrajudicial da ré converge totalmente com os depoimentos dos policiais militares, sendo importante frisar que ela mesma confirmou expressamente a insurgência ao mandado de busca e apreensão, declarando que **“não cumpriu e não pretende cumprir mandado de busca e apreensão requeridos pela Polícia Militar”**, tendo interpretado a ação dos policiais militares como efetiva usurpação das atribuições constitucionais e legais da Polícia Civil, o que, segundo seu entendimento, não poderia ser admitido.

Inclusive, corroborando a postura da ré e as reais motivações da não lavratura do flagrante, transcrevo trecho do e-mail enviado por esta à rede de correio eletrônico institucional da Polícia Civil (Evento n. 30, Anexo n. 432):

*“Confesso que durante o final de semana acompanhei a repercussão de fato apenas pela redes sociais de Jaraguá do Sul e fiquei bastante triste pela população não entender a **arbitrariedade presente em um mandado de busca e apreensão requerido e cumprido pela Polícia Militar**. Eles não percebem que hoje invadem a casa de um traficante, amanhã serão as casas de cidadãos de bem. É o retorno da ditadura!*

*Apenas para conhecimento dos colegas, **além da ilegalidade na origem (na representação e no deferimento)**, a diligência foi cumprida com total abuso de autoridade. Pessoas algemadas e jogadas no chão antes mesmo de se encontrar as drogas. Pessoas algemadas por quase cinco horas sem ter qualquer envolvimento com o tráfico. Levaria bastante tempo para apontar cada uma das ilegalidades. A Polícia Civil não pode compactuar com isso.*

*Os que trabalham comigo sabem que **não é a primeira vez que ‘entro em combate’ para defender a minha instituição e meus colegas. Não vou admitir qualquer ato contra meus princípio e que afronte a Polícia Civil.***

*Fiquei bastante feliz quando Dr Eric me contou que, na rede, eu estava tendo total apoio por parte de vocês meus colegas apesar das redes sociais com opinião contrária. Só espero que meu esforço não seja isolado e conclamo todos os Delegados de Polícia para que se **rebelem contra qualquer ato que configure usurpação da função de Polícia Judiciária**. ‘Juntos somos mais fortes!’.*

(...)” (sic). Grifei.

Mais uma vez, **nas palavras da própria delegada ré**, na sua concepção, a ação da Polícia Militar

na data em questão representou usurpação das funções da Polícia Civil. Em verdade, o requerimento e o cumprimento do mandado, segundo seu entendimento, configurariam verdadeira ilegalidade. Ademais, não fosse só a crítica e afirmação de usurpação de funções pela Polícia Militar, a postura da ré representa, até mesmo, ofensa direta a própria instituição do Poder Judiciário, descreditando e ignorando ordem emanada pelo estado-juiz competente para conhecimento da causa.

E para enfatizar ainda mais os motivos determinantes da não lavratura do flagrante, transcrevo trechos do depoimento da ré perante o Juízo Criminal, reproduzido na respectiva sentença condenatória (Autos n. 00007240-35.2013.8.24.0036 - Evento n. 15, Informações ns. 236 a 260):

*“(…) por minha convicção do que foi apresentado ali, eu, as provas pra mim não me convenceram, a investigação foi fraca, eu não tive acesso a toda investigação, e por causa disso eu decidi não lavar o flagrante e no mesmo ato determinei a instauração de inquérito policial para melhor apuração dos fatos (...); Ta, e ali essa situação de que até um determinado momento a conversa se fluía bem e quando se falou em mandado de busca e apreensão a conversa mudou, a senhora confirma isso? Isso não procede excelência, eu tomei conhecimento deste mandado por telefone, quando eles ainda estavam na delegacia de Guaramirim, ta? Tanto que inicialmente, eu não entendi direito a questão, porque eu fiquei assim: ‘um mandado de busca e apreensão’, porque o policial também assim, ele não tinha muita técnica né, então ele só me falou assim: ‘doutora, estão aqui na delegacia de Guaramirim, vários policiais militares de posse de um mandado de busca e apreensão, a onde foi localizado droga’, inicialmente, na minha cabeça, eu pensei assim: ‘ah deve ser uma mandado de busca e apreensão de um menor e ai entraram na casa e lá no cumprimento do mandado localizaram droga’, e eu até pensei assim, não, então da um flagrante né, perfeitamente, ai conversando melhor com o policial que repassou a ocorrência pra mim, ele pegou e falou assim: não doutora, **o mandado de busca e apreensão é contra o traficante maior e o requerente foi a polícia militar**, daí eu: ‘a polícia’, não, não foi exatamente assim, ai a gente desligou o telefone, ele me ligou algumas vezes, ai o que que eu fiz, pensando que fosse isso, eu falei assim: **mas pode não ser, pode ser um mandado de busca e apreensão mesmo**, eu liguei pros outros delgados de polícia, perguntei pra alguns deles se eles haviam requerido mandado de busca e apreensão e de repente por falta de efetivo que eu sei que tem lá em Guaramirim, a polícia militar teria cumprido sozinha né, e ai todos os delegados de polícia me falaram que não, que não tinha requerido nenhum mandado de busca e apreensão, ai tudo bem, ai ele ainda ligou pra mim novamente, eu falei: ‘não, eu já entendi a questão, eu sei o que que é, manda a ocorrência pra delegacia’, e ai quando eu fui pra delegacia, eu fui ciente de que era uma ordem judicial, com o aval do Ministério Público, e ainda que se trata de um crime permanente e que pelo o que haviam me repassado tinham encontrado droga, fui ciente de tudo isso né, eu não tinha intenção nenhuma de passar por cima dessa ordem judicial né, até porque assim, é uma ordem judicial né, então assim, não é um negócio solto né, o juiz autorizou, com a ouvida do Ministério Público e tal, **então eu fui pra lá determinada a fazer o APF**, só que ai o que que aconteceu, na hora que eu fui conversando com o Arruda quando ele me passou a ocorrência, ele me passou um relatório de investigação de 04 páginas eu acho, recheado de fotos, só tinha fotos, que não falava lá grande coisa, eu não tinha elementos pra saber se aquilo lá era investigação verdadeira, assim profunda, se não era, só com relatório de investigação de 04 páginas e repleto de fotografias, e porque eu também entendo,*

até porque eu tenho essa tendência um pouco mais garantista, eu acho que não é porque o pai dele foi preso, a mãe dele foi presa, que eu, eu aplico bem o direito penal do fato e não o direito penal do autor, então eu verifico todas as circunstâncias no fato e essa é a minha ideologia, e aí é, quando eu cheguei na delegacia e vi aquele monte de gente conduzida, conversei primeiro com o Arruda, ele me passou essa situação sem saber falar se havia um procedimento investigatório ou se a investigação se resumiria aquele 'calhamacinho' de 04 páginas, ele mesmo aqui não soube afirmar se havia uma investigação assim, um negócio mais robusto ou se era só aquilo né, aí eu pedi pro Arruda me justificar pra mim, porque cada uma daquelas pessoas haviam sido conduzidas e aí ele foi justificando (...); **(...) eu perguntei: 'a droga é sua?', ele falou: 'É', mas acompanhado de, porque efetivamente tinham quase 15 policiais militares na minha delegacia, eu e mais dois policiais civis, então assim é, depois que o Arruda me passou toda a ocorrência, inclusive me falando sobre cada um lá de dentro da delegacia, o adolescente algemado, aquele um monte de coisa, eu falei: 'ta bom, agora então eu vou ouvir essas pessoas', então eu ouvi o Arruda, e aí eu ouvindo cada uma das pessoas, elas foram me passando, se verídico ou não, isso tem que ser apurado em inquérito policial, eu não estava lá dentro da casa, eu não tenho condições de falar com certeza o que aconteceu dentro da casa correto? Então eu fui ouvindo cada uma das pessoas, todas foram ouvidas informalmente, tanto que não tem a ouvida delas no nosso sistema da polícia civil, tanto que também foi feito em um texto único todo mundo ali. E é praxe isso ouvir assim informalmente? Não, o negócio é o seguinte, a gente ouve apenas pra justificar o porque não foi feita a APF, aí depois, dentro do inquérito policial é que vai haver a declaração formal de todo mundo, porque se eu não for prender em flagrante. Então a senhora já tinha essa ideia de não prender então? Por isso que já foi ouvido informalmente. Sim, ali eu já manifestei, na hora que, eu fui primeiro pela fragilidade da investigação, inicialmente, foi pelo o que o Arruda me falou, e depois foi pelo o que ele me falou na cela, justificando a condução de cada um, eu já fui vendo que aquilo ali não tava muito correto, e aí eu ouvi primeiro o traficante, o suposto traficante. E aí ouviu separadamente? Separadamente. E aí ele negou? Aí ele negou, entendeu? E ele falou que essa balança, ele nunca viu essa balança, inclusive no procedimento do Ministério Público, no PIC, ele fala que a droga não é dele. Ele justificou o porquê numa hora ele disse que era dele e outra hora não? Não justificou (...); (...) Teve uma situação que eu estou localizando, não sei se o doutor sabe, ou o doutor aqui, de um e-mail que teria circulado entre os delegados. Eu fiz um e-mail, porque assim, quando eu decidi por não lavrar o flagrante e até no meu depoimento eu deixo claro que eu entendo que é viciado sim, que a polícia militar se ela não pode fazer um TC, quem dirá representar por uma busca e apreensão né, então assim, eu entendo que essa representação por busca e apreensão foi uma usurpação de função, eu entendo ta? Mas eu fui pra delegacia com o intuito de fazer o flagrante, porque eu não queria desobedecer a uma decisão judicial que tava ali né, e o que me fez não fazer esse flagrante, foi uma série de fatores e não apenas esse de verificar o vício na origem ta? Porque assim, se na origem já ta viciado esse mandado em si é nulo na minha concepção, é, existe a questão da permanência né, do crime permanente e tal, mas se de fato ocorreram todos esse abusos na hora do cumprimento do mandado, na hora em que eles estavam na casa, quem me garante que essa droga efetivamente estava lá, se não houve nenhuma testemunha, não houve, sabe? então assim, por causa de uma série de ilegalidades, eu não confiei na prova obtida, e aí eu não posso dizer que ah é crime permanente, é crime permanente, mas até a própria materialidade pra mim restou duvidosa,**

porque não foi dentro da casa, não tinha, e assim se não tivesse havido esse monte de abusos, eu teria feito o flagrante, perfeitamente. Se quando a polícia militar faz um flagrante e leva pra delegacia e o conduzido nega a propriedade da droga, a doutora mesmo assim faz o flagrante? Dependendo das circunstâncias sim, porque normalmente eles negam. Sim, sem investigação alguma, simplesmente pegou na Rua e tava traficando, a palavra do policial, ele chega lá e ele leva conduzido. Já deixei de fazer. Já deixou de fazer? Já deixe de fazer. O motivo? É, não, assim, eu já deixei de fazer o flagrante se os usuários que estão conduzidos pra mim, não ta num contexto que parece pra mim verídico ou se a quantidade de repente não me leva pro tráfico realmente, mas eu acho que é posse, mas nunca deixei de instaurar algum procedimento. A doutora recorda do depoimento que o pessoal prestou lá na delegacia? Do que foi conduzido pra lá? Do Jackson? Se eu me recordo do depoimento do Jackson? É, isso. Eles assinaram algum documento lá na hora? Eles assinaram informalmente algo que eu fiz lá. Ta, recorda-se nessa declaração dele, ele afirma que parte da droga era dele? Olha, exatamente eu não sei como é que ta ali, mas ele me falou que foi obrigado a assumir aquela droga. Ta, esses depoimentos ali foram pra doutora, a doutora redigiu e eles assinaram? Sim. E a doutora não recorda o que ele falou lá em relação a droga? **Que ele teve que assumir parte da droga. Parte da droga? Parte da droga. E o restante? O restante, eu não, eu não sei como apurar, eu até perguntei isso, aonde foi encontrado e quanto de quantidade foi encontrada, como que foi, não sei o que, e o Arruda não soube me falar e se ele me falou que ele teve que assumir parte da droga, eu não sei que quantidade é essa parte da droga, não sei se aquilo pode dar uma posse, eu vou apurar em inquérito policial. Consta aqui o depoimento dele de fl. 150, dele pra doutora que ele coloca no final: ‘que o depoente assumiu a droga, que a droga era dela em razão da pressão’. Isso. Ta? E termina assim: ‘assumi que a droga do canteiro é sua, mas desconhecem os objetos achados na bananeira’. Sim. E eu não sei que quantidade é essa droga do canteiro. Certo e com isso. Bom. Eu não ia, eu não faria um APF de tráfico de drogas se fosse uma quantidade irrelevante, eu faria de posse (...)** Grifei.

Como bem destacado na mencionada sentença penal condenatória, as declarações da ré no sentido de que os motivos para não lavratura do flagrante tenham sido a ação policial em si (possíveis agressões físicas e psicológicas), bem como a fragilidade das provas que lhe foram apresentadas na oportunidade, são totalmente isoladas e descontextualizadas de todo o acervo probatório. Não obstante, no mesmo depoimento em sede criminal, a ré mais uma vez reconhece considerar o pedido e cumprimento do mandado pela Polícia Civil como usurpação das atribuições da Polícia Civil.

Importante destacar que pela cronologia dos depoimentos, e pelos seus teores, a ré foi amoldando as suas declarações posteriores aos questionamentos a que anteriormente foi submetida, a fim de tentar justificar a sua irregular atuação.

Até mesmo os envolvidos na ocorrência (pessoas que estavam na casa quando da ação policial) relataram no PIC “Que a delegada não queria saber sobre o caso, só queria saber como ocorreu a abordagem, afirmando que estava tudo errado; Que a delegada teria dito que não estaria mais uma situação de flagrância; Que a delegada teria dito que colocaria tudo no papel para ver o que iria acontecer” (Eventos ns. 6, Petição n. 25, e 23, Informações ns. 472 a 473), “Que a delegada teria dito que não daria flagrante; Que pelo que sabe foi por causa do mandado” (Eventos ns. 7, Informação

n. 26, e 23, Informação n. 478) e “*Que a delegada disse ao policial militar que o procedimento estava errado; (...) Que a depoente foi ouvida pela delegada dizendo que independente da investigação de JAKSON o procedimento foi errado; (...) Que a delegada disse que não realizaria o flagrante pois havia irregularidades no cumprimento da prisão*” (Eventos ns. 7, Informação n. 26, e 23, Informações ns. 481 a 482).

A situação em comento gerou muita repercussão na sociedade, tendo a imprensa entrevistado tanto a ré quanto o Policial Militar Márcio Aberto Filippi, em mais de uma oportunidade.

Um dos entrevistadores, o repórter **WILLIAM HENRIQUE FRITZKE**, esteve tanto na residência dos suspeitos na data da prisão, ainda durante a abordagem, quanto na Delegacia de Polícia, e declarou no PIC “*(...) que já tinha conhecimento que de Dra. Lívia já havia deixado de fazer outras flagrantes em oportunidades anteriores; que então por ter acompanhado a situação, resolveu, mesmo depois de encerrado o seu expediente, se deslocar até a Delegacia para se inteirar dos fatos; (...) que então começou a entrevista com a Dra. Lívia, tendo esta lhe falado que deixava de lavrar aquele flagrante por ter constatado várias irregularidades no cumprimento do mandado, que seria um misto de irregularidades e inconstitucionalidade; falou que era uma usurpação de função pela Polícia Militar, que não poderia cumprir mandado de busca e apreensão; (...) que os policiais lhe relataram que não estavam contentes com a situação pois não entendiam porque a Delegada não iria fazer o flagrante se havia um mandado de busca e apreensão concedido pelo Juiz de Guaramirim; (...) que então a Delegada Lívia começou a falar os motivos que levaram a não fazer o flagrante, relatando novamente inconstitucionalidade e irregularidades no cumprimento do mandado, abuso por parte dos Policiais Militares, que teriam usado ‘spray de pimenta’ dentro da residência, que teriam deixado as pessoas daquela casa deitadas no chão e que era uma usurpação de função por parte da Polícia Militar, deixando claro que Polícia Civil deveria ter sido avisada para cumprir o mandado; (...) que na visão do declarante ficou claro que a Dra. Lívia não quis fazer o flagrante porque tinha sido a Polícia Militar que cumpriu o mandado de busca e apreensão (...)*”. Grifei.

Conforme consultas realizadas no Sistema SAJ, o pedido de busca e apreensão formulado pelo 14º Batalhão de Polícia Militar foi autuado sob o n. 0001643-18.2013.8.24.0026 (026.13.001643-3), na Comarca de Guaramirim, no final do dia 30.4.2013, com parecer do Ministério Público e decisão judicial proferida no dia 2.5.2013 (Evento n. 17, Informação n. 176).

No dia seguinte (3.5.2013) ocorreu a ação policial em análise que, após deliberação da parte ré, resultou na liberação dos suspeitos.

Não obstante, no dia 8.5.2013, o Ministério Público formulou o pedido de prisão preventiva n. 0001701-21.2013.8.24.0026 (026.13.001701-4) em face de Jackson de Jesus Marques, vulgo “Neguinho”, e Josecarla Carvalho de Oliveira, vulgo “Manca”, em decorrência da suposta prática dos crimes descritos nos artigos 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, a qual foi deferida na mesma data e cujo mandado foi cumprido no dia 9.5.2013. Posteriormente o procedimento evoluiu para ação penal que resultou na condenação de ambos (o primeiro pelos crimes previstos nos artigos 33, *caput*, e 35 da Lei n. 11.343/2006 e a segunda pelo crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

Importante registrar que as situações constatadas para fundamentar o pedido de prisão preventiva e os fatos ocorridos no dia 3.5.2013, objeto deste feito, foram os que subsidiaram a condenação dos referidos agentes. Inclusive, os usuários que haviam sido abordados pelos Policiais Militares Jucemar Angeli e Marcos Mateus a pedido dos policiais do Setor de Inteligência da Polícia Militar, que estavam acompanhando a residência em que foi realizada a operação, são os mesmos ouvidos na mencionada ação penal e que confirmam a aquisição de entorpecentes na residência de “Neninho”, no dia 3.5.2013, o que coaduna com o resumo das declarações constantes no Boletim de Ocorrência n. 00051-2013.01563 (Evento n. 19, Informações ns. 161 a 163).

Por tudo o que foi aferido, embora a ré tenha tentado justificar que os motivos da não lavratura do flagrante tenham sido as alegadas agressões verbais e físicas em face dos suspeitos e demais moradores e/ou pessoas que se encontravam no local, afere-se que o motivo determinante da não lavratura do flagrante foi o requerimento e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, diante de sua convicção pessoal de que tais condutas estariam usurpando as funções institucionais da Polícia Civil, mesmo que o ato tenha sido emanado pelo Poder Judiciário.

As agressões apontadas pela ré não foram comprovadas. Não há exame de corpo de delito ou qualquer outro exame físico (apesar das alegadas impossibilidades técnicas), tampouco notícias da instauração e reconhecimento de responsabilidade dos policiais militares envolvidos na ação por eventual prática, tanto judicial quanto administrativamente.

O “incômodo” da ré com a ação policial é nítido desde o início, quando descreve todas as “buscas” que efetuou antes de atender a ocorrência, para identificar a origem e finalidade do mandado.

Tal como já identificado na Ação Penal, de fato, as versões apresentadas pela ré no sentido de que a não lavratura do flagrante se deu pelas violações que identificou, são isoladas e destoam completamente do acervo probatório. Por vezes, são díspares em relação às suas próprias declarações, pois em algumas oportunidades admite a insurgência em relação ao famigerado mandado, o que ocorre, até mesmo, na própria contestação, oportunidade em que embora sustente a não lavratura do flagrante pela ausência da situação flagrancial e devido aos abusos praticados pelos Policiais Militares, ainda sustenta a inviabilidade da prática de atos de polícia judiciária pela Polícia Militar.

Assim sendo, pelo resultado das provas produzidas no presente feito, somadas às conclusões provenientes da seara criminal, constata-se que, incontestemente de dúvidas, o motivo determinante da não lavratura do auto de prisão em flagrante noticiado nos autos foi única e exclusivamente o posicionamento pessoal da ré acerca da emissão e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, com o que discorda por sustentar ser atribuição exclusiva da Polícia Civil.

II.4. Obrigatoriedade de lavratura do auto de prisão em flagrante

Conforme aferido na análise fática, a ré deixou, de forma consciente e por livre e espontânea vontade, de lavar o autor de prisão em flagrante em face, ao menos, do suspeito “Neninho”, tendo como motivo determinante de sua decisão e conduta o prévio requerimento, deferimento e

cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, por considerar usurpação de função da Polícia Civil.

Segundo seu juízo, o requerimento e cumprimento de mandado de busca e apreensão é ato de polícia judiciária, que apenas pode ser exercido com exclusividade pela Polícia Civil.

Conforme já indicado, o pedido de busca e apreensão foi formulado pelo 14º Batalhão de Polícia Militar (Autos n. 0001643- 18.2013.8.24.0026), tendo sido apreciado e deferido pela autoridade judicial competente (Juízo da Comarca de Guaramirim), do que se pode concluir que a legitimidade para requerimento da medida e demais questões legais atinentes foram devidamente aferidas quando da apreciação do pedido, tanto que foi deferido, não competindo “reavaliação” por autoridade que não detém tal competência constitucional (artigo 5º, inciso XI, da CF), como no caso a ré.

Apenas para reforçar a possibilidade de formulação e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, no exercício de atividades atinentes a polícia investigativa, transcrevo precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR REALIZADAS PELA POLÍCIA MILITAR. POSSIBILIDADE.

INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE.

PRESCINDIBILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil, evidenciando a legalidade de investigações realizadas pela polícia militar e da busca e apreensão por aquela corporação realizada, mediante ordem judicial.

2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, considerado de natureza permanente, sequer seria obrigatório o mandado de busca e apreensão para operar-se o flagrante.

3. Recurso a que se nega provimento” (RHC 97.886/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018). Grifei.

Do inteiro teor do acórdão extrai-se:

*“A Constituição da República confere às polícias civil e federal a exclusividade do exercício das funções de polícia judiciária, as quais, por sua vez, não se devem confundir com funções de polícia investigativa - **ligadas à colheita de elementos informativos quanto à autoria e materialidade das infrações penais.***

Apesar do teor do art. 4.º do Código de Processo Penal, segundo o qual a polícia judiciária tem por objeto a apuração das infrações penais e da autoria, essa terminologia não foi a utilizada pela

Constituição Federal de 1988. É que o próprio texto constitucional, ao se referir às atribuições da polícia federal, diferencia as funções de polícia investigativa (CF, art. 144, § 1.º, I e II) das funções de polícia judiciária (CF, art. 144, § 1.º, IV).

Não é outra a diretiva no que diz respeito à polícia civil, a teor do § 4.º do mesmo art. 144 da Constituição da República (...).

Portanto, estabelecida a distinção entre funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, fica claro que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil. As atribuições investigatórias, todavia, poderão ser exercidas por outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função, tal qual dispõe o parágrafo único do art. 4.º do Código de Processo Penal.

(...)

Não há, portanto, como acolher a pretensão de nulificar o mandado de busca e apreensão (precedido de autorização judicial), por ter sido requerido e cumprido pela polícia militar.

(...)" Grifei.

Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO PENAL. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR. DILIGÊNCIA ABRANGIDA NA COMPETÊNCIA DA ATIVIDADE DE POLÍCIA OSTENSIVA E DE PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES. PERDIMENTOS DOS BENS. TRÁFICO DE DROGAS: NECESSIDADE DE ANÁLISE DAS PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

(...) Ora, não vejo qualquer irregularidade no pedido de expedição e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar. O pedido e cumprimento de busca e apreensão efetivado pela Polícia Militar não extrapola a competência delimitada pela Carta Política, antes, encontra fundamento na norma inculpada no art. 144, § 5º, da Constituição Federal. De fato, além do policiamento ostensivo, cabe aos policiais militares a preservação da ordem pública e, é inegável que o tráfico de drogas, crime grave, equiparado a hediondo, desestabiliza o corpo social, causando intranquilidade e desordem. Como bem salientado pelo d. Procurador de Justiça: ‘(...) em situações excepcionais, é possível sim que a Polícia Militar realize atos investigatórios, requerendo a expedição de mandado de busca e apreensão (...) é imperioso destacar que, o mandado foi requerido em razão de fortes indicativos da ocorrência do tráfico de drogas no local e, portanto, trata-se de medida meramente cautelar em razão da urgente necessidade de apreensão da prova dos crimes (...)’ (fl. 786). Deste modo, considerando a missão constitucional da Polícia Militar de resguardo à ordem pública, quando houver fundadas suspeitas da utilização de determinado imóvel para a prática de crime, não só lhe é autorizado elaborar pedido de expedição de mandado de busca e apreensão, como creio ser um dever, já que não pode quedar inerte ante a desestabilização do meio social. Não vejo aí usurpação da competência da Polícia Civil, posto que não se trata de realização de atos diretos de investigação’. A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou entendimento de que ‘o cumprimento do mandado de busca e apreensão pela polícia militar não contraria o art. 144, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal’ (HC n. 137.575, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 22.6.2017) (...)” (RE 1191646/MG, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgado em 11/04/2019, DJe 16/04/2019). Grifei.

Apesar disso, os policiais militares envolvidos no monitoramento da residência, conhecido ponto de drogas, no qual já havia sido efetivada ação anterior que culminou na prisão de duas pessoas que também lá residiam, foram uníssonos ao afirmar que o pedido de busca e apreensão foi formulado apenas para resguardar a ação policial, tendo em vista que embora tenham identificado a continuidade da traficância no local, o modus operandi havia sido alterado, com o possível armazenamento de entorpecentes no exterior da residência, o que poderia dificultar a sua localização.

Contudo, no dia 3.5.2013, durante monitoramento da residência, os policiais do Setor de Inteligência (P2) identificaram dois possíveis usuários, os quais foram abordados por policiais fardados e confirmaram a aquisição da droga no local, tendo inclusive havido a apreensão do entorpecente adquirido, o que já configurava a situação flagrancial, nos termos do artigo 302, inciso II, do Código de Processo Penal (em relação ao núcleo do tipo vender, previsto no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006) e motivou o ingresso na residência.

Segundo relatado pelos policiais, foi a situação flagrancial que motivou a entrada na residência com utilização do procedimento policial padrão SSRAU (surpresa, rapidez, ação vigorosa e unidade de comando) para dominar a situação e todos que estavam no local.

Importante destacar que *“As ações de polícia se dão pelos modos de exercício do poder de polícia, tais como ordem de polícia, consentimento de polícia, sanção de polícia e especialmente, na ação de policiamento. Isto porque é no policiamento que os agentes policiais se deparam com o descumprimento das ordens e consentimentos de polícia e com as demais condutas que, dada a sua gravidade, colocam em risco a convivência social, isto é, infrações penais tipificadas legalmente que arriscam a ordem pública.*

Cumpra à polícia de segurança pública, primeira e rotineiramente, a prevenção de perigos advindos das infrações, em tese, criminosas mediante atos de observação e de policiamento ostensivo que intencionem coibir condutas indesejadas para, num segundo instante, agir prontamente reprimindo as infrações uma vez constatados os atos infracionais penais – dispersando multidões, dissolvendo aglomerações ou mesmo efetivando prisões em flagrante delito, exemplificativamente – num conjunto de medidas policiais de constrição, em sentido estrito (...).

Pode acontecer de a repressão direta contra a pessoa do indivíduo ser a única solução de preservação ou restabelecimento da ordem pública de modo que as medidas policiais constritivas podem até mesmo exigir o pronto emprego da força.

A atividade eminentemente preventiva e antecipatória destinada a recolher informações que municiem as autoridades policiais a prevenir perigos advindos de práticas criminosas e a adotar providências para fazer cessá-los, bem como para identificar os seus responsáveis, configura o ato de vigilância que pode ser tradicionalmente decomposta em geral, quando voltada à observação constante da conduta dos indivíduos nos lugares públicos e de todas as atividades que ali ocorrem, e em especial, ocupada com o desenrolar de uma atividade específica” (Filocre, Lincoln D’Aquino. Direito policial moderno: polícia de segurança pública no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017, p. 85/86, edição eletrônica).

Mesmo com a adoção das técnicas policiais padrão da doutrina militar, relacionadas à contenção de situação em flagrante, os policiais afirmaram que o mandado de busca e apreensão também foi apresentado, sendo as pessoas da residência detidas para viabilizar a busca de entorpecentes e petrechos relacionados, os quais foram localizados.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci, “*flagrante significa o manifesto ou evidente e o ato que se pode observar no exato momento de sua ocorrência. Nesse sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal). Autoriza-se essa modalidade de prisão, inclusive na Constituição Federal (art. 5.º, LXI), sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, demonstrando o seu caráter administrativo, pois seria incompreensível e ilógico que qualquer pessoa – autoridade policial ou não – visse um crime desenvolvendo-se à sua frente e não pudesse deter o autor de imediato. O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal. Certamente, o realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso porventura cometido. De outra parte, essa prisão, realizada sem mandado, está sujeita à avaliação imediata do magistrado, que poderá relaxá-la, quando vislumbrar ilegalidade (art. 5.º, LXV, CF). Ressalte-se, no entanto, que, analisada e mantida pelo juiz, por meio da conversão em preventiva, passa a ter conteúdo jurisdicional. Seu responsável (e autoridade coatora) é o magistrado – e não mais o delegado, que lavrou o auto de prisão em flagrante” (Código de Processo Penal Comentado. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 644, edição eletrônica). Grifei.*

Conforme disposição do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, “*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*” (grifei), sendo autorizado constitucionalmente o ingresso no domicílio de qualquer pessoa, independentemente de ordem/autorização judicial, quando evidenciada situação flagrancial.

E, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, “*Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito*”.

Em comentários a esse dispositivo, Guilherme de Souza Nucci esclarece que “*conferiu a lei a possibilidade de que qualquer pessoa do povo – inclusive a vítima do crime – prenda aquele que for encontrado em flagrante delito (conceituando-o no art. 302), num autêntico exercício de cidadania, em nome do cumprimento das leis do País. Quanto às autoridades policiais e seus agentes (Polícia Militar ou Civil), impôs o dever de efetivá-la, sob pena de responder criminal e funcionalmente pelo seu descaso. E deve fazê-lo durante as 24 horas do dia, quando possível. Quando qualquer pessoa do povo prende alguém em flagrante, está agindo sob a excludente de ilicitude denominada exercício regular de direito (art. 23, III, CP); quando a prisão for realizada por policial, trata-se de estrito cumprimento de dever legal (art. 23, III, CP)” (ibid., p. 644). Grifei.*

E foi o que os policiais militares cumpriram: estando diante de flagrante de tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006), cuja atividade ilícita já vinha sendo acompanhada há algum tempo, realizaram as abordagens e atos necessários para efetivação da prisão em flagrante de “Neninho”, conduzido à presença da Autoridade Policial para as formalidades legais.

Consoante o artigo 304, *caput*, do Código de Processo Penal, “Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto”.

Não se olvida de que o Delegado de Polícia possui independência funcional (artigo 106, § 5º, da Constituição do Estado de Santa Catarina), podendo valorar as situações que lhes são apresentadas para fins de lavratura, ou não, do auto de prisão em flagrante, podendo deixar de fazê-lo desde que, de forma devidamente fundamentada, e por motivo legais genuínos, evidencie a não ocorrência de flagrante delito.

Por outro lado, na dicção do artigo 304 do Código de Processo Penal, somado às atribuições constitucionais e legais (Lei Nacional n. 12.830/2013 e Lei Complementar Estadual n. 453/2009), **é obrigação legal e funcional do Delegado de Polícia lavrar o flagrante quando evidenciado, como no caso.**

Ao revés do sustentado pela ré, o motivo da negativa de lavratura do flagrante não pode ser considerado legítimo, ao passo que a causa determinante para tal foi o mandado de busca e apreensão requerido e cumprido pela Polícia Militar, e não a existência de irregularidades na efetivação da prisão (que, repita-se, não foram comprovadas).

E ainda que se pudesse sustentar irregularidades na emissão e cumprimento do mandado de busca e apreensão, eventuais vícios que o maculem não se comunicam com a prisão em flagrante em si (são atos considerados distintos, ainda que o flagrante possa derivar da busca e apreensão), já que se está diante de crime classificado como permanente, pois como comprovado, além da droga apreendida com usuários, também foi localizada certa quantidade de drogas no lado externo da residência, além de petrechos relacionados à traficância:

*“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **TRAFICO DE DROGAS. NULIDADE DA DECISÃO QUE PERMITIU A BUSCA E APREENSÃO NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO.** PROVIMENTO JUDICIAL MOTIVADO. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. FUNDADA RAZÃO PARA O INGRESSO NO IMÓVEL. DESNECESSIDADE DE **MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU DA AUTORIZAÇÃO DO MORADOR PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIDA.** COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.*

1. Na espécie, depreende-se que, embora sucinta, a decisão que permitiu a busca e apreensão nos endereços do agravante se embasou na representação policial e no parecer ministerial para justificar a necessidade da medida, procedimento que encontra amparo na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

2. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

3. Ainda que pudesse cogitar da nulidade da decisão que permitiu a busca e apreensão, havendo fundadas suspeitas de que o agravante, sobrinho de criminosa que figura entre os 10 (dez) mais procurados do Estado de São Paulo, estaria armazenando entorpecentes em seu imóvel, era legítima até mesmo a entrada forçada dos policiais no imóvel, não havendo que se falar, assim, em ilicitude da prova decorrente da busca e apreensão. Precedente.

(...)

2. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no HC 548.134/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 16/12/2019). Grifei.

Além dos dois usuários que adquiriram a droga de “Neninho” (resumo de suas declarações constantes no Boletim de Ocorrência n. 00053-2013-01563 - Evento n. 19, Informações ns. 161 a 163), situação a qual já seria suficiente para evidenciar o flagrante do crime de tráfico de drogas (que é tipo penal misto alternativo ou de ação múltipla) na modalidade vender, os policiais militares ainda localizaram mais drogas guardadas/depositadas na área externa da residência (o que já era esperado, pelos monitoramentos que vinham sendo realizados), o que também configura a conduta típica do artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, nas modalidades ter em depósito e/ou guardar, que consubstancia crime permanente.

Inclusive, o Código de Processo Penal dispõe que “*Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência*” (artigo 303) - grifei.

Não fosse isso, apesar de mais do que suficientemente evidenciadas as condutas típicas para formalização do flagrante, para corroborar a prática criminosa os policiais militares apresentaram à Autoridade Policial, ou seja, à ré, quatro relatórios e um DVD com imagens de monitoramento da ação dos suspeitos (o registro dessa apresentação também consta no Boletim de Ocorrência n. 00053- 2013-01563 - Evento n. 19, Informações ns. 161 a 163).

Para os policiais militares, o suspeito “Neninho” confirmou a propriedade da droga como sendo sua, o mesmo ocorrendo perante a Delegada ré, a qual se contradiz nos depoimentos transcritos, ora afirmando que o suspeito negou a propriedade da droga, ora confirmando que ao menos parte do entorpecente lhe pertencia.

Assim, não há dúvidas da situação flagrancial e da obrigatoriedade de formalização do auto de prisão em flagrante, não sendo suficiente para suprir essa necessidade a instauração de inquérito policial.

Inclusive, era totalmente dispensável até mesmo a existência do mandado de busca e apreensão no caso, pois evidenciadas duas modalidades de flagrante do artigo 302 do Código de Processo Penal: o do inciso I (ter em depósito e/ou guardar) e II (vender). Logo, os policiais militares poderiam ter agido da exata mesma forma mesmo que nunca tivesse sido sequer formulado o pedido de busca e apreensão.

Conforme tese firmada em sede de recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal, “*A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados*” (Tema n. 280).

O entendimento pessoal e insurgência da ré com relação ao mandado de busca e apreensão, o qual era até mesmo dispensável para efetivação da prisão, não poderia, de modo algum, ser utilizado como subterfúgio para não cumprimento de suas obrigações legais e funcionais.

As alegadas agressões físicas e verbais relatadas pelos conduzidos, das quais não se tem absolutamente nenhuma prova, não poderiam ser indicados como motivos para não lavratura do flagrante. Na verdade, tais justificativas foram utilizadas para mascarar o real motivo da não prática do ato, conforme já constatado.

Mas, ainda que alguma agressão pudesse ter ocorrido (ou qualquer outra modalidade de abuso), não poderia a ré simplesmente liberar a todos e ignorar a situação flagrancial incontestada, mas sim adotar os procedimentos legais cabíveis, quais sejam, lavrar o flagrante do tráfico e instaurar procedimento para apurar a veracidade das supostas agressões, para posterior responsabilização dos seus autores (criminal, cível e administrativamente), pois, como a própria ré declarou, não teriam deixado vestígios, não sendo possível a presunção absoluta da veracidade das alegações dos conduzidos, com base unicamente nas suas declarações daquele momento, até porque é notório, especialmente nos crimes descritos na Lei n. 11.343/2006, ser comum haver negativa da autoria e tentativa de desvirtuamento da situação flagrancial como tentativa de desconstituição das provas que podem ensejar a condenação.

Importante destacar que, conforme consolidada jurisprudência, o depoimento de policiais militares goza de presunção *juris tantum* de veracidade, pois dotados de fé pública, sendo afastados apenas quando da existência de prova contrária às declarações, o que não ocorre no caso.

O eventual abuso de autoridade merecia investigação, pois não coaduna com a atual ordem constitucional e com o estado democrático de direito no qual estamos inseridos admitir o cumprimento de deveres funcionais com excessos e abusos, contrariando os preceitos que regem a nossa pátria.

Não obstante, não possuía a ré o poder de concluir, sumariamente e com base unicamente nas declarações dos conduzidos, e sem a oitiva dos policiais militares (tendo ficado suficientemente comprovado que não ouve a oitiva, sequer informal da maioria dos policiais que atuaram na operação), simplesmente concluir pela ocorrência dos abusos. Como já dito, competia à ré a lavratura do procedimento específico para suas apurações, não estando dentre as atribuições funcionais do delegado o “julgamento sumário” das condutas, tampouco adotar como verdadeiras as declarações prestadas pelos suspeitos e como inverídicas as dos policiais, aos quais existe presunção de veracidade, necessitando da produção de provas (judicialmente) para a verificação da veracidade de cada alegação. Além disso, acaso houve fortes indícios da ocorrência das

E ainda que houvesse alguma dúvida em relação à guarda de drogas na residência para a traficância, o que em verdade sequer é justificado nas razões emitidas pela ré para não lavratura do flagrante, a venda de entorpecentes aos usuários, naquela mesma data, não comportava dúvidas, especialmente porque os usuários confirmaram a aquisição da droga do suspeito naquela oportunidade. E sobre a venda, a ré não se manifestou expressamente em nenhuma oportunidade.

O atos normativos invocados pela ré (em depoimentos ou defesas escritas) para buscar justificar a sua conduta (Lei Nacional n. 12.830/2009, Lei Complementar Estadual n. 453/2009 e Decreto Estadual n. 660/2007) em nada modificam as conclusões até o momento externadas.

A Lei Nacional n. 12.830/2009, que “*dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia*”, é ato bastante conciso, e não convalida o agir da ré, pois pressupõe o comportamento regular da autoridade policial, e não contraria as disposições constitucionais anteriormente mencionadas na diferenciação dos atos de polícia investigativa e polícia judiciária, até porque se o fizesse padeceria de vício de inconstitucionalidade,

A Lei Complementar Estadual n. 453/2009, que trata do plano de carreiras da Polícia Civil, especialmente no seu artigo 80, estabelece as prerrogativas dos Delegados de Polícia (inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio e autonomia funcional e operacional), porém, conforme já dito, a autonomia funcional garantida não abarca a conduta da ré objeto dos autos, já que foi praticada contrariamente à lei (em sentido *lato*).

Inclusive, dispositivo da mesma Lei Complementar já foi submetido a controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, tendo sido a ação direta julgada parcialmente procedente nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO ‘COM EXCLUSIVIDADE’ DO ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR CATARINENSE N. 453/2009. ATRIBUIÇÕES DE DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Inocorrência de inconstitucionalidade formal da Lei Complementar catarinense n. 453/2009. As normas relativas ao reconhecimento de atribuições do cargo de delegado de polícia, de polícia judiciária e de apuração de infrações penais não versam sobre matéria processual penal. A circunstância de as atividades, em tese, conduzirem a futura instauração de inquérito penal não altera a natureza administrativa da matéria tratada na norma impugnada. 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: não exclusividade do desempenho das atividades investigativas pela polícia civil. Recurso Extraordinário n. 593.727-RG/MG. 3. Ação julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao art. 4º da Lei Complementar n. 453/2009 de Santa Catarina, assentando-se haver exclusividade da atuação dos delegados de polícia civil apenas quanto às atribuições de polícia judiciária. As infrações penais, todavia, podem ser apuradas pelas demais instituições constitucionalmente responsáveis pela garantia da segurança pública, da ordem jurídica e do regime democrático” (ADI 4618, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 18-02-2019 PUBLIC 19-02-2019). Grifei.

Por fim, o Decreto Estadual n. 660/2007, norma já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal

como de caráter secundário (ADI n. 3.982/SC), não podendo, portanto, inovar no ordenamento jurídico, mas apenas regulamentar o exercício de direitos e obrigações previstas em atos normativos primários (leis), “*Estabelece diretriz para a integração dos procedimentos a serem adotados pelos órgãos da Segurança Pública, na lavratura do Termo Circunstanciado, conforme previsto no art. 69 da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*”, possuindo, portanto, aplicabilidade restrita no Microsistema dos Juizados Especiais.

Além disso, o seu artigo 4º assim estabelece:

“Art. 4º É vedado à Polícia Militar praticar quaisquer atos de Polícia Judiciária, dentre os quais apuração de infrações penais, pedidos de mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, escuta de ambiente e representações de prisões temporárias e preventivas, bem como, cumprimento de mandados de busca e apreensão, exceto, neste caso, por determinação judicial”. Grifei.

Esse dispositivo, de legalidade e/ou constitucionalidade duvidosa, num primeiro momento veda a formulação de pedidos e cumprimentos de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, mas excetua, nesse último caso o cumprimento pela referida instituição quando a ordem de busca prouver de ordem judicial (embora a ordem de busca e apreensão esteja abarcada pela reserva de jurisdição - STF, MS n. 33663 MC/DF).

Como dito, além da aplicação do Decreto ser restrita ao âmbito dos Juizados Especiais, o que já é suficiente para inviabilizar a sua aplicação no caso, já que não se está diante de crime menor potencial ofensivo, também contraria os posicionamentos jurisprudenciais colacionados, o que abarca o entendimento do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, no sentido de não ser atividade exclusiva da Polícia Civil o requerimento e cumprimento de mandado de busca e apreensão, pois relacionado à atividades de policiamento ostensivo e de polícia investigativa, às quais a Constituição não atribuiu exclusividade de atuação à Polícia Civil.

Em conclusão, diante da situação fática exposta pelos policiais militares na data em questão à ré, esta, na condição de Autoridade Policial, detinha a obrigação de lavrar o auto de prisão em flagrante, ao menos, do suspeito Jackson de Jesus Marques, o “Neninho”, pois comprovada a ocorrência de duas modalidades flagrantiais com o seu agir.

Delineados os fatos, passo a apreciá-los à luz dos preceitos estabelecidos pela Lei n. 8.429/1992.

II.5. Subsunção à Lei de Improbidade Administrativa

Nunca é demais lembrar que a moralidade é elementar ao exercício da atividade pública, estando consagrada na Constituição Federal como um dos princípios basilares da Administração Pública (artigo 37, caput, da CF).

Nas palavras do mestre Hely Lopes Meirelles, “*a natureza da administração pública é a de um*

*munus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e **interesses da coletividade**. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito e da Moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo”* (Direito Administrativo Brasileiro. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 80). Grifei.

O controle sobre os atos dos agentes públicos deve ser rígido, o que vem a permitir um gradual aperfeiçoamento da atividade estatal e a imprescindível adequação dos agentes públicos aos valores próprios de um Estado Democrático de Direito, no qual o bem comum representa o pilar fundamental.

Compete ao agente público, portanto, a observância irrestrita aos princípios norteadores da Administração Pública, inseridos na Constituição da República de 1988, nos seguintes termos:

“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 o mesmo dispositivo estabelece ainda:

“(...)”

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Assim, no campo delimitado pelo legislador constitucional, foi editada a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, estabelecendo sanções aplicáveis aos agentes públicos que descumprirem o dever legal de probidade administrativa, determinado no artigo 4º:

“Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Ato de improbidade administrativa, destarte, é aquele praticado por agente público, contrário às normas morais, à lei e aos bons costumes, ou seja, aquele que indica falta de honradez e de retidão de conduta no modo de proceder perante à administração pública direta, indireta e fundacional, nas três esferas políticas.

A Lei n. 8.429/1992 definiu três modalidades de atos de improbidade administrativa: 1. Os atos de improbidade administrativa que importam em **enriquecimento ilícito** (artigo 9º); 2. Os atos que causam **prejuízo ao erário** (artigo 10); e 3. Os atos que atentam **contra os princípios da Administração Pública** (artigo 11).

Como se vê, referido Diploma Legal avançou no rol de atos de improbidade abrangendo, além do enriquecimento ilícito, os atos de qualquer forma lesivos ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública, independentemente da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público (artigo 21, inciso I).

No caso vertente, é imputada à ré a prática do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, inciso II, da Lei n. 8.429/1992, que assim dispõe:

“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:

(...)

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; (...).”

Essa modalidade de ato de improbidade (violação aos princípios da Administração Pública) resta caracterizada independentemente da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Neste aspecto, bem esclarece Marcelo Figueiredo, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*“Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material à administração, **com também qualquer sorte de lesão ou violação à moralidade administrativa, havendo ou não prejuízo no sentido econômico. De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de ‘corrupção’ (sentido leigo).** Muitas dessas práticas revertem em benefício do agente e nem sempre causam prejuízo ‘econômico-financeiro’ à Administração” (Direito Administrativo. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 727). Grifei.*

A respeito da caracterização do ato de improbidade previsto no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, novamente oportuna a doutrina de Wallace Paiva Martins:

“O art. 11 é a grande novidade do sistema repressivo da improbidade administrativa, dirigido contra o comportamento omissivo ou comissivo violador dos princípios que regem a Administração Pública e dos deveres impostos aos agentes públicos em geral, arrolados exemplificativamente (honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade), e aos quais é lícito acrescer finalidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, boa-fé etc., enfim, tudo o que componha para as noções de moralidade e probidade administrativa, como já visto.

Desse modo, se o agente público não enriqueceu ilicitamente nem causou prejuízo ao erário, ações ou omissões que atentem contra os princípios da Administração Pública (não somente os do art.

37 da CF, mas os inerentes ao sistema, exemplificativamente arrolados no art. 11, caput, da Lei Federal n. 8.429/92) são censuradas, porquanto revelam o desvio ético de conduta, a inabilitação moral do agente público para o exercício da função pública. (...)

A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. Grande utilidade fornece a conceituação do atentado contra os princípios da Administração Pública como espécie de improbidade administrativa, na medida em que inaugura a perspectiva de punição do agente público pela simples violação de um princípio, para assegurar primazia dos valores ontológicos da Administração Pública, que a experiência mostra tantas e tantas vezes ofendidos à míngua de qualquer sanção. A inobservância dos princípios acarreta agora responsabilidade, pois o art. 11 censura condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material. (...) (op. cit., p. 224). Grifei.

Waldo Fazzio Júnior denomina as conduta ímprobadas enumeradas no artigo 11 e seus incisos da LIA como “atos de improbidade em sentido estrito”.

Explica que “Justifica-se o rótulo, na medida em que tais atos comissivos ou omissivos independem de efeitos materiais subjetivos (agente público que se avanteja) e objetivos (lesão ao erário), para sua caracterização. Não são qualificados por resultados objetivos, como o enriquecimento ilícito (art. 9º) e o malbaratamento do patrimônio público econômico (art. 10).

A norma do art. 11 e seus incisos exemplificativos funda-se na necessidade de prevenir disfunções administrativas que promovem a substituição das metas públicas por interesses menores (individuais, de grupos, partidos, empresas, familiares etc.) e, também, na disposição para reprimir condutas de agentes públicos comprometedoras da prestação regular dos serviços que titulam” (Improbidade Administrativa. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 300).

Com relação ao **elemento subjetivo** o Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente que “para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo **dolo** para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela **culpa**, nas hipóteses do art. 10 que resulte dano ao erário” (EDcl no AgRg no REsp 1314061/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013). Grifei.

No caso em exame, consoante fundamentado anteriormente, restou devidamente comprovado que a parte ré, no exercício das atribuições de Delegada de Polícia, deixou de lavrar auto de prisão em flagrante ao qual estava obrigada legalmente, em virtude de convicção pessoal que foi colocada acima das suas obrigações legais e constitucionais, de forma livre e consciente, como meio de exteriorização do seu descontentamento e insurgência com a atuação da Polícia Militar no caso.

Imputa o Ministério Público que o agir da ré infringiu os princípios constitucionais regentes da Administração Pública, especialmente os da legalidade e moralidade, por “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” (inciso II do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992).

Na lição de Marino Pazzaglini Filho, “O inciso II cuida da **prevaricação administrativa consistente em retardar ou omitir ato de ofício sem justificativa legal**.

(...)

No caso de ‘deixar de praticar’, o administrador **omite ato de ofício devido**.

Enquanto naquela a intenção do agente público prevaricador é de tornar tardia, serôdia, sua realização, nesta, é de **não o realizar**.

Comete o ato de improbidade administrativa em exame, v.g., o agente público que, voluntária e desonestamente, recusa-se a dar cumprimento a decisão judicial; deixa de embargar obra clandestina; retarda o atendimento de pessoa doente; protraí ou omite a instauração de procedimento disciplinar contra funcionário subalterno infrator; demora exageradamente no atendimento de ocorrência policial” (Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 126, edição eletrônica). Grifei.

Já Waldo Fazzio Júnior aprofunda ainda mais a análise da conduta:

“Ato de ofício é expressão que significa ato que deve ser praticado pelo agente público em razão das suas atribuições; é ato de competência. Não é qualquer ato administrativo, mas aquele próprio daquele agente público, no exercício da função pública. Daí por que a norma expõe a alternativa de condutas ímprobas ligadas à inobservância do dever próprio de seu ofício:

1.retardar, indevidamente, a prática de ato de ofício; ou 2.deixar, indevidamente, de praticar ato de ofício.

É indispensável considerar que, para caracterização da improbidade administrativa, o ato de ofício deve ser determinado, isto é, **deve estar contido nas atribuições legais do agente público**. A figura não tem sentido se o agente público retarda ato que está fora de suas atribuições. É impossível retardar ou deixar de praticar ato que não pode praticar.

(...)

O advérbio indevidamente é elemento normativo indiciário de **consciência da ilegalidade da conduta**. O agente público conhece seu dever administrativo, mas não o cumpre. Sabe que, ao retardar ou não praticar ato de ofício, invade o território da ilegalidade.

Portanto, se o agente público, desprezando os deveres *ratione officii*, sobretudo o de efetivar os atos oficiais, sem qualquer motivo escusável, protela-os, ou, o que é pior, não os pratica, **ainda que não mire qualquer vantagem ou interesse**, está cometendo esta espécie de ato de improbidade.

(...)

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 protrair 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.(...)

Como não se trata de direito penal, não é necessário indagar sobre o motivo do retardamento ou da abstenção. O delito de prevaricação (CP, art. 319) só se aperfeiçoa quando a conduta exterioriza o objetivo de atender a interesse ou a sentimento pessoal. No caso em epígrafe, **o ato de improbidade se perfaz pelo mero retardamento ou omissão injustificada do ato**, já que o agente público está consciente do dever de praticá-lo e, portanto, da ilegalidade de seu procedimento” “Improbidade administrativa. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 324-327). Grifei.

Por fim, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, em nota de rodapé de n. 90, ao tecerem comentários sobre a conduta em foco, exemplificando algumas possibilidades, indicam que “O inciso em enfoque tem múltiplas aplicações, podendo ser citadas, à guisa de ilustração, as seguintes: a) o descumprimento de ordem judicial (TJMG, 8a CC, AP n. 1.0713.06.063142-9/001, rel. Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto; TJMG, 5a CC, AP n. 1.0713.06.062084-4/001, rel. Des. Antônio Hélio Silva, j. em 17/7/2008, DJ de 5/8/2008; e TJPR, 4a CC, AP n. 535.386-4, rel. Desa. Regina Afonso Portes, j. em 12/7/2010, DJ de 1o/9/2010); b) o não atendimento às requisições do Ministério Público (STJ, REsp n. 1.116.964-PI, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 15/3/2011, DJe de 2/5/2011; e TJRJ, 17a CC, AP n. 0000874-96.2008.8.19.0002, rel. Desa. Maria Inês da Penha Gaspar, j. em 31/8/2011); c) **a não lavratura de auto de prisão em flagrante pela Autoridade Policial, limitando-se em confeccionar um boletim de ocorrência, com a consequente libertação do agente que fora preso, sem fiança ou ordem judicial;** d) o acautelamento de registros de ocorrência pela Autoridade Policial, sem a instauração de inquérito policial; e) o arquivamento arbitrário de inquérito policial pelo Delegado de Polícia Civil, deixando de imprimir-lhe o processamento regular (TJMG, 5a CC, AP n. 1.0713.05.053005-2/001, rel. Desa. Maria Elza, j. em 12/2/2009, DJ de 2/3/2009 (...))” (Improbidade administrativa. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 419, edição eletrônica). Grifei.

Conforme as lições doutrinárias ora transcritas, não há dúvidas de que a ré incidiu na disposição legal em comento, pois deixou de praticar ato de ofício ao qual estava obrigada (ratificação de prisão em flagrante e lavratura do respectivo auto), na condição de Delegada de Polícia, dentro de suas atribuições legais e funcionais, indevidamente, ou seja, em situação em que estava suficientemente evidenciada hipótese flagrancial.

Muito embora tenha sido identificado o motivo da forma de agir da ré, sendo em virtude de indignação e discordância com a existência de pedido e cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, a modalidade ímproba em questão não exige a demonstração e comprovação do motivo da omissão, tampouco o dolo específico, a intenção de satisfazer interesse pessoal ou alheio. Para tanto, basta a omissão na prática do ato, de forma indevida e consciente, como ocorreu.

O fato de ter sido instaurado inquérito policial para apuração da conduta do suspeito não

torna regular a conduta, pois estando à frente de evidente situação flagrancial, inclusive condutas distintas que incidiam em duas modalidades de flagrante, uma delas atinentes a crime permanente, a ré estava **obrigada** a lavrar o auto de prisão em flagrante.

A bem da verdade, embora a ré mencione em seus depoimentos na seara criminal e no bojo do presente feito que estava em dúvidas sobre a situação flagrancial, mais uma vez, essa afirmação é totalmente destituída de fundamento e completamente isolada em face de todo o acervo probatório, notadamente considerando que eventuais dúvidas sobre o flagrante sequer foram apontados no documento em que justifica a não lavratura do auto. O mais próximo disso foi no sentido de que as supostas agressões levaram o suspeito a assumir a droga.

Contudo, mais uma vez, e até mesmo correndo o risco de tautologia, haviam duas condutas distintas do suspeito: a **venda** de drogas a dois usuários, que estavam na Delegacia de Polícia e não foram ouvidos, e a **guarda/depósito** do entorpecente para a mercancia ilícita (confirmada com a primeira conduta), tendo o suspeito perante a ré assumido a propriedade de ao menos parte da substância.

Em casos semelhantes houve o reconhecimento da mesma prática ímproba:

*“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - **DELEGADO DE POLÍCIA - LAVRATURA DE AUTO DE FLAGRANTE DELITO - TRÁFICO DE DROGAS** - AUSÊNCIA EM PLANTÃO - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONFIGURAÇÃO. - **O legislador processual dispôs expressamente sobre a necessidade da lavratura do APFD - Auto de Prisão de Flagrante Delito quando o agente for apresentado em alguma das condições de flagrância trazidas pelo art. 302 do CPP, portanto, manifestar-se sobre a ratificação ou não da prisão era dever do Delegado em plantão, o que não observado, gera a incursão em ato de improbidade administrativa, qual seja, o de retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, nos termos do art.11, II, da Lei n. 8.429/92.***

V.V.

*APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - **DELEGADO DE POLÍCIA - AUSÊNCIA DE LAVRATURA DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE - INDÍCIOS DA MATERIALIDADE E AUTORIA EXISTENTES - ART. 11, II, DA LIA - CONDENAÇÃO** - SANÇÕES - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - OBSERVÂNCIA - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. 1. A finalidade insculpida no parágrafo único do artigo 12 é dotar a decisão judicial de razoabilidade e proporcionalidade, reservando a aplicação das penalidades máximas previstas nos respectivos incisos, às condutas mais graves e lesivas ao erário. 2. Na mensuração da reprovabilidade da conduta do Delegado de Polícia que deixa de lavrar auto de prisão em flagrante de suspeita da prática de tráfico de drogas, ainda que não a ratificasse posteriormente, porque não se encontrava na Delegacia de Polícia, mesmo sendo o Delegado de Plantão, enseja a aplicação de multa de um mês da remuneração recebida ao tempo dos fatos, nos termos do art. 12, III, da Lei 8.429/92” (TJMG - Apelação Cível 1.0479.13.018915-8/001,*

Relator(a): Des.(a) Hilda Teixeira da Costa, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/11/2017, publicação da súmula em 17/11/2017). Grifei.

*“APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - **PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS - VIOLAÇÃO CONFIGURADA** - LEI Nº 8.429/92 - CONDENAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO.*

- *Diante da comprovação de que o Delegado da Polícia Civil praticou atos que violam os princípios administrativos insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, na recusa da lavratura de auto de prisão em flagrante, impõe-se a condenação ao cumprimento das penalidades previstas na Lei nº 8.429/92” (TJMG - Apelação Cível 1.0702.06.306332-6/001, Relator(a): Des.(a) Kildare Carvalho , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/08/2012, publicação da súmula em 13/08/2012). Grifei.*

O agir (ou não agir) da ré configura afronta direta ao princípio constitucional da *legalidade*, ao deixar de cumprir com suas atribuições funcionais e legais e, especialmente com o disposto nos artigos 301 a 304 do Código de Processo Penal, bem como ao princípio da *impessoalidade*, pois ao deixar de ratificar a prisão e lavrar o auto de prisão em flagrante, colocou entendimentos e convicções pessoais acima de suas obrigações legais, agindo para satisfação de entendimento pessoal.

Recorde-se que o princípio da legalidade é a base matriz de todos os demais princípios constitucionais que regem a atuação administrativa e representa estrita observância à lei. O agente público pode praticar somente os atos predefinidos em lei, não podendo afastar-se dela, sob pena de incorrer em responsabilidade e ter o ato praticado eivado de nulidade.

Daí dizer-se que, enquanto nos negócios privados se pode realizar tudo o que a lei não proíbe, no âmbito público é permitido realizar somente as condutas permitidas em lei.

Observe-se que, nesse sentido, a acepção à lei não é restrita, limitando-se a esta ou aquela norma. Seu significado é muito mais abrangente, pois revela não só a lei em si, mas todo o arcabouço legal e constitucional em que está inserida.

No magistério de Hely Lopes Meirelles:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e dele não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (Direito Administrativo Brasileiro. 38ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 89).

Quanto ao princípio da impessoalidade, corolário do dever de imparcialidade, importante destacar que a preservação do interesse coletivo é indissociável ao exercício da função pública, sendo *“(...) consectário natural do princípio da finalidade, impõe que o ato administrativo seja praticado de acordo com os escopos da lei, precisamente para evitar autopromoções de agentes públicos. Sua palavra de ordem é: banir favoritismos, extravios de conduta, perseguições governamentais, execrando a vetusta hipótese da ilegalidade e do abuso de poder. A impessoalidade visa, pois, coibir o desvio de finalidade de ato comissivo ou omissivo (...), impedindo que o administrador pratique ação ou omissão para beneficiar a si próprio ou a terceiros. (...) Nesse aspecto, a impessoalidade constitui um desdobramento do pórtico geral da igualdade (art. 5º, caput), espraiando sua força centrípeta sobre outras normas constitucionais, a exemplo daquelas insculpidas nos arts. 37, II e XXI, e 175 da Carta de 1988” (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1031, edição eletrônica).*

Ainda sobre a impessoalidade, leciona Arnaldo Rizzardo que, “(...) *se refere à realização dos atos sem conotação especial à pessoa do agente, ou aos interesses particulares, de modo a se evidenciar total objetividade e neutralidade na atividade administrativa. Não se dá realce ao indivíduo, de modo a não se encontrarem marcas pessoais. Interessa a entidade, seja pública ou privada. Nem se tem em vista o tipo de pessoa, mas o preenchimento dos requisitos para se deferir um requerimento. Jamais poderão ser móvel da ação governamental as simpatias ou animosidades pessoais, as filiações políticas ou os pendores ideológicos. Não se aceitam as discriminações benéficas ou vingativas, decorrentes de interesses sectários, ou de facções e grupos partidários*” (Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 455, edição eletrônica).

Importante destacar que a conduta da ré, embora não tenha gerado enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, somente não ensejou maiores consequências à sociedade porque o Ministério Público foi bastante ágil em sua atuação, formulando pedido de prisão preventiva em face dos indiciados “Neninho” e de “Manca” poucos dias após a situação objeto dos autos.

A ilegal e imoral conduta da ré, além de ser reprovável por si só, igualmente poderia ter significativamente afetado a sociedade como um todo, que já padece das consequências nefastas do tráfico de entorpecentes, ao reinserir pessoa que dá ensejo à continuidade da prática criminosa.

Relembre-se que o crime de tráfico de drogas é de perigo abstrato e tutela o bem jurídico saúde pública.

No que se refere ao elemento subjetivo, no caso específico, consistente no **dolo**, todo o processado evidencia a clara, consciente e deliberada intenção da ré em não ratificar a prisão e lavar o auto de prisão em flagrante, de forma intencional e ao arrepio da lei, para satisfação de entendimento pessoal, sobreposto às suas obrigações legais e funcionais.

Destaque-se que além dos agentes policiais, integrantes do Comando da Polícia Militar, na data e no desenrolar dos fatos, conversaram pessoalmente com a ré, destacando os monitoramentos anteriores, a apreensão de drogas com usuários na data e a caracterização do crime como permanente em relação à conduta de guardar/ter em depósito drogas com a finalidade de venda. Mas mesmo assim, e com o nítido intuito de defender a “bandeira” de proteção da instituição que integra, em evidente contrariedade e descontentamento à ação militar, para satisfação de entendimento pessoal, a ré manteve a decisão de não cancelar a prisão em flagrante.

Mais uma vez saliento que o dolo exigido para configuração da conduta ímproba específica é meramente **genérico**, consubstanciando-se simplesmente com a omissão de praticar ato a que estava obrigada de ofício, de forma indevida. Não há necessidade de haver intenção de o agente beneficiar alguém, ou até mesmo a si próprio.

Saliento que não se está punindo, no caso, uma forma de pensamento, mas sim uma atuação (ou a sua falta) contrária à lei de agente público, o qual possui a obrigação legal e constitucional de apenas agir nos estritos limites da legislação.

Ponto, por fim, que além do definitivamente apurado na esfera criminal, as provas produzidas

nos presentes autos são mais do que suficientes, por si sós, a comprovar a prática do ato ímprobo capitulado no artigo 11, inciso II, da Lei n. 8.429/1992.

II.6. Sanções aplicáveis

Estabelece o artigo 12, inciso III, da Lei n. 8.429/1992:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou **creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.**

(...)”. Grifei.

Na fixação das penas, de acordo com o previsto no parágrafo único do dispositivo em referência, o juiz deverá levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Neste aspecto, prevalece o entendimento jurisprudencial no sentido de que, na graduação das sanções, compete ao julgador observar o princípio da proporcionalidade, de modo que haja a devida proporção entre a gravidade da infração e a(s) pena(s) aplicada(s), sem, contudo, privilegiar a impunidade.

É assente, também, o entendimento de que não há cumulatividade obrigatória ou necessária das sanções previstas, competindo ao juiz aplicar as punições, e o respectivo grau, mais adequadas de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

A propósito, judiciosamente consignou o ilustre Des. Luiz César Medeiros:

“ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – PREFEITO MUNICIPAL – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – CARACTERIZAÇÃO – LEI N. 8.429/92, ART. 9º E 11.

(...).

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

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

Ao decidir pela aplicação isolada ou conjunta das penalidades estatuídas na Lei n. 8.429/92, art. 12, I, II e III, o juiz, independentemente da estima pecuniária, deve estar atento à intensidade da ofensa aos valores sociais protegidos pela ordem jurídica e às circunstâncias peculiares do caso concreto, dentre elas, o grau de dolo ou culpa com que se houve o agente, seus antecedentes funcionais e sociais e as condições especiais que possam ensejar a redução da reprovabilidade social, tais como, aspectos culturais, regionais e políticos, contexto social, necessidade orçamentária, priorização de determinados atos, clamor da população, consequências do fato, etc.” (Apelação Cível n. 2011.013347-5, de Chapecó, j. em 21.03.12).

Desse modo, tem-se que os critérios a serem utilizados na fixação das sanções previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429/1992, em consonância com o previsto na própria Lei e, também, segundo preconizado pela jurisprudência, em essência, são os seguintes: **1)** extensão do dano causado (intensidade da ofensa aos valores sociais protegidos pela ordem jurídica); **2)** proveito patrimonial obtido pelo agente; **3)** peculiaridades do caso concreto, tais como: grau de dolo ou culpa, antecedentes funcionais e sociais e as condições especiais que possam ensejar a redução da reprovabilidade social.

A intensidade da ofensa aos valores sociais protegidos pela ordem jurídica no presente caso é deveras acentuada, porquanto a ré deixou de ratificar prisão em flagrante e lavrar o respectivo auto de grave crime, motivada por convicção pessoal, a qual foi sobreposta aos seus deveres e atribuições legais e funcionais, unicamente para satisfação de interesse pessoal de externar discordância a ato praticado pela Polícia Militar. Inclusive, essa gravidade é reforçada pelo fato de inexistir dúvidas quanto à flagrância em si e em virtude de a ré tentar mascarar os reais motivos de sua conduta. Ademais, a ré até mesmo agiu em contrariedade e/ou ignorando ordem judicial (deferimento do pedido de busca e apreensão), negando, deliberadamente, o monopólio da jurisdição exercido pelo estado-juiz.

No caso presente, não resta caracterizado dano patrimonial ao erário, tampouco proveito patrimonial obtido.

O grau de dolo é elevado, assim como o grau de reprovabilidade da conduta ímproba, pois a ré de forma absolutamente consciente, deixou de lavrar auto de prisão em flagrante unicamente para satisfação de entendimento pessoal, contrariando normas legais e constitucionais unicamente em virtude de discordância da atuação da Polícia Militar para o requerimento e cumprimento de mandado de busca e apreensão, mesmo que evidente a situação flagrancial. Mas, além disso, a postura da ré também configurou ofensa direta à esfera jurisdicional, pois a medida requerida pela Polícia Militar estava expressa e documentalmente autorizada pelo Juízo da Comarca de Guaramirim, o que foi simplesmente ignorado e, até mesmo, desdenhado.

Pelo que consta nos autos e em consulta ao portal eletrônico do CNJ (https://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php), a ré, tecnicamente, não registra antecedentes funcionais.

Não obstante, importante frisar que a ré foi condenada criminalmente pelos fatos em voga (artigo 319 do Código Penal), unicamente não tendo cumprido as reprimendas em virtude da ocorrência da prescrição da pretensão executória (Autos ns. 0007240- 35.2013.8.24.0036 e 0005940-96.2017.8.24.0036).

Mas além disso, tramita contra a ré a Ação Civil Pública n. 5000544-83.2019.8.24.0068, da Comarca de Seara, para apuração da prática dos atos ímprobos previstos nos artigos 9º, inciso XI, e 11, incisos I e II, da Lei n. Lei n. 8.429/1992, na qual, lhe é imputada, além de outras condutas, a indevida não lavratura de auto de prisão em flagrante, feito em que foi deferido o pedido liminar de afastamento da ré de suas funções, sem prejuízo da remuneração, e até o respectivo trânsito em julgado.

Não fosse apenas isso, no decurso do presente feito, foram noticiadas outras situações nas quais a ré não lavrou auto de prisão em flagrante, ou sequer compareceu à Delegacia de Polícia para o atendimento da ocorrência (Eventos ns. 7, Informação n. 41, e 27, Informação n. 283; parte final do depoimento do atualmente Major da Polícia Militar Cremilson Nicélio Veloso; matéria jornalística dos Eventos n. 7, Informação n. 101, e 27, Informação n. 343).

Além disso, também foram identificados alguns feitos de natureza criminal em que a ré figura como parte passiva:

i) Ação Penal n. 0008505-72.2013.8.24.0036, pela prática das infrações penais descritas nos artigos 42 do Decreto-lei n. 3.688/1941, 306 da Lei n. 9.503/1997 e 331 do Código Penal, na Comarca de Jaraguá do Sul (houve condenação em primeiro grau, confirmação da condenação em segundo grau e reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva perante o Superior Tribunal de Justiça);

ii) Representação Criminal/Notícia de Crime n. 0002854- 52.2015.8.24.0048, da Comarca de Balneário Piçarras, pela prática do crime descrito no artigo 319 do Código Penal (recusa de lavratura de auto de prisão em flagrante pela prática do crime de tráfico de drogas por telefone, com indicação de emissão de termo circunstanciado. Houve o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva;

iii) Ação Penal n. 0000965-68.2015.8.24.0014, pela prática da contravenção penal descrita no artigo 65 do Decreto-lei n. 3.688/1941, na Comarca de Campos Novos (reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva); e

iv) Ação Penal n. 0900697-81.2018.8.24.0014, pela prática do crime descrito no artigo 297, §1º do Código Penal, por seis vezes, na Comarca de Campos Novos (em andamento).

A situação objeto dos autos gerou muita repercussão na região, conforme relatos descritos em momentos anteriores e reportagens que integram os autos. E não foi apenas nessa situação que a ré protagonizou e foi objeto de notícias midiáticas, de repercussão estadual e nacional, em circunstâncias que não coadunam com o cargo público ocupado:

i) Delegada supostamente embriagada causa confusão no Norte de SC: <http://g1.globo.com/>

sc/santa-catarina/noticia/2013/08/delegada-supostamente-embriagada-causa-confusao-no-norte-de-sc.html (fatos relacionados à Ação Penal n. 008505-72.2013.8.24.0036); e

ii) Delegada proíbe beijos e abraços dentro de delegacia em Barra Velha: <http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2015/08/delegada-proibe-beijos-e-abracos-dentro-de-delegacia-em-barra-velha.html>.

Por todo esse contexto, além da própria gravidade da situação objeto dos autos, identifica-se que o comportamento que há anos vem sendo adotado pela ré é totalmente incompatível com o cargo ocupado, merecendo, portanto, ser firmemente repreendido.

A postura da ré leva ao descrédito da instituição Polícia Civil e a não confiança dos cidadãos no trabalho realizado, de imprescindível importância para manutenção e restabelecimento da segurança e da ordem, auxiliando diretamente na responsabilização daqueles que violam a legislação penal. E da Autoridade Policial não se espera nada menos do que uma postura escorreita, séria e dentro dos ditames legais e constitucionais, servindo como verdadeiro exemplo à sociedade, o que não se observa da ré.

Logo, diante de todas as circunstâncias ora analisadas, levando em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; o fato de a situação dos autos não ser considerado prática isolada; a condição pessoal da ré e seu histórico no serviço público catarinense; e sem perder de vista a necessidade de reprová-la firmemente atos que atentam contra a Administração Pública e a própria sociedade, concluo que as penalidades a serem aplicadas à ré são:

a) a perda do cargo público ocupado;

b) pagamento de multa civil, arbitrada no valor de 2 (duas) vezes a sua remuneração percebida no cargo de Delegado de Polícia Civil, relativa ao mês de maio do ano de 2013 (data da prática ímproba), corrigida monetariamente pelos índices oficiais, a partir daquele mês, e acrescida de juros de mora, a contar da citação; e

c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 3 (três) anos.

E não há se falar que as penas aplicadas são desarrazoadas, pois como bem evidenciado e sopesado, há fortíssimos indícios de que em mais oportunidades a ré deixou de lavrar auto de prisão em flagrante quando necessário, não sendo o presente caso fato isolado, tanto que em feito semelhante ao presente veio a ser afastada liminarmente de suas atribuições! Além disso, especificamente no caso em questão, a ré desconsiderou que se estava diante de caso em que houve a continuidade da traficância de conhecido ponto de drogas na Cidade e Comarca de Guaramirim, sujeitando a sociedade às consequências de sua atitude ímproba, o que não se pode admitir.

Importante lembrar que a multa civil possui caráter eminentemente punitivo, aplicável quando o agente público incidir em norma proibitiva (*in casu*, a inobservância dos princípios que regem a administração pública), não se confundindo com o ressarcimento do dano que, diante da sua previsão autônoma, possui natureza indenizatória.

E no que concerne à sua destinação, embora a Lei n. 8.429/1992 nada discipline sobre o assunto, em uma análise sistemática dos seus dispositivos, especialmente os artigos 12 e 18, bem como do seu nomen juris, é de se concluir que deverá ser revertida ao ente público prejudicado com a prática do ato ímprobo que, no caso, é o Estado de Santa Catarina (Nesse sentido: TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0625.08.083982-6/007, Relator(a): Des.(a) Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/05/2019, publicação da súmula em 29/05/2019; PAZZAGLINI FILHO, Marino, op. cit., p. 170 e GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, op. cit., p. 707).

Gize-se, ainda, que o termo *a quo* para incidência da correção monetária à multa civil foi fixado com base na Súmula n. 43 do STJ, levando em conta a data (mês) da prática ilícita.

III – Isto posto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na presente Ação Civil Pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA** e, conseqüentemente, **JULGO RESOLVIDO** o mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil para **RECONHECER a prática de ato de improbidade administrativa** previsto no artigo 11, inciso II, da Lei n. 8.429/1992 e **CONDENAR** a ré **LÍVIA MARQUES DA MOTTA** à:

a) perda do cargo público ocupado (Delegado de Polícia Civil), a ser cumprida nos termos do artigo 20 da Lei n. 8.429/1992;

b) pagamento de multa civil, arbitrada no valor de **2 (duas) vezes** a sua remuneração percebida no cargo de Delegado de Polícia Civil, relativa ao mês de maio do ano de 2013, corrigida monetariamente pelos índices oficiais, a partir daquele mês, e acrescida de juros de mora, a contar da citação; e

c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de **3 (três) anos**.

O valor relativo a multa civil aplicada deverá ser revertido ao Estado de Santa Catarina.

CONDENO a ré, ainda, no pagamento das custas processuais.

Sem honorários (STJ, REsp 493.823/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2003, DJ 15/03/2004, p. 237).

COMUNIQUE-SE o teor da sentença à Corregedoria Geral da Polícia Civil e ao Juízo dos Autos n. 5000544- 83.2019.8.24.0068.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, inclusive o Estado de Santa Catarina.

Cumpridas as formalidades legais, **ARQUIVEM-SE**.

Candida Inês Zoellner Brugnoli
Juíza de Direito

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL Nº 5012428-05.2019.8.24.0038/SC

AUTOR: CIRLENE DE RAMOS

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SENTENÇA

Vistos etc.

I - Cirlene de Ramos ajuizou, em outubro do ano passado, “ação acidentária” em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Vitimada por disparos de arma de fogo no retorno do trabalho em agosto de 2016, requereu a concessão de auxílio-acidente. Juntou instrumento procuratório e documentos.

Citado, o INSS apresentou resposta em forma de contestação (Evento 8).

A parte autora apresentou réplica (Evento 12).

Realizada perícia judicial e apresentado laudo (Evento 29). O INSS requereu a suspensão do processo até que o Superior Tribunal de Justiça profira decisão a respeito do Tema 862 (Evento 37).

Vieram-me então conclusos os autos.

II- Não há dúvida acerca do crime odioso de que foi vítima a autora, ocorrido em agosto de 2016 e do qual redundou intensa repercussão na imprensa.

Dentre outros elementos probatórios, consta o relato de Paulo Santos do Prado Jr., testemunha ocular: “[...] trabalha na mesma empresa que Cirlene e ambos vieram juntos no ônibus depois do trabalho. Que descendo no ponto avistou a moto com [...] seu ex- namorado, na sequência entraram em discussão e escutou de 4 a 5 disparos” (boletim de ocorrência, Evento 1, Anexo 6, fl. 2). O agressor, perpetrado o crime, cometeu suicídio.

Sem razão o INSS em seu pedido de remessa do feito para a Justiça Federal, porque a competência para o processamento e julgamento do feito é da Justiça do Estado, corretamente estabelecida pelo pedido e pela causa de pedir registrados na peça inaugural.

O direito acidentário reclamado decorre da cessação do auxílio-doença, operado em dezembro de 2018 (Evento 1, Anexo 5, fl. 5), e a ação foi ajuizada em outubro de 2019. À luz do prazo quinquenal (art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991), aplicável à hipótese, não há parcelas prescritas.

A verdadeira tentativa de feminicídio que sofreu a autora não desnatura a natureza do acidente de trabalho, como reafirmou recentemente o Tribunal Superior do Trabalho (TST, ARR 1688-63.2014.5.05.0641, rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, j. 5-2-2020).

Do fatídico episódio evidenciado no autos (6-8-2016) surge o direito acidentário reclamado, na modalidade equiparado, pois as lesões definitivas que acometem a autora foram ocasionadas durante o retorno da jornada de trabalho para sua residência, nos termos do art. 21, IV, d, da Lei 8.213/1991: “Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: [...] IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: [...] d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado”.

Extrai-se do laudo pericial (Evento 29, Anexo 1, fl. 3) que a parte autora, em razão do acidente ocorrido em 6-8-2016, apresenta “perda de força em membro superior esquerdo”, quadro devidamente consolidado, pelo que houve indiscutível redução da capacidade para exercer as atividades laborais.

O laudo pericial está devidamente fundamentado e esclarece suficientemente os quesitos formulados pelas partes.

Prevalece o laudo pericial produzido em Juízo, ainda que possa o INSS, posteriormente à sentença, convocar o beneficiário para nova perícia administrativa, respeitada a ampla defesa (TJSC, AI 4002944-97.2019.8.24.0000, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 4-6- 2019).

No caso, ainda que houvesse dúvida, prevaleceria o interesse do hipossuficiente (*in dubio pro misero*), à luz do art. 21, I, da Lei 8.213/1991 (TJSC, AC 0000353-61.2014.8.24.0016, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 11-6-2019).

No quadro, ante o reconhecimento da redução da capacidade laboral da parte autora, o que exige dispêndio de maior esforço físico, assim como a verificação do nexo causal entre o acidente sofrido e a lesão apresentada, há de ser concedido o benefício de auxílio-acidente à parte autora no percentual de 50% do salário-de- benefício.

O termo inicial do benefício deve ser o dia seguinte à cessação do auxílio-doença (15-12-2018, Evento 1, Anexo 5, fl. 5), consoante expressa previsão do art. 86, § 2º, da Lei 8.213/1991 (TJSC, AC 0303056-93.2017.8.24.0012, rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. 12- 12-2019).

Embora não seja necessário registrar, quanto ao pedido de suspensão do feito, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça afetou controvérsia ao rito dos repetitivos no Recurso Especial 1729555/SP (Tema 862), assim delimitada: “Fixação do termo inicial do auxílio- acidente, decorrente da cessação do auxílio-doença, na forma dos arts. 23 e 86, § 2º, da Lei 8.213/1991”.

Todavia, a fim de evitar prejuízo social, porque os benefícios acidentários têm indiscutível caráter alimentar, assim como agilizar a marcha processual sem prejuízo às partes, não há como não dar prosseguimento ao feito, ao menos para o pagamento do auxílio- acidente a partir desta decisão. Apenas eventual passivo é que aguarda a liquidação de sentença, suspensa até a futura deliberação sobre o Tema 862 (TJSC, AC 0001882-09.2014.8.24.0019, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 27-8-2019).

III - Ante o exposto, julgo procedentes os pedidos formulados, o que faço por força do art.

487, I, do Código de Processo Civil, para reconhecer o direito da parte autora ao recebimento do auxílio-acidente e condenar o Instituto Nacional do Seguro Social

- INSS a pagar o valor correspondente ao aludido benefício a partir de 15-12-2018, correspondente a 50% do salário-de-benefício, conforme preceitua o art. 86 da Lei 8.213/1991, alterado pela Lei 9.032/1995, descontados os valores pagos por meio da via administrativa em razão do mesmo fato gerador.

Condene a autarquia ré ao pagamento das despesas processuais ao distribuidor e ao contador deste Foro (TJSC, AI 4005706-23.2018.8.24.0000, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 13-12- 2018), custas pela metade (art. 33, § 1º, da Lei Complementar Estadual 156/1997), observada a isenção da Lei Estadual 17.654/2018 às demandas ajuizadas a partir de 1º de abril de 2019 (TJSC, AC 0304102-25.2015.8.24.0033, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, j. 13-2-2020).

Condene também a autarquia ré ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor das parcelas vencidas, o que faço com fulcro no art. 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil, corrigidos até a data da publicação desta decisão (Súmula 111 do STJ).

A autarquia previdenciária deverá efetuar o pagamento das parcelas vencidas de uma só vez, com débitos até julho de 2006 corrigidos monetariamente pelo IGP-DI; a partir de agosto daquele ano (2006) pelo INPC, nos termos do art. 41-A da Lei 8.213/1991, consoante Medida Provisória 316/2006, posteriormente convertida na Lei 11.430/2006 (Tema 905 do STJ; TJSC, AC 0002529-59.2016.8.24.0075, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 12-5-2020; AC 0303654-53.2017.8.24.0010, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 13-5-2020). Juros de mora serão computados a contar da citação pelo índice de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º- F da Lei 9.494/1997, com as alterações introduzidas pela Lei 11.960/2009 (TJSC, AC 0002529-59.2016.8.24.0075, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 12-5-2020; STF, RE 870947 ED/SE, rel. Min. Luiz Fux, j. 3-10-2019).

Não há reexame necessário (art. 496, § 3º, I, do Código de Processo Civil).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Não apresentado recurso ou mantida esta sentença pela instância superior, desde que certificado o trânsito em julgado, intime-se a autarquia previdenciária para implantar, se for o caso, e apresentar os cálculos do benefício previdenciário tratado na demanda, nos termos do art. 524, § 3º, do Código de Processo Civil, em prazo de até 30 (trinta) dias, observados os requisitos previstos no art. 534 do Código de Processo Civil.

Comarca de Joinville, 21 de agosto de 2020

(assinado eletronicamente)

Márcio Schiefler Fontes

Juiz de Direito

Autos nº 0900986-23.2018.8.24.0011

Ação: Ação Penal - Procedimento Ordinário/PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Acusado: Everson Clemente e outro

VISTOS, ETC.

EVERSON CLEMENTE, brasileiro, casado, empresário, nascido em 20-6-1972, natural de Brusque, filho Nilton Clemente e de Lourdes Brique Clemente, com endereço na Rua Evaldo Bohn, nº. 10, Edifício Rio Duplex, apto 1901, Centro, Brusque/SC, foi denunciado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina pela prática do crime previsto no artigo 333, parágrafo único, do Código Penal; e **JONES BÓSI**O, brasileiro, casado, autônomo, nascido em 11-4-1979, natural de Brusque/SC, filho de Vendelim Bósio e de Hilda Bósio, com endereço na Rua Francisco Fantoni, nº. 881, Bairro Bateas, Brusque/SC, pela prática do crime previsto no artigo 317, 1º, c/c o artigo 327, §2º, ambos do Código Penal.

De acordo a denúncia, em síntese, entre os anos de 2012 e 2015, o acusado Jones Bósio ocupou o cargo de Secretário Regional de Desenvolvimento de Brusque, período durante o qual, a mando dele, várias licitações teriam sido fraudadas para beneficiar certas empresas e/ou pessoas físicas, fraudes estas que seriam objeto de quatorze (14) ações penais em curso nesta Comarca.

Em troca de tais fraudes, o acusado Jones Bósio teria recebido, a título de propina, vultosos valores sem qualquer comprovação de origem, e sem que tivessem sido declarados nas declarações de imposto de renda, parte dos quais teriam sido depositados em sua própria conta bancária, outros por ele aplicados em favor de empresas e pessoas físicas, cujas origens e motivos das aplicações também não foram suficientemente esclarecidos, além de ter ele trocado vários cheques na empresa de factoring Rd Fomento Mercantil, dos quais muitos foram emitidos por empresas (ou por representantes destas) que prestaram serviços para a Secretaria de Desenvolvimento Regional de Brusque, e que também não teriam apresentado uma justificativa plausível para tais transações.

Ainda segundo a inicial acusatória, destas fraudes licitatórias, ao menos nove (9) foram feitas como forma de beneficiar a empresa Múltiplos Serviços e Obras Ltda, de propriedade e regida pelo acusado Everson Clemente, e cujas fraudes são objeto da Ação Penal nº. 0900100-58.2017.8.24.0011.

Na denúncia foram discriminadas as licitações promovidas pela Secretaria de Desenvolvimento Regional de Brusque à época, que teriam sido fraudadas para possibilitar que a empresa Múltiplos fosse a vencedora dos certames, e também cada um dos pagamentos que o acusado Everson Clemente teria feito ao acusado Jones Bósio, como forma de recompensá-lo pela consecução das fraudes.

A denúncia veio acompanhada por documentos e por mídia (arquivos importados à fl. 608), e foi recebida em 5-12-2018 (fl. 617).

Citados (fls. 623-624 e 626-627), os acusados apresentaram respostas à acusação por meio de defensores constituídos, invocando, como prejudiciais de mérito, a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa para a deflagração da ação penal (fls. 629-638 e 654-658), as quais foram rejeitadas (fls. 660-661).

Durante a instrução foram ouvidas doze testemunhas, havendo desistência das demais arroladas, e interrogados os acusados (fls. 731-732 e 750).

Nada foi requerido na fase de diligências.

Em alegações finais escritas, a acusação sustentou ter havido prova da materialidade dos crimes narrados na denúncia, e bem assim da autoria e culpabilidade dos acusados, vindicando pela condenação destes nos moldes da denúncia (fls. 754-788).

A defesa do acusado Jones Bósio suscitou, preliminarmente, a existência de litispendência entre a presente ação e as demais ações penais descritas na denúncia, especialmente em relação a de nº. 09800100-58.2017.8.24.0011, aduzindo que os supostos fatos típicos tratados em tais ações são os mesmos, e que eventual condenação do acusado nesta ação resultaria em bis in idem.

No tocante ao mérito, advogou pela inexistência de provas da ocorrência do crime de corrupção passiva imputado ao acusado, expondo que a acusação não teria logrado êxito em comprovar a relação entre os valores depositados na conta do acusado com as supostas fraudes licitatórias, além deste ter esclarecido durante a instrução a origem e destinação de tais transações financeiras (fls.791-802).

Por sua vez, a defesa do acusado Everson Clemente reproduziu a tese defensiva sustentada pela defesa do codenunciado Jones, de que haveria litispendência entre a presente ação e a Ação Penal nº. 0900100-58.2017.8.24.0011.

Aludiu, outrossim, que inexistem elementos de prova nos autos capazes de demonstrar que os cheques emitidos pela empresa Múltiplos e pelo acusado Everson, que acabaram sendo descontados em favor do acusado Jones, guardassem relação com pagamentos espúrios realizados em decorrência de fraudes licitatórias praticadas nos certames descritos na denúncia, apresentando justificativa para tais pagamentos, ou dos motivos pelos quais não foi possível comprovar sua origem e destinação, negando que tivessem finalidade ilícita. Em caráter subsidiário, postulou pela absolvição pela máxima do in dubio pro reo, e pela fixação da pena no patamar mínimo legal (fls. 803-814).

Em razão do acusado Jones Bósio ter renunciado os poderes conferidos a seu defensor, houve a conversão do julgamento do feito em diligência para que fosse aquele intimado a constituir novo defensor (fl. 822), contudo, o prazo assinalado para tanto decorreu sem manifestação do acusado, motivo por que foi intimada a Defensoria Pública para assumir a sua defesa (fls. 831-832, 834-838).

Antecedentes criminais atualizados às fls. 839-888.

Relatados, decido.

Imputa-se ao acusado Everson Clemente a prática do crime de corrupção ativa previsto no artigo 333, parágrafo único, do Código Penal, e ao acusado Jones Bósio, do crime de corrupção passiva previsto no artigo 317, §1º, c/c o artigo 327, §2º, ambos do Código Penal.

Imperativo consignar, de plano, que improcede a tese defensiva de haveria litispendência entre a presente ação e a Ação Penal nº. 0900100-58.2017.8.24.0011, posto que, à linha do já exposto na denúncia, o objeto da referida ação se resume à apuração das nove (9) fraudes licitatórias envolvendo a Secretaria de Desenvolvimento Regional de Brusque, a empresa Múltiplos Serviços e Obras Ltda e outras empresas, de sorte que ainda que os crimes de corrupção imputados nos presentes autos possam guardar relação com as referidas fraudes licitatórias, a descrição dos crimes de corrupção foi feita exclusivamente na denúncia que ensejou a deflagração da presente ação, não se estando, portanto, diante de ações penais repetidas, pressuposto este necessário para a caracterização de litispendência.

Pelos mesmos fundamentos, vê-se que também inexistente a alegada litispendência entre a presente ação e as demais ações penais apontadas na denúncia, já que nestas também são apurados crimes diversos daqueles a que se voltam a presente ação.

Ultrapassada tal questão, passo à análise do mérito.

Ao ser questionado durante as investigações sobre o motivo pelo qual cheques emitidos por si e por sua empresa, a Múltiplos Serviços e Obras Ltda, acabaram sendo depositados em favor do acusado Jones Bósio à época dos fatos, o acusado Everson afirmou desconhecer as razões para tais depósitos. Disse que à época havia adquirido um caminhão da empresa MTM, pelo valor total de R\$ 65.000,00, cujo pagamento foi feito em cheques de valores diversos, cuja quantidade não se recorda, e entregues diretamente a Marcos Bósio, proprietário da referida empresa, apontando desconhecer qual a destinação que depois teria sido dada a tais cheques. Indagado também acerca de outros cheques também emitidos por si e pela empresa Múltiplos à época, nos valores de R\$ 10.000,00, R\$ 15.000,00 e R\$ 30.000,00, disse não se recordar a que pagamentos se referem, mas acreditar que tenham sido também entregues a Marcos Bósio pelo aluguel de máquinas de terraplanagem de propriedade deste (mídia anexa à fl. 608).

Por ocasião de seu interrogatório em juízo, Everson declarou que a sua empresa Múltiplos Serviços e Obras tomava conhecimento das licitações promovidas pela Secretaria de Desenvolvimento Regional de Brusque a partir de um serviço contratado para busca de licitações existentes em sua área de atuação. Expôs que após a empresa tomar conhecimento da existência de uma licitação da sua área de atuação, um de seus funcionários obtinha o edital licitatório nos sites próprios, ou o apanhava diretamente na repartição pública indicada, apontando que quem cuidava da parte de licitações na empresa era seu funcionário Eduardo Jorge, o qual também costumava participar das sessões de julgamento, embora eventualmente o interrogado também se fizesse presente em algumas destas sessões. Aludiu não ter nenhuma relação pessoal com o acusado Jones Bósio, e que somente tomou conhecimento de que cheques emitidos por si e por sua empresa foram depositados em favor do acusado Jones após o desencadeamento das investigações que resultaram nesta ação. Disse que

posteriormente foi identificado que alguns destes cheques foram entregues a Marcos Bósio, primo do acusado Jones e proprietário da empresa MTM, pelo pagamento de um caminhão basculante que adquiriu daquele, pelo valor, acredita, de R\$ 75.000,00, que foi satisfeito em parte com pagamento em dinheiro, e outra com cheques pré-datados, apontando desconhecer a destinação que tenha sido dada depois a tais cheques, negando que tivessem sido utilizados como o pagamento de propina a Jones por fraudes licitatórias que tivesse beneficiado a sua empresa, dizendo ainda que Jones nunca lhe solicitou qualquer valor, tampouco fez qualquer pagamento diretamente a ele. Disse que o caminhão adquirido de Marcos Bósio foi regularmente transferido à empresa Múltiplos à época dos fatos, e atualmente ainda integra o patrimônio desta (mídia anexa à fl. 750).

Durante as investigações, o acusado Jones Bósio afirmou conhecer o acusado Everson e a família deste de longa data, há mais de vinte anos, e que inclusive costumava jogar dominó com o pai de Everson. Apontou, contudo, nunca ter mantido qualquer relação profissional, comercial ou financeira com Everson ou com a empresa deste. Questionado acerca da relação que teria com a empresa VR Transfer, afirmou que o proprietário desta, Raul Cesari, é seu vizinho e o conhece desde criança. Disse que em determinada ocasião em que visitara a referida empresa, Raul lhe informara sobre a necessidade de que fossem adquiridas outras duas máquinas de impressão além das duas que já possuía, e que cada uma custaria cerca de R\$ 20.000,00, ao que ofereceu a ele empréstimo financeiro para adquiri-las, vindo mais tarde a também ajudá-lo a adquirir mais duas máquinas, num total de seis. Disse que o valor total das máquinas foi dividido em dez parcelas, que foram pagas através de boletos fornecidos pela própria empresa que as vendeu, negando que tivesse dado dinheiro em espécie para pagá-las. Aduziu que Raul lhe restituiu apenas parte do valor emprestado, ao que se recorda, cerca de R\$ 40.000,00, apontando não se lembrar a que se referem os depósitos feitos pela referida empresa em sua conta, que atingiram o valor total aproximado de R\$ 120.000,00. Confirmou ter trocado diversos cheques pessoais na empresa RD Fomento Mercantil, de propriedade de Rui José Aviz, mas que não se recorda de cheques de R\$ 7.000,00, R\$ 10.000,00 e R\$ 15.000,00, emitidos pelo acusado Everson, que também tivesse trocado na referida empresa, apontando acreditar serem referentes a serviços de colocação de tubos ou outros de natureza similar que tenha intermediado a pedido de Everson, mesmo no período em que ocupava o cargo de Secretário Regional de Administração. Disse que costumava pedir a servidores da SDR de Brusque, que costumavam fazer os serviços de banco, para que realizassem depósitos de dinheiro em sua conta, apontando que estes geralmente eram decorrentes do pagamento de serviços de terraplanagem e regularização de loteamentos que costumava prestar de forma autônoma, inclusive no período em que era Secretário Regional. Indagado acerca dos extratos bancários indicarem que no período de 24-4-2012 a 8-5-2015, teria movimentado cerca de R\$ 1.721.127,67 (um milhão, setecentos e vinte e um mil, cento e vinte e sete reais e sessenta e sete centavos), expôs que além de seus rendimentos, no ano de 2012 também houveram depósitos de valores em sua conta em decorrência de adiantamentos que havia feito para a prestação de serviços durante a campanha eleitoral municipal ocorrida naquele ano, e que depois lhe foram ressarcidos (mídia anexa à fl. 608).

Quando interrogado em juízo, declarou ter ocupado cargos na Secretaria de Desenvolvimento Regional de Brusque no período de 2009 a 2014, especificamente como Secretário Regional, no

período de 2012 a 2014. Questionado acerca dos depósitos e descontos de cheques apontados na denúncia, apontou que à época destes, entre os anos de 2013 e 2014, atuou como Coordenador-Geral da campanha eleitoral de Raimundo Colombo à reeleição ao governo do Estado de Santa Catarina, do candidato a senador Dário Berger, e dos candidatos a deputado federal César Souza e Gelson Merísio, e que nesta condição recebia valores em espécie dos comitês eleitorais destes candidatos para a satisfação de despesas de suas campanhas eleitorais. Apontou, a título de exemplo, que apenas do candidato César Souza recebeu 3 parcelas de R\$ 90.000,00, diretamente na sede da Secretaria de Desenvolvimento Regional, para pagar panfleteiros, diretório, telefone, carros de som etc. Disse que para não permanecer fisicamente com tais valores, determinava a servidores da SDR de Brusque que depositassem em sua conta, aduzindo que tais valores eram “frios”, já que não passavam pela conta aberta pelo diretório partidário, tampouco eram declarados de alguma forma à Justiça Eleitoral. Confirmou novamente ter trocado cheques na empresa RD Fomento Mercantil, já que mantinha relação de amizade com o proprietário desta, Sr. Rui, inclusive cheques emitidos pelo acusado Everson Clemente e pela empresa Múltiplos, apontando que alguns destes possivelmente também fossem destinados a verbas de campanha eleitoral, e outros decorrentes da prestação de serviços de colocação de tubos de concreto que seu pai executava à empresa Múltiplos. Expôs que a Múltiplos efetuava o pagamento de tais serviços a seu tio Marcos Bósio, que possui empresa de terraplanagem, e que depois lhe repassava o dinheiro e ou cheques, os quais depositava em sua conta, aduzindo que gerenciava esta questão financeira a seu pai. Afirmou acreditar que seu tio não emitia notas acerca da prestação de tais serviços, mas mantinha certo controle sobre eles, e possivelmente emitia recibos. Aludiu que chegou a trocar cheques de valores altos, de R\$ 140.000,00, R\$ 160.000,00, e negou que tivesse recebido qualquer recurso financeiro do acusado Everson ou da empresa Múltiplos a título de propina por fraudes licitatórias (mídia anexa à fl. 750).

No decorrer da instrução processual foram também inquiridas as testemunhas arroladas pelas partes, as quais, em sua maioria, foram também ouvidas durante as investigações.

Raul Fernando Cesari declarou ser proprietário da empresa VR Transfer Disse que inicialmente a empresa tinha como objeto a prestação de serviços de jardinagem, que eram executados por seu pai e por seu irmão Rodrigo Cesari. Cerca de um ano depois da constituição da empresa, por volta dos anos de 2003 ou 2004, houve uma alteração do quadro societário e da razão social da empresa, a partir do que passou a figurar como único sócio, e o objeto da empresa passou a ser exclusivamente a prestação de serviços de transfers (estampagem digital de peças de vestuário). Aludiu que além de serem vizinhos, mantinha relação de amizade com o acusado Jones desde a infância, sendo suas famílias bastante próximas, e o pai de Jones, inclusive, padrinho de seu irmão. E que em determinada ocasião Jones lhe procurou buscando saber os serviços que estava prestando, pois objetivava investir na sua empresa, ao que propôs a ele que adquirissem outras 5 máquinas de transfers além das que já possuía, a fim de que cada um ficasse com o rendimento de 5 máquinas, tendo Jones então adquirido outras 2 máquinas, pelo valor total de R\$ 80.000,00 (R\$ 40.000,00 cada), para o que Jones lhe entregou todo valor em espécie, dentro de um envelope, cuja origem desconhece, acreditando ser decorrente dos salários de Jones, que à época ocupava o cargo de Secretário Regional da SDR de Brusque. Disse que posteriormente outras 3 máquinas foram adquiridas com o retorno financeiro

obtido com as 2 máquinas adquiridas por Jones, e que com as 10 máquinas em funcionamento, o rendimento da empresa, para cada um, girava entre R\$ 6.000,00 e R\$ 12.000,00 mensais, conforme as coleções produzidas, sendo os encargos da empresa também divididos em igual proporção, de forma informal, sem qualquer registro documental. Afirmou que o repasse dos rendimentos da empresa a Jones era feito em dinheiro e também através de transferências bancárias, mas, na maioria das vezes, em dinheiro. Questionado acerca dos registros de cerca de 9 transferências bancárias que teria feito a Jones, no valor total aproximado de R\$ 120.000,00, afirmou serem decorrentes de empréstimos que fez para a empresa, dos quais Jones lhe exigiu metade em razão da parceria que haviam firmado, não sabendo qual a destinação que Jones deu a tais valores. Disse que atualmente não mantém mais contato com Jones, tampouco conseguir reaver os valores que ele lhe deve. Apontou, ainda, que em razão das dificuldades financeiras enfrentados, a empresa acabou tendo as suas atividades encerradas (mídias anexas às fls. 608 e 731-732).

Geovani de Campos declarou ter estudado com o acusado Jones durante a infância, mas que depois perderam contato, até serem reapresentados pela pessoa de Elisane Marcos, que lhe apontou Jones como a pessoa que poderia lhe viabilizar o empréstimo de dinheiro que precisava. Disse que em data que não se recorda, apontando acreditar tenha sido cerca de quatro anos antes de sua oitiva em juízo, o acusado Jones lhe emprestou R\$ 150.000,00 em espécie, ocasião em que, em contrapartida, entregou a Jones um cheque pessoal no mesmo valor, o qual, no entanto, nunca chegou a ser compensado, já que à época atravessou grandes dificuldades financeiras, que impediram que honrasse o pagamento do débito. Afirmou que também chegou a firmar contrato com Jones, por meio do qual dava como garantia para o pagamento da dívida um apartamento que possuía, sendo que o contrato foi feito com Raul Fernando Cesari, sócio de Jones, mas com cláusula de que o representante legal para receber o imóvel seria Jones, todavia, tal transação também não pode ser concluída em razão de débitos assumidos com outros credores, permanecendo o débito com Jones em aberto até então. Apontou que quando aceitou lhe emprestar o referido valor, Jones afirmou que iria obtê-lo com outra pessoa que desconhece quem seja, e que desde então Jones lhe cobra o pagamento da dívida, sem, contudo, ter conseguido solvê-la (mídias anexas às fls. 608 e 731-732).

André Cristiano Archer declarou ter trabalhado como motorista terceirizado da SDR de Brusque durante o período em que o acusado Jones ocupava o cargo de Secretário Regional desta, apontando ter com ele relação de amizade. Aludiu que à época também costumava fazer serviços de banco para a SDR, inclusive a Jones, o qual algumas vezes, cuja quantidade não soube precisar, lhe chamou até sua sala e lhe entregou cheques e valores em espécie para que fossem depositados na conta pessoal de Jones, os quais então entregava diretamente à gerente da agência bancária do Besc de Brusque. Apontou desconhecer a origem dos valores que depositava na conta de Jones, e que nunca transferiu ou depositou valores pessoais a este. Quando questionado durante as investigações por que cheque emitido pela empresa Múltiplos, nominal a si, tenha sido também depositado na conta de Jones, afirmou acreditar que isso tenha se dado em virtude da agência bancária exigir que o cheque seja nominado a alguém por ocasião do depósito. Disse que ao que tem conhecimento, à época Jones ocupava apenas o cargo de Secretário Regional, e que nunca recebeu valores de terceiros para entregar àquele, tampouco Jones lhe exigiu que os depósitos realizados em favor dele

devessem ser mantidos sob sigilo. Afirmou que além de si, outros funcionários da SDR de Brusque também costumavam fazer serviços de banco, sendo eles Rodrigo Cesari, Cleber Baron e Felipe Orthmann. Disse que não costumava ver o acusado Everson nas dependências da SDR de Brusque ou conversando com Jones, e também nunca esteve na sede da empresa Múltiplos para buscar algum documento ou valor (mídias anexas às fls. 608 e 731-732).

Cristiano Cunha afirmou que sua esposa é prima do acusado Jones, e que trabalhou como digitador terceirizado da SDR de Brusque entre os anos de 2009 e 2011, e como Gerente de Planejamento e Gerente de Administração, entre os anos de 2013 e 2015. Afirmou que durante o período em que trabalhou na SDR, mesmo enquanto ocupava cargos de gerência, era comum fazer serviços bancários a pedido de Jones, o qual diversas vezes lhe entregou cheques ou valores em espécie, inclusive de valores expressivos, para que fossem depositados na conta de Jones, os quais então levava até a agência do Banco do Brasil, localizada no Bairro Santa Rita, em Brusque. Afirmou não saber a origem dos valores relativos a tais depósitos, e que tampouco questionou Jones de onde provinham. Questionado acerca do registro de que em 30-9-2014, um cheque no valor de R\$ 60.000,00, emitido pela empresa Múltiplos, teria sido descontado a seu favor, afirmou que provavelmente também tenha o recebido de Jones para que fosse descontado ou depositado na conta dele, apontando nunca ter mantido qualquer relação comercial com a Múltiplos ou com o acusado Everson para que tal valor lhe fosse destinado. Aludiu que além de ocupar o cargo de Secretário Regional, o acusado Jones também realizava serviços de loteamento e terraplanagem, além de também ter figurado como sócio/investidor da empresa VR Transfer, não sabendo precisar os rendimentos que Jones obtinha com tais atividades. Disse, ainda, não se recordar de ter trocado cheque ou efetuado depósito a pedido de Jaison Knoblauch (mídias anexas às fls. 608 e 731-732).

Rodrigo Cesari afirmou ter ocupado cargo terceirizado na SDR de Brusque entre os anos de 2013 e 2014, e posteriormente o cargo comissionado de Gerente de Educação, durante a gestão do então Secretário Regional Jones Bósio. Disse que Jones costumava lhe pedir que fizesse depósitos em dinheiro e cheques em favor dele, além da troca de cheques por valores em espécie, em razão da relação de amizade e confiança que possuíam, apontando, inclusive, que o pai de Jones é seu padrinho. Apontou que quando Jones lhe fazia tais pedidos, apenas realizava os depósitos/trocas de cheques sem se atentar quem eram os emitentes dos cheques, tampouco questionava Jones acerca da origem dos valores. Questionado sobre dois cheques emitidos pela empresa Múltiplos, e que teriam sido descontados a seu favor em 29-1-2014 e 30-1-2014, apontou que também devem ter sido cheques que lhe foram entregues por Jones para que fossem descontados a este, afirmando nunca ter mantido qualquer relação comercial com a referida empresa ou com o acusado Everson, e que à época fazia trocas e depósitos de cheques apenas a Jones, e quando trocados os cheques, entregava os valores integralmente apenas a ele, não os tendo utilizado para a satisfação de despesas decorrentes de campanhas eleitorais das quais participou. Disse não saber se enquanto Secretário Regional Jones teria outras fontes de renda, tem apenas conhecimento de que ele tinha alguma participação na empresa VR Transfer, de propriedade de seu irmão, e que Jones e a família dele sempre estiveram envolvidos com serviços de terraplanagem. Aludiu ter sido sócio fundador da empresa VR Transfer, e dela participado apenas quando tinha como objeto a prestação de serviços

de jardinagem, deixando ter qualquer ingerência nela após seu irmão Raul Fernando Cesari tê-la assumido para a realização de transfers sublimáticos. Afirmou conhecer Elisane Marcos, e ter presenciado ela discutir com Jones durante a campanha eleitoral do ano de 2014, por motivo que desconhece (mídias anexas às fls. 608 e 731-732).

Felipe Orthmann Lídio declarou ter ocupado o cargo de Chefe de Tecnologia da Informação da SDR de Brusque no período em que o acusado Jones era o Secretário Regional. Questionado acerca da existência de registro apontando que no ano de 2014 teria depositado R\$ 20.000,00 na conta de Jones, afirmou que na ocasião, ao comunicar os servidores da SDR de Brusque que estaria saindo para a realização de trabalhos externos, Jones lhe pediu que fizesse o referido depósito, entregando-lhe, ainda no interior da SDR, todo o valor em espécie, dentro de um envelope, o qual levou até a agência bancária localizada no Bairro Santa Terezinha, em Brusque, para que fosse depositado na conta de Jones, tendo apenas tomado conhecimento de que no interior do envelope havia R\$ 20.000,00, quando a funcionária do banco fez a contagem e lhe exigiu um documento pessoal para que fosse registrado como depositante. Apontou não ter conhecimento de que outros servidores da SDR também tenham feitos depósitos bancários a pedido de Jones, e que também nunca ouviu comentários dentro da SDR de que alguém estivesse fazendo depósitos regulares na conta daquele. Disse, ainda, que nunca levou ou buscou algo na sede da empresa Múltiplos (mídias anexas às fls. 608 e 731-732).

Cleber Baron informou ser amigo da infância de Jones e ter relação próxima com a família deste, já que moram próximos de sua residência. Disse também ter ocupado cargos comissionados de recepcionista, digitador e instrutor de informática na SDR de Brusque durante o período em que Jones era Secretário Regional, nunca tendo, contudo, ministrado aulas de informática, já que atuava apenas como motorista, distribuindo merendas escolares. Confirmou ter feito depósito de R\$ 20.000,00 na conta de Jones, expondo que na ocasião este lhe telefonou pedindo que passasse em seu gabinete na SDR, local onde Jones lhe entregou a referida quantia, em espécie, dentro de um envelope, e pediu que a depositasse na conta bancária dele, tendo atendido tal pedido, e realizado o depósito na agência do Banco do Brasil situada no centro do Município de Brusque, onde antes ficava o antigo banco Besc. Afirmou nunca ter buscado ou levado valores na sede da empresa Múltiplos (mídias anexas às fls. 608 e 731-732).

Elisane Marcos relatou que possuía casa em construção no Bairro Primeiro de Maio, em Brusque, a qual já estava em fase de acabamento e, como havia se separado de seu marido, decidiram colocá-la à venda, sendo o imóvel avaliado inicialmente em R\$ 250.000,00. Passados dois anos, o acusado Jones lhe procurou perguntando quanto queria pela venda da casa e, como não estavam conseguindo vendê-la e o imóvel estava se deteriorando, concordaram em vendê-la a Jones pelo valor de R\$ 150.000,00. Disse que na ocasião Jones afirmou que não dispunha de todo o valor, sendo então acordado que pagaria inicialmente apenas cota-parte de seu ex-marido, ao qual Jones entregou R\$ 75.000,00 em espécie, e o imóvel foi formalmente transferido ao irmão de Jones em janeiro de 2014, por meio de escritura, embora pertencesse na verdade a Jones, apontando que este foi quem finalizou a construção da casa, a alugou a terceiros, e depois a vendeu. Afirmou que apenas em janeiro de 2015 é que Jones lhe pagou a sua parte no imóvel, em três pagamentos,

sendo um de R\$ 15.000,00, e outros dois de R\$ 30.000,00. Aludiu que em determinada ocasião seu compadre Geovani de Campos precisava de dinheiro, e como à época Jones sempre dispunha de bastante dinheiro, questionou-o se não queria fazer “agiotagem” ao seu compadre, tendo Jones aceito e emprestado a Geovani cerca de R\$ 100.000,00 ou R\$ 150.000,00, recebendo, como garantia de pagamento, um apartamento que era de propriedade de Geovani. Aludiu que houve época em que Jones “comprava tudo o que via pela frente”, e que chegou a presenciar a existência de mochila preta, cheia de dinheiro, embaixo da mesa que Jones ocupava na SDR de Brusque, apontando desconhecer a origem de tais valores. Disse ter feito parte do mesmo comitê eleitoral de Jones nas eleições dos anos de 2014 e 2016 e, inclusive, sido candidata na do ano de 2014, apontando que nesta ocasião chegou a lhe ser ofertada certa quantia para que se candidatasse, a qual seria paga por outro candidato que desconhece quem seja, mas não a aceitou. Afirmou, ainda, que não chegou a ocupar cargo na SDR de Brusque, mas durante as campanhas eleitorais costumava ir muito à sede da SDR para conversar com Jones, apontando que nestas ocasiões era comum encontrar o acusado Everson no local, nunca tendo, contudo, presenciado ele e Jones fazendo algum acerto ou combinação (mídias anexas às fls. 608 e 731-732).

Rui José Aviz, proprietário da empresa de factoring RD Fomento Mercantil, expôs que todos os cheques trocados em sua empresa para o acusado Jones foram relacionados ao Ministério Público durante as investigações. Disse que como tinha confiança em Jones, não buscava informações com os emissários dos cheques que ele lhe apresentava para troca. Apontou que alguns destes cheques eram trocados com transferências bancárias, outros com cheques emitidos por sua empresa para serem compensados. Aludiu, ainda, nunca ter mantido qualquer relação comercial com o acusado Everson (mídias anexas às fls. 608 e 731-732).

Wilson José Francheschi declarou ser proprietário da empresa WDF Serviços, que atua no ramo de construção civil, e que já foi vencedora de procedimento licitatório promovido pela SDR de Brusque no período em que o acusado Jones era o Secretário Regional. Afirmou que nunca fez qualquer pagamento a Jones, e que desconhece o motivo pelo qual um cheque por si emitido tenha sido descontado em favor daquele, apontando que apenas comprava corrimãos em aço inox, produzidos pelo irmão de Jones, e contratava serviços de terraplanagem e de colocação de fossa, que eram executados pelo primo daquele. Disse também que atualmente sua empresa continua participando de licitações públicas (mídias anexas às fls. 608 e 731-732).

Marcos Bósio, primo do acusado Jones, afirmou possuir empresa de terraplanagem há mais de vinte anos, através da qual também prestou serviços à empresa Múltiplos, além de ter vendido à esta, entre os anos de 2014 e 2015, um caminhão Mercedes, no valor de R\$ 70.000,00, cujo pagamento, pelo que se recorda, foi feito através de cheques de R\$ 7.000,00. Afirmou que na mesma época atravessou dificuldades financeiras e, por essa razão, entregou alguns cheques recebidos da empresa Múltiplos e do acusado Everson a seu primo Jones, que se encarregava de trocá-los com a pessoa de Rui Aviz e, depois de efetuadas as trocas, lhe entregava os valores correspondentes às cártulas. Disse que as trocas de cheques através de Jones ocorreram apenas nesta época, não tendo se repetido em outras ocasiões, mesmo naquelas em persistiram as suas dificuldades financeiras. Aduziu que tais transações feitas com Jones não tinham qualquer relação com as atividades da SDR de Brusque (mídia anexa às fls. 731-732).

Jaison Homero de Oliveira Knoblauch declarou ser engenheiro civil e, nesta condição, em determinada ocasião, ter elaborado projeto executivo de obra para o Município de Botuverá/SC, para o que foi contratado diretamente pelo referido Município, pelo valor de R\$ 135.000,00. Disse que posteriormente foi informado pelo Prefeito Municipal de Botuverá que a elaboração do projeto seria paga pela empresa Múltiplos, a qual lhe pagou em 5 ou 6 parcelas, algumas em cheque, outras em dinheiro, apontando que quando recebia em cheque, os trocava diretamente na “boca do caixa”, sem repassá-los a terceiros. Disse, ainda, que também prestou outros serviços à empresa Múltiplos (mídia anexa à fl. 750).

Extraí-se das informações contidas nos autos, que entre os anos de 2012 a 2015 o acusado Jones Bósio ocupou o cargo comissionado de Secretário Regional da Secretaria de Desenvolvimento Regional (SDR) de Brusque, período no qual várias licitações foram promovidas pelo referido órgão na modalidade convite, muitas das quais resultaram na deflagração de, pelo menos, catorze (14) ações penais perante este Juízo (discriminadas na denúncia), porque, segundo as denúncias nelas apresentadas, teriam sido objeto de fraudes para beneficiar certas empresas e/ou pessoas físicas, dentre elas a empresa Múltiplos Serviços e Obras Ltda, de propriedade e regida à época pelo acusado Everson Clemente, simulando-se com tais fraudes uma competição entre os participantes que na verdade inexistia.

Na presente ação foi imputada aos acusados Everson Clemente e Jones Bósio a prática dos crimes de corrupção ativa e passiva, respectivamente, porque, de acordo com a inicial acusatória, valendo-se do cargo comissionado de Secretário Regional, Jones teria determinado que pelo menos nove (9) procedimentos licitatórios promovidos pela SDR de Brusque entre os anos de 2013 e 2014, todos na modalidade convite e relacionados à execução de obras e serviços, fossem direcionados à empresa Múltiplos Serviços e Obras Ltda, fraudes licitatórias estas que são objeto da Ação Penal nº. 090010058-2017.8.24.0011.

E, como pagamento pelas consecução de tais fraudes, que possibilitaram que sua empresa se sagrasse vencedora de todos os nove (9) certames, Everson teria efetuado, entre os meses de janeiro de 2013 a setembro de 2014, ao menos seis (6) pagamentos a Jones, que somados atingiriam o montante de R\$ 116.933,00.

Conforme retratado na denúncia, tais fraudes licitatórias estavam relacionadas a nove (9) procedimentos licitatórios promovidos pela SDR de Brusque durante a gestão do então Secretário Regional Jones Bósio, nas datas de 31-7-2013 (convite nº. 15/2013), 1-11-2013 (convite nº. 27/2013), 18-11-2013 (convite nº 31/2013), 17-2-2014 (convites nº. 02/2014 e 06/2014), 19-2-2014 (convites nº. 001/2014 e 004/2014), 22-4-2014 (convite nº. 14/2014), e 5-3-2014 (convite nº. 005/2014), por meio das quais, como antes dito, possibilitou-se que a empresa Múltiplos Serviços e Obras fosse a vencedora de tais certames.

À linha do exposto pela acusação, nesta época, Jones determinara ao setor de licitações da SDR de Brusque que os convites licitatórios envolvendo obras e serviços correlatos deveriam ser entregues diretamente e exclusivamente a Eduardo Jorge, funcionário da Múltiplos, o qual então se

encarregava de providenciar as propostas e toda a documentação necessária ao certame, não apenas da Múltiplos, mas também daquelas que seriam suas concorrentes nos certames, fraudando-se assim o caráter competitivo destes, a ponto de alguns dos representantes das empresas concorrentes sequer saberem que figurassem como participantes, tudo com o fim de viabilizar que, conforme previamente arquitetado entre Everson, Jones e outros agentes, a empresa Múltiplos acabasse por ser a vencedora de todas nove (9) licitações antes mencionadas.

A prática de tais fraudes, incluindo os agentes que, além de Jones e Everson, também concorreram para que fossem praticadas, foram detalhadamente descritos na denúncia que deu azo à deflagração da Ação Penal antes mencionada, e que, em parte, foi também descrita na denúncia aqui ofertada, não sendo necessário, portanto, que sejam reproduzidos nesta decisão, mesmo porque, como já exposto, as referidas fraudes estão sendo apuradas naquela Ação Penal, cingindo-se o objeto da presente ação à imputada prática de crimes de corrupção ativa e passiva que com elas guardam relação.

E da análise acurada do conjunto fático-probatório produzido nos autos, conclui-se que os pagamentos que a denúncia aponta terem sido feitos a Jones, em períodos contemporâneos aos procedimentos licitatórios antes relacionados, realmente se referem a pagamentos de propina realizados pelo acusado Everson como contraprestação pelas referidas fraudes licitatórias que beneficiaram a empresa Múltiplos, de sua propriedade e por si regida à época dos fatos, permitindo que ela fosse vencedora dos certames sem que efetivamente houvesse uma competição entre os participantes.

Passa-se, a seguir, à análise individualizada de cada um destes pagamentos, seguindo-se a ordem em que foram dispostos na denúncia.

Colhe-se do relatório bancário do acusado Jones, que em 15-7-2014 foi depositado em sua conta um cheque de R\$ 30.000,00, emitido pela empresa Múltiplos (fl. 288), cheque este que, segundo a sua microfilmagem, foi assinado pelo acusado Everson, e posteriormente nominado à pessoa de André Cristiano Archer (fl. 517).

Em declarações prestadas durante as investigações, e que também foram confirmadas por ocasião de sua oitiva em juízo, André Cristiano Archer afirmou que à época, além de manter relação de amizade com o acusado Jones, também trabalhava com este na SDR de Brusque, e que por algumas vezes Jones lhe pediu que depositasse cheques ou valores em espécie na conta pessoal dele, os quais lhes eram entregues por Jones na sala deste na SDR, em envelopes, os quais apresentava para depósito na agência em que Jones possuía conta.

Expôs também nunca ter depositado ou transferido valores pessoais a Jones, e que embora o cheque em questão tenha sido nominado a si, isto se deu em razão da agência bancária exigir que fosse nominado a alguém por ocasião do depósito, não havendo dúvidas, assim, que o cheque pertencia a Jones, e foi apenas depositado por André, em atendimento a pedido feito por aquele.

Em sua defesa, Jones alegou não saber precisar a origem de tal valor, negando, contudo, que

tivesse servido de propina, e acreditar que fosse referente a verbas de “caixa 2” das eleições ocorridas no ano de 2014, nas quais teria atuado como coordenador geral de campanha de candidatos a governador e deputado estadual, ou, ainda, a serviços de terraplanagem e colocação de tubos que tivesse prestado juntamente com seu pai à empresa Múltiplos, sem, contudo, ter produzido qualquer prova neste sentido, ônus que lhe incumbia (art. 156 do CPP).

A defesa de Everson, por seu turno, alegou que o aludido cheque teria sido entregue ao engenheiro Jaison Homero de Oliveira Knoblauch, como pagamento pela realização de projeto executivo feito por este ao Município de Botuverá, apresentando, para tanto, contrato e recibos de pagamentos (fls. 644-653).

Todavia, com bem observado pela acusação em suas derradeiras alegações, nenhum dos recibos apresentados corresponde ao valor do referido cheque, e ao ser ouvido em juízo, o engenheiro Jaison, embora tenha confirmado a celebração do contrato e ter recebido valores da Múltiplos através dele, afirmou categoricamente que quando recebia os pagamentos desta em cheque, sempre os trocava diretamente na “boca do caixa”, fazendo cair por terra, portanto, a alegação defensiva de que o cheque em questão tivesse sido recebido por Jaison da Múltiplos e depois sido repassado para André Cristiano Archer ou a Jones, tanto que nenhum destes fez qualquer referência neste sentido.

Do extrato bancário da empresa Múltiplos, por sua vez, também constata-se que nas datas de 29-1-2014 e 30-1-2014 houve a compensação de dois cheques daquela à pessoa de Rodrigo Cesari, nos valores de R\$ 7.000,00 e 2.933,00 (fl. 602).

De igual modo, nas três intervenções em que foi ouvido durante a persecução penal, Rodrigo Cesari, que declarou ser vizinho e amigo de infância de Jones, além de afilhado do pai deste e irmão de Raul Cesari, com quem Jones manteve sociedade na empresa VR Transfers à época dos fatos, relatou ter também ocupado cargos na SDR de Brusque durante a gestão de Jones no órgão, e que durante este período Jones lhe pediu algumas vezes que depositasse cheques e valores em espécie na conta pessoal dele, os quais lhes eram entregues por Jones na própria SDR.

Apontou que tal situação deve ter também ocorrido em relação aos referidos cheques emitidos pela Múltiplos, cujos valores constam como se tivessem sido compensados a seu favor, já que nunca teve qualquer relação comercial com a referida empresa ou com o acusado Everson, e à época efetuava a troca de cheques apenas a Jones.

Ainda das movimentações bancárias da empresa Múltiplos, verifica-se que em 30-9-2014 houve a compensação de um cheque emitido por esta, no valor de R\$ 60.000,00, em favor de Cristiano Cunha (fl. 603).

Em declarações prestadas nos autos, antes transcritas, Cristiano Cunha, cuja esposa é prima de Jones, disse ter também ocupado cargo terceirizado e comissionado de Gerente na SDR de Brusque durante o período em que Jones era o Secretário Regional, e que, nesta condição, também costumava fazer depósitos e trocas de cheques atendendo a pedidos de Jones.

Expôs que também nunca manteve relações comerciais com a empresa Múltiplos ou com o

acusado Everson, e que o cheque emitido pela Múltiplos, no valor supracitado, que consta como compensado a seu favor, também deve ter sido um dos que recebeu de Jones para que fosse trocado, e o dinheiro depois tivesse sido entregue a ele.

A exemplo do cheque anteriormente tratado, Jones e Everson não apresentaram razões plausíveis, tampouco elementos de prova, para justificar como estas três cártulas também acabaram sendo compensadas em favor de Jones.

Não fosse só isso, a prova documental também retratou que, no mês de agosto de 2013, Jones recebeu um cheque de R\$ 7.000,00, de titularidade Everson, que foi descontado na agência de factoring “RD Fomento Mercantil”, fazendo com que, em 12-8-2013, fosse creditado o valor de R\$ 6.910,00 (após descontos realizados pela operação) na conta pessoal de Jones (fls. 274, 343 e 507).

Tem-se, ainda, que em março de 2014, Jones recebeu outro cheque de R\$ 10.000,00, de titularidade da empresa Múltiplos, o qual também apresentou para troca perante à sobredita agência de factoring, a partir do que, em 14-3-2014, foi creditado na conta pessoal daquele o valor de R\$ 9.890,00 (fls. 282 e 343).

Acerca destes cheques, que foram emitidos por Everson e pela empresa Múltiplos, e depois trocados por Jones em agência de factoring, este alegou não saber ao certo suas origens, mas acreditar que fossem também referentes a serviços de terraplanagem ou colocação de tubos que pudesse ter prestado a Múltiplos, mesmo no período em que ocupava o cargo de Secretário Regional, e que tenham sido pagos à empresa de seu primo Marcos Bósio (empresa MTM), em razão da necessidade de registro formal de empresa para os pagamentos, e depois lhe repassados, negando, contudo, que tivessem origem ilícita.

Everson também alegou que o cheque de R\$ 7.000,00 seria relativo à parcela de caminhão que adquiriu à época de Marcos Bósio, primo de Jones, e o de R\$ 10.000,00 ao pagamento de serviços realizados pela empresa daquele, também negando que tais valores estivessem relacionados a pagamentos espúrios.

Arrolado como testemunha pela defesa de Everson, Marcos Bósio alegou não se recordar ao certo, mas acreditar que tenha recebido os referidos cheques pela venda de caminhão à Múltiplos, e por serviços de terraplanagem que costumava prestar à esta, apontando que à época teria trocado tais cheques com Jones por estar enfrentando dificuldades financeiras e precisar do dinheiro de imediato.

Todavia, à linha do retratado pela acusação, vê-se que tal alegação não guarda o menor sentido, uma vez que não há qualquer registro de que os cheques em questão seriam pré-datados (fls. 507 e 512), além de terem sido apresentados por Jones para troca poucos dias antes das datas em que foram descontados (fls. 274, 282, 342-344).

A par destes robustos elementos de prova, e não tendo os acusados produzido provas suficientes em sentido contrário, resoa evidente que a apresentação, por Jones, de cheques de titularidade da empresa Múltiplos e do acusado Everson, à agência de factoring, foi o meio por ele encontrado

para despistar que estivesse recebendo recursos de origem ilícita destes, assim como fez também ao determinar que servidores da SDR, com os quais tinha relações mais próximas, descontassem e depositassem a seu favor, cheques e valores em espécie que recebia de Everson e da empresa regida por este, já que os registros dos depósitos ficavam nos nomes daqueles.

Cumpra ainda observar, que muito embora Jones tenha tentado justificar tais pagamentos escusos com outra ilegalidade, alegando que as expressivas movimentações financeiras verificadas em sua conta pessoal pudessem ser decorrentes de verbas de campanha recebidas de outros candidatos, e não declaradas à Justiça Eleitoral, nem à Receita Federal, tal alegação não encontra eco em qualquer elemento de prova, nem mesmo no depoimento de testemunhas que afirmaram ter relação próxima a Jones e com ele ter participado de campanhas eleitorais à época, além de não ser crível imaginar que ele receberia tais valores em espécie, para serem gastos com despesas ordinárias de campanha, mas antes os depositasse em sua conta pessoal. Aliás, soa ingênua tal declaração.

Do mesmo modo, não se verificam elementos de prova capazes de alicerçar a alegação de Jones de que os vultosos valores recebidos de Everson e da empresa Múltiplos guardassem relação com serviços de terraplanagem ou colocação de tubos que tivesse prestado àqueles juntamente com seu pai, tanto que nem mesmo as testemunhas que afirmaram manter maior proximidade com Jones e sua família puderam confirmar, seguramente, que Jones ainda continuasse a realizar tais serviços de forma concomitante com o exercício do cargo de Secretário Regional.

Aliás, quando ouvido em juízo, Marcos Bósio, primo de Jones e proprietário da empresa de terraplanagem MTM, que, segundo Jones, era por ele utilizada para receber por serviços de terraplanagem prestados à Múltiplos, afirmou que Jones à época dos fatos exercia apenas o cargo de Secretário Regional, não tendo feito qualquer referência, tampouco sido questionado pela defesa de Jones quanto à alegada utilização de sua empresa para intermediar pagamentos de serviços prestados por aquele.

Não bastasse isso, vê-se que a quebra de sigilo bancário de Jones revelou que além dos pagamentos espúrios que são objeto de apuração na presente ação, no período em que ocupou o cargo de Secretário Regional, ele fez movimentações de outros elevados valores, a ponto de, no período de 24-4-2012 a 8-5-2015, ter movimentado quase dois milhões de reais (fl. 605), valores absolutamente incondizentes com seus vencimentos de Secretário Regional, e em relação aos quais não foram apresentadas justificativas plausíveis para que tivessem sido por si recebidos/movimentados.

Ademais, testemunhas ouvidas em juízo deixaram transparecer que, na mesma época, Jones ostentava um padrão de vida desproporcional aos rendimentos de seu cargo público comissionado, expondo ter ele investido em empresa de amigo de infância (Raul Fernando Cesari), adquirindo máquinas de elevador valor (R\$ 80.000,00), que foram pagas em espécie; adquirido casa em construção, pelo valor de R\$ 150.000,00, através de pagamentos que, em sua maior parte, foram também feitos em espécie; e emprestado cerca de R\$ 150.000,00 a terceiro, também em espécie, transações estas que também não foram declaradas à Receita Federal, conforme se depreende das declarações de imposto de renda anual feitas à época (fls. 447-459, 461-467, 469-475, 476-485 e 487-494).

Merece ainda registro as declarações feitas pela testemunha Elisane Marcos, que apontou ser à época amiga pessoal bastante próxima de Jones, a qual afirmou em seus depoimentos que no período dos fatos aqui tratados, Jones sempre tinha bastante dinheiro, tanto que intermediou que ele emprestasse R\$ 150.000,00 a seu compadre, tendo ainda dito que à época Jones “queria comprar tudo o que via”, e que nas ocasiões em que ia até a sede da SDR de Brusque para conversarem sobre questões relacionadas às campanhas eleitorais, percebia que ele tinha embaixo de sua mesa, sob os pés, uma mochila preta cheia de dinheiro em espécie.

Ora, na condição de agente público, não é plausível ou normal a conduta de manter sempre consigo, no próprio local de trabalho, elevado numerário em cheques ou em espécie, e constantemente solicitar aos funcionários subalternos para que fossem até as instituições financeiras e efetuassem depósitos em suas contas bancárias, a não ser que sua origem tenha sido ilícita, como ressoa da prova dos autos..

Dentro deste contexto, vê-se que restou sobejamente demonstrado nos autos, a partir de farta prova documental e oral, que o acusado Everson Clemente, então proprietário e administrador da empresa Múltiplos Serviços e Obras, emitiu os cheques antes retratados na presente decisão, e cujos valores acabaram sendo creditados na conta pessoal do acusado Jones Bósio, como forma de pagamento, de verdadeira contraprestação a este, por fraudes licitatórias verificadas em processos licitatórios realizados pela Secretaria de Desenvolvimento Regional de Brusque durante o período em que Jones ocupara o cargo comissionado de Secretário Regional, as quais viabilizaram que a empresa Múltiplos fosse a vencedora de pelo menos nove (9) destes certames.

Logo, incorreu o acusado Everson no crime de corrupção ativa previsto no artigo 333, parágrafo único, do Código Penal, já que, em razão dos pagamentos espúrios por si realizados a Jones, este determinara que os procedimentos licitatórios em questão fossem fraudados, infringindo, pois, dever funcional.

Por conseguinte, ao aceitar os valores pagos pelo acusado Everson, em troca das referidas fraudes licitatórias, que foram por si determinadas na condição de funcionário público que detinha à época, valendo-se das prerrogativas e da superioridade hierárquica que tal cargo lhe proporcionava, e assim infringindo dever funcional, Jones incorreu no crime de corrupção passiva na forma prevista no artigo 317, §1º, do Código Penal, Por fim, imperativo o reconhecimento da continuidade delitiva,

haja vista que os seis (6) crimes de corrupção ativa e passiva, representados pelos pagamentos retratados na denúncia, foram praticados pelos acusados em datas relativamente próximas, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, razão por que devem os crimes subsequentes serem considerados como continuação do primeiro, nos termos do artigo 71, caput, do Código Penal.

Destarte, restando devidamente comprovada a materialidade dos delitos em questão, autoria e culpabilidade dos acusados, e não se estando presentes causas de exclusão dos crimes ou de isenção de pena, passo à aplicação das correspondentes reprimendas penais.

DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DA PENA

Com relação ao acusado Everson Clemente:

Atento às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, consigno que a culpabilidade diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta, e não ao conceito estratificado de crime (potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade). Destaco ainda que a circunstância deve ser considerada reprovável quando supera a normalidade do crime, pois este já se pressupõe ofensivo. No caso vertente, a reprovabilidade da conduta do acusado não refoge ao grau de normalidade do tipo penal violado.

É primário e não registra antecedentes criminais contra si, cabendo destacar, no entanto, que responde a outras ações penais nesta Comarca também relacionadas a fraudes licitatórias e a outros crimes, em sua maior parte contra a administração pública, tendo inclusive já sido condenado neste Juízo por fraudes licitatórias em uma destas ações (fls. 839-850).

A conduta social e a personalidade, como não restaram melhor apuradas, devem ser consideradas normais. Os motivos foram a sobreposição do interesse individual em prejuízo da administração pública e da coletividade, inerentes ao tipo. As circunstâncias já foram analisadas, enquanto que as consequências foram normais à espécie. Incabível, na hipótese, a análise acerca do comportamento da vítima.

Tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, posto que inerentes à espécie, fixo a pena-base no seu mínimo legal, isto é, em dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa, no valor de um salário-mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, tendo em vista as condições sócio-econômicas e de empresário do acusado retratadas nos autos.

Não se fazem presentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda fase de aplicação.

Na terceira fase, impõe-se a aplicação da causa de aumento de pena prevista no parágrafo único do artigo 333 do Código Penal, porquanto, como antes retratado, em razão dos pagamentos realizados ao acusado Jones Bósio, este praticou ato de ofício violando dever funcional, motivo pelo qual elevo a pena em um terço (1/3), e na ausência de causas de diminuição, concretizo-a em dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão, e treze (13) dias-multa, no valor e forma antes mencionados.

Da continuidade delitiva (art. 71, caput, do CP):

Tendo em vista que, conforme antes analisado, o acusado praticou seis (6) crimes de corrupção ativa na forma continuada prevista no artigo 71, caput, do Código Penal, elevo a pena à metade (1/2), concretizando-a em quatro (4) anos e dezenove (19) dias-multa, no valor e forma mencionados.

Considerando a primariedade do agente, as circunstâncias judiciais favoráveis e a quantidade de pena aplicada, fixo o regime aberto para início de cumprimento da pena (art. 33, §2º, “c”, do CP).

Com relação ao acusado Jones Bósio:

Atento aos parâmetros estabelecidos pelo artigo 59 do Código Penal, registro que a culpabilidade, enquanto relacionada ao grau de reprovabilidade da conduta e não ao conceito estratificado de crime (potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade), não se afasta da linha de normalidade prevista à espécie e não deve ser considerada negativa.

É primário e não registra antecedentes criminais contra si, cabendo destacar, no entanto, que responde a dezenas de ações penais nesta Comarca também relacionadas a fraudes licitatórias e a outros crimes, em sua maior parte contra a administração pública, tendo inclusive já sido condenado neste Juízo em algumas destas ações (fls. 851-888).

A conduta social e a personalidade, como não restaram melhor apuradas, devem ser consideradas normais. Os motivos foram a sobreposição do interesse individual em prejuízo da administração pública e da coletividade, inerentes ao tipo. As circunstâncias já foram analisadas, enquanto que as consequências foram normais à espécie. Incabível, na hipótese, a análise acerca do comportamento da vítima.

Tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, posto que inerentes à espécie, fixo a pena-base no seu mínimo legal, isto é, em dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa, no valor de um salário-mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, tendo em vista as condições sócio-econômicas do acusado retratadas nos autos, em especial pela movimentação financeira informado em sua conta bancária, além dos investimentos particulares por si anunciados no curso da instrução criminal, sem olvidar os recursos e bens sonogados ao fisco.

Não se fazem presentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas na segunda fase de aplicação.

Na terceira fase, impõe-se a aplicação da causa de aumento de pena prevista no §1º do artigo 317 do Código Penal, ou seja, de um terço (1/3), haja vista que, nos termos da fundamentação, o acusado praticou os crimes de corrupção violando dever funcional, e, concomitantemente, da causa de aumento de pena prevista no artigo 327, §2º, do mesmo diploma legal (terça parte), uma vez que por ocasião da prática delituosa, o acusado ocupava o cargo público comissionado de Secretário de Desenvolvimento Regional de Brusque.

Esclareço, desde logo, que o cálculo de cada causa de aumento se dá sobre o resultado da operação anterior (STF RE 107345, RE 106030, RE 99818, RE 91114), resultando a pena em três (3) anos, seis (6) meses e vinte (20) dias de reclusão, e dezessete (17) dias-multa, no valor e forma antes mencionados.

Da continuidade delitiva (art. 71, caput, do CP):

Tendo em vista que, conforme antes analisado, o acusado praticou seis (6) crimes de corrupção passiva na forma continuada prevista no artigo 71, caput, do Código Penal, elevo a pena à metade

(1/2), concretizando-a em cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão, e vinte e cinco (25) dias-multa, no valor e forma mencionados.

Diante da quantidade de pena aplicada ao acusado, estabeleço o regime semiaberto para início de cumprimento da pena (art. 33, §2º, “b”, do CP).

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a denúncia para:

a) condenar o acusado **EVERSON CLEMENTE**, identificado nos autos, às penas de quatro (4) anos de reclusão, em regime inicial aberto (art. 33, §2º, “c”, do CP), e dezenove (19) dias-multa, no valor de um salário-mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, pela prática do crime previsto no artigo 333, parágrafo único, por seis (6) vezes, na forma do artigo 71, caput, ambos do Código Penal;

b) condenar o acusado **JONES BÓRIO**, também qualificado nos autos, às penas de cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto (art. 33, §2º, “b”, do CP), e vinte e cinco (25) dias-multa, no valor de um salário- mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, pela prática do crime previsto no artigo 317, §1º, c/c artigo 327, §2º, por seis (6) vezes, na forma do artigo 71, caput, todos do Código Penal;

Condeno-os ainda, ao pagamento das custas processuais que deverão ser rateadas à metade, e pagas juntamente com a pena de multa, no prazo de dez (10) dias, a contar do trânsito em julgado.

Considerando que ao acusado Everson Clemente se mostra cabível a substituição da reprimenda corporal por duas restritivas de direitos, nos termos do artigo 59 c/c artigo 43, incisos I e IV, e artigo 44, inciso I e § 2º, todos do Código Penal, aplico-lhe:

a) Prestação pecuniária, no valor de cinquenta (50) salários- mínimos vigentes à data do efetivo pagamento, em favor de entidade credenciada junto ao juízo, para depósito em conta única, no prazo de trinta (30) dias, mediante comprovação nos autos. Na fixação do valor foram levados em consideração o grau de reprovabilidade das condutas e as condições sócio-econômicas do acusado, empresário do ramo de máquinas pesadas e que presta constantes serviços ao Poder Público, em contratos de vultuosos valores financeiros, conforme retratado nos autos; e

b) Prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora por cada dia de condenação, que deverão ser cumpridas em entidade assistencial credenciada junto ao juízo, mediante controle e fiscalização do responsável legal, bem como remessa de relatório ao juízo.

Diante do quantum de pena aplicada ao acusado Jones Bório, mostra-se incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou sursis, pelo que deixo de lhe conceder tais benesses legais (art. 44, I e III, e §3º, e art. 77, caput, e II, ambos do CP).

Concedo-lhes o direito de recorrerem em liberdade, posto que assim permaneceram durante toda a instrução processual, e não se fazem presentes os requisitos para que sejam presos preventivamente, além de não ter havido requerimento neste sentido pela acusação.

Transitada em julgado a presente decisão, lance-se-lhes os nomes no rol de culpados e procedam-se as anotações e comunicações necessárias, inclusive ao Cartório Eleitoral (art. 15, III, CF) e à egrégia Corregedoria-Geral de Justiça do Estado.

Malgrado o disposto no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deixo de fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, ante da ausência de pedido formal da acusação neste sentido.

Em cumprimento ao disposto no artigo 201, §2º, do CPP, determino que o Estado de Santa Catarina, na pessoa do seu Procurador Geral, seja cientificado da presente sentença, pela via postal.

Tendo em vista que já houve a importação aos autos dos arquivos constantes na mídia que permanece armazenada em Cartório (fl. 608), determino seja esta destruída, procedendo-se a sua baixa no sistema.

Transitada em julgado, e cumpridos todos os desdobramentos da sentença, archive-se.

Publicada e registrada eletronicamente, intimem-se.

Brusque (SC), 01 de outubro de 2020.

Edemar Leopoldo Schlösser

Juiz de Direito

“DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE

Lei n. 11.419/2006, art. 1º, § 2º, III, a”

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL Nº 0900062-71.2014.8.24.0069/SC

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: KAREN LIPPI DE OLIVEIRA

SENTENÇA

Vistos etc.

I – RELATÓRIO.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, no exercício de suas atribuições legais e por meio de sua agente ministerial, ajuizou ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina e Karen Lippi de Oliveira, ambos qualificados no introito dos autos, sustentou que a EEB. Catulo da Paixão Cearense e o NAES – Núcleo Avançado de Ensino Supletivo atendiam à época aproximadamente 841 alunos e, por omissão do ente público, o prédio no qual estavam inseridos encontrava-se em situação de total abandono, com problemas estruturais, sanitários e de segurança, colocando em risco a integridade física dos estudantes, professores e funcionários. Narrou que a edificação passou por vistorias e inspeções de órgãos de fiscalização e restou parcialmente interditada pelo Corpo de Bombeiros. Alegou que a Diretora de Infraestrutura, Sra. Karen Lippi de Oliveira, tinha conhecimento do risco oferecido pela edificação e, apesar disso, não comunicou os órgãos/repartições competentes e nem deu andamento célere ao procedimento administrativo para licitação da reforma. Requereu a procedência dos pedidos iniciais para condenar o Estado de Santa Catarina à realização de obras de demolição, reforma e construção da EEB. Catulo da Paixão e do NAES – Núcleo Avançado de Ensino Supletivo, com observância às normas da ABNT e dos órgãos de fiscalização, bem como a imposição de multa para o caso de descumprimento da ordem judicial em face da Diretora de Infraestrutura, Sra. Karen Lippi de Oliveira, ou, subsidiariamente, do Estado de Santa Catarina. Causa valorada. Foi postulada a concessão de tutela de urgência e a inicial veio instruída com procedimento administrativo (eventos 1, 3 e 4).

Em decisão interlocutória, o pedido liminar foi deferido (evento 7).

Comunicou-se a interposição de agravo de instrumento (evento 20).

A Instância Superior deu provimento ao agravo de instrumento para anular a decisão liminar (eventos 23 e 40).

Foi proferida nova decisão interlocutória, atendendo-se à determinação da Instância Superior (evento 25).

Comunicou-se a interposição de agravo de instrumento (evento 42).

Citados, o Estado de Santa Catarina apresentou contestação, suscitando preliminares e alegando a impertinência dos pedidos iniciais (evento 41), enquanto que a requerida Karen Lippi de Oliveira ficou-se inerte (eventos 70 e 132).

Houve réplica (evento 50).

Juntou-se relatório do Corpo de Bombeiros (evento 72).

Realizada audiência de conciliação, as partes firmaram compromisso em relação ao cumprimento da decisão liminar (evento 74).

O Estado de Santa Catarina noticiou a adoção de providências quanto à medida liminar (eventos 75 a 82, 88 a 89, 94 a 100, 103 a 104, 110 a 120, 139 a 140, 145 a 147, 154 a 160, 165 a 166, 171 a 174 e 195), tendo o Ministério Público se manifestado na sequência (eventos 87, 92, 101, 108, 126, 151, 163 e 186).

O Ministério Público formulou pedido liminar complementar (evento 126), o qual restou parcialmente deferido (evento 131).

Sobreveio aos autos decisão da Instância Superior que, no julgamento do agravo de instrumento e dos embargos de declaração, manteve a decisão liminar e afastou a multa cominatória (eventos 161 e 167).

Promovida a redistribuição das competências na Comarca de Sombrio, os autos foram remetidos a esta Unidade Jurisdicional (evento 181).

Saneado o feito, foram afastadas as preliminares, decretada a revelia da ré Karen Lippi de Oliveira e determinada a intimação das partes para manifestação quanto ao interesse na produção de outras provas (evento 189).

Intimados, o Ministério Público requereu a produção de prova pericial e documental, além da expedição de ofício ao Corpo de Bombeiros e à Vigilância Sanitária (evento 194), enquanto que o Estado de Santa Catarina manifestou-se pelo desinteresse na produção de outras provas (evento 195).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO.

Trata-se de ação civil pública deflagrada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face do Estado de Santa Catarina e de Karen Lippi de Oliveira, todos qualificados no introito dos autos, objetivando a condenação do ente público requerido à realização de obras de demolição, reforma e construção da EEB. Catulo da Paixão Cearense e do NAES - Núcleo Avançado de Ensino Supletivo, com observância às normas da ABNT e dos órgãos de fiscalização.

Registro, inicialmente, que o processo encontra-se em ordem e a prova documental e técnica produzidas são suficientes para a prolação da sentença, sendo desnecessária a realização de prova pericial na área de engenharia civil, tampouco a expedição de ofício ao Corpo de Bombeiros e à Vigilância Sanitária, uma vez que o resultado obtido com tais diligências serviria apenas para demonstrar o cumprimento da medida liminar, em nada contribuindo para a resolução da lide.

No mais, conforme exaustivamente vem sendo comprovado nos autos, inclusive com ampla divulgação jornalística no extremo-sul catarinense, as obras de demolição, reforma e construção foram concluídas e a escola já foi inaugurada, com a participação de autoridades municipais e estaduais, motivo pelo qual a produção de provas in loco, neste momento processual, restaria infrutífera.

A propósito:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - REFORMA EM ESCOLA ESTADUAL - OBRIGAÇÃO DE ATENDIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA - INDEPENDÊNCIA DO EXECUTIVO, MALGRADO O ÔNUS RECONHECIDO, PRESERVADA. 1. Há um direito - decorrência do devido processo legal - à produção de provas. Esse direito, porém, não é uma garantia absoluta de que todas as provas pretendidas pelas partes serão deferidas. Daí se invoca o princípio do livre convencimento motivado do magistrado que permite ao julgador verificar se é necessária a instrução ou se a prova documental é hábil para aclarar os fatos. No caso concreto, o Estado pleiteia a produção de prova pericial com o fim de demonstrar a realização das melhorias em escola. Ratifica, entretanto, que as determinações contidas no último relatório de fiscalização não foram até agora implementadas. 2. [...] 3. Recurso e remessa parcialmente providos apenas para afastar a perspectiva de sequestro. (TJSC, Apelação Cível n. 0900102-12.2015.8.24.0039, de Lages, rel. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 31-10-2019).

Inexistindo a necessidade da produção de outras provas, denota-se que a hipótese em apreço comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 355, inc. I, do CPC, sendo certo que “não há cerceamento de defesa quando o juiz, considerando desnecessária a dilação probatória, julga antecipadamente a lide com base nos elementos até então coligidos” (TJSC, AC n. 0316541-98.2015.8.24.0023, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 14-02-2017).

Desse modo, **Indefiro** a produção de prova pericial e a expedição de ofício aos órgãos de fiscalização (evento 194.1), advertindo que, diante do presente julgamento, eventual descumprimento da medida liminar ou do comando sentencial deverá ser equacionado por meio do instrumento processual adequado.

Superadas tais questões, passo ao exame do mérito.

De acordo com o art. 227, *caput*, da CF, o direito à educação deve ser assegurado com absoluta prioridade às crianças, aos adolescentes e aos jovens, a fim de colocá-los a salvo de toda forma de negligência e omissão.

Do sobredito preceptivo constitucional, que reafirma a educação como direito social (art.

6º da CF), extrai-se uma série de garantias individuais e coletivas, dentre as quais a segurança, a incolumidade e a acessibilidade da estrutura física das escolas públicas, ora asseguradas pela legislação infraconstitucional:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI N.8.069/1990):

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (Grifei).

ESTATUTO DA JUVENTUDE (LEI N. 12.852/2013):

Art. 7º O jovem tem direito à educação de qualidade, com a garantia de educação básica, obrigatória e gratuita, inclusive para os que a ela não tiveram acesso na idade adequada. [...]

§ 4º É assegurada aos jovens com deficiência a inclusão no ensino regular em todos os níveis e modalidades educacionais, incluindo o atendimento educacional especializado, observada a acessibilidade a edificações, transportes, espaços, mobiliários, equipamentos, sistemas e meios de comunicação e assegurados os recursos de tecnologia assistiva e adaptações necessárias a cada pessoa. (Grifei).

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI N. 13.146/2015)

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao esporte, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, [...].

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado o sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação. (Grifei).

Havendo omissão do Poder Público e verificada situação que coloque em risco a integridade física dos alunos, professores e funcionários, cabe ao Poder Judiciário intervir para assegurar a efetividade do direito à educação, garantindo-se condições de funcionalidade e de segurança aos estabelecimentos de ensino.

Nesse sentido:

“A partir desse prisma, o Judiciário ao analisar a possibilidade de realização de obras de reformas numa escola que se encontra em situação calamitosa, não quebra a separação dos poderes, jurisdiciona; reconhece e determina que o Estado cumpra com sua obrigação, o dever-ser, para que atue dentro da legalidade e confira o exercício aos administrados de seus direitos constitucionais. Não se invade, no entanto, o mérito administrativo, evita-se que o Estado negue vigência ao seu dever de proporcionar o direito à educação, à segurança e à vida, esses dois últimos não só dos alunos, mas de todos que circulam/permanecem naquele edifício insalubre, no mínimo enquanto perdurar esta situação. [...] A determinação judicial de realização da reforma de estabelecimentos educacionais, ante a inércia do poder público e verificada a possibilidade de danos à incolumidade de crianças e adolescentes, é assente na jurisprudência desta egrégia Corte, sobrevalorizando-se a necessidade de efetivação do direito fundamental à educação, enquanto componente do mínimo existencial a ser garantido pelo poder público, frente à alegação de violação à tripartição de poderes e à tese da reserva do possível, tese esta que somente poderia ser invocada a partir da comprovação de total insuficiência de recursos e não de modo genérico. [...] Logo, não há que se falar em violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, uma vez que a discricionariedade administrativa está limitada à realização do interesse público, que é, em última análise, sua principal finalidade. A tutela jurisdicional, em um sistema constitucional de pesos e contrapesos, mostra-se devidamente adequada à preservação e concretização dos direitos fundamentais, principalmente quando tais direitos devam ser garantidos por meio de uma prestação positiva do Estado, como é o caso do direito fundamental à educação.” (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0900169-48.2015.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 31-10-2019).

No caso dos autos, embora a conclusão das obras em razão da medida liminar, a documentação contida na inicial demonstra que, ao tempo do ajuizamento da ação, o prédio onde se encontram situadas as EEB. Catulo da Paixão Cearense e o NAES – Núcleo Avançado de Ensino Supletivo apresentava-se em situação de total abandono, com problemas estruturais, sanitários e de segurança, colocando em risco a integridade física dos estudantes, professores e funcionários.

Da análise dos laudos e vistorias, observa-se que a estrutura do prédio estava comprometida e necessitava de obras emergenciais, levando em consideração a precariedade das salas de aula, das alas administrativas, dos banheiros, dos muros, da infraestrutura do ginásio, da acessibilidade e da iluminação, além dos problemas evidenciados nas paredes, nos forros e nos telhados da edificação, como rachaduras, infiltrações e danificações, que ofereciam risco iminente de desabamento.

Frederico Leite Pereira, engenheiro civil, em parecer técnico emitido na condição de gerente de infraestrutura da Secretaria Estadual de Desenvolvimento Regional, elencou algumas das irregularidades estruturais do prédio:

“As edificações e o pátio da escola são antigos e não há sinais de reformas significativas nos últimos anos, alguns pontos da unidade escolar estão precários e outras áreas não estão em acordo com as normas atuais. A estrutura está um pouco danificada, com algumas fissuras nas paredes das salas de aulas e armaduras expostas em pilares. A cobertura também apresenta problemas como cupins, goteiras e parte do beiral da escola que é de madeira possui apodrecimento e queda. Com a presença de umidade e bolor está esfarelando e as pinturas descascando. Porém o ponto crítico da escola é o bloco que se localiza o refeitório e as cozinhas.

A construção é uma das mais antigas e precisa de reforma urgente. Após a execução de uma fossa junto ao bloco, problemas estruturais começaram a aparecer, como rachaduras nas paredes e desnivelamento do piso, devido à movimentação da estrutura. O bloco ainda conta com problemas no telhado, com um madeiramento muito antigo que sofre com cupins e quedas. As esquadrias também estão danificadas sendo que em sua maioria não têm vidros e o sistema de esgoto é insuficiente para a demanda da escola, ocorrendo transbordamento do sistema.” (eventos 1.24 a 1.33).

Idêntica conclusão é alcançada a partir da análise conjunta dos laudos técnicos elaborados pelos engenheiros civis Bruna Angeloni (eventos 1.80 a 1.89) e Cristiano Gonçalves Batista (eventos 4.436 a 4.443), que também realizaram vistoria *in loco* e apontaram os diversos problemas estruturais da construção.

Não fosse o suficiente, os problemas de ordem estrutural acima citados intensificaram a probabilidade de acidentes e danos das mais diversas espécies, se concretizando, efetivamente, com a queda parcial do muro da escola, o desabamento do forro da cozinha, a danificação dos móveis, a deterioração das paredes e rebocos – que deixaram tijolos e armações de ferro expostos –, e a queda da caixa d'água dos banheiros dos alunos, tudo a demonstrar o estado de conservação precário do prédio e sua incapacidade de oferecer condições mínimas de segurança.

O Corpo de Bombeiros Militar, após constatar a situação calamitosa *in loco*, procedeu à interdição parcial da edificação, informando expressamente que “existe a possibilidade iminente de colapso estrutural” (evento 1.47). No mês que antecedeu o ato de interdição, o referido órgão havia emitido relatório de vistoria de funcionamento, no qual foram enumeradas graves irregularidades:

“Encontra-se em situação irregular perante o Corpo de Bombeiros pois não possui projeto preventivo, habite-se nem funcionamento aprovados. [...] Existem apenas 03 unidades extintoras instaladas. Necessita ser instalado o sistema preventivo previsto para a edificação conforme IN006. [...] Sistema hidráulico preventivo inexistente. Necessita ser instalado o sistema preventivo previsto para a edificação conforme IN 007. Proteção contra descargas atmosféricas apenas um captor tipo Franklin para toda a edificação (imagem 3), fora da IN010. Necessita ser instalado o sistema preventivo previsto para a edificação conforme IN 001 e IN 010. [...] Saídas de emergência. Salas de aula com suas portas voltadas para área aberta. (Imagem 4). Portão de saída abre contra o fluxo. Ginásio sem escada, guarda-corpo e corrimão (imagem 4.1). [...] Iluminação de emergência inexistente. Necessita ser instalado o sistema preventivo previsto para a edificação conforme IN 0011. [...] Sinalização para abandono de local inexistente. Necessita ser instalado o sistema preventivo previsto para a edificação conforme IN013. [...] Instalações de gás combustível. As instalações existentes não atendem as NSCI. Cozinha dos professores com GLP dentro e sem adequação de ambiente (imagem 5). Cozinha dos alunos: GLP dentro, sem adequação de ambiente na cozinha (imagem 6). [...] Sistema de alarme de incêndio inexistente. Necessita ser instalado o sistema preventivo previsto para a edificação conforme IN012. [...] Dentre as alterações encontradas, as mais preocupantes são as relacionadas a estrutura. Evidenciado várias rachaduras, pontos de infiltrações, corrosão, etc. Devendo passar por análise de um profissional habilitado. [...] Conclusão. A regularização da edificação junto ao Corpo de Bombeiros Militar fica condicionada à apresentação de um projeto preventivo a luz da legislação em vigor, bem como a posterior instalação dos sistemas preventivos previstos no projeto, para posterior vistoria para habite-se e funcionamento. Informo-vos ainda que a situação das instalações elétricas deverão ser analisadas por profissional capacitado. (evento 1.35 a 1.46).

Indo adiante, observa-se dos relatórios, das vistorias e das autuações da Vigilância Sanitária que os problemas sanitários eram igualmente graves, já que os estabelecimentos não contavam com itens básicos de higiene, como lixeiras, papel toalha e sabonete líquido, sendo verificada a ausência de desinsetização e de rede de esgoto adequada, colocando em risco a saúde daqueles que ali circulavam.

No mais, a presença de pombos nas áreas da escola, inclusive na praça de alimentação, agravava a situação, porquanto as aves bebiam água nos bebedouros e defecavam sobre as mesas dos refeitórios, aumentando potencialmente a exposição dos estudantes, professores e funcionários ao risco de transmissão de doenças. Além dos problemas mencionados, a Vigilância Sanitária constatou outras irregularidades na edificação:

“Falta de alvará sanitário do referido ano; Falta do Licenciamento do Corpo de Bombeiros; Presença de rachaduras, infiltrações, madeiras danificadas (por insetos), falta de forros; Falta de atestado de saúde ocupacional de todos os funcionários e professores; Presença de pragas urbanas (pombos) em grande quantidade; O estabelecimento não providenciou o serviço de desinsetização; O terreno apresenta água estagnada em períodos chuvosos dificultando a drenagem; Falta de higienização no pátio de areia do parque infantil; Não apresentou Laudo de Potabilidade da água e registro de limpeza da caixa d'água; Iluminação das salas de aulas insuficientes (n. de lâmpadas insuficientes e sem proteção; e paredes pintadas de cores que desfavorecem a claridade); Sanitários dos alunos desprovidos de sabão líquido e de papel toalha; Falta de lixeiras em sanitários dos alunos; Falta de ferro no sanitário feminino das alunas, e presença de madeiras de armação do forro danificadas por insetos (cupins); Pia de pedra mármore, quebrado sanitário feminino apresentando risco de acidente; Ações de Fiscalização na área de manipulação de alimentos: Falta de revestimento liso, impermeável e lavável nas paredes e teto da cozinha e em mau estado de conservação; Falta de telas milimétricas e removíveis nas janelas e outras aberturas das áreas de armazenamento e reparação de alimentos; Inexistência de sanitários exclusivos para funcionários (da área de preparação de alimentos); Inexistência de vestiário exclusivo para funcionários (da área de preparação de alimentos); Inexistência de lavatórios exclusivos para a higiene das mãos; Luminárias sem proteção contra explosão e queda acidentais na área de manipulação e com presença de infiltração de água; Ambiente inadequado quanto ao sistema de renovação do ar de forma a manter o ambiente livre de gases, fumaça, partículas em suspensão (pó, fuligem), condensação de vapores; Incidência de fluxo de ar (ventilador) diretamente sobre os alimentos; Falta de comprovante de execução do serviço de desinsetização ou do controle integrado de pragas urbanas de empresa especializada e licenciada no órgão competente; Edificação e instalações projetadas irregularmente quanto ao fluxo de produção; Presença de móveis (mesa de madeira) com superfícies inadequadas.” (eventos 1.5 a 1.7).

Soma-se isso às fotografias e os depoimentos dos professores e funcionários da instituição acostados aos autos, que não deixam dúvidas quanto aos graves problemas estruturais, sanitários e de segurança acima mencionados. Cabe ressaltar, ademais, que os problemas envolvendo a EEB. Catulo da Paixão Cearense e o NAES – Núcleo Avançado de Ensino Supletivo foram amplamente divulgados nos jornais da região (eventos 1.50, 1.52, 1.62 e 1.76) e comunicados à Delegacia de Polícia de Sombrio por meio de registro de boletim de ocorrência (eventos 1.58 a 1.61).

O requerido não se insurgiu quanto à necessidade das obras de demolição, reforma e

construção do imóvel da EEB. Catulo da Paixão e do NAES – Núcleo Avançado de Ensino Supletivo. O próprio Estado de Santa Catarina, reconhecendo a precariedade da edificação cumprindo a medida liminar, incluiu os estabelecimentos em dotação orçamentária e em programa do governo catarinense, o que resultou na citação das obras de reforma (eventos 1.121 a 4.383).

Nessas condições, portanto, a conclusão não é outra senão o flagrante risco que vinha sendo oferecido pela estrutura de ensino, especialmente em detrimento dos alunos, professores e funcionários que transitavam pela edificação, situação incompatível com o dever constitucional do Poder Público de proporcionar a educação e o ensino de qualidade *lato sensu* (art. 205 da CF).

Para cumprir com um dos pilares da sociedade, qual seja, a educação, é imprescindível que o Poder Público proporcione um espaço físico com infraestrutura adequada e que ofereça condições para que os estudantes, educadores e funcionários possam desenvolver suas atividades sem exposição ao perigo iminente. É inegável que a *maioria daqueles que transitam pelo prédio são crianças e adolescentes*, o que, por si só, exige um maior cuidado e zelo pela Administração Pública.

No ponto, registro que o artigo 163, inc. VI, da Constituição Estadual é claro ao estabelecer que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de [...] condições físicas adequadas para o funcionamento das escolas”, o que corrobora os demais preceitos constitucionais e legais já mencionados.

Inviável, portanto, acolher a tese defensiva aventada em contestação, já que os critérios de oportunidade e conveniência não podem ser utilizados pelo ente público para comprometerem a eficácia de direitos fundamentais, como o direito à educação, que deve prevalecer sobre questões de ordem financeira e administrativa. Não há falar, ainda, em afronta à tripartição dos poderes, pois, verificada a inércia da Administração Pública em cumprir com as disposições constitucionais, deixando de implementar políticas públicas essenciais, a intervenção judicial é legítima.

A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VOLTADA PARA A REALIZAÇÃO DE REFORMA EM ESCOLA DA REDE ESTADUAL. PROVIMENTO LIMINAR PARCIALMENTE CONCEDIDO PARA DETERMINAR A EXECUÇÃO DE PEQUENAS OBRAS FÍSICAS EMERGENCIAIS E PARA ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS VOLTADAS À SEGURANÇA E À SALUBRIDADE DA ALUDIDA UNIDADE ESCOLAR. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL À INCOLUMIDADE DOS CORPOS DOCENTE, DISCENTE E ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DO PRAZO DE CUMPRIMENTO DA DECISÃO. CABIMENTO, COM FULCRO NO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. “Não ofende o princípio da separação dos poderes a intervenção judicial para compelir os órgãos da administração a cumprir a obrigação constitucional e legal de realizar obras de reforma em prédio de escola estadual, em razão da precariedade das instalações, para reforçar a segurança, eliminar os riscos para alunos e demais usuários e propiciar adequado espaço físico para o desenvolvimento do ensino público de qualidade” (TJSC - Apelação Cível n. 2013. 005627-2, de Sombrio, rel. Des. Jaime Ramos, j. 31.5.2013). A mais disso, “a cláusula de reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, como propósito de fraudar, de

frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulada essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes.” (STF - Agravo em Recurso Extraordinário n. 639337, rel. Min. Celso de Mello, j. em 23.8.2011). II. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0001758-02.2013.8.24.0103, de Araquari, rel. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 03-12-2019). (Grifei).

Por conseguinte, tendo em vista a possibilidade de intervenção judicial para a efetivação de políticas públicas quando o Poder Executivo se mostra negligente, bem como ausentes, no caso dos autos, provas capazes de escusá-lo do cumprimento da obrigação constitucional, impõe-se a procedência do pedido principal.

III - DA SANÇÃO COMINATÓRIA.

O Ministério Público postula, cumulativamente ao pedido principal, a imposição de multa para garantir a eficácia do provimento jurisdicional em face da requerida Karem Lippi de Oliveira, ocupante do cargo de Diretora de Infraestrutura da Secretaria Estadual de Educação, ou, em caráter subsidiário, do Estado de Santa Catarina, valora ser revertido ao Fundo de Restituição dos Bens Lesados.

No entanto, consoante remansosa jurisprudência, descabe direcionar ao agente político a responsabilidade constitucional atribuída aos entes federados, uma vez que, extinto o respectivo mandato, comissão ou função gratificada, circunstância esta inevitável, não poderá pessoalmente dar cumprimento à ordem judicial advinda de eventual êxito no pedido, sendo inarredável a improcedência do pedido quanto à imposição de multa em face da requerida Karem Lippi de Oliveira, ora ocupante do cargo de Diretora de Infraestrutura da Secretaria Estadual de Educação.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. [...] **A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivo escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, lamentavelmente, está despidida de juridicidade. Ao julgar conforme suas convicções, o julgador deve aplicar à controvérsia as disposições legais que considerar pertinentes, utilizando-se, na omissão da norma, das fontes integradoras do direito, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Deve, ainda, atender aos fins sociais a que se dirige a lei e às exigências do bem comum, como se extrai dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Todavia, nesse proceder judicante não pode se imiscuir em seara alheia, sob pena de usurpar a função do Poder Legislativo. Inexistente norma expressa que alcance a pessoa física representante da pessoa jurídica de direito público, não há como manter o julgado no ponto.** [...] (STJ, REsp 747.371/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 06-04-2010 - trecho extraído do corpo do acórdão). (Grifei).

Quanto ao Estado de Santa Catarina, entendo que, igualmente, descabe a imposição de multa, sendo certo que cabe ao magistrado adotar medidas eficazes à concretização das decisões judiciais e, no caso dos autos, a medida de sequestro de valores em contas públicas revela-se mais eficaz e adequada do que a imposição de multa diária, considerando que a obrigação de fazer consubstancia-se na realização das obras necessárias à manutenção das instituições de ensino.

Colhe-se, no ponto, da jurisprudência:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REFORMA DE ESCOLA PÚBLICA. DECISÃO QUE OBRIGOU O ESTADO DE SANTA CATARINA A SANAR AS IRREGULARIDADES APONTADAS PELO CORPO DE BOMBEIROS EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO ESTADUAL[...]. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. **MULTA DIÁRIA FIXADA NA SENTENÇA. SUBSTITUIÇÃO PELO SEQUESTRO DE VALORES NECESSÁRIOS AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO IMPOSTA NA DECISÃO. MEDIDA MAIS EFICAZ.** RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0900056-15.2017.8.24.0019, de Concórdia, rel. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 10-12-2019). (Grifei).

Ainda:

AGRAVO POR INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. NECESSIDADE DE REFORMA DE ESCOLA DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. [...] PLEITO DE REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA COMINATÓRIA. AFASTAMENTO EX OFFICIO PARA IMPOSIÇÃO DO SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. REALIDADE FÁTICA NA ORIGEM, ADEMAIS, QUE PERMITE REFERIDA SOLUÇÃO, AFINAL, PARTE DAS DETERMINAÇÕES JUDICIAIS JÁ FORAM CUMPRIDAS, NÃO HAVENDO MAIS RISCO À VIDA E À SAÚDE DOS ALUNOS E FUNCIONÁRIOS DO ESTABELECIMENTO ESCOLAR A EXIGIR MEDIDA CAUTELAR EXTREMA.

Ao contrário da astreinte, que se afeiçoa como uma sanção de caráter inibitório, a fim de promover o fiel cumprimento das ordens proferidas pelo juiz, o sequestro de valores tem por finalidade assegurar recursos suficientes para a consecução do objeto perseguido. Neste caso, de ofício, cabível a conversão da multa cominatória em sequestro, na hipótese de descumprimento da ordem judicial. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E, NESTA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.089172-4, de Palhoça, rel. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 03-03-2015). (Grifei).

Assim, diante da natureza jurídica da obrigação, a medida coercitiva mais adequada para garantir a eficácia do comando judicial corresponde ao sequestro de valores em contas públicas, nos termos dos arts. 139, inc. IV, e 497 do CPC.

IV – DISPOSITIVO.

DIANTE DO EXPOSTO, com fundamento no art. 487,inc. I, do CPC, **julgo parcialmente** procedentes os pedidos deduzidos pelo Ministério Público para condenar o Estado de Santa Catarina à realização das obras de demolição, reforma e construção da EEB. Catulo da Paixão Cearense e do NAES – Núcleo Avançado de Ensino Supletivo, que deverão atender às normas técnicas dos órgãos competentes, inclusive de acessibilidade aos portadores de necessidades especiais, bem como da Vigilância Sanitária, do Corpo de Bombeiros Militar e demais órgãos de fiscalização, no prazo já assinalado, sob pena de sequestro de valores em contas públicas.

Em consequência, confirmo as decisões interlocutórias que deferiram, ainda que em parte, os pedidos de tutela provisória (eventos 25 e 131), atentando-se à decisão da Instância Superior que afastou a multa (eventos 161 e 167).

Sem custas, despesas processuais ou taxas judiciais, exceto aquelas não abrangidas pela isenção legal, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei Estadual n. 17.654/18; e no artigo 33 da Lei Complementar n. 156/97.

Deixo de arbitrar honorários em favor da parte requerente, uma vez que a ação foi proposta pelo Ministério Público e existe vedação legal nesse sentido, nos termos do art. 128, § 5º, inc. II, “a”, da CF; e art. 44, inc. I, da Lei n. 8.625/93.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Sentença sujeita a reexame necessário (art. 496, I, do CPC).

No caso de apresentação de apelação, intime-se a parte contrária para contrarrazões, no prazo legal (art. 1.010, § 1º, do CPC). Após, independente de nova conclusão, remetam-se os autos à Instância Superior (art. 1.010, § 3º, do CPC).

Escoado o prazo sem interposição de recurso voluntário, certifique-se e, após, remetam-se os autos à Instância Superior (art. 496, § 1º, do CPC).

Após o trânsito em julgado, procedam-se com as anotações necessárias e arquivem-se os autos, incluindo a documentação deixada pelo Ministério Público em cartório (evento 2), dando-se as baixas de estilo.

Evandro Volmar Rizzo

Juíz de Direito



PUBLICAÇÕES

A RESPOSTA DO DIREITO, PROCESSO E CONTEÚDO, DESDE A INTERROGANTE ADVINDA DA SURPRESA DA PANDEMIA

Marcelo Elias Naschenweng Juiz de Direito (TJSC)

Mestre e Doutor pela Universidade Estácio de Sá/RJ (UNESA) Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) Professor da Academia Judicial de Santa Catarina (AJ)

Professor de Processo Civil do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC)

O ingresso de um elemento imprevisto a desequilibrar o comum dos dias causa estranhamento e, por sua irresistibilidade, reclama um ajuste das pessoas, do corpo social e das instituições, de modo a calibrar as relações no período de pandemia e no seu devir. O direito é chamado a atuar nesta quadra sensível e irrecusável. A resposta jurídica deve advir da atividade dos tribunais ajustadas às limitações impostas pela pandemia. A tecnologia tem muito a contribuir ante as restrições havidas no espaço físico. Há uma repercussão de caráter processual já evidenciada pelos normativos emitidos pelos Tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça. Há também um desdobramento material reconhecido pelos Tribunais para acomodar as relações afetadas pela causa inopinada. Na trilha jurisprudencial, a linha decisória pode sofrer uma solução de continuidade que impende seja reposicionada tão logo apartada a causa e seus efeitos, em atendimento aos postulados da coerência e integridade.

PALAVRAS-CHAVE

Direito – Pandemia – Tribunais – Implicações Processuais – Implicações Materiais – Jurisprudência – Continuidade – Coerência – Integridade

1. INTRODUÇÃO

Ao atravessar uma cordilheira de montanhas nos alpes escandinavos, um avião que levava um grupo de cientistas rumo a cerimônia do prêmio Nobel, sofre uma pane que o obriga a pousar de emergência naquela região insólita do circo polar ártico. A manobra do piloto foi um sucesso, assim, nada obstante o susto e o solavanco, depois de algum tempo os passageiros conseguem descer na neve e decidem juntos buscar apoio em alguma comunidade próxima. O lugar é desconhecido e não há sinal visível da presença humana, então, sem nenhuma orientação segura, aquele grupo de doutores de diversas áreas do conhecimento humano, passa a discutir qual a melhor direção a ser tomada para se encontrar abrigo e proteção. Assim, o professor de física aponta que devem se aproximar da geleira, o de literatura sugere contornar o lago, o doutor em química indica caminharem rumo

ao norte enquanto que o médico presente vota por permanecerem parados onde estão, à espera de socorro iminente. Premidos pela incerteza, na ânsia de resguardarem suas vidas e já fatigados pelo dispendioso debate, mas sem alcançar uma posição firme ou firmada sobre qual rumo tomar, eis que no cume de uma montanha avistam a figura de um menino num carrinho puxado por um cervo. Como depois se soube, cuidava-se de uma criança aborígene pertencente a uma pequena comunidade de criadores de cervos daquela região da Lapônia. Passados uns minutos, o menino surpreso, movido pela curiosidade se aproxima do grupo e a tentativa de comunicação é imediata. Mas a dificuldade logo se apresenta pois nem o professor de literatura era versado na língua lapônica. Nada obstante, a necessidade encontra seus atalhos e logo, aquela plêiade de doutores, não tardou em reclinar seus meritórios conhecimentos para seguir os passos daquele menino iletrado em direção ao pequeno povoado da Lapônia, encontro que significava, neste passo, a salvação advinda do restabelecimento do contato com a civilização e da continuidade de suas vidas¹.

A criança aborígene sinaliza o conhecimento experimentado, a segurança da tradição autêntica, enquanto que o grupo de cientistas traz a esperança que por seus meios ou métodos, busca, Tateando, encontrar a melhor resposta. Neste espaço onde a ciência não detém a verdade (ou a melhor resposta), vigora o campo largo de possibilidades a serem testadas pelo experimento humano. Como não temos, neste ponto, a segurança advinda de uma criança aborígene, resta-nos a resposta advinda das práticas científicas que formam o conhecimento humano. À falta de resposta segura, por um ou outro meio, mesmo porque o conhecimento, como todo caminho, reclama o seu tempo, impende que estabeleçamos regras de transição para reger este instante de crise, bem assim considera-lo em sua superação: o porvir não está isento do esforço reclamado na e pela superação.

2. EM CURSO

No decorrer da pandemia não houve solução uniforme de funcionamento nos tribunais de justiça de cada país. Conforme levantamento apresentado pelo professor Aluísio Mendes, nos Estados Unidos, os tribunais mantiveram as suas atividades; de igual forma, no Reino Unido a Suprema Corte deu continuidade aos serviços, ainda que de modo remoto. Por outro lado, os sistemas de justiça de países como Itália, Espanha, França, Portugal, voltaram seus esforços para as medidas de urgência. Um último exemplo, na Alemanha, enquanto a corte constitucional alemã entendeu por suspender as atividades normais, outros tribunais mantiveram as atividades, com a realização de audiências já designadas².

Por lógico, a resposta do sistema de justiça de cada país está atrelada ao maior ou menor recuo das atividades orientado pela ação do governo respectivo e ao sucesso na política de enfrentamento empregada, mas também pela capacidade dos tribunais em canalizar a força de trabalho para um modo adequado de funcionamento, mormente o meio remoto, com a conseguinte manutenção - ou o ajuste - de seus calendários.

1 Monsenhor Francisco de Salles Bianchini palestra, conto versionado.

2 MENDES, Aluísio, Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=LTGxOhjxnXI&t=3716s>

Centrando a atenção para nosso país importa perguntar sobre a possibilidade de cada tribunal de manter ou não as suas atividades.

A resposta vem da tecnologia; aliás, a resposta em larga escala vem da tecnologia e pesquisa, desde a produção da vacina ou remédio adequado, passando por outras medidas que possam auxiliar no manejo da crise sanitária, como por exemplo, aplicativo para identificar uma aglomeração de pessoas; o cuidado voltado para o tratamento das pessoas que possivelmente ostentem a doença; a realização de um número importante de testagem; o gerenciamento de nossa convivência com este cuidado redobrado, máxime nos locais em que há mais risco de contágio, com observância dos protocolos de segurança e utilização dos equipamentos preventivos. Assim, por exemplo, um aplicativo que informe quantas pessoas estão em uma dada loja; se aquele centro comercial comporta mais gente do que os que ali se encontram neste momento; quais os equipamentos e aparatos que a pessoa precisa ter para frequentar um certo local, uma praça, um shopping, uma escola. Lógico que aqui não se quer invadir a esfera íntima da pessoa a ponto de agredir direito fundamental, mas muitas vezes, isto pode ser obtido por convenção, por meio de aceite, de consentimento, por exemplo, integrar um grupo de whatsapp em que os casos são monitorados; estar de acordo de receber informações sobre casos identificados próximos à sua residência, aliar-se a um grupo numa rede social a fim de que mecanismos de prevenção estejam a minha disposição. Isso tudo pode nos ajudar a organizar e orientar nossa conduta no combate à moléstia³. Um exemplo local consiste em uma Sala de Situação Digital; cuida-se de uma plataforma que reúne um conjunto de ferramentas colocadas à disposição do gestor municipal no Estado de Santa Catarina em apoio às ações de combate ao novo coronavírus⁴.

No trato jurídico, em tempos em que o impacto da inteligência artificial neste campo faz deslocar a discussão para a alçada da ética, e.g. pela atividade da robótica na tomada de decisões judiciais⁵, a tecnologia ingressou de modo irrecusável, desde a informatização dos tribunais e escritórios, da digitalização e armazenamento de dados⁶, controle de arquivos e do gerenciamento de sistemas, cada vez mais particularizados e eficientes, voltados, por exemplo, para a feitura de peças, cotejo de dados e decisões, a realização de audiências gravadas e por vídeoconferência, enfim, todo o aparato tecnológico que de há muito se faz imprescindível na prática jurídica.

3 ROSA, Alexandre Morais da, com PAULA, Jaime, vídeo: Tecnologia e Covid, disponível em <https://www.instagram.com/tv/CAJTBBf1aK6/>

4 O projeto conta com a participação de uma série de profissionais da área de inteligência de diversas instituições e entidades. Outros detalhes, vide: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/ferramenta-de-apoio-no-combate-a-covid-19-e-lancada-com-a-contribuicao-do-judiciario?inheritRedirect=true&redirect=%2F>

5 No STF o robô de inteligência artificial de nome Victor identifica temas que já foram decididos pela Corte para divisar o alcance da repercussão geral; no STJ, Sócrates está sendo desenvolvido a fim de produzir uma análise automatizada do recurso e do acórdão recorrido; outros tribunais também contam com a robótica na administração dos dados para decisão; de seu turno a advocacia também recebe igual influência, contando, por exemplo, com programas como a Looplex, para gestão de processos de massa; e do Justto, voltado à solução amigável de litígios. (Abraham, Marcus e Catarin, João Ricardo, artigo “O uso da inteligência artificial na aplicação do direito público – o caso especial da cobrança dos créditos tributários – um estudo objetivado nos casos brasileiro e português”, disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2019000200010)

6 Em data recente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a resolução n. 324 voltada à Gestão dos Documentos Digitais, com tratamento arquivístico para preservação digital sistêmica.

Neste contexto, em muitos tribunais os processos já caminham pela via eletrônica. Para ilustrar, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina apenas oito por cento (8%) dos processos correm em autos físicos, o remanescente ou já ingressou como processo eletrônico ou foi digitalizado. Outros Tribunais não estão neste estágio de digitalização, por exemplo, o tribunal do Estado vizinho (TJRS) conta com mais de cinquenta por cento (50%) do seu acervo tramitando em processo de papel. Por corolário de lógica, os tribunais que contam com grande número de processos em autos físicos encontram maior dificuldade na tramitação dos feitos neste período de pandemia, mesmo porque há resolução do Conselho Nacional de Justiça determinando a suspensão dos prazos respectivos pelo menos até 31 de maio corrente (conforme resoluções n. 313, 314 e 318).

Em suma, neste iter de crise o funcionamento de cada tribunal está relacionado com a maior ou menor capacidade em prescindir do contato físico para a realização de suas atividades.

Girando a análise em torno do regramento jurídico em que nos situamos, insta posicionar que nós não nos encontramos em regime de exceção, mas sim numa reação regular de um legítimo Estado Democrático de Direito; em nível federal, não estamos em estado de defesa ou de sítio (CF, arts. 136 e 137), não residimos nestas medidas extraordinárias. O que se deu no caso foi o reconhecimento pelo Congresso do estado de calamidade pública, por meio do Decreto Legislativo de 20 de março de 2020, com efeitos até 31 de dezembro do corrente ano. Mais particularmente, o Estado de Santa Catarina - como aos Estados e Municípios tocam reconhecer situação de emergência ou calamidade pública - declarou num primeiro momento situação de emergência (Decreto n. 515, de março de 2020) para, em momento subsequente, declarar estado de calamidade pública (Decreto n. 562, de abril de 2020), por lógico, todas estas medidas voltadas para o enfrentamento à COVID-19.

A roborar tal entendimento, decisão da lavra do Ministro Roberto Barroso deferindo tutela de urgência em favor do Estado do Mato Grosso para impedir que a União se adonasse de respiradores comprados pelo Estado-membro para enfrentamento da emergência sanitária, justamente por acatar a “tese de que os equipamentos adquiridos pelo Estado constituem bens públicos, os quais não podem ser objeto de requisição administrativa, salvo durante a vigência de estado de defesa ou estado de sítio (arts. 5º, XXV, 136, § 1º, II, e 139, VII, da Constituição)” (Medida Cautelar em ação Cível Originária 3.393, grifo aposto).

Nesse viés, o direito está reagindo conforme seus próprios instrumentos e dentro de uma legalidade, ainda que presente a calamidade pública, como reconhecido pelo Congresso Nacional por meio do decreto já invocado. Lógico que estamos sofrendo alguma forma de restrição: limitação ao direito de ir e vir, de comum prática comercial, proibição ou regramento severo de atividades, medidas muitas vezes duríssimas e com graves consequências, mas, no entanto, este quadro não nos confere um estado de exceção.

Como bem pontuou o professor Lenio Streck significa um momento de legalidade extraordinária, dito de outro modo, como um estado democrático de direito reage a uma situação emergencial. Isso não implica ausência ou suspensão de direitos, mas de um ajuste que se faz necessário pela vida de todos, pela coletividade: aqui o intersubjetivo se põe a frente do subjetivo

nos limites que um estado democrático de direito permita que se faça⁷.

Este estado de coisas decorre de que nos achamos numa situação de vulnerabilidade: vulnerabilidade pessoal, social, estrutural, das instituições de modo de funcionamento e de prestação do seu mister. No campo jurídico, dos Tribunais enquanto estrutura, como tal volvida à prática de rotinas e atos; dos juízes e funcionários enquanto prestadores de serviço público; do Ministério Público e da Advocacia Pública e Privada nos empenhos ao seu modo de atuação.

Mais precisamente na esfera do processo, a vulnerabilidade alcança a atuação pessoal ou profissional dos sujeitos imbricados neste empreendimento democrático em que se convola a atividade jurídica quando afinada com o princípio cooperativo ou participativo, como queiram. Assim, processualmente, não há um pronto impedimento na realização da atividade, mas pode haver alguma restrição: na atuação dos advogados, dos magistrados na entrega da prestação jurisdicional, das partes em contribuir, intervir, interferir, produzir convencimento. Alguns atos estão, senão vedados, pelo menos restritos; por todos, traz-se o exemplo dos processos físicos, travados durante o período de suspensão.

O Conselho Nacional de Justiça e os tribunais se incumbiram da emissão de normativos para reger a atividade judiciária neste interregno, iniciativa que, ressalte-se, ressaí como legítima, uma vez que encontra apoio legal na disciplina dos artigos 193 usque 199 do Código de Processo Civil. Tais artigos tratam da prática eletrônica de atos processuais e mais precisamente a disposição do art. 196 remete ao Conselho Nacional de Justiça e aos tribunais a regulamentação da prática de atos processuais por meio eletrônico⁸.

Por se cuidar de uma abordagem dinâmica, em que as medidas necessitam de ajustes constantes para sua melhor eficácia - o que se põe em evidência ante a enxurrada de normativos oriundos dos mais diversos entes e órgãos, por todo o país em decorrência da pandemia - o CNJ instituiu comitê para o acompanhamento e supervisão das medidas de prevenção adotadas pelos tribunais brasileiros (portaria n. 53 de março de 16.03.2020). Em igual diapasão, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina instituiu Gabinete de Acompanhamento da Situação do Covid-19, para enfrentamento da crise, conforme a Resolução GP n.7 de março de 2020.

Neste intento, o Conselho Nacional de Justiça se ocupou em editar uma série de normativos identificados com o tema, com o estabelecimento de diversas medidas, dentre as quais, cumpre lembrar:

- suspensão temporária de atendimento presencial de partes e advogados (portaria n. 21 de março de 2020); disposições sobre o trabalho remoto (portaria 22, de março de 2020);

7 Artigo publicado na revista conjur - <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/lenio-streck-operar-unha-nao-exige-anistia-geral>

8 Art. 196. Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código

- suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores estagiários e colaboradores, exceto os serviços essenciais; suspensão do atendimento presencial das partes, advogados e interessados, encaminhando o atendimento para meios remotos tecnologicamente disponíveis; suspensão de prazos processuais (resolução 313, de março de 2020);

- prorrogação do regime de suspensão dos prazos, com modificação de algumas regras, de maneira a restringir a medidas aos processos que tramitam por meio físico; vedação de atos presenciais; previsão de sessões virtuais de julgamento, nos tribunais e turmas recursais; referência a audiências por videoconferência, com ressalva de dificuldades no ato de intimação de partes e testemunhas, assegurando a participação de parte e advogados; aventada a possibilidade, que pode ser lida como recomendação, para a conversão dos processos físicos em virtuais, por meio da digitalização dos autos, quando possível (resolução 314, de abril de 2020);

- prorrogação de prazo das resoluções 313 e 314; previsão de que em caso de medida sanitária restritiva da livre locomoção de pessoas (lockdown) por parte da autoridade estadual competente, ficam suspensos os prazos processuais nos feitos que tramitem meios físico ou eletrônico (resolução 318, de maio de 2020);

- prorrogação dos prazos de vigência das resoluções n. 313, 314 e 318/2020, até o dia 14 de junho de 2020 (portaria n. 79 de 22 de maio de 2020);

Por fim, O Conselho Nacional de Justiça editou a resolução n. 322 de junho de 2020 sinalizando pela retomada, gradual e sistematizada, dos serviços jurisdicionais presenciais no âmbito do Poder Judiciário, quando possível, estabelecendo orientações e regras mínimas para tanto, remetendo aos tribunais a elaboração do regramento na unidade respectiva.

Guardando sintonia com a orientação federal o Tribunal de Justiça de Santa Catarina houve por bem em editar sua série de normativos, desde o início do enfrentamento da pandemia: resoluções do Gabinete da Presidência números. 7 a 10, 14 resoluções conjuntas do Gabinete da Presidência e Corregedoria da Justiça números. 2 a 5, 7, 9, 12, 14 16 e 17; Ato Regimental n. 1; Provimento n. 22. Por todos, destaco o teor da Resolução Conjunta GP/CGJN. 16 que “consolida as medidas de caráter temporário para a mitigação dos riscos decorrentes da doença causada pelo coronavírus (Covid-19) no âmbito do Poder Judiciário de Santa Catarina”, para prorrogar a suspensão dos prazos judiciais e administrativos em processos que tramitam em meio físico e o atendimento remoto do público externo, até 2 de agosto de 2020”.

Na sequência, prosseguindo no plano de enfrentamento da crise, em atendimento ao comando nacional pela retomada dos serviços jurisdicionais presenciais adveio a Resolução Conjunta GP/CGJ N. 17, de 26 de junho de 2020, a fim de disciplinar o retorno gradual do atendimento presencial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. A disposição prevê a implementação de medidas para restabelecimento do trabalho presencial a partir de 3 de agosto de 2020, de modo gradual, com o atendimento e atos jurisdicionais presenciais reservados aos casos estritamente necessários, quando inviável a realização pela via remota ou virtual (art. 5º), audiências realizadas preferencialmente por videoconferência (art. 6º), distribuição dos mandados judiciais e seu respectivo cumprimento

realizados de acordo com a quantidade de servidores disponível para tanto, seguindo os protocolos e as recomendações definidos pela Diretoria de Saúde (art. 9º) e com a retomada dos prazos processuais dos feitos que tramitam em meio físico, em todos os graus de jurisdição, a partir de 3 de agosto de 2020 (art. 10).

Neste passo, importa acentuar que há repercussão, de ordem processual e material, em razão da própria crise e das medidas estabelecidas para o seu enfrentamento, ainda que alguns efeitos fiquem restritos ao tempo de vigência correlato.

3. REPERCUSSÃO NO DIREITO PROCESSUAL

Na ordem processual convém destacar: suspensão de prazos, em processos correndo em autos físicos e em autos eletrônicos, nestes quando as medidas sanitárias estabelecidas pelo governo estadual importarem em restrição do direito de locomoção; vedação da realização de atos presenciais, salvo urgências; realização de audiências por videoconferência, com o controvertido decréscimo de legitimidade advindo deste meio; realização de sessões virtuais de julgamento, incoincidentes com a previsão havida no regimento interno do tribunal; conversão dos processos físicos em eletrônicos; suspensão da distribuição de mandados e do respectivo cumprimento, salvo urgência.

Alguns atos como proferimento de sentença, decisões interlocutórias e despachos não encontram empecilho nas restrições advindas deste tempo recluso, como muitas vezes já encetados ao teletrabalho⁹; de igual forma a feitura de petições pelos advogados, promotores e defensores públicos. O mesmo não se diga de atos presenciais que importem em deslocamento e reunião de pessoas. Também nas atividades presenciais imprescindíveis, há uma série de protocolos a serem observados¹⁰. A exemplo, no cumprimento de mandados, para não expor o oficial de justiça, partes e colaboradores, a atividade pode comportar uma suspensão temporária, além de contar com uma disciplina específica, do que se ocupou o protocolo de conduta respectivo a estabelecer um cuidado com o vestuário, transporte, uso de máscaras, distância segura, inclusive dispensando-se o recibo na contra-fé, dando-se por bom o ato com a simples entrega da missiva ante a fé pública que detém o agente. Ainda neste ponto cabe referir à previsão contida na Circular da Corregedoria de Justiça, n. 76 de 25 de março de 2020 de que a comunicação do ato processual, no período de pandemia, possa se dar por meios alternativos, eletrônicos “com destaque ao aplicativo WhatsApp,

9 Art. 196. Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código

10 Vide maiores informações em <https://www.tjsc.jus.br/web/servidor/coronavirus/orientacoes-e-protocolos>

ao e-mail e à ligação telefônica”¹¹, de formalização que ressurte de exame mais apurado, mesmo pela comprovação da efetiva cientificação do ato comunicado.

Ao lado da via jurisdicional, outras iniciativas estão voltadas para a resolução de conflitos em atendimento ao sistema multiportas conforme o artigo 3º do Código de Processo Civil, a assegurar caminhos como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Por certo, já havia uma dinâmica para a solução de conflito por meio de plataformas on-line; estas vias ganham força, não só pela possível exasperação de contendas ante o modo de convivência imposto pela pandemia, mas por se apresentar como uma alternativa acessível ao tempo em que as reuniões presenciais estão vetadas. Nesta toada, calha reportar a uma ferramenta implementada pelo Tribunal de Santa Catarina em razão da pandemia, para prestar atendimento virtual, possibilitando a composição neste período, por meio de preenchimento de formulário eletrônico e realização de sessões de conciliação/mediação por videoconferência e WhatsApp¹². Mais uma vez é a tecnologia que vem em nosso socorro.

No trato processual, a grande preocupação reside no asseguramento do acesso à justiça, não só como uma iniciativa, como uma investida, mas também como defesa, ambos os movimentos confortados por disposição constitucional, de maneira que o contraditório pleno precisa ser observado para que o ato ganhe força em sua legitimidade. A participação do indivíduo atingido pela decisão precisa ser assegurada para uma decisão construída pela atividade partilhada desenvolvida na sequência dos atos processuais.

Como visto, no iter da crise, alguns processos resultam estancados (autos físicos), alguns atos processuais ficam vedados. Pertinente lembrar que a própria resolução advinda do CNJ traz a possibilidade do refazimento de um ato realizado neste período, se dele inferir-se prejuízo decorrente da inação do advogado justificada por conta de impossibilidade técnica, prática ou probatória, conforme a dicção legal: “Os atos processuais que eventualmente não puderem ser praticados pelo meio eletrônico ou virtual, por absoluta impossibilidade técnica ou prática a ser

11 FORO JUDICIAL. COVID-19 (CORONAVÍRUS). SUSPENSÃO DOS ATOS COMO REGRA GERAL. URGÊNCIAS E DEMAIS SITUAÇÕES ESPECÍFICAS COMO EXCEÇÕES. PREFERÊNCIA PELA UTILIZAÇÃO DA VIDEOCONFERÊNCIA E DOS MEIOS NÃO PRESENCIAIS DE COMUNICAÇÃO. ATUAÇÃO PRESENCIAL PARA OS CASOS ESTRITAMENTE NECESSÁRIOS. PROTOCOLOS E REGRAS DE ATUAÇÃO A SEREM OBSERVADOS. ORIENTAÇÕES. Com fulcro nos cuidados que estão sendo observados em todo o território nacional nesse período de pandemia da doença provocada pelo COVID-19 (coronavírus), orienta-se o primeiro grau de jurisdição a atuar em consonância com as seguintes ponderações: (I)

... Outrossim, igualmente de acordo com o conteúdo exarado no parecer e na decisão pertinentes, importa destacar, na medida do possível: (i) a viabilidade, acaso assim entenda o(a) magistrado(a) e sempre em atenção à preservação da essência do ato, da utilização de meios alternativos (à distância) de comunicação dos atos processuais, com destaque ao aplicativo WhatsApp, ao e-mail e à ligação telefônica, respeitadas as orientações incidentes. (Circular da Corregedoria de Justiça, TJSC, n. 76 de 25 de março de 2020)

12 Cuida-se do Programa CEJUSC Virtual, colhendo-se do respectivo portal, no sítio do TJSC: “Diante da situação vivenciada por conta da COVID-19, foi implementado o CEJUSC Virtual Catarinense, ferramenta que visa o atendimento virtual aos jurisdicionados de todo o Estado catarinense. Por meio do preenchimento de formulário eletrônico são geradas demandas, as quais são centralizadas e direcionadas às unidades competentes a fim de que sejam realizadas sessões de conciliação/mediação através de videoconferência e WhatsApp, uma vez que os conflitos sociais não cessam em face da pandemia”. (vide <https://www.tjsc.jus.br/web/conciliacao-e-mediacao/cejusc-virtual>)

apontada por qualquer dos envolvidos no ato, devidamente justificada nos autos, deverão ser adiados e certificados pela serventia, após decisão fundamentada do magistrado” (Resolução 313, art. 3º, par. 3º). E, na mesma batida “Os prazos processuais para apresentação de contestação, impugnação ao cumprimento de sentença, embargos à execução, defesas preliminares de natureza cível, trabalhista e criminal, inclusive quando praticados em audiência, e outros que exijam a coleta prévia de elementos de prova por parte dos advogados, defensores e procuradores juntamente às partes e assistidos, somente serão suspensos, se, durante a sua fluência, a parte informar ao juízo competente a impossibilidade de prática do ato, o prazo será considerado suspenso na data do protocolo da petição com essa informação”. (Resolução 313, art. 3º, par.4º)

No mesmo entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já assegurou a restituição de prazo de advogada acometida pela Covid-19, uma vez que se tratava da única procuradora constituída nos autos, em decisão da lavra do ministro Sanseverino que, na oportunidade, consignou que a doença que atinge o advogado e o impede totalmente de praticar atos processuais constitui justa causa para efeito do artigo 223, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, desde que o defensor for o único constituído nos autos. (STJ, AREsp nº 1541258)

O que consoa observar é que a prática de atos processuais atenda ao devido processo legislativo, eis que não nos encontramos em estado de exceção, logo, a resposta jurídica provém da atuação legítima do Estado. Somado a isso, a prática processual por meios eletrônicos vem prevista no Código de Processo Civil, bem assim, a atividade normativa do Conselho Nacional de Justiça e dos tribunais respectivos. Desse modo, como adverte Aluisio Mendes, impende resguardar o acesso à justiça, mesmo neste tempo de pandemia e, de outro lado, não prejudicar aqueles que, por alguma razão, não detém acesso aos meios digitais¹³.

Por fim, sob qualquer ótica que se observe a pandemia não é boa, nenhuma vida é instrumental; nesta ordem, a dignidade da pessoa humana trava decisões consequencialistas, como, por exemplo, consideração de números de vida ou de vidas úteis. Aqui a democracia não significa o governo de números, mas reclama decisão por princípio que, mesmo por definição, é deontológico (norma) e não teleológico (fim), como assinala L. Streck. O que resta é a experiência que nos toca e nos muda, de maneira que algumas alterações são definitivas porque são apropriadas. O avanço forçado forjou técnicas e práticas que se revelam, hoje, indispensáveis. Muitos ajustes se mostram irrefragáveis. Como exemplo, ainda que frágil no horizonte que se abre, traz-se: a alteração procedida no Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (redação emprestada pela Emenda Regimental, n. 5 de 15 de julho de 2020) para oficializar as sessões de julgamento através de videoconferências no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; ainda, a alteração havida no Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça (redação emprestada pelo Provimento GP/CGJ n. 44) para possibilitar que o atendimento aos advogados e às partes seja efetuado por meio eletrônico, via central de atendimentos (PJSC conecta), aplicativo Whatsapp Business e e-mail, mecanismos cujo uso não

13 MENDES, Aluisio, Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=LTGxOhjxnXI&t=3716s>

está restrito ao período regido por legislação provisória, mas incorporado ao serviço judiciário regular, consolidando o benefício do uso da tecnologia em prol do jurisdicionado.

4. REPERCUSSÃO NO DIREITO MATERIAL

Irrecusável que a pandemia e os cuidados dela advindos interferiram nas nossas relações pessoais, de família, de vizinhança, de mercado, de profissão, no jogo social e no funcionamento das instituições como um todo, quer centrada a lente na micro ou na macro estrutura. De um modo geral esta vivência nos lança em um sentimento de solidariedade, um movimento por empatia, conforme a empatia narrativa da compaixão, cujo modo de funcionamento recruta a lembrança, como faz ver Gonzalez¹⁴.

Por evidente, o direito como ciência humana não queda imune, ao reverso, cumpre-lhe papel essencial neste reajuste para minorar, na medida do possível, os efeitos da crise e para acomodar os interesses colidentes, autôfágicos, concorrentes, conviventes.

A implicação pode ser notada por força legislativa, no remanejamento das convenções projetadas para período de conformidade. Por todos, importa invocar o adiamento das eleições municipais marcadas para outubro de 2020, por meio da EC n. 107, de julho de 2020.

Outro exemplo, da interferência da crise sanitária em nosso *modus vivendi* pode ser recolhido das disposições da lei 14.019 de julho de 2020 acerca da obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados, vias públicas e em transportes públicos. A mesma lei regra a adoção de medidas de assepsia de locais de acesso público e a disponibilização de produtos saneantes, enquanto vigentes as medidas de saúde pública para enfrentamento pandemia da Covid-19.

Como sói acontecer, é no judiciário que as primeiras demandas despertam a necessidade de resposta aos litígios que surgem no enfrentamento de interesses contrapostos, máxime em situações imprevistas, distanciadas de planos, leis, códigos, mapas, como a que nos deparamos na atualidade.

Em suma, e aqui sem surpresa, a primeira resposta vem do judiciário. Cumpre, pois, mesmo por amostragem, repassar algumas decisões, recolhidas nos últimos meses, para identificar a situação de desequilíbrio invocada ou reconhecida pela chegada da pandemia. Sob este argumento, medidas foram assim conferidas:

- a) para restabelecer a vedação imposta pelo Município, do embarque de pessoas idosas no serviço de transporte coletivo; (TJSC, Suspensão de liminar e de sentença n. 5019689- 04.2020.8.24.0000/SC);
- b) para garantir o funcionamento de comércio local municipal (STJ, SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

14 GONZALEZ, Calvo, Facebook. EMPATÍA NARRATIVA DE LA COMPASIÓN. “Cuando intento enseñarle a alguien la compasión, la conciencia social, la amabilidad y la paciencia, no lo desconcierto con la lógica occidental, sino que intento contarle que a mi mismo me sucedió algo parecido una vez, es decir, intento recordar” Peter Handke, disponível em <https://www.facebook.com/jose.calvo.188/posts/3348889845135793>;

Nº 3234 - SP 2020/0136503-2); c) para determinar a suspensão temporária de exigibilidade de multa baseada em descumprimento de deveres inerentes ao poder familiar (art. 249 do ECA) (STJ, REsp Nº 1.780.008 – MG); d) para determinar a redução em 15% do valor das mensalidades do ensino infantil durante pandemia (TJSC, AI n. 5015776-14.2020.8.24.0000/SC); e) para conceder a ordem liminar de despejo mediante a prestação de caução (TJSC, AI n. 5007571-93.2020.8.24.0000/SC); f) para impedir a concessionária de serviço público de suspender o fornecimento de energia elétrica de empresa em recuperação judicial durante a pandemia no prazo de 60 (sessenta) dias (TJSC, n. 0300095-89.2020.8.24.0008, tutela de urgência, 4ª Vara Cível da Comarca de Blumenau); g) para indeferir liminar no bojo de ação de despejo e assim salvaguardar os direitos à saúde e à moradia (TJSC, proc n. 5010285-02.2020.8.24.0008, liminar- 3ª Vara Cível da Comarca de Blumenau); h) para determinar a suspensão da distribuição do mandado até o término do período de isolamento social em observância as medidas restritivas de prevenção e combate ao COVID- 19 (TJSC, proc. 0302800-09.2016.8.24.0135, interlocutória, 2ª Vara Cível da Comarca de Navegantes); i) para reduzir o valor do aluguel comercial (shopping center) em 50% por conta da paralização das atividades comerciais (TJSC, proc. 5010372- 55.2020.8.24.0008, 4ª Vara Cível da Comarca de Blumenau); j) para conceder a prorrogação mandato de síndico de condomínio em razão da impossibilidade de Assembleia pelo isolamento social (TJSC, proc n. 5029359-94.2020.8.24.0023, 1ª Vara Cível da Comarca da Capital); l) para indeferir a constrição via Bacejud em razão da vulnerabilidade decorrente da situação de calamidade pública, cujos efeitos ficaram evidenciados nos autos (TJSC, proc n 0808883-51.2013.8.24.0082, 1ª Vara Cível da Comarca da Capital/Continente); m) para reconhecer a inexistência de direito líquido e certo de candidato convocado em concurso público à imediata posse, relegada pela administração em razão da pandemia (STJ, MS Nº 26.279 - DF 2020/0126784-1); n) para suspender a retirada de antena de operadora de telefonia móvel, haja vista a importância do aparelho celular no contexto da pandemia (Covid-19) (TJSC, AI n. 5015755-38.2020.8.24.0000/SC); o) para determinar o elastecimento do prazo de suspensão de ordem de desocupação forçada (TJSC, processo n. 5002000-33.2020.8.24.0036/SC); p) para reconhecer a inviabilidade de proibição, por norma estadual, do corte do serviço residencial de acesso à internet por prazo determinado. (STF, Medida Cautelar na Suspensão de Segurança n. 5.372); q) para determinar a suspensão d liminar que permitiu o funcionamento de academia esportiva. (STF, Medida Cautelar na suspensão de segurança n. 5.389); e r) para determinar a prorrogação por 120 dias do pagamento da fatura de energia elétrica de empresa em recuperação judicial. (TJSC, AI n. 4003888-65.2020.8.24.0000) ¹⁵.

O quadro vivenciado está a exigir uma sensibilidade maior para a percepção de uma dada vulnerabilidade¹⁶ que nos toca a todos. De um modo geral estamos todos mais vulneráveis: as pessoas, mesmo as instituições para dar conta de suas funções: o judiciário, as empresas, o comércio, os hospitais, os funcionários, os autônomos, enfim, todos. Essa vulnerabilidade precisa ser considerada na decisão, o que não inaugura a temática em nosso sistema jurídico: temos o Código

15 Portais de jurisprudência nos sítios do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Santa Catarina; Boletins sobre o enfrentamento do Covid no sítio do TJSC, disponível em <https://www.tjsc.jus.br/web/servidor/coronavirus/boletim-informativo-especial-covid-19>

16 ZOLDAN, Antonio Zoldan da, Conciliação e mediação na pandemia – interface entre a OAB e TJSC.

de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que enxerga a vulnerabilidade e protege do consumidor; temos o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), voltada à proteção integral da pessoa em formação; temos o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), que resguarda direitos da pessoa com mais de sessenta anos; a lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), voltada à proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, enfim: só que na hipótese em comento, a vulnerabilidade é marcada pela nota de atingir um ou dois lados. Precisa ser observada caso a caso, demonstrada ou presumida, mas sempre apurada no exame do caso. Neste sentido, uma decisão atinente à penhora por meio eletrônico, via Bacen, invasiva por si só, porque adentra nas contas da parte devedora, pode requerer alguma atenção adicional, pois é possível que a pessoa que tenha suas contas bloqueadas suporte alguma fragilidade; no entanto, a situação fática pode revelar justamente o inverso, o vulnerável pode ser propriamente o credor que não detém outro meio de subsistência senão aquele já entregue aos cuidados da justiça; e o credor, por definição, já esperou algum tempo. Neste trato, temos que lidar com estas variáveis, como estamos em uma situação de vulnerabilidade que em maior ou menor grau nos atinge a todos, impende que seja demonstrada no caso concreto. Direito é uma questão de caso concreto (Streck).

Ronnei Preus Duarte no enfrentamento de questões jungidas ao período de crise referiu à revisitação, ainda que transitória, de alguns conceitos, a isso chamando de jurisprudência de exceção¹⁷, necessariamente transitória, própria de um momento histórico peculiar, senão único. Num ambiente de insegurança e incerteza, muitas relações precisam ser reposicionadas, tomando por exemplo, alguns contratos de execução continuada, cujo cumprimento se protraí no tempo. Por sofrer as consequências de um revés econômico incontido, muitas empresas definham, obras param, negócios são desfeitos, muitos projetos perdem o objetivo ou o entusiasmo e necessitam ser revisados quando não abandonados. Num mundo de aproximações, diversidades e complexidades que nos unem e nos afastam, as consequências podem ser sentidas direta ou indiretamente, mas na rede de conexão em que estamos jogados, envolvidos, não se há falar em isenção.

Ao enfrentar o mesmo tema o Ministro Gilmar Mendes referiu a este enfoque de interpretação como jurisprudência de crise, anotando que “desde essa perspectiva de análise, a interpretação das normas constitucionais em questão, no sentido de um pensamento jurídico de possibilidades, pode fornecer soluções adequadas nesse momento de crise e de incertezas quanto aos efeitos da Covid-19 na população brasileira”¹⁸.

Aqui calha lembrar a fantasia do romance em cadeia¹⁹, consoante a teoria do direito como integridade de Dworkin, na qual cada decisão jurídica deve ser vista com a continuidade de um livro em construção. Assim, uma decisão faz parte de uma história institucional do direito, não

17 DUARTE, Ronnie Preuss, Apontamentos sobre o dever de solidariedade na jurisprudência de exceção, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/327565/apontamentos-sobre-o-dever-de-solidariedade-na-jurisprudencia-de-excecao>

18 MENDES, Gilmar, artigo: “Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais”, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>

19 DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

constitui um ato isolado e alheio, mas ao reverso, faz parte do intersubjetivo, da prática comum, dos consensos logrados²⁰, dos critérios coletivos vigentes²¹, das convenções interpretativas²², da tradição autêntica²³, do iter da jurisprudência e dos precedentes, para que se possa guardar esta noção do direito como coerência e integridade; como se o juiz escrevesse um capítulo de um romance em cadeia. Os vetores de coerência e integridade foram trazidos para o código de processo civil por força da doutrina do professor Lenio Streck (CPC, art. 926)²⁴.

Uma decisão, não é o é em redoma, ainda que ela não seja seguida em seus fundamentos como um precedente, como decisão ela não pode ser ignorada, conforme Ramires, como decisão ela tem uma origem e um final, tem proveniência (no passado) e tem projeção (no futuro)²⁵.

A noção do direito como coerência nos remete à doutrina da tradição autêntica gadameriana, dos valores que subsistem como válidos pela autoridade da tradição, significa olhar para trás e guardar coerência com a melhor resposta que o direito já deu. Por sua vez, a idéia de integridade nos leva a doutrina de Dworkin, do direito como integridade que nos interroga pela melhor resposta que o direito pode dar²⁶. Enquanto a primeira presta contas à melhor resposta que o direito já deu, a segunda presta contas à melhor resposta que o direito pode dar.

Num embate entre as duas vence a integridade²⁷; porque o direito tem que buscar sempre a melhor resposta atual, não nos adianta uma continuidade como mero seguimento, sem motivo nem propósito, são as razões que devem prevalecer, daí porque a vinculatividade formal (CPC, art. 927) deve ceder lugar a uma vinculatividade material (CPC, art. 926) e isso se dá no embate autofágico e democrático de razões²⁸. No julgamento com o contributo das partes. É neste diálogo entre as melhores razões e não no monólogo de Corte de Vértice, nem no silêncio da coisa julgada que reside o trato dos precedentes. Mesmo para o bom funcionamento do sistema de justiça, em prol da resolução judicial precedente “reina uma presunção estabelecida pela própria atividade desenvolvida no seio da tradição. Voltemos a Gadamer: a autoridade é a razão de hoje, ou seja, se uma decisão adquiriu o status de precedente, suas razões apresentaram robustez necessária para tanto; logo, permanecem como válidas até serem suplantadas por razões melhores”²⁹.

20 OTEIZA, Eduardo. El uso del precedente en el diálogo entre cortes nacionales y transnacionales. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; ROJAS, Carmen Vasquez (coord). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

21 GONZALEZ, Calvo, op. cit.

22 BELTRAN, Jordi Ferrer. El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoria del precedente judicial. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; ROJAS, Carmen Vasquez (coord). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

23 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

24 STRECK, Lenio Luiz. Art. 926. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

25 RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

26 NASCHENWENG, Marcelo Elias, *A Hermenêutica do Precedente: o cuidado da Coerência e Integridade*, no prelo.

27 STRECK, Lenio, op. cit.

28 FERREIRA, Rafael Alem Melo. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial*, ed. Dialética, 2019.

29 NASCHENWENG, Marcelo Elias, *A Hermenêutica do Precedente: o Cuidado da Coerência e Integridade*.

Neste sentido, a superação é sempre um possível, desde que explanadas as razões para tanto. A linha de continuidade é importante. Uma decisão não é um apêndice, não é um capítulo apartado, mas faz parte desta linha de entendimento, como a ideia de um romance.

Guardar coerência é preservar; guardar integridade é perseverar, íntegro na caminhada, em busca da melhor resposta, esta que é sempre provisória, sem prova real, mas a melhor resposta naquelas condições, por isso que a superação é sempre um possível: se houver mudança, na base fática, isso pode requerer uma outra razão de decidir, mais coadunada com o tempo presente, consoante com os anseios sociais anelados com o ideário democrático.

Bem de ver que se um juiz profere uma decisão ele deve pensar que esta é a melhor resposta que o direito pode dar, a resposta mais conadunada com o projeto constitucional, a resposta mais adequada à Constituição, como refere Streck³⁰. Assim, para este caso e, por corolário de lógica, para os casos em situação de similitude: não porque o juiz intente normar (normatizar), invadindo com isso a esfera do legislativo; mas sim porque quer acertar, quer que a decisão se aproxime da melhor em termos de exame dos fatos (acertamento dos fatos) e de interpretação jurídica (acertamento jurídico), assuntos imbricados entre si, porque a interpretação não se dá em etapas mas no movimento uno e trino da compreensão, interpretação e aplicação, segundo a lição gadameriana. Logo a questão fática não advém em momento subsequente ao ato interpretativo. Voltando a decisão do juiz, os elementos devem estar conjurados em uma narrativa que seja razoável, razonable³¹. Tal decisão deve contar com o contributo das partes, desde um projeto constitucional e legal, assim ela é constituída.

O que se quer atentar é que qualquer decisão está atrelada a uma rede democrática, ela integra a atividade intersubjetiva, de partilha, em que se constitui o direito. Nessa linha, as decisões judiciais devem considerar a prática jurídica já consolidada e os postulados de coerência e integridade.

Retomando a mencionada jurisprudência de exceção, no tempo em que estamos vivendo, numa situação extraordinária, é possível que umas decisões se voltem só para este tempo; de uma certa forma, rompendo provisoriamente este entendimento que vale para o tempo comum; é importante que na análise das relações, das atividades e destes contratos que estão sendo cumpridos, estabelecidos, executados neste tempo de legalidade extraordinária, a resposta jurídica que se vá entregar para a solução destes litígios possam ser dirigidas para este tempo específico, não tenham este intento de continuidade para além disso. Ao depois, se retoma o tempo de regularidade, ainda que alterado pelo instante de convulsão. Insta repisar, as decisões tangentes a este período não precisam fazer jurisprudência para todo o sempre, oxalá possa-se voltar à orientação do tempo de normal temperatura e pressão ainda, que o devir possa carregar consigo marcas advindas de um tempo singular, inesperado e estranho.

30 STRECK, Lenio, *Crítica Hermenêutica do Direito*, Dicionário de Hermeneutica. STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

31 GONZÁLEZ, José Calvo. *Derecho y narración: Materiales para una teoría crítica narrativista del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

Aqui, a decisão não vai querer se estabelecer como correta para todo o sempre; mas vai se voltar para este período de anormalidade, nos mesmos limites desta anormalidade: ou seja, ultrapassado este terreno de pedra, este tempo difícil, as soluções jurídicas também devem retomar o caminho da regularidade.

É possível observar na história do direito uma descontinuidade, quando por exemplo há uma ruptura constitucional, uma revolução, quando um novo ordenamento político-jurídico se instala. Neste caso, lembra professor Calvo Gonzalez³², não se há falar em sequência de um mesmo livro, mas de um rompimento a inaugurar uma nova obra, um novo livro, um novo sistema que se

Assim, neste tempo estranho, há um instante disruptivo, em que as decisões tomadas não se arvoram como a melhor solução que o direito pode dar para todo o sempre, mas devem considerar, como sói acontecer, o tempo presente, mas sem este intento ou impulso de projeção. Importa consignar que aqui não se está a tratar de uma indevida intenção de normatividade afeta ao poder legislativo, mas o simples e sério compromisso, aliançado à conduta democrática, com a entrega da melhor solução jurídica que se tem a disposição.

Estas questões de fundo vão sendo trazidas a juízo, não só neste tempo de crise, mas posteriormente a isso; estas questões que podem interditar ou interferir nos contratos, nas avenças, nas relações, invariavelmente vão requerer um modo de composição, redundando num incremento não só da atividade de jurisdição, mas de todos os meios de resolução de conflitos, assegurados pelo sistema multiportas previsto no art. 3º do Código de Processo Civil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável o tempo de crise. Há uma superposição do intersubjetivo pelo subjetivo, do comum pelo particular: partilha e convivência precisam ser moduladas, regradas em razão do bem comum; o que não deve servir de brecha para o alastramento do grande irmão, nem decair na pronta violação a direitos fundamentais, mas conferir a simples restrição do particular pelo público na exata medida da necessidade e não mais que o tempo necessário, sempre lembrando que o estado existe para a pessoa e não o inverso.

Enquanto o conhecimento, a tecnologia e as pesquisas não vencem o mal que nos aflige, aliançados ao ideal de solidariedade, podem nos dar meios de enfrentar o período de transição e amainar as limitações impostas pelo cuidado. Em igual direção e pelo mesmo motivo, o direito, como ciência do espírito, precisa de calibre sensível para orientar as relações sociais no iter do sofrimento coletivo e na sequência das relações afetadas, mormente das obrigações mitigadas em decorrência do acontecimento que ainda nos acomete. Importa retomar, a ciência requer seu tempo e o porvir não está isento do esforço reclamado na e pela superação³³.

32 GONZALEZ, José Calvo, palestra na Ordem dos Advogados do Brasil/RJ, em maio de 2019

33 Dedicado ao amigo e advogado Naby Bufrem. Na fé de que o conhecimento poupe muitas vidas.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus e Catarin, João Ricardo, artigo “O uso da inteligência artificial na aplicação do direito público – o caso especial da cobrança dos créditos tributários – um estudo objetivado nos casos brasileiro e português”, disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2019000200010 ;

BELTRAN, Jordi Ferrer. El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoria del precedente judicial. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; ROJAS, Carmen Vasquez (coord). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

DUARTE, Ronnie Preuss, Apontamentos sobre o dever de solidariedade na jurisprudência de exceção, disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/327565/apontamentos-sobre-o-dever-de-solidariedade-na-jurisprudencia-de-excecao> ;

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERREIRA, Rafael Alem Melo. *O projeto inacabado de uma teoria da decisão judicial*, ed. Dilaética, 2019.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GONZÁLEZ, José Calvo. *Derecho y narración: Materiales para una teoría crítica narrativista del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

MENDES, Aluísio, Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=LTGxOhjxnXI&t=3716s>;

MENDES, Gilmar, artigo: “Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais”, disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>;

NASCHENWENG, Marcelo Elias, *A Hermenêutica do Precedente: o cuidado da Coerência e Integridade*, no prelo.

OTEIZA, Eduardo. El uso del precedente en el diálogo entre cortes nacionales y transnacionales. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; ROJAS, Carmen Vasquez (coord). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da, com PAULA, Jaime, vídeo: *Tecnologia e Covid*, disponível em <https://www.instagram.com/tv/CAJTBBflaK6/>

STRECK, Lenio, artigo publicado na revista conjur - <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/lenio-streck-operar-unha-nao-exige-anistia-geral>.

STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

ZOLDAN, Antonio Zoldan da, Conciliação e mediação na pandemia – interface entre a OAB e TJSC, portal do TJSC

MECANISMOS DE COMBATE À CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL: UMA PERCEPÇÃO DE ANOMIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL QUANTO AOS CRIMES AMBIENTAIS

CLAUDIA RIBAS MARINHO¹

RESUMO:

A Globalização fez emergir a criminalidade organizada transnacional que se favorece da visão tradicionalista do direito penal, limitada ao princípio da territorialidade e da soberania estatal.

A repressão criminal, até então circunscrita aos limites territoriais estatais, não é suficiente para o embate à esse tipo criminalidade o que obrigou os Estados a uniram-se para a aprovação de tratados internacionais para a cooperação jurídica internacional no combate de crimes com tráfico de entorpecentes, armas e pessoas, corrupção e lavagem de dinheiro. Contudo, não há idêntica preocupação nos esforços para a uma colaboração no enfrentamento da criminalidade ambiental transfronteiriça.

PALAVRAS-CHAVE:

CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL; COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL; LAVAGEM DE DINHEIRO; TRÁFICO DE DROGAS; CRIMES AMBIENTAIS

MECHANISMS TO FIGHT TRANSNATIONAL CRIME: A PERCEPTION OF ANOMIE AT
THE INTERNATIONAL LEVEL REGARDING ENVIRONMENTAL CRIMES

ABSTRACT:

Globalization has given rise to transnational organized crime which favors the traditionalist view of criminal law, limited to the principle of territoriality and state sovereignty. Criminal repression, hitherto limited to state territorial limits, is not sufficient to combat this type of crime, which has forced states

¹ Dutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC – UNIVALI, na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999) e Administração de Empresas pela ESAG/UDESC (1998). Especialista em Direitos Humanos pela UDESC (2001) e em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial/TJSC (2009). Mestre em Ciência Jurídica na Univali (SC) e Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha (2015). Juíza de Direito na Vara de Execuções Penais de Itajaí, TJSC. E-mail: claudiaribasmarinho@gmail.com

to unite for the approval of international treaties for international legal cooperation in the fight against drug trafficking crimes., weapons and people, corruption and money laundering. However, there is no similar concern in efforts to collaborate in tackling transboundary environmental crime.

KEYWORDS:

TRANSNATIONAL CRIME; INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION; MONEY LAUNDRY; DRUG TRAFFICKING; ENVIRONMENTAL CRIMES

INTRODUÇÃO

A Globalização é um fenômeno econômico, social, cultural e político que se caracteriza por um encurtamento das distâncias territoriais, com facilitação da comunicação, aproximando as nações de todo o mundo. Observa-se nesse processo uma integração de mercados, o desenvolvimento de sistemas de transportes e das tecnologias de comunicação, e expansão dos mercados econômicos.

As fronteiras físicas deixaram de ser limites para a expansão econômica, a aproximação de sociedades, eclosão de empresas atuando nos mais diversos ramos e países.

Nesse cenário emerge o processo que passou a ser denominado de transnacionalização, que nas palavras da autora brasileira Joana Stelzer é “evidenciada pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais” (STELZER, 2011. p.16).

Contudo, essa facilidade de deslocamento, comunicação e relações internacionais fez emergir a criminalidade organizada transnacional, que se favorece da visão tradicionalista do direito penal, enquanto que o Estado continuou limitado na sua atuação puniendi por conta do princípio da territorialidade e da soberania estatal.

A repressão criminal, até então circunscrita aos limites territoriais estatais, não é suficiente para o embate a criminalidade organizada e com atuação transnacional. Os mecanismos jurisdicionais estatais não são capazes de individualmente e solitariamente efetivar um controle da criminalidade que segue um paradigma diverso do que se via até há algumas décadas.

Por conta disso, desde a década de 80 do século passado os Estados passaram a reconhecer a existência de uma criminalidade organizada transnacional, e a necessidade de uma união e cooperação internacional mútua para o seu combate. Através da edição de tratados, os países signatários identificaram a prática do tráfico de drogas internacional, do tráfico de pessoas e armas, a corrupção e a lavagem de dinheiro, comprometendo-se a estabelecer práticas internas para facilitar a investigação e punição dessas práticas, numa criação de uma rede de cooperação jurídica internacional.

Contudo, não se vê a mesma preocupação de criação de redes e imposições aos Estados para que unam esforços quando a prática criminosa transnacional tem por objeto o meio ambiente, ou

seja, quando a degradação ambiental dolosamente praticada – especialmente pelos entes coletivos – causam danos de efeitos transfronteiriços. Embora a partir da Rio 92 tenha se exigido que os Estados se obriguem de diversas formas na proteção ambiental, ainda se baliza a proteção ambiental no âmbito nacional, especialmente no que se diz respeito a punição pela prática de crime, já que fundada na criminologia tradicional que entre outros, ainda se limita ao princípio da territorialidade e o respeito à soberania dos Estados na investigação e processamento da ação penal, sem qualquer preocupação com eventual colaboração entre os entes interessados.

O presente artigo foi elaborado a partir de revisão bibliográfica, e se divide em 5 capítulos. No primeiro enveredou-se por uma das fontes mais democráticas do direito internacional – o tratado – e a sua utilização pelos Estados signatários para criarem uma cooperação jurídica internacional. Nos capítulos 2, 3 e 4 destacou-se o reconhecimento internacional da criminalidade internacional organizada, especialmente através do tráfico de drogas, com a aprovação da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, e em seguida, da Convenção de Palermo e as ações internacionais para suprimir o tráfico de pessoas, mulheres e crianças, bem como de armas; além de ser analisada a Convenção de Mérida que se preocupou com a prática de corrupção em que se observou a evolução dos mecanismos de cooperação internacional para coibir a prática de lavagem de dinheiro como forma de impedir a ocorrência dos demais crimes. No último capítulo foram feitas considerações a respeito da anomia no âmbito internacional quanto a criação de uma cooperação jurídica entre as nações para evitar o cometimento de crimes ambientais transnacionais.

Finalmente, as considerações finais têm por finalidade a síntese das ideias levantadas no artigo, visando ao aprimoramento do assunto abordado e à contribuição à produção científica no estudo da criminalidade transnacional organizada no cenário de globalização. No desenvolvimento do artigo foi empregado o método indutivo, pesquisando e identificando as partes do problema para chegar-se às considerações finais, sob as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. Cooperação Jurídica Internacional.

Até recentemente o mundo se viu alicerçado em uma tradição jurídica fundada no monismo jurídico, em que estabelece a exclusividade da produção normativa ao Estado, que tem obrigatoriedade e vigência apenas em seu território. Marcio Ricardo Staffen afirma que “via de regra, o confinamento do fenômeno jurídico ao contexto territorial com exclusividade é produto do Estado Moderno, estruturado a partir dos Tratados de Paz da Vestfália, instituição cujos fundamentos e atribuições ainda estão presentes na atualidade” (STAFFEN, 2018, p.11)

A respeito da exclusividade estatal na produção jurídica, os Professores Paulo Cruz e Maurizio Oliviero (2013, p. 33) contribuem afirmando que:

Durante toda a fase seguinte à Paz da Westfália (ou seja, durante as duas fases da modernidade) o direito foi progressivamente visto como um aparato tipicamente estatal, fruto exclusivo do monopólio da força sobre a qual a soberania encontrava fundamento. Na medida em que a ratio do direito consistia em “projetar”

os comportamentos dos consorciados, era evidente o papel fundamental que isto representava enquanto instrumento de governo de um modelo (quase sempre constitucionalizado) de “vida social” no qual as relações interindividuais não podiam prescindir das fronteiras do Estado.

Marcelo Varella lembra que a soberania no sentido clássico, aquele concebido por Grotius ou Hobbes, tem um evidente enfraquecimento, à medida que assuntos de natureza antes exclusivamente nacionais são resolvidos pelo direito internacional, que tem uma essência volátil. (VARELLA, 2018. p.39)

O recente cenário de globalização permitiu uma maior aproximação das nações, havendo a necessidade de que estas se unissem para construírem uma ordenação normativa de assuntos de interesse comum, com abdicção – ainda que voluntária – de parte da soberania. A forma que os Estados têm de obrigaram-se entre si é o tratado², que “nasce a partir da manifestação de vontade de um sujeito de direito internacional (Estado ou Organização Internacional) em regular juridicamente determinada situação no âmbito internacional” (VARELLA, 2018, p. 47), e por isso é a fonte do direito internacional mais democrática, já que a sua incidência é apenas sobre aqueles sujeitos de direito que o firmaram. O prof. Marcelo Varella ensina que “o direito internacional é construído sobre a noção fundamental do consentimento dos Estados. Os Estados ou Organizações Internacionais não são obrigados a assinar ou ratificar os tratados. Eles o fazem como manifestação do seu poder soberano” (VARELLA, 2018, p. 37), assim é que a participação numa cooperação jurídica internacional é voluntária.

O autor relembra que “nenhum Estado é forçado a adotar uma norma internacional ou participar de um processo de expansão de direito internacional, cedendo seus espaços de competência interna.” (VARELLA, 2018, p. 38). Por outro lado, é certo que se de uma forma não se obriga os estados a adotarem ou firmaram um tratado internacional, por outra, sendo ele signatário sofre consequências em caso de descumprimento.

É que “os Estados estão constantemente submetidos a um conjunto de escolhas, a respeito das quais, para poder obter alguns benefícios jurídicos, políticos, econômicos, ambientais e outros, precisam ceder, cooperar, participar de uma regulação jurídica e política progressivamente mais internacionalizada” (VARELLA, 2018, p. 38).

Por conta dessa necessidade, foi desenvolvido um sistema de auxílio entre as nações e essa cooperação se dá tanto na forma de transferência de conhecimento e técnicas de investigação, como através de auxílio formal previsto nos tratados e acordos ou com base no princípio da reciprocidade. A esse processo se dá o nome de cooperação jurídica internacional que é a “colaboração entre Estados ou entre Estados e tribunais internacionais para a adoção de medidas que contribuam para a consecução de um objetivo comum com reflexos jurídicos” (MESSA, 2014), e é regida pelos seguintes princípios: cooperação dos povos, reciprocidade, competência, especialidade e dupla incriminação (MESSA, 2014).

2 “Tratado é um acordo internacional concluído por escrito entre Estados ou entre Estados e Organizações Internacionais, regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. (VARELLA, 2018, p. 37).

A partir desses tratados internacionais que visam o combate ao crime organizado, foram criadas várias redes de cooperação internacional e o Brasil faz parte de vários deles: Rede Ibero-Americana de Cooperação Judicial (IberRED), Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional de Países de Língua Portuguesa (Rede Judiciária da CPLP), Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e Extradicação; Rede Ibero-americana de Informação e Documentação Judicial (IberIUS), Rede Ibero Americana de Escolas Judiciais (RIAEJ) e Rede de Poderes Judiciários das Nações Sul- Americanas (UNASUL). (MESSA, 2014).

É assim que é possível um auxílio mútuo entre nações para o cumprimento de diversos atos e medidas processuais necessários tanto à investigação como ao processamento de uma ação penal, podendo ser atos de comunicação processual como citações, intimações e notificação, obtenção de provas diversas, compartilhamento de provas, medidas cautelares sobre bens (bloqueio, perdimento e repatriação de ativos), além da possibilidade de transferência de processos criminais e de execução de pena (Lei 13.445/2017).

Para fins deste artigo, serão considerados sinônimas as palavras Tratados e Convenções, podendo os documentos indistintamente serem chamados por um ou outro.

2. Criminalidade transnacional. Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas

Na década de 80 do século passado pode-se dizer que o mundo se aturdiu com prática de tráfico de drogas de forma organizada e internacional. O narcotráfico em alta escala teve seu auge nesta década de 80, quando iniciou-se o delineamento do processo de globalização e reconhecimento do fenômeno da Transnacionalidade, quando as fronteiras físicas passaram a ser meras ficções internacionais. A fragilidade da soberania estatal e da utilização do território como seu elemento essencial permitiu uma impunidade quanto aos crimes cujos passos e efeitos transcendem a territorialidade e fronteiras das nações.

Muitos países estavam com a sua imagem diretamente ligada à prática desse crime, com grande injeção do dinheiro vindo do tráfico internacional, que afetava negativamente as estruturas de Estado. A Colômbia é um desses países identificados como um dos berços de grandes organizações do narcotráfico que tinha como destinatário principal os EUA.

Essa atividade criminosa também favoreceu o sistema financeiro mundial, já que o produto desse crime é enviado para os bancos de vários lugares do mundo, especialmente com a intenção de fazer o branqueamento desses valores.

Foi então que os países viram a necessidade de um planejamento conjunto e organização para o combate a essa criminalidade mais organizada e que ultrapassava as fronteiras físicas – meras ficções jurídicas criadas pelos Estados – com habilidades não só de capilarizar a distribuição da droga, mas também de dissimular o recebimento dos valores através da lavagem de dinheiro.

O mundo se deu conta da necessidade de criação de mecanismos de cooperação para combater

o crime organizado transnacional, entendendo que a responsabilidade não era exclusiva de apenas um Estado ou dele apenas em seu território, sendo imperiosa a união nos esforços para uma resposta penal eficiente. Até mesmo no âmbito dos blocos econômicos regionais houve um reconhecimento de que “um sistema jurisdicional ágil, preciso e de fácil acesso para os interessados certamente é um dos principais elementos que determinam o êxito ou o fracasso de um processo de integração regional. (MOURA, 2014, p. 203).

Assim é que os Estados-Membros da ONU, com o objetivo de reforçar ações para o combate ao tráfico de drogas, assinaram a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

“A Convenção de 1988 tem como objetivo promover a cooperação entre os Estados para tratar de forma mais eficaz o tráfico de drogas, acabar com os lucros de organizações criminosas através da produção de drogas ilícitas e do tráfico e fornecer novas ferramentas aos governos. A Convenção também buscou reduzir o sofrimento humano e pediu que os Estados adotassem medidas efetivas na prevenção, tratamento e reabilitação.(ONU, 2019)

Observe-se que a citação acima se utiliza do termo “pediu” como se fosse apenas um orientação ou simples solicitação feita aos estados signatários, que não teriam qualquer obrigação no cumprimento. Todavia o eventual descumprimento ou não adoção das orientações poderá impor uma série de sanções das mais diversas aos países signatários, especialmente econômicas, havendo também grande pressão social aos governantes para seu cumprimento.

A justificativa para a aprovação da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas demonstra a preocupação que as nações tinham com o crescimento exagerado e organização das atividades criminosas com o fim de produção, demanda e tráfico ilícito de entorpecentes, não se limitando a regiões específicas, mas com efeitos transfronteiriços. A inquietação se propaga especialmente quanto aos efeitos nefastos de tal prática criminosa, que tem impactos nocivos à saúde humana e também através de uso de crianças e adolescentes, tanto como consumidores ou como instrumentos do tráfico.

Há um reconhecimento expresso de que essas atividades causam prejuízos econômicos e afetam a segurança e soberania dos Estados. A Convenção utiliza-se da expressão “transnacional” para referir-se a essas atividades criminosas, que procuram “invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis” (BRASIL, 1991).

Nessa Convenção há uma recomendação para que os Estados caracterizem os delitos penais de tráfico de entorpecentes quando cometidos internacionalmente, indicando os tipos penais que devem ser internalizados pela legislação dos países signatários.

No Brasil, a Convenção foi incluída no nosso ordenamento através do Decreto 154/1991 e foi

pioneira em todo mundo no compromisso dos países pactuantes de estabelecerem uma cooperação na investigação e práticas de responsabilidade penal quanto a esses delitos. Na mesma oportunidade os signatários acordaram em aprovar no âmbito interno normas que incriminassem e combatessem a prática de lavagem de dinheiro quando o crime antecedente fosse de tráfico ilícito de entorpecentes.

A referida Convenção estabeleceu, ainda, diretrizes sobre cooperação internacional no combate ao tráfico de drogas, dispondo que os delitos não serão considerados fiscais ou políticos, nem delitos politicamente motivados, com o objetivo de dinamizar investigações judiciais. A mesma ainda dispôs que serão considerados passíveis de extradição os delitos nela previstos (art. 6º, § 2º) e que, caso um Estado-Parte receba pedido de extradição de outro signatário, com o qual não tenha tratado de extradição, poderá considerar a Convenção como base jurídica para sua concessão, com referência àqueles delitos. (PEREIRA, 2016, p. 51)

Assim, há uma consolidação da ideia de cooperação jurídica internacional direcionada ao combate do crime organizado transnacional. Os Estados se comprometem a uma série de atividades e ações de cooperação entre eles. A Convenção estabelece qual a forma de tipificação criminal e ações investigatórias e cautelares que poderão ser realizadas através desta cooperação, como medidas de busca e apreensão, extradição, entre outras.

Os Estados-Partes deverão também adotar medidas para que suas autoridades tenham condições de identificar, detectar e decretar a apreensão desses bens, com o objetivo de realizar eventual confisco, bem como deverão facultar a seus juízes a decretação da apreensão ou o confisco de documentos bancários, financeiros ou comerciais, sem que haja possibilidade de se invocar o sigilo bancário com o intuito de se furtar a aplicação da regra. O sigilo bancário não deve, portanto, ser considerado óbice nas investigações penais no âmbito da cooperação internacional. (PEREIRA, 2016, p. 52)

Por conta da edição desta Convenção, foi criado em 1989 o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) - Financial Action Task Force – FAFTF - que é um organismo intergovernamental, que iniciou com 7 países, e atualmente fazem parte dele mais de 40. O GAFI editou 40 recomendações aos países signatários ou não com o fim de combater a lavagem de dinheiro e as ações financeiras criminosas. Essas recomendações têm naturezas diversas e procuram padronizar os mecanismos de investigação e combate ao crime organizado, determinando orientações quanto a tipificação dos crimes e sua responsabilização, além de possibilitar ações de extradição, busca e apreensão, intimações, citações e outros atos de investigação e jurisdicionais. Embora essas recomendações não tenham caráter obrigatório, não se limitam apenas a sugestões ou conselhos. É que seu descumprimento pode ensejar sanções econômicas até mesmo àqueles que não fazem parte do grupo, e por conta disso “há grande discussão doutrinária quanto à natureza das recomendações do GAFI, se seriam soft law ou hard

law, bem como quanto a sua legitimidade de atingir países não membros”. (PEREIRA,2016, p. 53)³.

Entre as recomendações podemos citar: que a responsabilidade criminal das pessoas coletivas não excluam a responsabilidade das pessoas físicas envolvidas; ações de prevenção a lavagem de dinheiro e utilização das pessoas jurídicas para a prática criminosa; assegurar a responsabilização criminal e, quando ela não seja possível, a responsabilidade civil ou administrativa; ações de investigação e acautelamento como declaração de perdimento e busca e apreensão de bens; além de várias outras medidas determinadas às instituições financeiras para combate à lavagem de dinheiro.

3. Ações internacionais para suprimir o tráfico de pessoas e armas e o Tratado de Palermo no combate às organizações criminosas

A década de 90 do século XX foi marcada pela preocupação em relação à expansão e evolução das organizações criminosas, especialmente relacionadas ao tráfico de armas e pessoas. Do mesmo modo que o tráfico de drogas, essa prática criminosa foi incentivada e facilitada pelo desenvolvimento dos meios de transporte e comunicação, e pela impotência dos Estados diante do quadro de enfraquecimento da soberania num cenário de Transnacionalidade.

Segundo relatório de 2010 da UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) estimava-se que o tráfico de pessoas gere um ingresso anual de US\$ 3 bilhões na Europa, enquanto que o tráfico de migrantes da América Latina para os Estados Unidos gera US\$ 6,6 bilhões anuais (UNODC, 2010).

No Brasil, no ano de 2014 “as autoridades brasileiras relataram 44 vítimas de tráfico para fins de exploração sexual, 26 mulheres adultas e 18 crianças do sexo feminino. Em 2015 as autoridades relataram 101 vítimas traficadas para o mesmo fim, sendo 51 mulheres adultas e 50 crianças do sexo feminino. Com o mesmo objetivo em 2016, as autoridades relataram 75 vítimas, 33 mulheres adultas e 42 crianças do sexo feminino. ” (UNODC, 2018).

Em 2015 as autoridades relataram 101 vítimas traficadas para o mesmo fim, sendo 51 mulheres adultas e 50 crianças do sexo feminino. Com o mesmo objetivo em 2016, as autoridades relataram 75 vítimas, 33 mulheres adultas e 42 crianças do sexo feminino. ” (UNODC, 2018).

No mesmo relatório há a informação de que o mercado mundial de armas de fogo ilícitas alcança

3 “O termo soft law surge pela primeira vez, em 1973, em debate capitaneado por René Jean Dupuy na “Hague Academy of the Protection of the Environment and International Law”, em Haia, cujo objeto estava circunscrito à criação de fontes alternativas de respeito aos tratados internacionais, quando por especificidade da matéria, a envergadura do Direito Internacional não tutelava tal demanda jurídica. Nesse caso, Dupuy diagnosticou, assim como fez anteriormente Phillip Jessup, a emergência de uma novo Direito que pudesse dar conta de novas demandas jurídicas às margens do Direito nacional e do Direito internacional.

(...)

Nesse contexto, modelos de soft law podem manifestarem-se como atos de organizações internacionais, atos corporativos, métodos para resolução de controvérsias, atos produzidos por Estados que não se enquadrem no modelo constitucional interno ou sob a forma de tratados, atos de caráter principiológicos, normas técnicas e afins, tipificando um rol exemplificativo de suas hipóteses de incidência.” (STAFFEN, 2018. p. 76/78)

a cifra de US\$ 170 a 320 milhões anuais. O relatório chegou à conclusão de que a criminalidade organizada transnacional está se tornando um grande centro de poder paralelo.

Nesse panorama ao final do século – em 15 de novembro de 2000 - foi aprovada a Convenção de Palermo (Convenção contra o Crime Organizado), nome pelo qual ficou conhecido o Tratado que tem por objetivo o combate ao crime organizado transnacional. Esse tratado teve especial relevância já que tipificou as atividades criminosas que são cometidas por grupos organizados, e que ultrapasse as fronteiras de mais de um país, conceituando que “grupo criminoso organizado” é um “[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material” (BRASIL, 2004). Foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro com a edição do Decreto 5.015 de março de 2004.

A cidade de Palermo, na Sicília, não foi escolhida por acaso. A região da Itália era alvo de atividades criminosas no sul do país, dos conhecidos mafiosos italianos, e era também o cenário da Operação Mãos Limpas, conhecido processo de grande importância na Itália que pretendia o combate a corrupção desencadeada após a denúncia de licitações fraudulentas.

O foco do referido Tratado é direcionado a várias atividades criminosas organizadas: tráfico de drogas, armas, pessoas, lavagem de dinheiro, tráfico de animais exóticos, lenocínio, homicídio, pedofilia, entre outros. O objetivo central é estabelecer uma cooperação entre os países signatários, que se comprometem a uma série de medidas sugeridas na convenção, como a tipificação de atividades criminosas, extradição, assistência jurídica mútua, cooperação policial, facilitação na investigação transnacional, além de transferência de conhecimento e tecnologia.

À Convenção de Palermo foram adicionados três protocolos para áreas distintas, a primeira para prevenir e suprimir o tráfico de pessoas, mulheres e crianças; o segundo contra contrabando de migrantes por terra, mar e ar – tipificando o crime de contrabando, mas prevendo a proteção do migrante contrabandeando; e o terceiro, contra a fabricação e tráfico ilícito de armas de fogo, suas peças, componentes e munições. Embora tratando de áreas diferenciadas, todas abordam a criminalidade transnacional e organizada voltada ao tráfico.

Do mesmo modo que ocorreu com a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, os países signatários se comprometeram a adotar uma série de ações visando o combate ao crime organizado transnacional, entre eles tipificar atos relacionado a participação em grupos criminosos organizados, lavagem de dinheiro; permitir e facilitar atos de investigação e acautelamento, como extradição, cooperação policial, além de promover a capacitação de agentes de segurança.

Convenção de Palermo previu uma série de dispositivos com olhos no aperfeiçoamento das técnicas de combate à criminalidade transnacional, como a responsabilização das pessoas jurídicas nos âmbitos penal, civil e administrativo, aduzindo, ainda, que a responsabilização não obstará a persecução penal contra as pessoas físicas que tenham cometido as infrações. (PEREIRA, 2016, p. 58)

A constatação do caráter transnacional da criminalidade – grande mérito da Convenção de Palermo – fortaleceu a convicção de que as ações voltadas ao seu combate devem se dar no âmbito da cooperação entre os países, pois atividades isoladas não surtirão qualquer efeito prático.

4. O combate internacional à corrupção, lavagem de dinheiro e o Tratado de Mérida

O início do século XXI, por sua vez, foi marcado pela preocupação com a corrupção e a lavagem de dinheiro dela decorrente bem como oriunda de outros crimes, e em 31 de outubro de 2003 foi aprovada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Tratado de Mérida).

No Brasil a incorporação se deu através do decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Esse tratado prevê que cada Estado signatário, obedecendo aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno, fomentará políticas e medidas para o combate a corrupção, com técnicas de investigação como entrega vigiada, vigilância eletrônica ou de outras, também para evitar a prática de lavagem de dinheiro.

É certo que na Convenção contra o Tráfico de Drogas já havia sido pioneira, obrigando que os países signatários criminalizassem a lavagem de dinheiro oriunda do crime de tráfico de entorpecentes – hoje chamada de primeira geração. É que naquele momento a intenção principal era de combate específico ao tráfico de drogas, reconhecendo-se que o mecanismo mais eficiente seria através do bloqueio de ativos gerados por esse crime.

Por outro lado, na Convenção de Palermo houve uma evolução com a previsão no artigo 6 quanto à criminalização da lavagem do produto do crime e instituiu medidas para seu combate, ampliando o rol de crimes antecedentes, o que foi chamada de segunda geração.

Já a Convenção de Mérida inaugura o que podemos chamar de terceira geração, já que no art. 23 prevê a possibilidade de reconhecer a lavagem de dinheiro qualquer que seja o delito precedente. Há também um aumento da Cooperação Jurídica Internacional, cooperação e auxílio direto e homologação e exequatur das decisões estrangeiras. O art. 57 prevê, por sua vez, que se tratando de erário, a recuperação internacional de ativos deve ser integral.

A Convenção de Mérida que tem o escopo específico de combate a corrupção nos mais diferentes níveis, apresentou pontos determinantes no combate à lavagem de dinheiro, prevendo a necessidade de cooperação internacional para a investigação, regulamentação e fiscalização administrativa das instituições financeiras, intensificação da fiscalização dos valores transferidos além fronteiras. Há uma reconhecimento que a máxima “follow the money” é a forma mais eficaz de combate ao crime organizado.

Entre estas medidas, destaca-se a que determina que cada Estado estabelecerá um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e das instituições financeiras não bancárias, incluídas as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores, ou mesmo outros órgãos que sejam particularmente suspeitos de utilização para a lavagem de dinheiro. (PEREIRA, 2016, p. 51)

Assim, é possível perceber que os tratados internacionais foram no sentido de aprimorar e intensificar a cooperação internacional no que diz respeito a investigação e processamento das ações judiciais envolvendo a criminalidade transnacional.

O enfoque no crime de lavagem de dinheiro é o fortalecimento da convicção de que as organizações criminosas, tornando-se centros de poder e movimentando cifras bilionárias, só poderiam ser minadas atacando-se a movimentação financeira e a tentativa de “branquear” esses valores. A esse respeito é importante lembrar a origem da expressão. É que sendo os valores produtos de atividade criminosa, são eles considerados “sujos”. Por conta disso, há a intenção dos criminosos de “branquear” ou “lavar”, dando a aparência de que seriam fruto de atividade lícita.

As autoridades policiais e criminais passaram a perceber a necessidade de investigar a origem dos ativos financeiros, para alcançar as atividades criminosas. Por conta disso, a persecução voltada às atividades financeiras dá a diretriz das determinações aos Estados signatários, especialmente no que diz respeito às instituições financeiras e outras empresas e atividades que trabalham com bens de alto valor financeiro.

Interessante referência a esse assunto foi o entendimento do STF – especialmente no “Caso Mensalão” (Ação Penal 470) – que entendeu por afastar a Convenção de Palermo e não aceitou a acusação pelo crime de lavagem de dinheiro tendo como delito antecedente a participação em organizações criminosas, quando as condutas foram praticadas antes da edição da lei que tipificou a prática criminosa (Lei 12.850/2013). Na época, o relator entendeu que não era possível suprir a inexistência de lei penal incluindo norma de natureza incriminadora, apenas com a invocação da Convenção Internacional de Palermo, ainda que ela tenha sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 5.015/2004.

5. A anomia no âmbito internacional quanto à institucionalização de uma cooperação jurídica internacional para evitar a prática de crimes ambientais transnacionais

Não há dúvidas de que uma ou a maior preocupação mundial atualmente diz respeito à proteção ambiental, embora também se alie à essa, a inquietude em relação aos crimes cibernéticos, biotecnologia, terrorismo, entre outros.

A apreensão com a intensa degradação do meio ambiente e a necessidade de desenvolvimento de mecanismos de proteção ambiental justificou uma maior inquietação com as formas legais para a proteção do meio ambiente. Não há dúvidas de que a questão ambiental é aquela que tem maior característica transnacional, já que o dano ambiental não obedece a fronteiras físicas. Desastres ambientais podem causar colapso além dos limites territoriais de um país, e várias controvérsias entre Estados podem surgir com base nesta questão.

Nesse cenário, intensificaram-se os esforços para que sejam aprovadas regras de proteção ao meio ambiente de forma globalizada. Com o intuito de promover a proteção ambiental de forma globalizada, as Nações Unidas possuem uma agência específica – ONU Meio Ambiente “responsável por promover a conversação do meio ambiente e o uso eficiente de recursos no contexto do

desenvolvimento sustentável” (ONU, 2018), que cria recomendações para todo o planeta com a finalidade de “melhorar a qualidade de vida da população sem comprometer os recursos e serviços ambientais das gerações futuras” (ONU, 2018).

O meio ambiente surge como argumento nas controvérsias internacionais juntamente com os tratados sobre a matéria que normatizaram a proteção e o respeito ao meio ambiente. Significa afirmar que tais controvérsias são contemporâneas partindo do Século 20, quando os Estados começam a se reunir e firmar os tratados pró meio ambiente. O meio ambiente, contudo, poderia ter sido tema de controvérsias antigas que envolviam como argumento principal a delimitação de fronteiras e questões econômicas. Nessas controvérsias, porém, (...). A preservação ou o dano ao meio ambiente não eram argumentos relevantes a serem invocados numa controvérsia internacional, e muito menos importante era a preocupação com a saúde da população. (NOSCHANG, 2014, p. 295).

E nesse cenário, inúmeros são os tratados firmados entre nações independentes que se comprometem a implementar políticas públicas e leis mais rígidas para a proteção ambiental nos seus limites fronteiriços, com punições na área, cível, penal e administrativa.

Uma das formas mais decisivas de proteção ambiental é através do direito penal, “que tradicionalmente reacionava a posteriori contra um fato lesivo, individualmente considerado, se transforma agora em um Direito de gestão punitiva de riscos gerais.” (SANTIAGO, 2015, p. 78)

Santiago defende que se pode compreender que há um direito penal de risco, que “responde à escala de valores do grupo social que o mantém” e que seu âmbito são “os crimes ambientais, os crimes de risco catastrófico, como os relativos à energia nuclear ou estragos ocasionados por meios potencialmente destrutivos e relacionados às novas tecnologias, e delitos relativos à biotecnologia ou técnicas da vida, como os pertinentes à manipulação genética” (SANTIAGO, 2015, p. 79)

Ocorre que há vários exemplos mundiais de danos provenientes de crimes ambientais que transpassaram as fronteiras dos países, sendo seus efeitos pulverizados em várias partes do planeta, não se justificando que um crime ambiental seja responsabilidade exclusiva de apenas um Estado, devendo a proteção ambiental – nas mais diversas esferas, seja preventiva ou punitiva – superar a tradicional ideia de territorialismo e soberania e superar as fronteiras nacionais.

Um caso emblemático na questão ambiental é o do Equador x Colômbia quanto à pulverização de herbicidas tóxicos. Com a única preocupação de combater o tráfico de drogas na Colômbia, os EUA propuseram o Plano Colômbia, fornecendo herbicida glifosato produzido pela Monsanto para pulverizar o plantio de coca. Ocorre que essa pulverização atingiu outras plantações e culturas locais de subsistência da população, como mandioca, café, banana, feno, etc. Além disso, várias pessoas relataram casos graves de reações adversas na saúde. O caso foi levado a Corte Interamericana de Justiça que reconheceu a jurisdição com base na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, - já que não há nenhuma regulação internacional específica quanto aos danos de natureza ambiental - todavia o caso não foi julgado por conta de um pedido de arquivamento feito pela parte autora. (NOSCHANG, 2014, p. 306/311)

O Supremo Tribunal Federal já se debruçou quanto à questão do tráfico de animais silvestre de caráter transnacional para definir a competência da Justiça Federal nesses casos (STF, 2013). Contudo, nesse caso específico o tema é objeto da Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies de Fauna e Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção – CITES, restringindo-se apenas a esses casos e não a outros que eventualmente possam ter efeitos transnacionais.

Embora tenha ocorrido uma grande movimentação e aproximação das nações para a aprovação de tratados com a intenção de criar mecanismos de cooperação jurídica internacional para a prevenção e combate a crimes das mais diversas espécies (tráfico de drogas, pessoas, armas, lavagem de dinheiro, corrupção), não há qualquer intenção no que diz respeito aos crimes ambientais.

Os organismos e redes criados através dos tratados citados neste artigo se limitam – embora de maneira engenhosa e eficiente – a persecução e investigação das práticas criminosas relatadas: tráfico de drogas, pessoas e armas e corrupção. Todavia, não se vê a utilização de todo este aparato de colaboração entre as nações para evitar a prática e punir aqueles que causam danos ao meio ambiente.

E nesse caso específico mais ainda seria necessária a utilização da cooperação jurídica internacional nos mais diversos níveis, já que por mais das vezes, esses danos e desastres ambientais são causados por sujeitos coletivos como grandes corporações transnacionais ou pelos próprios Estados, sendo ineficaz qualquer ação individual do Estado para seu enfrentamento.

Sem embargo, já houve a discussão para a criação de um Tribunal Internacional do Meio Ambiente, já que não há consonância entre os tratados já firmados quanto à existência de um órgão internacional com competência para julgamento de crimes ambientais transnacionais, especialmente praticado por corporações e pelos Estados. A ideia, contudo ainda não foi concretizada, e atualmente os Estados se limitam a uma responsabilidade individual na proteção ambiental, na forma do disposto no Princípio 11 da Eco-92:

Os Estados adotarão legislação ambiental eficaz. As normas ambientais, e os objetivos e as prioridades de gerenciamento deverão refletir o contexto ambiental e de meio ambiente a que se aplicam. As normas aplicadas por alguns países poderão ser inadequadas para outros, em particular para os países em desenvolvimento, acarretando custos econômicos e sociais injustificados.

No Brasil, há previsão legal de sanções penais pela degradação dos recursos naturais através da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), que também inclui sanções de natureza civil e administrativa, além de regulamentar a previsão constitucional de responsabilização penal das pessoas jurídicas (art. 225, § 3º). Contudo, essa normativa obedece a uma tradição jurídica que prevê a observância ao princípio da territorialidade, de modo que só tem vigência sobre as práticas criminosas ocorridas no âmbito do território nacional.

O princípio 13 da Eco-92 também prevê a necessidade de cooperação entre os estados para a responsabilização por danos ambientais, mais ao contrário dos Tratados que já analisamos nesse artigo, não há um detalhamento quanto a cooperação jurídica internacional na investigação e

punição dos autores, especialmente quando se diz respeito à responsabilização de pessoas coletivas. É que nada obstante se tenha expressamente sugerido que os países signatários fizessem a previsão em seus ordenamentos jurídicos para a responsabilização da pessoa jurídica, sabe-se que quando se trata da criminalidade transnacional e empresas de grande porte – empresas transnacionais - há necessidade de união de esforços e conhecimento técnico para que se possa realmente atingir o objetivo desejado.

Com efeito, há possibilidade de utilizar-se do Tratado de Mérida para a investigação da lavagem de dinheiro tendo por delito antecedente o crime ambiental, todavia, é possível perceber que todo o aparato de investigação financeira ainda se apoia em apurar outras atividades delituosas, sendo imperiosa a necessidade de um treinamento focalizado nas questões ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propagação da delinquência organizada foi estimulada também pelo processo de globalização que encurtou distâncias, facilitou a comunicação e proporciona fácil acesso a sofisticados meios tecnológicos. Nesta esteira, os Estados perceberam a necessidade de buscar meios efetivos contra o crime organizado, no combate da criminalidade organizada, conscientes de que não é possível se limitar a tratar da criminalidade apenas nos limites territoriais e soberanos dos países. Da mesma forma, o combate eficaz depende de cooperação entre as nações, com transferência de conhecimento e tecnologia e facilitação nos atos jurisdicionais de investigação e processamento.

O avanço nos tratados alusivos ao combate à criminalidade transnacional demonstra a percepção de que um dos meios mais eficientes para esse propósito é através do combate à lavagem de dinheiro e a fiscalização do sistema financeiro.

Contudo, embora os crimes de tráfico de drogas, pessoas e armas, além da corrupção, gerem efeitos danosos além das fronteiras nacionais, a sociedade global deve inquietar-se também com os danos ambientais transfronteiriços, especialmente praticados por grandes corporações e Estados, que tem consequências nefastas ao planeta. Nessa medida, ampliam-se os debates diante da complexidade que envolve a temática quanto à necessidade de uma cooperação jurídica internacional no enfrentamento do crime ambiental transnacional, e da punição dos atores internacionais envolvidos, através de um tribunal com competência exclusiva para a matéria.

Assim é que além de toda a preocupação e ações de políticas públicas para a proteção ambiental, deve haver uma integração entre as nações para o aumento da estrutura da cooperação jurídica internacional, para que esta possa alcançar também os delitos penais ambientais. Além disso, a criação de um Tribunal Penal Ambiental deve ser a prioridade nas discussões envolvendo o tema.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm

_____. Decreto 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.. Convenção de Palermo. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm

_____. Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. (Convenção de Mérida) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm

_____. Lei 13.445 de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm

CRUZ, Paulo Marcio & OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos do Direito Transnacional. In: Direito global: [recurso eletrônico] transnacionalidade e globalização jurídica. Itajaí: UNIVALI, 2013

ECO-92. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambient_e_Developolvimento.pdf Acesso em 01/09/2019

MESSA, ANA FLAVIA. Curso de Direito Processual Penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Edição eletrônica

MOURA, Aline Beltrame. Os mecanismos de colaboração jurisdicional dos sistemas de solução de controvérsias da União Européia e do Mercosul. In: DAL RI

JR, Arno & MOURA, Aline Beltrame. Jurisdição Internacional: interação, fragmentação, obrigatoriedade. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. A Proteção do Meio Ambiente na Corte Internacional de Justiça. In: DAL RI JR, Arno & MOURA, Aline Beltrame. Jurisdição Internacional: interação, fragmentação, obrigatoriedade. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014

PEREIRA, Emmanoel Campelo de Souza. Lavagem de dinheiro e crime organizado transnacional. São Paulo: LTr, 2016.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Ambiente. São Paulo: Editora Revista dosTribunais, 2016.

SANTIAGO, Alex Fernandes. Fundamentos de Direito Penal Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SILVA, Aline Beltrame. Os mecanismos de colaboração jurisdicional dos sistemas de solução de controvérsias da União Européia e do Mercosul. In: DAL RI JR, Arno &

MOURA, Aline Beltrame. Jurisdição Internacional: interação, fragmentação, obrigatoriedade. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

STAFFEN, Marcio Ricardo. Interfaces do Direito Global. 2ª edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018..

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo

Marcio & STELZER, Joana (org). Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2011

STF. Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 737977 RG, Relator: Min. LUIZ FUX, julgado em 02/05/2013, DJe-088.13-05-2013

UNODC A Globalização do Crime: Uma avaliação sobre a Ameaça do Crime Organizado Transnacional. https://www.unodc.org/documents/lpobrazil//noticias/2010/06/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf Acesso em 05/08/2019

UNODC. Relatório Global sobre o Tráfico e Pessoas – Perfil de país América do Sul – 2018. https://www.unodc.org/documents/lpobrazil//Topics_TIP/Publicacoes/2018_GloTiP_South_America.pdf Acesso em 05/08/2019

VARELLA, Marcelo D. Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO PROTAGONISTAS INTERNACIONAIS: UM EXAME À LUZ DA GLOBALIZAÇÃO E DA GOVERNANÇA GLOBAL

CLAUDIA RIBAS MARINHO¹

WELTON RUBENICH²

RESUMO:

A nova arquitetura de poder forjada após o fenômeno da Transnacionalidade e processo da Globalização – que tem seus delineamentos essencialmente econômicos – apresentou o protagonismo de um novo ator internacional: as grandes corporações transnacionais. Na medida em que se testemunha um enfraquecimento do Estado em todo esse processo, que deixa de ser o detentor exclusivo da produção normativa, surge o questionamento se governança corporativa pode ser suficiente para a regulação dessas empresas ou se há necessidade de repensar uma nova governança, sob pena de sua total ausência.

PALAVRAS-CHAVE:

EMPRESAS TRANSNACIONAIS; GLOBALIZAÇÃO; TRANSNACIONALIDADE; PROTAGONISMO INTERNACIONAIS; GOVERNANÇA GLOBAL

1 Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC – UNIVALI, na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999) e Administração de Empresas pela ESAG/UDESC (1998). Especialista em Direitos Humanos pela UDESC (2001) e em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial/TJSC (2009). Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha e pela UNIVALI (SC) (2015). Juíza de Direito na Vara de Execuções Penais de Itajaí, TJSC. E-mail: claudiaribasmarinho@gmail.com

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC – UNIVALI, na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Graduado em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas - CIESA (2001). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina/Universidade Federal de Santa Catarina (2008). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2010). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2010). Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha e pela UNIVALI (SC) (2015) Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. E-mail: welton_rubenich@hotmail.com.

TRANSNATIONAL COMPANIES AS INTERNATIONAL PROTAGONISTS: AN EXAMINATION IN THE LIGHT OF GLOBALIZATION AND GLOBAL GOVERNANCE

ABSTRACT:

The new architecture of power forged after the phenomenon of Transnationality and the process of Globalization - which has essentially economic outlines – presented the role of a new international actor: the large transnational corporations. As the state weakens in this whole process, which is no longer the sole holder of normative production, there is a question as to whether corporate governance can be suficiente for the regulation of these companies or whether there is a need to rethink new governance, under penalty of its total absence.

KEYWORDS:

TRANSNATIONAL COMPANIES; GLOBALIZATION; TRANSNATIONALITY; INTERNATIONAL PROTAGONISTS; GLOBAL GOVERNANCE

INTRODUÇÃO

O fenômeno da Globalização teve seus delineamentos após a Segunda Guerra Mundial, em que o mundo testemunhou o desenvolvimento da atividade econômica, a produção fordista-taylorista, desenvolvimento dos sistemas de transportes e das tecnologias de comunicação, e o barateamento e expansão dos meios de transporte que promoveu uma grande transformação mundial.

Esse processo teve impactos generalizados por todo o planeta e permitiu o florescimento de novos atores internacionais, que passaram a não se limitar apenas às relações apenas entre Estados e pessoas físicas. As empresas tiveram um crescimento exponencial que permitiram a sua capilarização em todo o mundo, não só com a instalação física de filiais, mas também com a venda de produtos e serviços, e com um processo de ausência de identificação com seu Estado de origem e a formação de uma identidade própria que exerce influência econômica, financeira, cultural e política.

Nesse cenário emerge o processo que passou a ser denominado de transnacionalização, que nas palavras da autora brasileira Joana Stelzer é “evidenciada pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais” (STELZER, 2011. p.16).

Essa nova arquitetura de poder, que em outra análise favorece o enfraquecimento do poder do Estado e sua Soberania, provoca a reflexão sobre a nova Governança que desponta, suscitando questionamentos quanto ao poder de uma governança corporativa e a necessidade de uma Governança Global que possa regulamentar as atividades desse novo agente no cenário mundial.

O presente artigo foi elaborado a partir de revisão bibliográfica, e se divide em 3 partes.

Na primeira enveredou-se pelas origens do processo de Globalização e do fenômeno da Transnacionalidade³. Em seguida, destacou-se como as Corporações Transnacionais atingiram um protagonismo internacional que não pode ser ignorado. Por fim, foram feitas algumas reflexões sobre a Governança Corporativa e uma sobre a ausência de uma Governança Global que permita a regulação das atividades das empresas transnacionais, especialmente quando delas advir danos de caráter transnacional.

Por fim, as considerações finais têm por finalidade a síntese das ideias levantadas no artigo, visando ao aprimoramento do assunto abordado e à contribuição à produção científica no estudo das empresas transnacionais no cenário de governança global. No desenvolvimento do artigo foi empregado o método indutivo, pesquisando e identificando as partes do problema para chegar-se às considerações finais, sob as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE

Com o advento da Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra no final do século XVIII, passa a existir uma intensa modificação e conseqüente desenvolvimento da forma de produção, permitindo a geração de produtos em grande escala. A divisão de tarefas, a máquina a vapor e outras inovações promoveram maior produtividade em menor tempo, com isso proporcionando a significativa proliferação de empresas atuantes nas mais variadas atividades.

Com a substituição do trabalho artesanal pela utilização de máquinas, houve uma grande metamorfose econômica, cultural e social. A relação das pessoas com o tempo, as famílias, o consumo, tudo isso foi modificado de forma indelével, estabelecendo novos valores e conceitos em todas essas áreas. Um retrato dessas mudanças é que enquanto antes as relações sociais e o trabalho se pautavam pela luz natural proporcionada pelo sol e pelo clima – hora de acordar, dormir, plantar, colher –, depois esse fator deixou de ser preponderante para definição da rotina humana, já que o trabalho passou a ser exercido sob maior controle dentro de fábricas e locais fechados. Intensificam-se a produção e o consumo, são gerados novos produtos, criadas novas necessidades e demandas, para uma população cada vez mais crescente. Na realidade, o mundo transformou-se nos últimos cem anos de uma forma e velocidade que não seria imaginada nem mesmo em livros de ficção.

É após a Segunda Guerra Mundial, com aquecimento da atividade econômica, a produção fordista-taylorista, desenvolvimento dos sistemas de transportes e das tecnologias de comunicação, que se apresentam os primeiros contornos do fenômeno econômico conhecido como Globalização.

Colaborando com as mudanças que vinham ocorrendo desde então, há dinâmicos avanços na tecnologia como computadores capazes de armazenar bilhões de informações, sistema de internet de alta velocidade e de acesso fácil a muitas pessoas, celulares que atuam como microcomputadores,

3 Paulo Marcio Cruz e Zenildo Bodnar propõem que “o prefixo trans indique que a estrutura pública transnacional poderia perpassar vários estados.” E ainda: “O prefixo trans denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade de emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos.” (CRUZ & BODNAR 2011, p. 57)

cabos de fibra ótica, antenas para celulares, entre outros milhares de exemplos nas mais diversas atividades que podemos citar.

Por outro lado, testemunhou-se a proliferação e o desenvolvimento dos meios de transporte, que se tornaram mais rápidos e mais econômicos, encurtando distâncias, facilitando contatos, acelerando e otimizando processos decisórios, fazendo fluir os negócios e inflar os lucros

“A característica comum aos múltiplos aspectos da globalização é uma rede global de informática e comunicações baseada no uso de tecnologias novas e revolucionárias. A Revolução da Informática é o resultado de uma complexa dinâmica de interações tecnológicas e humanas que gerou efeitos sinérgicos em três grandes setores da eletrônica – os computadores, a microeletrônica e as telecomunicações. As principais inovações que criaram o ambiente eletrônico radicalmente novo dos anos 90 ocorreram todos vinte anos antes, na década de 1970” (CAPRA, 2005. p.144)

As fronteiras físicas passam a ser meros espaços fictícios que não impedem o movimento contínuo de pessoas, informações, ideias, produtos, comunicação, política e economia, a constituição de novas culturas. O planeta passa a ser um espaço global econômico único, um mercado sem fronteiras e sem limites.

A esse respeito, o Professor Marcio Staffen destaca:

“Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços. Fez-se espaço para o exercício de um poder hegemônico de natureza técnico, econômico e financeiro espraiado planetariamente, o qual demonstra a redução (crise) do Estado e institui instrumentos de governança global”. (STAFFEN, 2013. P. 75)

Tudo isso tornou-se campo fértil para a evolução exponencial do sistema capitalista, amparado não só nos meios de produção mas também na fácil circulação de capital até mesmo (e na maior parte das vezes) de forma virtual.

O processo de globalização é um fenômeno essencialmente econômico, decorrente de uma expansão capitalista que não se limita às fronteiras estatais. Ao passo em que houve uma fragilidade dos limites territoriais, o mercado se adaptou transformando-se em transnacional.

Todavia não se trata de um fenômeno exclusivamente econômico, perpassando a profundidade da formação de valores culturais, instituindo saberes e desfrutando de experiências inéditas que proporcionam mais que a sensação de se estar vivendo em um mundo novo, mas participando de um processo de unificação irreversível.

“Com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em meados da década de

1990, a globalização econômica, caracterizada pelo “livre comércio”, foi exaltada pelos grandes empresários e políticos como uma nova ordem que viria beneficiar todas as nações, gerando uma expansão econômica mundial cujos frutos acabariam chegando a todas as pessoas, até às mais pobres. Entretanto, um número cada vez maior de ambientalistas e ativistas de movimentos sociais logo percebeu que as novas regras econômicas estabelecidas pela OMC eram manifestamente insustentáveis e estavam gerando um sem-número de consequências tétricas, todas elas ligadas entre si - desintegração social, o fim da democracia, uma deterioração mais rápida e extensa do meio ambiente, o surgimento e a disseminação de novas doenças e uma pobreza e alienação cada vez maiores.” (CAPRA, 2005. p.142)

Ao mesmo tempo, testemunha-se também uma situação em que tanto o conceito de Estado como suas práticas dominantes e reguladoras desenvolvidas cotidianamente no mundo real acabam se tornando não só obsoletas mas principalmente anacrônicas e disfuncionais.

A fragilização do Estado e de sua soberania são sentidas de forma mais impactantes, tendo em vista sua conexão até então inexorável com o conceito de território e seus limites definidos pela geografia. Contudo, Herman Heller(1891-1933), jurista e teórico político alemão, já alertava para a fragilidade em vincular-se tanto com conceitos oriundos da geografia e a geopolítica numa teoria do Estado. É que embora questões relativas a esta disciplina sejam importantes à Teoria do Estado, possuem um caráter autônomo em relação a elas (HELLER, ,1968. p. 176).

Será muito difícil encontrar na Geografia política e na Geopolítica uma determinação clara do seu objeto, limites e métodos. (...). A causa disso funda-se, principalmente, no obscuro e inútil conceito de Estado de que se valem quase todos os geopolíticos quando pretendem estabelecer relações causais entre a situação geográfica e um Estado que caracterizam como ‘organismo espacial’ e que, em geral, personificam em um “ser vivo” mítico, eliminando todos os limites sistemáticos, metódicos e conceituais. (HELLER, ,1968. p. 177).

O autor reconhece que a questão geopolítica é transitória e “varia com relativa rapidez e facilidade” e que os limites naturais embora constantes não podem definir o Estado, reconhecendo as fronteiras políticas, afirmando que “o Estado não é de maneira alguma, um escravo de seu território, como disse Kjellen, nem o território pode considerar-se como o “corpo” do Estado.” (HELLER, ,1968. p. 178).

Heller já fazia um prognóstico dos obstáculos que surgem a se vincular em fronteiras físicas, e de problemas que hoje denomina-se de Transnacionais:

[...]

As fronteiras políticas da individualidade estatal não aparecem assinaladas, entretanto, de um modo decisivo pela natureza, mas são determinadas pela ação do Estado. Uma das conclusões mais fecundas da nova Geopolítica é a de que não existem fronteiras “naturais” do Estado, mas que todas as fronteiras políticas são

zonas e limites “arbitrários”, “artificiais”, isto é, queridos pelos homens, nascidos das relações de poder e das manifestações de vontade dos que traçam as fronteiras.” (HELLER, ,1968. p. 178/181)

Naquele momento o autor já antecipava dificuldades relacionadas a temas que perpassam a existência de fronteiras físicas, que não impedem desastres climáticos, contratos internacionais, migrações, entre outros tantos. A geopolítica não nos dá mais as respostas necessárias para a definição do Estado – e especialmente de Soberania - ou seu estudo.

PROTAGONISMO DAS GRANDES CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS NO MUNDO GLOBALIZADO

O novo desenho da produção estabelecia os contornos de uma nova sociedade, mais dinâmica e interessada em novos campos de poder que ultrapassavam suas bem sucedidas empresas. A subsequente aglomeração dessas empresas não ocorre apenas no caráter meramente plural, ou se encontra limitada por sua mera titularidade seja por grau familiar ou por investimentos diversos, tratasse de um novo ente comercial detentor de poderes não imaginados por seus elementos constituintes com a capacidade de exercer uma presença simultânea em toda parte, superando até em velocidade e eficácia seus concorrentes e até mesmo os estados por onde transitam com extrema facilidade.

Nesse contexto, os conglomerados transnacionais impuseram um novo patamar nas relações originariamente comerciais com os Estados que, constituídos por elementos fundantes próprios do século XVII, mantêm ainda muito de seus resquícios tradicionais.

Com a decadência da Modernidade ao término da Segunda Grande Guerra a partir do evento das explosões atômicas impostas a Hiroshima e Nagasaki, as estruturas arcaicas dos Estados restaram incapazes de garantir os fins públicos a que se propuseram.

Por outro lado, com a finalidade e a facilidade de atingir diversos mercados, as empresas cresceram e alcançaram consumidores fora de sua área de origem, justificando uma capilarização por todo o mundo. Ao passo que no início desse processo se falava na multiplicação de empresas multinacionais, hoje se vê a dominação dos mercados pelos conglomerados transnacionais sem qualquer identidade real.

Redes como MacDonaldis, Walmart, marcas como Nike, Samsung, entre outras, não tem mais identificação com um país específico, fazendo parte diariamente da cultura e rotina – ou desejo - das pessoas pelo mundo inteiro. A satisfação desses desejos é a sublime tarefa a que se propõem.

Quanto à questão semântica, alguns autores fazem uma distinção entre empresas multinacionais e transnacionais afirmando que as primeiras se caracterizavam por dividir suas unidades de produção por diversos países, mantendo uma sede matriz que conservava a unidade cultural e organizacional em um país específico. Por sua vez, as transnacionais têm um caráter mais global, com centros

decisórios não precisamente localizados, atingindo mercados de todo o mundo, independente ou não de ter unidades físicas espalhadas (GONÇALVES&STELZER, 2018. p.10950). Outros autores como Ladislav Dowbor, por exemplo, utilizam os dois substantivos como sinônimos. Para fins deste artigo, utilizaremos como sinônimos, embora a diferenciação estabelecida por Stelzer & Gonçalves seja bem esclarecedora.

Todavia, há que se perquirir o que faz uma empresa poder ser considerada transnacional. José Cretella Neto após discorrer sobre as várias definições do conceito de empresa transnacional, traz a lume a análise feita por Charles Leben, que estabelece a exigência de ao menos três critérios: a) tamanho físico e importância das atividades, indicando que suas vendas anuais ultrapassem U\$100 milhões (valores de 1976) e ao menos duas filiais no exterior; b) gestão que indique uma unidade econômica, embora existam filiais independentes juridicamente; c) uma “abordagem prospectiva”, que tenha uma extensão mundial, gestão internacional, capital e direção multinacional, sendo considerada “desnacionalizada” (CRETELLA NETO, 2006. p. 21).

Décadas a fio, temos acompanhado as notícias sobre grandes empresas comprando umas às outras, formando grupos cada vez maiores, em princípio para se tornarem mais competitivas no ambiente cada vez mais agressivo do mercado. Mas, naturalmente, o processo tem limites. (DOWBOR, 2018. Posição 431)

O processo de Globalização impulsionou o vertiginoso crescimento das empresas transnacionais, as quais arrebataram um protagonismo mundial, tornando-se vetores econômicos, financeiros, culturais e até mesmo normativos e morais.

“Na ordem contemporânea, das 100 maiores economias mundiais 31 são Estados e 69 são multinacionais, cujo faturamento anual excede o PIB de Estados, conforme dados de 2015. Estudos de 2000 apontavam que das 100 maiores economias mundiais 49 eram Estados e 51 multinacionais, o que reflete a crescente e acentuada expansão das atividades corporativas” (PIOVESAN & GONZAGA, 2016. p. 233)

O fato é que as empresas transnacionais se distribuíram em todo o mundo, tornando-se forças e influências econômica, cultural, financeira⁴ Utilizam-se das mais novas tecnologias e desprezam fronteiras estatais, incentivadas pelas forças de mercado e atividades econômicas internacionais, sempre objetivando expandir sua área de atuação, não só territorial, mas também de produto e notadamente de poder.

Como enfatiza Castells, esse novo capitalismo é profundamente diferente do que se formou durante a Revolução Industrial e do que surgiu depois da Segunda Guerra Mundial. Caracteriza-se por três traços fundamentais: suas principais atividades econômicas são globais; suas principais fontes de produtividade e competitividade são a inovação, a geração de conhecimento e o processamento

4 “[...] atualmente, existem mais de 82 mil empresas transnacionais e 810 mil subsidiárias¹⁴⁹, que atuam em praticamente todos os ramos de produção de bens e serviços e se encontram instaladas em quase toda a esfera global, tendo, em alguns casos, uma receita maior que a de muitos Estados que compõem a sociedade internacional” (CARDIA, 2016. Posição 1452)

de informações; e ele se estrutura principalmente em torno de redes de fluxos financeiros.” (CAPRA, 2005. p. 148).

Algumas grandes corporações transnacionais – especialmente no mercado financeiro – movimentam valores que ultrapassam em muito o PIB de diversos países, inaugurando uma nova arquitetura de poder que transforma o Estado em mero refém de negociações mundiais das quais ele sequer faz parte ou tem conhecimento sobre seu funcionamento⁵.

“Não são raras as empresas transnacionais cujos faturamento anual e valor de mercado superem o Produto Interno Bruto de um ou mais Estados desenvolvidos e em desenvolvimento. Se consideradas apenas em termos de pujança econômica, não seriam poucas as empresas transnacionais que ultrapassariam os Estados nos rankings econômicos. (CARDIA, 2016. posição 273)

Não se pode subestimar o poderio e influência de empresas transnacionais, que se beneficiaram de uma ideologia neoliberal, e da ausência de barreiras ao livre comércio expandindo-se de forma desenfreada e com o foco apenas no desenvolvimento econômico, sem qualquer compromisso com a sustentabilidade, ou com o meio ambiente, com problemas sociais ou direitos humanos.

GOVERNANÇA CORPORATIVA OU AUSÊNCIA DE GOVERNANÇA?

Surge uma significativa preocupação com a ausência de efetiva responsabilização, controle ou ordenação das atividades desses verdadeiros gigantes econômicos uma vez que a mera percepção de suas dinâmicas não parece suficiente para conter e disciplinar os resultados de suas operações que invariavelmente, a despeito de um monte de benefícios que podem trazer a humanidade – também vem produzindo um rastro de destruição de impossível reconstituição.

Por óbvio que suas atividades proporcionam muitos benefícios em vários países, suprimindo uma determinada necessidade econômica, a satisfação de um desejo, o desenvolvimento de inúmeras tecnologias em diversas áreas do conhecimento que proporcionam maior conforto, qualidade de vida e conhecimento. Todavia, criam uma significativa dependência por conta da oferta de empregos e manutenção da estabilidade econômica.

Por outro lado, os impactos das atividades exercidas pelas empresas transnacionais não se limitam apenas na esfera econômica, mas também social e notadamente ambiental, havendo inúmeros casos de desrespeito aos direitos humanos e atividades altamente poluentes e danosas ao meio ambiente.

⁵ “A relação desses gigantes financeiros com os Estados é particularmente interessante: a dívida pública mundial, de 51,8 trilhões de dólares, está no mesmo nível do volume de capital controlado pelos 28 grupos financeiros que Morin analisa, também da ordem de 50 trilhões. Os Estados, devido ao endividamento público com gigantes privados, viraram reféns e tornaram-se incapazes de regular este sistema financeiro em favor dos interesses da sociedade”. (DOWBOR, 2018. Posição 1060)

(...) como conciliamos os recursos finitos da Terra com o fato que à medida que a economia cresce, o montante de recursos naturais necessário para sustentar a atividade também deve crescer? Levamos toda a história humana para a economia atingir a sua dimensão atual. Na forma corrente, levaremos apenas duas décadas para dobrá-la. (DOWBOR, 2018. Posição 151)

Nesse aspecto, vale lembrar que a humanidade tem convivido com grandes desastres provocados pela desmedida ambição por parte de grandes empresas e desconsideração das medidas de prevenção, tais como a radiação em Chernobyl (URSS, 1986), Bhopal (Índia 1984), e Fukushima (Japão), mais recentemente o rompimento das barragens com rejeitos de minério em Mariana e Brumadinho, no Brasil, com ameaça de novos desastres semelhantes e Brumadinho, no Brasil, com ameaça de novos desastres semelhantes, entre outros, sem que tenha havido a devida e efetiva responsabilização, seja criminal ou indenizatória

Provavelmente a maior inquietação que surge neste novo milênio com essa nova arquitetura de poder diz respeito a sustentabilidade e a proteção ambiental. O Estado – especialmente em seu arcabouço mais recente construído após a Primeira Guerra Mundial que reconheceu nele o guardião dos direitos sociais – guarda seu múnus de salvaguardar os interesses de seus cidadãos.

Faz parte também desta crise civilizatória o desajuste nos espaços. A economia se globalizou, com corporações transnacionais e gigantes financeiros operando em escala mundial, enquanto os governos continuam sendo em grande parte nacionais e impotentes frente aos fluxos econômicos dominantes (DOWBOR, 2018. Posição 44)

Na medida em que superada – ou no mínimo envelhecida – a teoria antropocentrista, emerge a convicção de que cabe aos seres humanos a proteção do planeta.

“[...] sugere-se que certo grau de antropocentrismo é necessário à proteção ambiental. Não no sentido de que a humanidade seja o centro da biosfera, mas porque a humanidade é a única espécie de que temos conhecimento com consciência para reconhecer e respeitar a moralidade de direitos e porque os próprios seres humanos são parte integrante da natureza. Em suma, os interesses e deveres da humanidade são inseparáveis da proteção ambiental.” (BOSELTMANN, 2015.p. 164)

O tema da sustentabilidade ambiental se disseminou pelo mundo fazendo parte da agenda política não só dos Estados mas também de muitas empresas⁶, que reconhecem a relevância de um desenvolvimento sustentável que garanta a permanência do homem na Terra e a conservação do planeta em toda a sua diversidade.

6 “Outra razão para as empresas se preocuparem é que a agenda ambiental constitui uma das prioridades das gerações que estão saindo das universidades. De acordo com uma pesquisa, que ouviu 16.000 estudantes do último ano de 56 universidades, escolas de engenharia e de negócios em 14 países, ‘os formandos da Europa se preocupam com as questões ambientais e as colocam entre as prioridades em suas agendas. Mas, enquanto 68% dos estudantes disseram que estavam preparados para pagar o preço por um meio ambiente melhor, somente 38% concordaram com o fato de que o cenário global está melhor.’ (ELKINGTON, 2012. p. 278)

“Provavelmente a agenda social tenha uma história mais longa para as empresas do que a agenda ambiental. Pense na escravidão, no trabalho infantil e nas más condições de trabalho. Mas depois de uma série de interesses sobre a questão social e auditoria na década de 1970, a agenda ambiental está propensa a atrair maior atenção. O resultado, paradoxalmente, é que no momento muitos executivos se sentem mais sendo desafiados nas questões ambientais do que nas questões sociais. Esse fato causa impacto no mercado à medida que a agenda da sustentabilidade é definida pelos executivos (ELKINGTON, 2012. p. 115/116)

Recentemente as empresas passaram a adotar a política ambiental não apenas como uma obrigação mas como uma estratégia competitiva, tendo em vista uma exigência do mercado, e passam a criar uma relação mais próxima e novos relacionamentos e parcerias com ONGS deste setor (ELKINGTON, 2012. p. 281).

De fato, hoje reconhece-se que essa difícil tarefa não pode ser delegada exclusivamente ao Estado, devendo ser compartilhada com todos os atores, sejam eles empresas, pessoas ou organismos internacionais ou privados.

“Hoje, estamos em uma situação profundamente diferente. O mundo globalizado e industrializado atingiu tal nível de complexidade que torna impossível soluções rápidas. O uso de métodos tradicionais de sustentabilidade não fará muita diferença. A maior complexidade apresenta-se em termos ambientais, sociais e econômicos.

[...]. Nenhum estado e nenhuma organização corporativa nega a importância do ‘desenvolvimento’ sustentável, e a vasta literatura envolvendo o assunto não existiria, se o desenvolvimento sustentável não guardasse a promessa para nos salvar do colapso. Considerando tal consenso básico, seria irresponsável ignorar o conceito de desenvolvimento sustentável simplesmente porque não há uma concordância quanto ao seu significado.

É fundamental, contudo, perceber a essência ecológica do conceito. Não percebê-la significa que interesses sociais, econômicos e ambientais não tem para onde ir. Ou existente desenvolvimento sustentável ecológico ou não existe desenvolvimento sustentável algum. (BOSELNANN, 2015.p. 42)

Há um reconhecimento, uma convicção de que o tema da sustentabilidade deverá permear as relações de mercado, ao mesmo tempo “dependerão de sistemas adequados de governança internacional, nacional e corporativos”. (ELKINGTON, 2012. p. 415)

Todavia, essa preocupação não é suficiente para evitar inúmeros danos causados pelas empresas transnacionais à sociedade, e estes não se limitam a questão ambiental e podemos citar envolvimento em crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, danos ao sistema financeiro mundial, envolvimento em tráfico de armas e pessoas, além de patrocínio de governos ditatoriais entre outros.

Contudo, não obstante a gravidade dos danos retrocitados, aqueles que atingem diretamente ao meio ambiente podem ocasionar o fim da moradia do homem no planeta.

Nessa medida porém, já foram citados aqui inúmeros casos em que danos ambientais

gravíssimos e de impossível recuperação foram praticados por atos ou omissões de grandes corporações transnacionais, muitas vezes sem sequer haver qualquer tipo de responsabilização.

Não é demais relembrar que danos ambientais desconhecem fronteiras físicas e não se limitam a um espaço territorial fictício criado pelo homem, e tem seus efeitos danosos alastrados por distâncias incalculáveis.

Ao lado dessas preocupações, surge outra já que o protagonismo que essas grandes corporações passam a exercer em escala global põem em xeque a concepção enraizada de que o Estado é o detentor soberano e exclusivo da ordenação jurídica e do direito, usufruindo do monopólio da força e da possibilidade de coação e produção legislativa.

Parece certo que é com a Modernidade que esta construção dogmática tomou corpo como se outra alternativa não houvesse. Os teóricos modernistas e os eventos sociais que se seguiram fortaleceram a ideia de que o Estado – na medida em que representa o povo – é a própria expressão da sua vontade.

Contudo, há discussões – que não são recentes – acerca de que esta concepção arcaica desconsideraria a complexidade humana e as diferentes realidades que buscam soluções alternativas, numa evolução para o pluralismo jurídico.

A respeito do conceito de pluralismo jurídico, o Professor Antonio Carlos Wolkmer faz excelente explanação, esclarecendo que:

Ao contrário da noção unitária, homogênea e universalista de “monismo”, a formulação teórica e analítica do “pluralismo” designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si (WOLKMER, 2015. Posição 3566).

Nesta seara eclodem inúmeras normativas e grupos reguladores das atividades econômicas completamente dissociadas do Estado ou dos organismos mundiais, como as Câmaras Internacionais de Arbitragem, a Câmara Internacional de Comércio, entre outros, que a despeito de não estarem vinculadas a nenhum órgão governamental ou internacional, promovem o assessoramento do comércio internacional e a ordenação das atividades e negociações entre as mais diversas atividades empresarias, forjando inclusive composições que excluem totalmente a possibilidade de discussão das lides perante o Poder Judiciário dos Estados ou Cortes Internacionais. Também se testemunhou ao desenvolvimento de práticas de compliance⁷, que a medida que buscam uma espécie regulação interna para proteger-se e evitar descompasso com a legislação dos Estados, também pretende não mais das vezes escapar da regulação imposta pelo poder estatal, com a justificativa da possibilidade de uma governança corporativa que independe de uma governança estatal.

7 “O Compliance consiste em um conjunto de técnicas de governança corporativa que visa garantir o cumprimento das normas, das políticas e das diretrizes estabelecidas para as atividades da instituição ou empresa, evitando, detectando e tratando desvios ou inconformidades legais e administrativas”. (LAMY & LAMY, 2018. p.63)

Dependendo da conveniência, muitas das vezes formam cartéis econômicos, manipulam os príncipes da burocracia através da corrupção e criam meios de afastarem-se da eventual aplicação das leis nacionais.

E não menos das vezes, diante do seu tamanho gigantesco, sequer consegue controlar dentro de suas próprias unidades a prática de atividades ilícitas.

Essas corporações enfrentam, assim, um problema de governança, fraudes, corrupção e desorganização de dar inveja a qualquer setor público. Prova disso é que praticamente todas elas estão pagando bilhões de dólares de multas por atividades ilegais em grande escala.

Encarregados do comando destas corporações dizem que “não sabem” das fraudes, o que pode ser uma evasiva. Mas o mais preocupante é que é perfeitamente possível que eles realmente não saibam o que acontece nos gigantes que, teoricamente, dirigem. (DOWBOR, 2018. Posição 856)

E não se vê a estruturação de uma legislação internacional como o foco primordial de regular e, principalmente, responsabilizar as empresas transnacionais por suas atividades quando delas resultar danos ou mesmo configurarem crimes.

“A ascensão da sociedade em rede foi acompanhada pelo declínio do Estado nacional como entidade soberana. Metidos em redes globais de turbulentos fluxos financeiros, os governos são cada vez menos capazes de controlar a política econômica nacional; já não podem dar a seus cidadãos as vantagens tradicionais do estado de bem-estar social; estão perdendo a guerra contra uma nova economia globalizada do crime; e sua autoridade e legitimidade são cada vez mais postas em questão (CAPRA, 2005. p. 159/160).

No cenário tradicional a que estamos acostumados desde a Paz de Vestfália – que inaugura o sistema moderno internacional - parece que somente organismos internacionais estariam aptos e preparados para exercer essa incumbência, observadas as necessárias adaptações e fomento.

Todavia, o fato é que a tradição jurídica – herdada de uma concepção europeia da Idade Moderna – concebe como atores internacionais apenas os Estados – sujeitos por excelência do direito internacional - e as pessoas físicas.

Por outro lado, a complexidade das relações que surgiram nas últimas décadas e a ingerência econômica, cultural, política, jurídica e social exercidas por essas grandes corporações impõe uma nova percepção dessas relações internacionais, reconhecendo a elas o papel de importante ator internacional, muitas vezes protagonista.

É muito provável que a concepção das organizações como sistemas vivos, ou seja, como redes não-lineares complexas, nos dê novas idéias sobre a natureza da complexidade e nos ajude assim a lidar com as complicações do ambiente empresarial de hoje em dia.

[...]

Segundo a visão sistêmica da vida, o surgimento espontâneo da ordem e a dinâmica da acoplagem estrutural, que provoca as mudanças estruturais contínuas que caracterizam todos os sistemas vivos, são os fenômenos básicos que determinam o processo de aprendizado.” (CAPRA, 2005. p. 109/113)

Esse quadro expõe uma grande preocupação na total desregulamentação das atividades dessas grandes corporações – pelo menos de uma forma transparente e universal capitaneada por uma entidade internacionalmente reconhecida -, e que ao invés de submeterem a qualquer normativa estatal ou mesmo de organizações não governamentais, seguem a despeito de qualquer regra ou regulação.

Por certo que o enfrentamento dessa questão, especialmente no que diz respeito à responsabilização das empresas transnacionais na esfera cível ou penal, não é fácil. O mundo inteiro está consolidado com suas bases em uma economia fundada e dependente – econômica e socialmente - dessas corporações transnacionais. E há uma convicção quase que generalizada, um inconsciente coletivo⁸ ou até mesmo um arquétipo⁹ social, de que a punição – especialmente quando puder ocasionar a extinção da empresa – causará mais danos à sociedade do que aqueles que ela possa ter ocasionado com a sua atividade empresarial.

Assim, punições dessa natureza poderiam evitar o progresso e o desenvolvimento da humanidade, já que poderia o crescimento dessas empresas.

O mundo está claramente maduro para uma governança planetária, para que volte a haver um mínimo de coerência entre os espaços da economia e os espaços da política. Os fragmentos de governança global que surgiram com a Organização das Nações Unidas (ONU), o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização Mundial do Comércio (OMC) e semelhantes, ou ainda as reuniões ad hoc como as de um G8, G20 ou BRICS, claramente apontam para uma necessidade de repensar a articulação dos espaços e a geração de um sistema diferente de governança (DOWBOR, 2018. Posição 48)

8 Carl Jung explica que “Uma camada mais ou menos superficial do inconsciente é indubitavelmente pessoal. Nós a denominamos inconsciente pessoal. Este, porém, repousa sobre uma camada mais profunda, que já não tem sua origem em experiências ou aquisições pessoais, sendo inata. Esta camada mais profunda é o que chamamos inconsciente coletivo. Eu optei pelo termo “coletivo” pelo fato de o inconsciente não ser de natureza individual, mas universal; isto é, contrariamente à psique pessoal ele possui conteúdos e modos de comportamento, os quais são cum grano salis os mesmos em toda parte e em todos os indivíduos. Em outras palavras, são idênticos em todos os seres humanos, constituindo, portanto, um substrato psíquico comum de natureza psíquica suprapessoal que existe em cada indivíduo.” (Jung, 2018. Posição 156)

9 “O arquétipo representa essencialmente um conteúdo inconsciente, o qual se modifica através de sua conscientização e percepção, assumindo matizes que variam de acordo com a consciência individual na qual se manifesta.” (Jung, 2018. Posição 192)

O exemplo de Mariana é contundente para demonstrar essa preocupação. Em 05 de novembro de 2015, o rompimento de uma barragem de rejeitos de mineração controlada pela empresa Samarco causou um desastre ambiental de consequências gigantescas e danos de recuperação duvidosa e que provavelmente se prolongarão ainda por anos. Trata-se do maior desastre ambiental da história brasileira ocorrido até aquele momento (OGLOBO, 2015). Contudo, não tardou para que as autoridades municipais de Mariana se preocupassem não só com os problemas ambientais e mas também com as consequências mortais para a economia da região caso a empresa Samarco paralisasse as atividades naquela região (DW, 2015), sem ao menos se preocupar que os prejuízos suportados pela cidade e região eram quatro vezes maior do que os royalties pagos pela empresa (UOL, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se por algumas décadas – ou até séculos – fomos testemunhas de um colonialismo exercido por países economicamente fortes, que exerciam influência econômica, cultural e política, hoje esse papel está sendo fortemente exercido pelas grandes corporações.

Já é raro estabelecer que modos de vestir, falar, andar, comer, praticar esportes, ou qualquer outra atividade cotidiana tenha influência de um centro europeu como se dizia no início do século passado, ou da icônica cultura norte-americana, como se viu no fim do mesmo século. Hoje essas regras são ditadas por grandes corporações.

Além disso, o poder político e cultural com imposição de uma cultura plana, massificadora, reproduz parâmetros que estão muito mais conectados com os interesses próprios dessas corporações do que com um país ou territórios específicos.

Por isso, não parece prudente desconhecer essa situação e delegar ou mesmo acreditar que essas empresas terão a seriedade necessária a preocuparse com temas relacionados a proteção ambiental, ainda que disso possa vir a ter redução dos lucros de seus sócios ou acionistas. Por esse motivo, uma governança corporativa de autorregulação sem que haja uma ordenação externa, com a consequente responsabilização, pode ser extremamente nefasta ao planeta.

Da intimidade desses grandes conglomerados quase nada se sabe de real, praticamente não se tem conhecimento de sua constituição, poderes, atuação que vá além do logo acompanhado de uma sigla. Desse modo a plena acomodação do novo elemento em uma sociedade mundial extremamente pulverizada e desigual passou a ser uma tarefa complexa, surgindo a reflexão quanto a necessidade de uma governança que permita a regulação e responsabilização das atividades desses atores, especialmente quando delas ocorrerem danos que por sua natureza sejam transnacionais.

A discussão pretendida ancora em três indagações fundamentais: a primeira se deve haver controle dessas organizações ou se não deve haver qualquer segunda deriva da primeira a partir

da ideia de que deva existir um controle, E nessa medida, buscando formas de estabelecer uma regulamentação que transpasse fronteiras físicas, a terceira também derivada das anteriores: quem seria o ator responsável por exercer essa tarefa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOSELTMANN, Klaus. O principio da Sustentabilidade: transformando direito e governança. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

CAPRA, Frittof. As Conexões Ocultas: ciência para uma vida sustentável. Editora: Cultrix. 2002. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005.

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Empresas, Direitos Humanos e Gêneros: Desafios e Perspectivas na Proteção e no Empoderamento da Mulher pelas Empresas Transnacionais. Editora Buqui, 2016. Kindle edition

CRUZ, Paulo Marcio e BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Marcio (org). Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 57.

DOWBOR, Ladislau. A era do capital improdutivo. Autonomia Literária, 2018. Kindle edition.

DW. “Sem a Samarco, Mariana vai parar”, diz prefeito. <https://www.dw.com/ptbr/sem-a-samarco-mariana-vai-parar-diz-prefeito/a-18865871> (acesso em 31.05.2019)

ELKINGTON, John. Sustentabilidade: canibais com garfo e faca. Trad. Laura Prades Veiga. São paulo.: M Books do Brasil Editora Ltda. 2012

JUNG, Carl G.. Os arquétipos e o inconsciente coletivo Vol. 9/1 (Obras completas de Carl Gustav Jung). Editora Vozes, 2018. Kindle edition. Posição 156

HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original : Staatslehre.

LAMY, Eduardo & LAMY, Anna Carolina Faraco. Breves Considerações sobre a importância e o papel dos programas de compliance concorrencial. In: Compliance: aspectos polêmicos e atuais. Letramento: Belo Horizonte., 2018. p.63.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. A Formação do Conceito de Soberania. São Paulo: Saraiva, 2016

O GLOBO. Acidente em Mariana é o maior da história com barragens de rejeitos. <https://oglobo.globo.com/brasil/acidente-em-mariana-o-maior-da-historiacom-barragens-de-rejeitos-18067899> (Acesso em 31/05/2019)

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 14 ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018

PIOVESAN, Flavia & GONZAGA, Victoriana. Empresas e Direitos Humanos: Desafios e Perspectivas a luz do direito internacional dos Direitos Humanos: In: PIOVESAN, Flavia. Temas de Direitos Humanos. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016

STAFFEN, Marcio Ricardo. A redução do Estado Constitucional Nacional e a ascensão do Direito Global! Há espaço para os Juizados Especiais Federais? In: Direito global: [recurso eletrônico] transnacionalidade e globalização jurídica.

Itajaí: UNIVALI, 2013 UOL NOTÍCIAS. Prejuízo em Mariana é quatro vezes a soma de royalties pagos pela Samarco. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimasnoticias/2015/11/15/prejuizo-com-desastre-e-o-quadruplo-do-que-mariana-mgrecebe-por-minerio.hm> (Acesso em 31/05/2019)

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito. São Paulo: Saraiva, 2015. Kindle edition



DISCURSOS

ATA N. 419 – SESSÃO DO TRIBUNAL PLENO

Aos dezenove dias do mês de agosto do ano de dois mil e vinte, reuniu-se em sessão, às 15 horas, por meio de videoconferência, o egrégio Tribunal Pleno, com a participação dos Excelentíssimos Desembargadores Ricardo José Roesler - Presidente, Pedro Manoel Abreu, Cláudio Barreto Dutra, Luiz César Medeiros, Sérgio Baasch Luz, Fernando Carioni, Torres Marques, Marcus Tulio Sartorato, Salete Sommariva, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Cid Goulart, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Sérgio Izidoro Heil, João Henrique Blasi, Jorge Borba, Rejane Andersen, Jânio de Souza Machado, Soraya Nunes Lins, Sônia Maria Schmitz, Henry Petry, Raulino Jacó Brüning, Roberto Lucas Pacheco, Jairo Fernandes Gonçalves, João Batista Góes Ulysséa, Ronei Danielli, Luiz Fernando Boller, Paulo Roberto Sartorato, Tulio Pinheiro, Carlos Alberto Civinski, Robson Luz Varella, Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Denise Volpato, Getúlio Corrêa, Sebastião Evangelista, Ernani Guetten de Almeida, Carlos Adilson Silva, Rogério Mariano do Nascimento, Altamiro de Oliveira, Saul Steil, Newton Varella Júnior, Rodolfo Tridapalli, Odson Cardoso Filho, Gilberto Gomes de Oliveira, José Everaldo Silva, Volnei Celso Tomazini, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Leopoldo Augusto Bruggemann, Júlio Knoll, Vera Copetti, Janice Ubialli, Cláudia Lambert, Rubens Schulz, Francisco Oliveira Neto, André Carvalho, Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, André Dacol, Jaime Machado Júnior, Hélio do Valle Pereira, Gerson Cherem II, Dinart Francisco Machado, Rosane Portella Wolff, Denise Francoski, Artur Jenichen Filho, Vilson Fontana, Luiz Cesar Schweitzer, Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel, Paulo Ricardo Bruschi, Helio David Vieira Figueira dos Santos, Júlio César Machado Ferreira de Melo, José Agenor de Aragão, Sidney Eloy Dalabrida, Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Haidée Denise Grin, Selso de Oliveira, Antônio Zoldan da Veiga, Carlos Roberto da Silva, Osmar Nunes Júnior, Luiz Felipe Siegert Schuch e José Maurício Lisboa.

Ausências justificadas dos Excelentíssimos Desembargadores Stanley Braga, em licença para tratamento da saúde; Monteiro Rocha e José Carlos Carstens Köhler, por motivos particulares.

Registrada a participação em plenário das seguintes autoridades, que compuseram a mesa de representatividade juntamente com o Excelentíssimo Desembargador Ricardo Roesler – Presidente: o Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça Fernando da Silva Comin, representante do Ministério Público de Santa Catarina; o Excelentíssimo Senhor Rafael de Assis Horn, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Santa Catarina; o Senhor Daniel Knabben Ortellado, Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina; e a Senhora Helga Regina Bresciani, Presidente do Conselho Regional de Enfermagem de Santa Catarina.

Registrada, ainda, a participação em plenário dos Excelentíssimos Desembargadores João Henrique Blasi, 1º Vice-Presidente, e Soraya Nunes Lins, Corregedora-Geral da Justiça, e dos Excelentíssimos Desembargadores Rodrigo Collaço e Henry Petry Junior.

Registrada a participação virtual da Excelentíssima Juíza de Direito Jussara Schittler dos Santos Wandscheer, Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses.

HOMENAGEM DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA AOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE.

O Excelentíssimo Desembargador Ricardo Roesler – Presidente fez o seguinte pronunciamento: “Logo na conclusão de suas graduações, os profissionais da saúde, hoje aqui representados pelas categorias de médicos e enfermeiros, nas pessoas dos ilustres presidentes dos órgãos de classe estaduais (Dr. Daniel Knabben Ortellado e Sra. Helga Regina Bresciani), submetem-se a um juramento que, dadas as suas particularidades, em uníssono impõe seja observada a humanidade e a fraternidade. Humanidade, claro, relacionada ao melhor do trato humano, à atenção para com aqueles que necessitam de auxílio para alcançar o equilíbrio em sua vida; atingir, pois, a eucrasia, de acordo com as ensinanças de Hipócrates, tido como um dos pais da ciência médica. Mas nunca, na história recente, esperava-se que a humanidade fosse adquirir conotação tão global, como acontece no curso da pandemia do novo coronavírus. Embora sempre estivessem à frente dos cuidados pessoais e na cura de diversas enfermidades, o cenário de incerteza causado por uma doença nova e de rápida propagação pôs à prova esses profissionais que honraram, e continuam honrando, o compromisso de bem atender à população. No momento em que a mitigação dos nefastos efeitos que este novo vírus exige de todos nós, não por opção, mas como um dever social, com a adoção de posturas rígidas, em que cada ato é relevante para permitir atendimentos a quem de fato necessite, os profissionais que ocupam a linha de frente nesta batalha merecem o reconhecimento que ora se presta. Na sua atuação, embora paramentados pelos equipamentos de proteção individual, suas vestes e máscaras (que herói não as usa?), possam se tornar anônimos para quem é atendido, não deixam de lado todas as suas demais atribuições, como pais e mães, filhos e filhas, companheiros, amigos, que permanecem em seus lares, preocupados, aguardando o retorno breve e sadio. Lembro que a cura muitas vezes não implica o mero esvaziamento de sintomas; abrange diversos outros fatores, que incluem até mesmo um afago. Digo isso porque não apenas aqueles que atendem em regime de plantão e de emergência, mas todos os demais agentes de saúde, por trás desse momento desesperador, merecem ser lembrados. O Poder Judiciário não poderia silenciar nesse momento, sendo mais do que justo homenagear as categorias de médicos e de enfermeiros, que tanto têm contribuído para, senão extirpar de nós esse mau, minimizar seus efeitos, nos confortar com a sua dedicação e atenção, sempre necessária. Fazem mais com menos e precisam ser mais, precisam de mais investimentos, precisam em síntese ser mais valorizados. Esse é o ponto. Por isso nossa singela homenagem, nosso reconhecimento e gratidão ao empenho, à competência, à dedicação e ao valoroso e incansável trabalho dos agentes de saúde, enfermeiros e médicos, que exercem a profissão com dignidade, devoção e comprometimento apesar das dificuldades sem precedentes na saúde pública. Nosso aplauso a esses valorosos e notáveis profissionais da saúde e nossos sentimentos de pesar as entidades de representação e aos familiares de todos aqueles que tombaram no cumprimento do dever”.

O Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi entregou a homenagem do Poder Judiciário catarinense ao Senhor Daniel Knabben Ortellado, Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina.

Na sequência, a Excelentíssima Desembargadora Soraya Nunes Lins entregou a homenagem do Poder Judiciário catarinense à Senhora Helga Regina Bresciani, Presidente do Conselho Regional de Enfermagem.

O Senhor Daniel Knabben Ortellado, Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, fez o seguinte pronunciamento: “Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo José Roesler, Presidente do Tribunal De Justiça De Santa Catarina; , Excelentíssimo Senhor Fernando da Silva Comin, Procurador-Geral da Justiça; Excelentíssimo Senhor Rafael de Assis Horn, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Santa Catarina; Excelentíssima Senhora Helga Regina Bresciani, Presidente do Conselho Regional de Enfermagem. Em seus nomes, cumprimento todas as senhoras e senhores presentes nesta solenidade. Muito boa tarde. É uma enorme honra representar os médicos que escolherem viver e trabalhar em Santa Catarina numa homenagem vinda de uma casa tão virtuosa, uma casa de tanto prestígio. A classe médica, e na verdade todos os profissionais da saúde, estão nos dando muito orgulho nesse enfrentamento da pandemia aqui em Santa Catarina. Estes profissionais da saúde – e aqui não incluo apenas os médicos, incluo enfermeiros, técnicos de enfermagem, auxiliares de enfermagem, fisioterapeutas, bioquímicos e farmacêuticos, todos os profissionais da saúde, eles não lutam apenas contra um vírus. Se fosse isso, seria uma batalha um pouco mais fácil. Na verdade, existem dificuldades adicionais a este enfrentamento do vírus, porque além de enfrentarem o vírus, os profissionais estão enfrentando uma doença totalmente desconhecida, que até seis meses, um ano atrás, ninguém nunca tinha ouvido falar sobre isso. Então ninguém conhece o comportamento da doença, ninguém sabe as consequências, ninguém sabe um tratamento eficaz. Além disso, estes profissionais também enfrentam a falta de condição de trabalho digna, que já é uma tradição, principalmente na saúde pública do Brasil e do Estado. Além disso, tem um problema adicional, que foi o uso político da pandemia, e isto trouxe uma dificuldade muito grande. E por fim, a dificuldade econômica que afetou a vida de todos, inclusive dos profissionais da saúde. Todos estes eventos criaram condições adicionais de dificuldade no enfrentamento desta pandemia. E por isso que é muito importante homenagem como estas. O profissional que escolhe trabalhar com a saúde, também por sua personalidade, gosta e prestigia um certo reconhecimento por parte dos pacientes. Então a questão não é só profissão. É uma vocação. A gente quer esse reconhecimento, a gente quer esse agradecimento por parte dos nossos pacientes. E por isso que homenagens como esta, principalmente vindo de casas de tanto prestígio, como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, são tão importantes. Então, em nome de todos os médicos de Santa Catarina, fica aqui nosso muito obrigado”.

Em seguida, a Senhora Helga Regina Bresciani, Presidente do Conselho Regional de Enfermagem em Santa Catarina, proferiu o seguinte discurso: “Boa tarde, senhoras e senhores. Cumprimento o Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, Ricardo José Roesler; o doutor Fernando da Silva Comin, do Minsitério Público; Doutor Rafael Horn, presidente da OAB; e o presidente do Conselho Regional de Medicina em Santa Catarina doutor Daniel Knabben Ortellado. Em nome deles, cumprimento os demais presentes, Desembargadores e convidados. Em nome dos 63 mil profissionais de enfermagem registrados em Santa Catarina, entre enfermeiros, técnicos, técnicas, auxiliares, quero agradecer a oportunidade de poder mostrar um pouco mais qual o trabalho que

desenvolvemos e quais são nossos desafios diários na profissão. O Conselho Regional de Enfermagem de Santa Catarina atua em defesa da sociedade para fiscalizar e realizar o registro e cadastro dos profissionais formados para atender as exigências do exercício profissional. Apesar de gostar de receber palmas, preciso reforçar que não somos heróis ou anjos. Somos profissionais habilitados e com conhecimento técnico e científico para exercer o cuidado. Mas posso revelar que somos pessoas, que escolhemos amar a vida. E disto nunca nos corrigiremos. Esta profissão de enfermagem, nossa de cada dia, é a que cuida do cuidado humano. A que nos faz a todos profissionais coautores das obras que nossa geração irá deixar aos que virão depois. De um dia para o outro, o mundo mudou. E o foco passou a ser o combate a um vírus desconhecido, e uma doença que ainda desafia cientistas e pesquisadores diante da letalidade. A enfermagem está na linha de frente, e isto nos permitiu novas leituras a respeito do nosso próprio trabalho. E faz com que a sociedade possa fazer uma justa apreciação a respeito do que fazemos, como pensamos, como olhamos o mundo, do cuidado, e da vida. A humanidade resignificou conceitos e paradigmas. A enfermagem mostra seu valor. E as equipes de saúde atuam juntas para o bem comum. Somos gente cuidando de gente. E neste caminho que muda a cada semana temos muitos desafios. Alguns que já nos acompanham ao longo dos anos, como o dimensionamento das equipes para garantir a segurança do paciente e atendimento de qualidade, evitando sobrecarga e falhas nos processos. Ainda temos déficit de profissionais e isto revela-se com força diante de uma pandemia. A proteção individual ainda precisa se requisitada, mesmo que tenhamos recomendações e notas técnicas para respaldar o uso de equipamentos em todas as áreas da assistência. E em outra ponta, temos a necessidade de capacitação permanente e de autonomia tão importante dentro das equipes. A enfermagem é uma das 14 profissões da saúde e o trabalho realizado precisa ser reconhecido pelo seu significativo impacto no resultado assistencial em saúde. Representa 50% do conjunto das profissões de saúde e já supera o marco de 2 milhões de trabalhadores no Brasil. A qualidade da assistência depende diretamente da qualidade das ações desenvolvidas pela enfermagem. O cuidado em saúde é uma dimensão da integralidade em saúde, que deve permear as práticas de saúde. Não podendo se restringir apenas às competências e tarefas técnicas, pois o acolhimento, os vínculos de intersubjetividade e a escuta dos sujeitos compõem os elementos inerentes a sua constituição. Todas estas características tornam-se ainda mais visíveis durante este momento inédito em que vivemos. Neste cenário de enfrentamento de uma crise, que alguns momentos podemos comparar com um campo de guerra, uma guerra contra um vírus e contra os desencontros dos gestores. O olhar, as atividades, os objetivos da enfermagem, são o de cuidar com o sentido de proteger a vida, o potencial vital, o bem-estar dos seres humanos na sua individualidade, complexidade e integralidade. Contamos com o apoio de todos para valorizar cada vez mais a enfermagem, e lembrar que nossa vida é cuidar da vida dos outros, com segurança e qualidade. Portanto, demanda regulamentações, como a existência de piso salarial e jornada digna de trabalho. Mais uma vez, agradeço este momento. E parablenho todos os profissionais da saúde e das demais áreas que estão juntos ao combate à covid-19. Muito obrigada”.

DESCERRAMENTO DO RETRATO DO EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR HENRY PETRY JÚNIOR PARA A GALERIA DE CORREGEDORES-GERAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

A Excelentíssima Desembargadora Soraya Nunes Lins, Corregedora-Geral de Justiça, fez o seguinte pronunciamento: “Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo José Roesler, Digníssimo Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado Santa Catarina. Em seu nome saúdo os demais integrantes da mesa. Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras, Excelentíssimos Senhores Desembargadores, Senhoras e Senhores. Excelentíssimo Senhor Desembargador Henry Goy Petry. Lidar com o tempo e a memória significa recolher lembranças. Como quer que se apresentem, elas costumam surgir em razão do calendário de vida de quem detém o acervo de recordações. A memória tem o limite do tempo ao qual se subordina, sendo o registro da nossa história de vida. Conheci o Desembargador Henry Goy Petry Junior no mês de setembro de 1990, no Congresso Brasileiro de magistrados, realizado na comarca de Balneário Camboriú, sendo Sua Excelência titular da comarca de Colombo e eu da comarca de Capinzal. E foi afinidade imediata. Discreto, semblante sereno, voz firme e segura, pela conversa entabulada naquela ocasião já evidenciava o magistrado competente e comprometido que era, o qual, com experiência e maturidade adquiridas ao longo dos anos, teve tais predicados cada vez mais acentuados. Desde então, tornamos a nos reencontrar em 1993 na comarca de Lages, onde ambos julgamos e posteriormente em 1997 na comarca da Capital onde igualmente trabalhamos. Essa identidade prosseguiu na amizade e na trajetória profissional. Fomos os dois Juízes Corregedores, em períodos distintos. E em 7 de dezembro de 2010, ascendemos juntos a esta egrégia corte de justiça. Exerceu o cargo de Corregedor-Geral de Justiça no biênio 2018-2020 e eu, com muita honra, o estou sucedendo. Foi um longo caminhar, pontilhado de vivências, atitudes desafios e alegrias, de envergadura ética e moral admiráveis, dignificando sempre a causa da justiça. Este momento, de descerramento de retrato de Sua Excelência é coincidente com seu pedido de aposentadoria voluntária ocorrido na manhã de hoje. Jovem ainda, irá galgar outros horizontes, com novos projetos e novos sonhos, aos quais adicionará sua reconhecida inteligência e indiscutível talento. Desejo ao Eminentíssimo Desembargador Henry Goy Petry Junior e aos seus queridos familiares votos de muitas felicidades”.

Após o descerramento do retrato, o Excelentíssimo Desembargador Henry Goy Petry Junior fez o seguinte pronunciamento: “Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo José Roesler, Digníssimo Presidente desta corte e que a comanda em momento raro e com brilho igualmente raro. Digníssimo doutor Fernando da Silva Comin, eminente Procurador-Geral de Justiça. Queridíssimo amigo. Eminentíssimo Doutor Rafael Horn, Ilustríssimo Presidente da OAB de Santa Catarina. Companheiros ambos de jornada elevada, ética e voltada sempre para o bem comum. Eminentíssimo Doutor Daniel Ortellado. Doutora Helga Bresciani. Excelentíssimas Senhoras e Senhores Desembargadores, presentes ou por vídeo. Senhoras juízas e juizes de direito, presentes ou que nos acompanham. Ilustríssimos membros do Minsitério Público. Senhores Advogados. Servidores.

Demais nominados pelo Eminentíssimo Presidente e todos que nos acompanham. Em 12 de agosto de 1988, este Tribunal de Justiça, no seu formato anterior e mais acanhado, acolhia um esforçado juiz substituto. Na verdade, um certo intruso na qualificada turma de novos magistrados daquele distante agosto de 1988. De lá e sempre, busquei sobretudo ser imparcial e justo, sem realizar qualquer tipo de distinção ou diferença de qualquer honra. Isso o tempo todo. Não me importa, nunca importou, personagem. Importa e sempre importou o fato. Nada sobreleva o fato, a legalidade, o bem aplicar o direito. Nas comarcas por onde passei, no TRE, na associação dos magistrados, notadamente na Escola Superior da Magistratura, nas Câmaras em que trabalhei e nos cargos administrativos que ocupei, procurei sempre officiar com isenção e retidão, procurando honrar o Tribunal e o Estado que me acolheram. Assim me propus e assim espero ter caminhado. Assim continuarei, embora em noutro assento. Quis o destino que hoje, na parte da manhã, o egrégio Órgão Especial deferisse meu pedido de aposentadoria. Por acórdão do meu querido amigo e presidente do meu órgão julgador, Francisco Oliveira Neto, filho do Desembargador aposentado Francisco Oliveira Filho, de quem fui juiz auxiliar na Corregedoria-Geral da Justiça. Obrigado amigo Chico, pela generosidade com a minha história. Quis o destino que hoje, justo hoje, passados exatos 32 anos e 7 dias da minha posse, houvesse o descerramento do meu retrato na galeria dos Ex-Corregedores-Gerais da Justiça, ao lado de colegas brilhantes e que só exaltaram a toga. Aqui aparece mais uma vez o intruso de agosto de 1988. A companhia e a homenagem me deixam extremamente envaidecido. Mas não é hora senão de agradecer. E o faço com a indicação de alguns nomes, não só por distinção pessoal, mas também pela representatividade que carregam, nas pessoas dos servidores Cicero Metz e Adriana Buchmann, meu gabinete, o meu agradecimento emocionado a todos os servidores do tribunal de justiça, do primeiro e do segundo grau. A dedicação e a lealdade de vocês dignificam o serviço público. Personagens importantes no sistema de justiça, agradeço os membros do ministério público e da advocacia, aqui nos nomes que, reitero, dos admiráveis profissionais Doutor Fernando Comin e Rafael Horn, pela convivência ética, fraterna e de qualidade. Igual importância vossas excelências tiveram na minha caminhada pessoal, mormente profissional. Ao lado do meu reconhecimento e dos meus aplausos a todos os colegas de primeiro grau, e aqui vejo muitos deles, que me honram sobremaneira com a presença. Mas eu endereço a minha gratidão pessoal e especial àqueles juízes que estiveram comigo na Corregedoria-Geral de justiça, Ricardo Rafael dos Santos, Rodrigo Tavares Martins, Sonia Odwazny, Orlando Zanon Júnior. Objetivos, práticos, talentosos e vocacionados, vocês personificam o melhor da magistratura. O que dizer depois das palavras da queridíssima colega e amiga de ontem, de hoje e de sempre, Soraya Nunes Lins. Generosidade sem igual. Sensibilidade difícil de encontrar. Que me agracia hoje não só com estas palavras que tocam fundo a alma, mas também, e sobre há pouco, sobre o retrato que acabamos de descerrar. Eu quero agradecer também aqueles colegas com os quais tive oportunidade de conviver por mais tempo, na Quinta Câmara de Direito Civil: Luiz Cezar Medeiros, Jairo Fernandes Gonçalves, Claudia Lambert Faria, Sônia Schmitz, Sérgio Heil. E mais brevemente na Segunda Câmara de Direito Público, que me acolheram como se filho de lá fosse: Sérgio Roberto Baasch Luz, Cid Goulart e Francisco Oliveira Neto. A minha sincera e eterna gratidão. Às Desembargadoras e Desembargadores do meu Tribunal, por toda paciência, por todo o aprendizado, por toda a sabedoria. Vocês me fizeram uma pessoa melhor e um juiz com menos dificuldades. Obrigado pela confiança, simbolizada agora

pelo retrato descerrado. Mas um agradecimento especial preciso fazer aos colegas que estiveram comigo na administração: Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, presidente que deixa marcada em mármore a sua trajetória à frente do Poder Judiciário; queridíssimo amigo e recém aposentado, 1º Vice-presidente Moacyr de Moraes Lima Filho; Eminente Desembargador Carlos Adilson Silva, então 2º Vice-Presidente; Altamiro de Oliveira, 3º Vice-Presidente e o querido amigo e colega de turma Roberto Lucas Pacheco, então Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial. Conheci as pessoas e conheci os juízes. Não há reparo a fazer. Cada um, do seu jeito e a seu modo, escreveu nos anais desta casa história reta e digna, digna de todos os aplausos. Sempre serei grato. Por fim, à minha família, minha mãe, meus irmãos, meus filhos, neto, Maria Laura e Gabriela, e a minha companheira Pati. Digo simplesmente que sem vocês nada me seria possível, nesta ou em qualquer vida. Amo vocês. Muito obrigado a todos.”

DESCERRAMENTO DO RETRATO DO EXCELENTÍSSIMO DESEMBARGADOR RODRIGO COLLAÇO PARA A GALERIA DE PRESIDENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

Ao dar início ao descerramento do retrato do Excelentíssimo Desembargador Rodrigo Collaço, o Excelentíssimo Desembargador Ricardo Roesler manifestou-se nos seguintes termos: “A gestão que me antecedeu inaugurou um novo paradigma. Afinado com as demandas contemporâneas, antigas práticas foram substituídas por medidas mais versáteis. A gestão modernizou-se de forma a tornar mais efetiva a rotina administrativa e sobretudo a prestação jurisdicional. Finalmente, tudo indica que nosso tribunal está caminhando para uma expansão muito grande no âmbito virtual. A percepção deste espírito, audaz, tenha animado o Ministro Edson Fachin, em recente passagem por esta corte, a invocar Goethe ao referir-se ao Desembargador Rodrigo Collaço, para definir-lhe como um homem de raízes e asas. As raízes, por situar o seu lugar no espaço e no mundo em que vive e convive, na adversidade, no respeito e sobretudo no diálogo. As asas, por medirem e ampliarem os horizontes. Por pensar na gestão para algo além de si. Não creio que expressão mais feliz pudesse sintetizar o biênio que encerrou. Mas não se pode esquecer que a administração se faz a muitas mãos. E foi o que demonstrou este tribunal de justiça quando elegeu Vossa Excelência. Abdicando de suas predileções e idiossincrasias, todos se uniram naquele momento em prol da instituição cujo retrato mais autêntico foi o esforço comum em face das dificuldades enfrentadas ao longo do biênio, quer para promoção de interesses institucionais, quer para afirmação das prerrogativas assentadas constitucionalmente. Faço um breve resumo das realizações da administração do Desembargador Rodrigo: cito a implantação do Eproc, projeto de implantação da nova solução para trâmite de processos judiciais; implantação da ferramenta de Business Intelligence; disponibilização de painéis aos gabinetes de magistrados de segundo e primeiro grau; implantação do Sistema SEI de tramitação dos processos administrativos; aquisição da ferramenta ERP; implantação do sistema AJG, sistema judicial gratuito; aprovação dos atos normativos: regimento interno; regimento de custas; regimento de emolumentos; regimento interno da Corregedoria-Geral; priorização do primeiro grau e inovação na forma de distribuição de servidores; ampliação e equalização da assessoria de magistrados de primeiro grau; uniformização dos gabinetes de segundo grau; reestruturação do gabinete da Presidência; criação do conselho de políticas jurisdicionais e administrativas; criação do conselho consultivo de ex-presidentes; criação do Núcleo de Inteligência e Segurança Institucional – NIS, case de sucesso nacional; distribuição das verbas pecuniárias; reestruturação do núcleo de comunicação institucional; criação do cargo de Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial; criação da unidade regional de execuções fiscais municipais e estaduais; reestruturação das turmas recursais; criação de novas unidades judiciais, etc. Encerro minhas palavras insistindo sempre na virtude do diálogo, na virtude do conhecer-se e aperfeiçoar-se, sempre. Um judiciário forte é sinônimo de uma sociedade justa, solidária e democrática, e foi isso que Vossa Excelência sempre acreditou. E eu creio que é isso que todos desejam, continuam a desejar, e precisam e merecem. Agrademos muito ao Desembargador Rodrigo Collaço a oportunidade de Vossa Excelência ter servido a esta causa. Muito obrigado”.

O Excelentíssimo Desembargador Ricardo Roesler acompanhou o Excelentíssimo Desembargador Rodrigo Collaço no descerramento do seu retrato de Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, biênio 2018-2020.

Em seguida, o Excelentíssimo Senhor Fernando da Silva Comin, Procurador-Geral de Justiça, manifestou-se nos seguintes termos: “Excelentíssimo Senhor Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cumprimento Vossa Excelência. Cumprimento também a Excelentíssima Desembargadora Soraya Nunes Lins, Corregedora-Geral de Justiça, e em vossos nomes cumprimento todo o corpo diretivo deste Egrégio Tribunal. Gostaria de cumprimentar igualmente o Doutor Rafael Horn, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Santa Catarina, e os homenageados, a presidente do Conselho Regional de Enfermagem e o presidente do Conselho Regional de Medicina, bem como a todas as senhoras Desembargadoras e juízas do poder judiciário catarinense, todos os senhores Desembargadores e juízes, todos os advogados e membros do Ministério Público que acompanham a presente solenidade. Hoje é um dia muito especial para todos nós, não só para o judiciário catarinense, mas para a sociedade catarinense. Encerra-se uma etapa da brilhante carreira de dois dos mais espetaculares magistrados que já enfileiraram as hostes do Poder Judiciário Catarinense. Desembargador Henry Petry Junior, magistrado dos mais humanos que eu conheci, pessoa nobre, sensível, que construiu uma linda trajetória e angariou respeito de todos os magistrados e servidores do poder judiciário, pelas suas características da sensibilidade, pela humanidade das suas palavras, e pelo exemplo vivo de que a outra face da solidariedade é a empatia. Desembargador Rodrigo Collaço, encaminha-se ao encerramento de uma trajetória digna dos verdadeiros líderes, os grandes líderes das nossas instituições e dos nossos poderes que honram a República, os valores da nossa república. A trajetória do Desembargador Rodrigo Collaço foi acompanhada por todos no seu brilhantismo, na sua condução serena, na sua forma de liderar sempre agregadora e de envolvimento de todos na obra comum do Poder Judiciário. Vossas Excelências, sem dúvida alguma, representam o que há de melhor no judiciário brasileiro. O Ministério Público deve e rende toda sua homenagem e agradecimento à postura sempre conciliadora, sempre firme e serena de cada um dos senhores, que se encaminham para outra etapa importante de suas vidas pessoais e profissionais. Finalizo estas breves palavras, primeiro agradecendo a oportunidade de ser eu a estar aqui a exortá-las a Vossas Excelências. Segundo, porque acredito que estas palavras em muito se aplicam a este momento lindo do poder judiciário, que é de despedida, mas também é de permanência. ‘Sou feita de retalhos’, é o nome da poesia, de Cris Pizzimenti, que assim diz: ‘Sou feita de retalhos. Pedacinhos coloridos de cada vida que passa pela minha e que vou costurando na alma. Nem sempre bonitos, nem sempre felizes. Mas me acrescentem e me fazem ser quem eu sou. Em cada encontro, em cada contato, vou ficando maior. Em cada retalho, uma vida, uma lição, um carinho, uma saudade, que me tornam mais pessoa, mais humana, mais completa. E penso que assim mesmo que a vida se faz. De pedaços de outras gentes que vai se tornando parte da gente também. E a melhor parte é que nunca estaremos prontos, finalizados. Haverá sempre um retalho novo para adicionar à alma. Portanto, obrigado a cada um de vocês que fazem parte da minha vida e que me permitem engrandecer a minha história com os retalhos deixados em mim. Que eu também possa deixar pedacinhos de mim pelos caminhos e que eles possam fazer parte de suas histórias. E que assim, de retalho em retalho, possamos nos tornar um dia um imenso bordado de nós”. Vossa

Excelências, as palavras, as posturas, as ações de Vossas Excelências vão ficar eternamente gravadas na colcha de retalhos, de sentimentos, emoções e de vida, não só do Poder Judiciário Catarinense, mas de toda a nossa sociedade, que é digna da trajetória de Vossas Excelências. Parabéns. Deus lhes ilumine, lhes conceda sempre muita felicidade, como trouxe até aqui”.

Na sequência, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Santa Catarina, Rafael de Assis Horn, proferiu o seguinte discurso: “Eminente Presidente, Desembargador Ricardo Roesler, Eminente Desembargadora Soraya, Eminente Desembargador João Henrique Blasi. Eminente Desembargador Ronei Danielli. Na pessoa de Vossas Excelências saúdo toda a magistratura que hoje está aqui presente e assistindo virtualmente. Eminente Procurador-Geral de Justiça Fernando Comin, peço permissão para usar a sua fala como se minha fosse, pois Vossa Excelência foi muito feliz e o sentimento do Ministério Público é o mesmo sentimento da advocacia catarinense em relação à pessoa dos hoje homenageados Desembargadores Rodrigo Collaço e Henry Petry. Também cumprimentar o Tribunal de Justiça, porque gratidão é memória do coração. E em uma solenidade em que se agradece, primeiramente os presidentes dos conselhos, Helga e Daniel, que representam aqui todos os profissionais da saúde de Santa Catarina que tem dedicado seu tempo e sua própria vida para preservar a saúde e a vida da sociedade catarinense. Nossos cumprimentos, em nome da OAB Santa Catarina. Como também não poderia deixar de homenagear os Desembargadores Henry Petry e Rodrigo Collaço pela brilhante gestão. Como disse o Desembargador Petry, foram jornadas que muito mais do que a ética de grande parceria, e o Desembargador Ricardo Roesler citou vários dos feitos da gestão anterior, e faço remissão a duas, que ao nosso sentir foram de grande relevância, como a implantação do sistema AJG que está até hoje a funcionar inovador, utilizando-se da tecnologia e garantindo a remuneração em dia da advocacia dativa catarinense – como também o episódio do EPROC, em que estivemos juntos no CNJ defendendo a mesma bandeira. Em uma reunião que foi ao nosso sentir bem-sucedida, em que desta reunião hoje nós temos uma implantação, se não total, praticamente feita de um sistema que é o melhor avaliado pela advocacia, pelo Ministério Público e pela magistratura de Santa Catarina. Mesmo quando estivemos no lado oposto, a lealdade a compreensão e a empatia de compreender e se colocar no lugar do outro, fez com que permanecêssemos no mesmo sentimento, de privilegiar e prestigiar a justiça em Santa Catarina, porque este é o interesse da advocacia e da magistratura. E dizer que são momentos como esse que servem para rememorar e enaltecer, porque Vossas Excelências construíram pontes, que hoje se mostram importantíssimas, quando Vossas Excelências, sucedidos pelos brilhantes magistrados Desembargador Roesler, Desembargador Blasi e Desembargadora Soraya, estas pontes construídas no passado nos trazem, mesmo em momentos difíceis pelos quais passamos, que é o enfrentamento de uma pandemia inédita, nos trazem a maturidade, nos trazem a capacidade de, através do diálogo, encontrar saídas para tantos desafios que se acumularam em tão curto espaço de tempo. A nossa homenagem a Vossas Excelências que realmente são ícones da magistratura catarinense e podem ter certeza também da advocacia catarinense que tem por Vossas Excelências o maior respeito. Muito sucesso nas suas trajetórias. Parabéns pela merecida homenagem a estas grandes personalidades do meio jurídico catarinense”.

O Excelentíssimo Desembargador Rodrigo Collaço manifestou-se nos seguintes termos:

“Excelentíssimos Desembargadores, Ricardo Roesler, João Henrique Blasi, Soraya Nunes Lins, membros da alta direção aqui presentes. Quero inicialmente agradecer a homenagem. Também quero me solidarizar com Vossas Excelências por surpreendentemente terem a responsabilidade de administrar o tribunal em momento tão difícil, em momento que, a rigor, estejamos com nossa humanidade mitigada, por que se nós formos pensar nas razões para triunfamos como espécie, a convivência, o contato pessoal, a empatia do olhar, certamente guardam um lugar importantíssimo na história do sucesso do homem na terra. E Vossas Excelências tem que administrar o tribunal privados disto, deste contato pessoal, da conversa e da troca de ideia frequente, que acaba dando corpo e cor à instituição. Quero dizer a Vossas Excelências e a todos os demais dirigentes que Vossas Excelências tem demonstrado sensibilidade ímpar, em captar ainda assim, mesmo privados desses meios, o coração da instituição. Tanto assim, que hoje promovem uma oportuníssima homenagem ao representante dos médicos e à representante dos enfermeiros, e mais do que todos prestam serviço fundamental em condições muito adversas, muito difíceis, mas que tem revelado a nós todos que a medicina e a enfermagem em Santa Catarina são praticadas com muito sucesso, e isso pode ser atestado pelos nossos números na pandemia, pelo número de recuperados, razão pela qual quero deixar meu cumprimento e agradecimento, como cidadão catarinense, pelo brilhante trabalho que todos desempenharam. Eu também quero aqui dizer que a inauguração do retrato não é o retrato de uma pessoa, é a fixação de uma gestão, de uma presidência, e bem por isso eu preciso ser justo e compartilhar todos os acertos eventuais que tomamos, dizer que os equívocos são seguramente obra minha, mas naquilo que os colegas consideram que avançamos eu quero partilhar com muita sinceridade com todos aqueles que compuseram nosso quadro diretivo: Desembargador Moacyr, o mais jovem de espírito entre todos nós; Desembargador Petry, na Corregedoria, com a gestão que considero brilhante; Desembargador Carlos Adilson Silva, magistrado equilibradíssimo, inteligente; Desembargador Altamiro, batendo recordes de julgamento na terceira vice-presidência; Desembargador Roberto Lucas Pacheco, Corregedor do Extrajudicial, fantástico; Desembargador Medeiros à frente da escola da magistratura. Tivemos colaboração de diversos Desembargadores em diversas coordenadorias. Todo apoio foi prestado. A união foi emprestada à gestão. Não posso deixar de agradecer aos juízes da presidência que estão aqui inclusive: Laudenir, Carolina, Rafael Condé, Rafael Maes, Cláudio Fontes; Carlos, chefe da presidência, Miriam, Fernanda. É o retrato de uma presidência, que não envolve uma pessoa só, envolve todos. Eu quero dizer, que somadas essas pessoas que fizeram parte diretamente da presidência, eu também preciso aqui agradecer e reiterar a crença que tenho na qualidade do servidor e dos juízes catarinenses. A magistratura de Santa Catarina é de altíssima qualidade, dedicação na dificuldade, superação de desafios, magistratura que nos honra, orgulha a todos e nos ajudou na gestão. Assim como os servidores. O servidor da justiça catarinense é comprometido, qualificado. Nosso estágio de desenvolvimento de tecnologia, tudo isso é uma construção antiga, que vem sendo somada por todos, por todo o Estado. Todos com o mesmo propósito e mesmo empenho. Quero agradecer muito, todo o apoio, os diretores, reuniões quinzenais, dedicação de todos, não havia hora. Eu aprendi muito. Foi uma experiência que solidificou muito em mim a crença que tenho na qualidade da justiça catarinense. Quero dizer a honra de estar aqui no dia em que o colega e amigo Desembargador Petry tira a toga dos ombros, a toga sem nenhuma mancha, toga limpa, exercida a magistratura em plenitude. Homem que viveu

da magistratura para a magistratura. É um momento glorioso, fico muito honrado de presenciar este momento. Quero dizer também que me sinto cada vez mais baírrista. Gosto de Santa Catarina. Acho superior aos demais estados. E isto se deve e se solidificou na minha visão a partir do contato que tive com várias instituições. Quero agradecer à Assembleia, por que todos os assuntos que remetemos àquela casa forma discutidos, debatidos e aprovados, mas dentro da melhor tradição política que se possa imaginar, dentro de um debate da busca pelo melhor do ponto de vista institucional para o Poder Judiciário Catarinense. Quero prestar homenagem a cada um dos 40 deputados que colaboraram muito com a gestão. Dizer da qualidade do Ministério Público de Santa Catarina, que dentro da sua vitalidade a capacidade de eleger um jovem, como o Procurador Fernando Comin, jovem de idade, vontade de realizar, destemor, isto é fundamental e dá vida à instituição. Uma pessoa da mais absoluta confiança. Foi uma relação aberta, franca, leal. Agradeço muito ao Doutor Comin o apoio que permitiu indiscutivelmente alguns avanços, porque seguimos irmanados, lado a lado, e sou muito grato por isso. À OAB, tivemos parceria em várias áreas, sou grato à defesa incondicional do sistema Eproc. Simplesmente por considerar que o sistema é o melhor, no momento o mais adequado. A participação da OAB foi fundamental. A possibilidade de conversar sobre qualquer tema, francamente. Sempre com absoluta lealdade. Quero deixar registrado meu agradecimento ao Paulo Brincas, mas especialmente no contato extremamente proveitoso. Agradeço a cada um dos advogados de Santa Catarina. O presidente do TCE, Adircélio, técnico fantástico, Conselheiro que vem imprimindo um caráter preventivo ao tribunal de contas, com sugestões, correções, excelente trabalho. Foi muito colaborativa a relação com Sua Excelência. Bruno Breithaupt, quando a gente procura entender o sucesso de Santa Catarina, os empresários de Santa Catarina explicam o sucesso. A relação do Tribunal com a FIESC, a relação com a FECOMERCIO. Confiam na justiça do seu Estado. Firmam parcerias com a justiça do nosso estado. Isto tudo, quando se soma, signifique e explique o sucesso de Santa Catarina – estado de território reduzido, mas importância notável no cenário nacional. Quero dizer que realizamos muitas inovações. Cabe à gestão dar espaço aos talentos: foram eles que construíram as vitórias da gestão. Quero registrar meu agradecimento a cada um dos Desembargadores. Lamento que, neste momento, não possamos dar um abraço em colgas que estão vencendo situações de doenças difíceis, e que talvez com nosso abraço, tivessem ainda mais energia para enfrentar e superar esta luta. Quero, pelo meio virtual, deixar um beijo e abraço a todos os Desembargadores, juízes, juízas, servidores. Meu absoluto reconhecimento e gratidão, principalmente minha fé no futuro. Na próxima segunda-feira protocolo meu pedido de aposentadoria, satisfeito, realizado. Considero encerrada minha contribuição ao poder judiciário e vou levar daqui tudo de bom e de melhor que é possível alguém levar de uma relação institucional. Agradeço a todos e, onde estiver, vou estar defendendo o poder judiciário de Santa Catarina e lutando para que mantenha o nível de excelência que mantém até hoje. Obrigado pela homenagem. Sou muito grato. Parabéns a todos que conosco completam e formam o Poder Judiciário de Santa Catarina”.

O Excelentíssimo Desembargador Ricardo Roesler suspendeu a sessão por 5 minutos para os cumprimentos aos homenageados.

Ausentou-se da sessão o Excelentíssimo Desembargador Vilson Fontana.

ELEIÇÃO PARA O CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO, CATEGORIA JURISTA, DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA, QUE VAGOU EM RAZÃO DA RENÚNCIA DA ADVOGADA KARULA GENOVEVA BATISTA TRENTIN LARA CORRÊA, NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO N. 0028138-40.2020.8.24.0710.

Em votação secreta, foram escolhidos os nomes dos Advogados César Augusto Wolff, Rodrigo Pessi Martins e Ana Cristina da Rosa Grasso, para comporem lista tríplice a fim de preencher um cargo de Juiz Substituto, categoria Jurista, do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, que vagou em razão da renúncia da advogada Karula Genoveva Batista Trentin Lara Corrêa.

Em escrutínio secreto, com a participação de 84 (oitenta e quatro) Desembargadores, foram computados aos Advogados César Augusto Wolff 69 (sessenta e nove) votos; Rodrigo Pessi Martins 58 (cinquenta e oito) votos; Ana Cristina da Rosa Grasso 55 (cinquenta e cinco) votos; Dalvani Luzia Propodoski Rocha Vieira Jank 29 (vinte e nove) votos; André Henrique Lemos 25 (vinte e cinco) votos e Nelci Terezinha Kuhnen Mattei 12 (doze) votos. Foram computados ainda 3 (três) votos brancos e 1 (um) voto nulo. Entraram em lista tríplice os Advogados César Augusto Wolff, Rodrigo Pessi Martins e Ana Cristina da Rosa Grasso, que obtiveram a maioria absoluta dos votos dos presentes.

APROVAÇÃO DA ATA N. 418, DE 1 DE JULHO DE 2020.

Posta em discussão e não impugnada, foi aprovada a Ata n. 418, da Sessão do Tribunal Pleno de 1 de julho de 2020.

Nada mais havendo a tratar, o Excelentíssimo Desembargador Presidente encerrou a sessão às 17 horas e 5 minutos.

Para constar, lavro a presente ata, que subscrevo e vai assinada pelo Diretor-Geral Judiciário e pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Beatriz Bessa dos Santos, Secretária do Tribunal Pleno.

Maurício Walendowsky Sprícigo
Diretor-Geral Judiciário

Ricardo Roesler
PRESIDENTE



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 Mondai

Rua Waldemar Ernesto Glufke, 71 – Centro

CEP: 89893-000 – Mondai

Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 – Centro

CEP: 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

5007684-47.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	282
5.114, Santa Catarina.....	100
2.341, Santa Catarina.....	80
4035878-45.2018.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	287

AÇÕES RESCISÓRIAS

5000894-47.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	296
0117521-98.2015.8.24.0000, Lages.....	327
4013793-36.2015.8.24.0000, São Carlos.....	526
4016495-47.2019.8.24.0000, Urussanga.....	717

AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL

0000616-03.2020.8.24.0075, Tribunal de Justiça.....	1044
000078-84.2020.8.24.0022, Lages.....	939
0000455-55.2020.8.24.0022, Curitiba.....	1035
0000628-46.2020.8.24.0033, Itajaí.....	1064
0000898-18.2020.8.24.0018, Chapecó.....	1059

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

5015480-89.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	469
4017786-35.2018.8.24.0900, Criciúma.....	550
5026365-65.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	545
4001772-86.2020.8.24.0000, Fraiburgo.....	574
4012642-35.2016.8.24.0000, Blumenau.....	776
4004491-41.2020.8.24.0000, Capital.....	605
5016578-12.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	592
4005512-52.2020.8.24.0000, Rio do Oeste.....	652
4000665-07.2020.8.24.0000, Capital.....	684

4002753-18.2020.8.24.0000, Tubarão.....	688
4003716-26.2020.8.24.0000, São José.....	755
4004951-28.2020.8.24.0000, Balneário Camboriu.....	458
5002150-25.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	614

AGRAVOS INTERNOS

0300160-28.2019.8.24.0038/50001, Joinville.....	780
0905789-02.2017.8.24.0038/50002, Joinville.....	215

APELAÇÕES CÍVEIS

0302309-74.2015.8.24.0090, Capital.....	491
0302073-56.2018.8.24.0175, Meleiro.....	581
400951-28.2020.8.24.0000, Balneário Camboriú.....	458
0337127-93.2014.8.24.0023, Capital.....	481
0300662-48.2016.8.24.0045, Palhoça.....	445
0004662-82.2010.8.24.0011, Brusque.....	509
0022877-35.2013.8.24.0033, Itajaí.....	627
0300271-29.2018.8.24.0076, Turvo.....	609
0300265-09.2017.8.24.0124, Itá.....	374
0807798-44.2013.8.24.0045, Palhoça.....	369
0809701-04.2014.8.24.0038, Joinville.....	362
0006453-10.2013.8.24.0067, São Miguel do Oeste.....	401
0302854-49.2018.8.24.0023, Capital.....	394
0003797-33.2011.8.24.0073, Timbó.....	486
0303489-05.2017.8.24.0075, Tubarão.....	388
0301265-26.2017.8.24.0033, Itajaí.....	417
0302254-89.2017.8.24.0014, Capinzal.....	413
0301272-37.2016.8.24.0038, Joinville.....	431
0303895-14.2017.8.24.007, Videira.....	425

0000452-47.2013.8.24.0022, Curitiba	464
0008068-55.2013.8.24.0125, Itapema	500
0308252-27.2015.8.24.0008, Blumenau	409
5033849-34.2020.8.24.0000, Joinville	454
0300181-80.2016.8.24.0079, Videira	562
0301641-03.2019.8.24.0175, Meleiro	585
0301525-91.2017.8.24.0037, Joaçaba	638
0301121-36.2018.8.24.0027, Tribunal de Justiça	662
0302039-87.2018.8.24.0076, Tribunal de Justiça	773
0803942-58.2013.8.24.0082, Capital	762
0329755-59.2015.8.24.0023, Capital	792
0319034-25.2017.8.24.0008, Tribunal de Justiça	813
0304099-40.2016.8.24.0064, Tribunal de Justiça	822
0007630-82.2013.8.24.0075, Tubarão	785
0300168-21.2017.8.24.0023, Capital	840
0326844-74.2015.8.24.0023, Capital	829
0007246-73.2013.8.24.0058, São Bento do Sul	863
0302070-50.2017.8.24.0074, Trombudo Central	859
0900078-85.2015.8.24.0070, Taió	846

APELAÇÕES CRIMINAIS

0000159-18.2019.8.24.0006, Barra Velha	944
0900104-69.2017.8.24.0052, Tribunal de Justiça	972
0002984-26.2019.8.24.0008, Blumenau	1001
0012035-70.2015.8.24.0018, Chapecó	1049
0002129-06.2015.8.24.0067, São Miguel do Oeste	1071

CONSULTA

0030371-10.2020.8.24.0710, Tribunal de Justiça	253
--	-----

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

0000508-05.2020.8.24.0000, Itajaí.....	226
0000524-56.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	207

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

4035425-50.2018.8.24.0000, Turvo.....	521
---------------------------------------	-----

EMBARGOS INFRINGENTES

0000193-74.2020.8.24.0000, Lages.....	879
000489-96.2020.8.24.0000, Xaxim.....	914
0001676-76.2019.8.24.0000, Forquilha.....	909
5000504-64.2020.8.24.0166, Tribunal de Justiça.....	897

HABEAS CORPUS

5024007-30.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	922
5034835-85.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	918
5017717-96.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	984

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

0319778-61.2016.8.24.0038/50000, Joinville.....	308
---	-----

INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

5007920-96.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	517
5024225-58.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	740
0000554-58.2011.8.24.0113/50000, Camboriú.....	257

PETIÇÕES

0000593-88.2020.8.24.0000, Biguaçu.....	168
0000550-54.2020.8.24.0000, Blumenau.....	172

RECLAMAÇÃO

4019389-30.2018.8.24.0000, Itajaí.....749

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

0013913-15.2020.8.24.0710, Tribunal de Justiça.....242

0021657-61.2020.8.24.0710, Chapecó.....238

RECURSOS ESPECIAIS

1.848.808 - SC (2019/0338155-3), Santa Catarina.....137

0007922-19.2003.8.24.0075/50001, Tubarão.....183

4012642-35.2016.8.24.0000/50000, Blumenau.....191

0001357-66.2006.8.24.0032/50000, Itaiópolis.....194

0300099-93.2014.8.24.0087/50004, Lauro Müller.....200

0306459-80.2014.8.24.0075/50000, Tubarão.....197

1.819.826 - SP (2019/0120133-2), São Paulo.....146

1.804.186 - SC (2019/0086132-7), Santa Catarina.....128

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

0001943-10.2019.8.24.0045/50000, Palhoça.....177

593.818, Santa Catarina.....28

REMESSA NECESSÁRIA

0822702-38.2013.8.24.0023, Capital.....818

RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO

0000161-56.2020.8.24.0069, Tribunal de Justiça.....1088

0000585-18.2012.8.24.0057, Santo Amaro da Imperatriz.....1082

REVISÕES CRIMINAIS

5014536-87.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....875

5028469-30.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....871

SENTENÇAS

0900062-71.2014.8.24.0069, Sombrio.....	1194
0900183- 67.2015.8.24.0036, Jaraguá do Sul.....	1121
5090883-92.2020.8.24.0023/SC, Capital.....	1096
0300946-72.2016.8.24.0072, Tijucas.....	1115
0900986-23.2018.8.24.0011, Brusque.....	1175
5012428-05.2019.8.24.0038, Joinville.....	1172

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

4003130-86.2020.8.24.0000, Itajaí.....	162
--	-----



ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

DISPOSITIVOS QUE LIMITAM E DIFERENCIAM A CONCESSÃO DE LICENÇA A SERVIDOR QUE ADOTA CRIANÇA COM IDADE INFERIOR A SETE ANOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA PRIORIDADE DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DA PROTEÇÃO INTEGRAL (CF, ARTS. 226 E 227).....	282
FIXAÇÃO DE SUBSÍDIO PARA POLICIAIS CIVIS.....	100
POLÍTICA ESTADUAL DE PREVENÇÃO E CONTROLE ÀS DOENÇAS SEXUALMENTE TRANSMISSÍVEIS, DST E À SÍNDROME DE IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA – AIDS. MEDIDAS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO DE PESSOAS PORTADORAS DO VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA – HIV.....	80
SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. DEFESA DE MATÉRIA QUE AFETA A CLASSE DOS PROFESSORES MUNICIPAIS. PROFESSORES QUE SÃO TAMBÉM SERVIDORES PÚBLICOS. PROIBIÇÃO DE LECIONAMENTO DE TEMA DE IDEOLOGIA DE GÊNERO NO AMBIENTE DAS ESCOLAS MUNICIPAIS.....	287

AÇÕES RESCISÓRIAS

ALEGAÇÃO DE QUE, POR MÁ-VALORAÇÃO DA PROVA, ACOLHEU-SE PEDIDO SECUNDÁRIO EM DETRIMENTO AO PRINCIPAL.....	296
DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO PROLATADO EM AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....	327
MINERAÇÃO. PROIBIÇÃO LEGAL SUPERVENIENTE. INDENIZAÇÃO. LICENÇA AMBIENTAL.....	717
PEDIDO DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PELO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO COM LIBERAÇÃO DO BEM PENHORADO.....	526

AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL

APLICAÇÃO DA FRAÇÃO 2/5 (40%) EM VEZ DE 3/5 (60%) PARA PROGRESSÃO DE REGIME EM RELAÇÃO AO CRIME HEDIONDO. ALTERAÇÃO DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENA. LEI PENAL MAIS BENÉFICA.....	1064
INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL.....	939
PLEITO DE CONCESSÃO DE TRABALHO EXTERNO. APENADO QUE RECENTEMENTE FOI AGRACIADO COM A AUTORIZAÇÃO DE TRABALHO EXTERNO E PRISÃO DOMICILIAR. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO.....	1035

RECURSO INTERPOSTO. PAD. FALTA GRAVE. TENTATIVA DE FUGA (ART. 50, INC. II, DA LEP) DESCLASSIFICAÇÃO PARA INFRAÇÃO DE NATUREZA MÉDIA SOB A ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE DA EQUIPARAÇÃO ENTRE FALTAS CONSUMADAS E TENTADAS.....1044

SAÍDA TEMPORÁRIA. FALTA GRAVE (ART. 52, CAPUT, DA LEP), DURANTE O GOZO DE SAÍDA TEMPORÁRIA. COMPORTAMENTO QUE EVIDENCIA A FALTA DE RESPONSABILIDADE E COMPROMISSO COM A EXECUÇÃO DA PENA...1059

AGRAVOS INTERNOS

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990). SUPOSTA ATIPICIDADE DO COMPORTAMENTO ATRIBUÍDO AO AGRAVANTE.....215

EXTENSÃO DE FAIXA NÃO EDIFICÁVEL ÀS MARGENS DE CURSOS D'ÁGUA NATURAIS EM ÁREA URBANA. POSSIBILIDADE.....780

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DE QUANTIA PREVIAMENTE DEPOSITADA EM JUÍZO.....592

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS.....458

AÇÃO DE EXECUÇÃO. DECISÃO NA QUAL FOI INDEFERIDO PEDIDO DE CITAÇÃO PELA VIA POSTAL.....605

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. CUSTEIO DO TRATAMENTO. PACIENTE COM TRANSTORNO DE ESPECTRO AUTISTA.....469

AÇÃO INIBITÓRIA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....614

AÇÃO REVISIONAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO OFERTADA. INSURGÊNCIA DO BANCO EXECUTADO.....684

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRETENDIDA SATISFAÇÃO DE CRÉDITO REFERENTE A VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL.....545

ALEGADO ERRO MÉDICO. AÇÃO PROPOSTA EM FACE DO ESTADO E DA PROFISSIONAL QUE REALIZOU O ATENDIMENTO. ATUAÇÃO EM HOSPITAL PÚBLICO.....755

HIPÓTESE DE FRAUDE À EXECUÇÃO NA DOAÇÃO, PELO EXECUTADO, DE COTAS SOCIAIS A SEUS DESCENDENTES, EM RELAÇÃO ÀS QUAIS SE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE PENHORA.....	550
IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DISPENSA DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA.....	652
RECUPERAÇÃO JUDICIAL. FALÊNCIAS DAS RECUPERANDAS.....	574
RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECONHECIMENTO DA VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DAS EMPRESAS. PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.....	688
TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.030, INCISO II, DO CPC/15).....	776

APELAÇÕES CÍVEIS

AÇÃO ACIDENTÁRIA. IMPLEMENTAÇÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE DECORRENTE DE AUXÍLIO-DOENÇA.....	773
AÇÃO ANULATÓRIA. ISS.....	829
AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	562
AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO.....	413
AÇÃO DE COBRANÇA. VEÍCULO COM DADOS ADULTERADOS DIVERGENTES DO REGISTRO NO ÓRGÃO DE TRÂNSITO.....	401
AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS.....	458
AÇÃO DE DEPÓSITO. CONTRATO MERCANTIL DE DEPÓSITO DE 400 VASILHAMES TRANSPORTÁVEIS DE AÇO PARA GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO (GLP)...	627
AÇÃO DEMOLITÓRIA. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. CONSTRUÇÃO SOBRE VIA PÚBLICA. INVIABILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA OBRA.....	785
AÇÃO INDENIZATÓRIA. AQUISIÇÃO DE APARTAMENTO E GARAGEM.....	369
AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. CONTAMINAÇÃO DE PRODUTO (CHOCOLATE) COM CORPO ESTRANHO.....	425

AÇÃO INDENIZATÓRIA. ATROPELAMENTO DE CICLISTA EM RODOVIA ESTADUAL SEM ACOSTAMENTO.....	762
AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRATAMENTO DE PROBLEMA CIRCULATÓRIO. PACIENTE BENEFICIÁRIO DE PLANO DE SAÚDE OFERTADO PELA EMPREGADORA RÉ. ATRASO NA AUTORIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO PARA IMPLANTAÇÃO DE STENTS.....	464
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. TRANSFERÊNCIA INDEVIDA DE VALORES POR FUNCIONÁRIO DO CAIXA DE EMPRESA PARA CONTA-CORRENTE DE OUTRA SOCIEDADE EMPRESÁRIA.....	486
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS MOVIDA CONTRA LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS EM RAZÃO DA ENTREGA DE LAUDO LABORATORIAL CONTENDO ERRO DE DIGITAÇÃO.....	500
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. SEGURANÇA ELETRÔNICA PATRIMONIAL PRIVADA. ARROMBAMENTO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL MESMO COM O ALARME ATIVADO.....	362
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO.....	374
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTORA COM SÍNDROME DE ASPERGER.....	431
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CANCELAMENTO DE VOO INTERNACIONAL.....	388
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.....	486
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REQUERENTE QUE FICOU TRANCADO EM ELEVADOR NO INTERIOR DO SHOPPING.....	445
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANOS. TENTATIVA DE SAQUE PARCIAL DE FINANCIAMENTO CONTRAÍDO FRAUDULENTAMENTE POR TERCEIROS EM NOME DO AUTOR.....	481
AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES.....	509
AÇÃO DE RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS E DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. OCORRÊNCIA DE FRAUDE EMPRESARIAL. ATOS UNILATERAIS E ABUSIVOS...662	

AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPRA E VENDA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRODUTO ADQUIRIDO VIA INTERNET E NÃO ENTREGUE.....	491
AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PRELIMINAR DE EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	417
ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SANTA CATARINA (FATMA). EXONERAÇÃO A PEDIDO.....	840
ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA INSTITUÍDA APÓS A EC 41/2003...	792
ALEGADA AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL SUPOSTAMENTE ENVIADA A ENDEREÇO DIVERSO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DIRECIONADO AO MESMO ENDEREÇO EM QUE HOUE A CITAÇÃO.....	585
DIREITO SOCIETÁRIO. DECLARATÓRIA DE VALIDADE DE DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR E CONDENATÓRIA DE PAGAMENTO DE LUCROS A COTISTAS...	638
IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO FIADOR. LOCAÇÃO COMERCIAL.....	454
IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. BEM ENCRAVADO EM OUTROS DOIS IMÓVEIS, ESTES COM ACESSO À VIA PÚBLICA E GRAVADOS COM USUFRUTO VITALÍCIO AOS APELANTES.....	609
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE INSTITUCIONAL.....	863
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REMOÇÃO DE SERVIDOR. DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO EM CONTABILIDADE.....	846
LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. ALUGUEL DE TERRENO PARA INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO RÁDIO BASE DE TELEFONIA MÓVEL (ANTENA).....	394
PEDIDO DE FALÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE A EMPRESA REQUERIDA NÃO POSSUI BENS SUFICIENTES. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA.....	598
PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA.....	822
PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. EXIBIÇÃO DE COMPROVANTES DE DEPÓSITOS. EXTRATOS DISPONÍVEIS À PARTE AUTORA.....	581

RESPONSABILIDADE CIVIL. CRUZEIRO MARÍTIMO. ATRASO E MUDANÇA DE ROTA. VIAGEM INTERNACIONAL TRANSFORMADA EM NACIONAL. GREVE DE PESCADORES LOCAIS.....409

SERVIDOR MUNICIPAL DE POUSO REDONDO. CHAPEADOR, PINTOR E REPARADOR DE VEÍCULOS. PEDIDO DE IMPLANTAÇÃO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE.....859

TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEDUÇÃO DO ISSQN SOBRE OS MATERIAIS/INSUMOS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL.....813

APELAÇÕES CRIMINAIS

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO DE TRIBUTO POR MEIO DA PRÁTICA DE ATOS FRAUDULENTOS (LEI N. 8.137/90, ART. 1º, I, C/C ART. 71 DO CP).....972

CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO DE RAÇA E COR (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). EXPRESSÃO INJURIOSA E COM CONTEÚDO DISCRIMINATÓRIO INERENTE A COR DA PELE.....1049

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. PRODUTOS COM PRAZOS DE VALIDADE VENCIDOS. PALAVRA DA FISCAL DOTADA DE FÉ PÚBLICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE NÃO PODE SER APLICADO AO CASO...1071

EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA PELA DURAÇÃO MAIOR QUE 24 HORAS E PELA IDADE DA VÍTIMA (CP, ART. 159, § 1º).....944

DELITOS DE VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE, REGISTRO NÃO AUTORIZADO DA INTIMIDADE SEXUAL, PRODUÇÃO/FOTOGRAFIA DE CENA PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO ADOLESCENTE E POSSE/ARMAZENAGEM DE FOTOGRAFIA COM CENA PORNOGRÁFICA DE ADOLESCENTE (CP, ARTS. 215 E 216-B E ECA, ARTS. 240 E 241-B).....1001

CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (CASAN – CIA. CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO). COBRANÇA DE VALORES EXCESSIVOS EM FATURA DE ÁGUA E ESGOTO.....207

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. COBRANÇA DE DUPLICATAS VINCULADAS A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS.....226

CONSULTA

ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DE SANTA CATARINA (ANOREG-SC). CÁLCULO DOS EMOLUMENTOS DEVIDOS PELO REGISTRO DE CONSTRIÇÕES JUDICIAIS.....253

DISCURSOS

ATA N. 419 – SESSÃO DO TRIBUNAL PLENO.....1256

EMBARGOS INFRINGENTES

AÇÃO PENAL. PRÁTICA DO CRIME DE INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA MAJORADA PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE.....897

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (ART. 7º, II E IX, E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.137/90). EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA IMPRÓPRIA AO CONSUMO.....909

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APURAÇÃO DE DELITO DE FURTO (ART. 155, CAPUT, DO CP).....879

RECEPTAÇÃO (ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL) E DESOBEDIÊNCIA...914

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

AVENTADA OMISSÃO QUANTO À APRECIACÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS INVOCADOS NA PETIÇÃO INICIAL. LACUNA INOCORRENTE. CONCLUSÃO DO JULGAMENTO COLETIVO QUE SE ASSENTA EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS NORMAS JURÍDICAS.....521

HABEAS CORPUS

PACIENTE INVESTIGADO, DENUNCIADO PELA PRÁTICA DE CRIMES DESCRITOS NO ART. 2º, §§ 2º E 4º, INCISOS I E IV, DA LEI N. 12.850/13.....922

PACIENTES DENUNCIADOS PELA PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL.....918

PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, ROUBO E ADULTERAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.....984

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO.....308

INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ATO ILÍCITO.....257

EMPRESA AMBIENTAL LIMPEZA URBANA E SANEAMENTO LTDA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE CÂMARAS. AÇÕES DE COBRANÇA DE TARIFA DE COLETA DE LIXO.....740

INSTAURAÇÃO FUNDADA EM DECISÕES DOS JUIZADOS ESPECIAIS, VISANDO SOLUCIONAR QUESTÃO AFETA À LEI N. 9.099/1995.....517

PETIÇÕES

AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. ANULATÓRIA DE TÍTULOS, CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS...172

AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. EMPRESA PRIVADA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO.....168

PUBLICAÇÕES

A RESPOSTA DO DIREITO, PROCESSO E CONTEÚD, DESDE A INTERROGANTE ADVINDA DA SURPRESA DA PANDEMIA.....1206

EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO PROTAGONISTAS INTERNACIONAIS: UM EXAME À LUZ DA GLOBALIZAÇÃO E DA GOVERNANÇA GLOBAL.....1239

MECANISMOS DE COMBATE À CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL: UMA PERCEPÇÃO DE ANOMIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL QUANTO AOS CRIMES AMBIENTAIS.....1223

RECLAMAÇÃO

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO.....749

RECURSOS ESPECIAIS

AÇÃO DE COBRANÇA POR SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES. TRANSPORTE MARÍTIMO.....146

CDC. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. DEVER DE INFORMAÇÃO AOS CONSUMIDORES ACERCA DO PRODUTO OFERECIDO.....	200
CLARO S/A. LEI DE LOCAÇÕES.....	197
FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....	183
PRESCRIÇÃO. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL...	191
PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. FALTA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA...	194
PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.....	128
TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. TRIBUTAÇÃO. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO PELA LEI N. 11.033/2004.....	137

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

CONDENAÇÃO PELO DELITO PREVISTO NO ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06...	177
CONSIDERAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES AINDA QUE AS CONDENAÇÕES ANTERIORES TENHAM OCORRIDO HÁ MAIS DE CINCO ANOS.....	28

REMESSA NECESSÁRIA

SERVIDOR PÚBLICO. MAGISTÉRIO. FACULDADE DE MINISTRAR AULAS EXCEDENTES PREVISTA NA LEI COMPLEMENTAR N. 1.139/1992. PROFESSORES LOTADOS NOS CENTROS DE EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS.....	818
--	-----

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

INSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO EDILÍCIO. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS UNIDADES AUTÔNOMAS NÃO APRESENTADA EM MOMENTO OPORTUNO...	238
SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. REGISTRO DE CONDOMÍNIO DE LOTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM CURSO VERSANDO SOBRE O IMÓVEL.....	242

RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO

CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. IMPEDIR OU DIFICULTAR A REGENERAÇÃO NATURAL DE FLORESTAS.....	1082
ROUBO TENTADO. LIBERDADE PROVISÓRIA CUMULADA COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.....	1088

REVISÕES CRIMINAIS

FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, II, DO CP). REQUERIDA A COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.....875

INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE COISAS APREENDIDAS. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO APREENDIDO EM AÇÃO PENAL.....871

SENTENÇAS

AÇÃO ACIDENTÁRIA. INSS. RECONHECIMENTO DA REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL.....1172

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ATEUS. MENÇÃO RELIGIOSA DE PRAÇA. DANOS MORAIS COLETIVOS. LAICIDADE DO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DE EVENTUAL DANO.....1115

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMOLIÇÃO E REFORMA. ESCOLA ESTADUAL...1194

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. TAXA DE OCUPAÇÃO DE HOTÉIS.....1096

AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DELEGADA DE POLÍCIA QUE NÃO LAVROU O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. AÇÃO PENAL...1121

AÇÃO PENAL. FRAUDES LICITATÓRIAS ENVOLVENDO A SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL DE BRUSQUE E OUTRAS EMPRESAS...1175

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

TERMO DE COMPROMISSO FIRMADO ENTRE A MUNICIPALIDADE E A AUTARQUIA SEMASA. RESSARCIMENTO RELATIVO A OBRAS DE LIMPEZA E SANEAMENTO.....162



ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko.....	1064
Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.....	939
Artur Jenichen Filho.....	863
Altamiro de Oliveira.....	585
Antonio do Rêgo Monteiro Rocha.....	394
André Carvalho.....	469
André Luiz Dacol.....	481
Alvaro Luiz Pereira de Andrade.....	308
Antônio Zoldan da Veiga.....	871, 875, 1071
Bettina Maria Maresch de Moura.....	822
Cândida Inês Zoellner Brugnoli.....	1121
Carlos Adilson Silva.....	550
Carlos Alberto Civinski.....	897
Carlos Roberto da Silva.....	509
Cínthia Beatriz da Silva Bittencout Schaeffer.....	1088
Camen Lúcia.....	100
Cláudia Lambert de Faria.....	458
Claudia Ribas Marinho.....	1223, 1239
Cid Goulart.....	785
Denise Volpato	486
Edemar Leopoldo Schlosser.....	1175
Ernani Guetten de Almeida.....	1035
Evandro Volmar Rizzo.....	1194
Fernando Carioni.....	413
Francisco de Oliveira Neto.....	776
Gerson Cherem II.....	369

Getúlio Corrêa.....	1001
Haidée Denise Grin.....	500
Hélio do Vale Pereira.....	238, 717, 846
Herman Benjamim.....	128
Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....	922
Jaime Machado Júnior.....	598
Jaime Ramos.....	792
Jairo Fernandes Gonçalves.....	464
Janice Ubialli	638
Jânio Machado.....	688
Jefferson Zanini.....	1096
Jorge Luiz de Borba.....	773
João Henrique Blasi	162, 168, 172, 207
José Agenor de Aragão.....	445
José Antônio Torres Marques.....	609, 614, 627
José Carlos Carstens Köhler.....	652
José Everaldo da Silva.....	1049
Júlio César Knoll.....	813
Julio César Machado Ferreira de Melo.....	242, 1044
Leopoldo Augusto Bruggemann.....	879
Luiz Antônio Zanini Fornerolli.....	914
Luiz Felipe Schuch.....	327, 425
Luiz César Medeiros.....	296, 454
Luiz Fernando Boller.....	762
Luiz Neri Oliveira de Souza.....	1082
Luiz Zanelato.....	517, 521, 562

Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....	282, 409
Marcio Schiefler Fontes.....	1172
Marcelo Elias Naschenweng.....	1206
Monike Silva Póvoas Nogueira.....	1115
Napoléão Nunes Maia Filho.....	137
Newton Varella Júnior.....	581
Norival Acácio Engel.....	984
Odson Cardoso Filho.....	749, 829
Osmar Nunes Júnior.....	491
Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.....	755
Paulo Ricardo Bruschi.....	362
Paulo Roberto Sartorato.....	918
Pedro Manoel Abreu.....	287
Roberto Barroso.....	28
Raulino Jacó Brüning.....	374
Ricardo Villas Bôas Cueva.....	146
Roberto Lucas Pacheco.....	257, 684
Robson Luz Varella.....	574
Rodolfo César Ribeiro Tridapalli.....	662
Ronei Danielli.....	818
Rogério Mariano do Nascimento.....	526, 545
Rosa Weber.....	80
Rosane Portella Wollf.....	388
Rubens Schulz.....	401
Salim Schead dos Santos.....	194, 197, 200
Saul Steil.....	417

Salete Sommariva.....	972
Sebastião César Evangelista.....	592
Selsode Oliveira.....	431
Sérgio Rizelo.....	944
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	780
Sidney Eloy Dalabrida.....	909, 1059
Soraya Nunes Lins.....	253
Túlio Pinheiro.....	605
Vera Lúcia Ferreira Copetti.....	740, 840
Vilson Fontan.....	859
Volnei Celso Tomazini.....	177, 183, 191, 215, 226
Welton Rubenich.....	1239

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

Diretoria de Infraestrutura – Divisão de Artes Gráficas

Projeto gráfico, editoração eletrônica, impressão e acabamento